

## FUNDAMENTOS DE LA FORMACIÓN DEL JURISTA (ENTRE LA ECONOMÍA Y LA PAIDEIA)

Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS

*«La mayor parte de la humanidad puede dividirse en dos clases; la de los pensadores superficiales, que se quedan cortos, sin llegar a la verdad; y la de los abstrusos, que van más allá de ella; la última es con mucho la más rara; y añadiré que también la más útil y valiosa. Sugieren indicios, por lo menos, e inician problemas para cuya prosecución tal vez les falta la pericia necesaria; pero que pueden producir grandes descubrimientos cuando son manejados por hombres que tienen una forma más correcta de pensar. En el peor de los casos, lo que dicen, no es común; y aunque cueste algún trabajo comprenderlo, nos proporcionan, cuando menos, el placer de escuchar algo nuevo».*

DAVID HUME, «DEL COMERCIO»,  
ESSAYS, MORAL, POLITICAL, LITERARY,  
ED. E. F. MILLER. INDIANAPOLIS  
1987, p. 253.

COMPAREZCO en este ciclo, junto a tantos queridos compañeros más autorizados de dentro y fuera de nuestro país, para desarrollar un tema difícil. El que se me ha encomendado tratar es, efectivamente, demasiado ambicioso para que yo pueda abordarlo ahora en su plenitud. Me limitaré, por consiguiente, a unas pocas reflexiones misceláneas, en la esperanza de que, antes de ponerlo por escrito para el Anuario de nuestra Facultad, cosas más sólidas y capaces de impedir que salga chamuscado en el intento vengan en mi auxilio para mejorar esta presentación embrionaria. Y, a fin de articular mínimamente de antemano el sentido de mi intervención, me he permitido subtitular esa referencia a la formación de jurista como

---

AFDUAM 6 (2002), pp. 141-170.

algo en que se enfrentan de modo creciente la economía y la *paideia*; lo que aclaro, aunque sólo sea para evitar la confusión con obras de orientación algo distinta, no obstante la semejanza de su título. \*

Muy pronto van a cumplirse trescientos años desde que, corriendo el de 1708, apareció en Nápoles –su ciudad natal– la primera *Dissertatio* de Gianbattista Vico sobre lo que él llama la organización de «los estudios de nuestro tiempo». En ella se encuentra el germen de lo que luego sería su obra más famosa sobre *La Scienza Nuova* (1725); y, justo un año antes de que apareciera aquella primera Disertación, el general austríaco Daun había expulsado al Virrey de España en una confusa

---

\* P. BARCELONA, D. HART, U. MUCKENBERGER, *La formación del jurista*, Civitas, Madrid, 1957. En todo caso, debo confesar sin paliativos que, desde la presentación de este discurso al día de hoy –cuando, transcurrido ya casi un año, intento su revisión–, no he acertado a procurarle esos auxilios mejores que en el texto se anunciaban; y, lo que es mucho peor, tengo la impresión además de que la imagen intranquilizadora que de aquella primera presentación se desprende resulta aún más sombría con el paso del tiempo. Así se advierte desde luego en nuestras Escuelas (desde la Secundaria a la Universidad), en la esfera económica, cada día fuente de nuevos escándalos y con señales crecientes de declive (tanto en el plano global como en el doméstico), por supuesto en la política interior (donde renacen los separatismos tanto como menguan los consensos constitucionales) y, a la postre, en fin, dentro de la articulación general del universo mundo. En varios de esos planos domina hoy un progresivo «unilateralismo», la imagen del «otro» empieza a verse como expresión inquietante de incompatibilidad socio-cultural, de terrorismo o delincuencia, y un nuevo militarismo rampante, fruto de un concepto delicuescente de «guerra preventiva» del que quiere hacerse emerger una ulterior *pax americana* de aplicación *urbi et orbe*, parece ponerse hoy al servicio de una nueva concepción imperial que excluye cualquier otro modelo posible de civilización, y se nos ofrece cada día más como alternativa maniquea de curso forzoso, según la expresaba el viejo lema «quien no está conmigo está contra mí». Algo bien alejado, por cierto, de la actitud más libre y acogedora que yo mismo pude disfrutar personalmente por tierras estadounidenses en mis estancias de investigación en Harvard y Georgetown no hace todavía tantos años (1997-1998); cambio de rumbo que apunta hábitos regresivos, que nada tiene que ver, por supuesto, con la herencia de Jefferson y que más bien nos recuerda la conveniencia de rescatar el *Adagio 3001*, de Erasmo, *dulce bellum inexpertis*. Por otro lado, siendo estas páginas puro soporte de una presentación oral y expresión de un modo de ser, que no sólo de un modo de pensar, carece probablemente de todo sentido intentar arropar el discurso que ahora se publica con el consuetudinario aparato de citas que distingue a los trabajos científicos. Me ha parecido, por ello, que, al menos en esta ocasión, podía ser quizá preferible aportar alguna indicación diferente, que resultará seguramente subjetiva y, por tanto, caprichosa, sobre las fuentes y los itinerarios que, en diversas etapas de mi formación y de mi propia peripecia vital, alimentaron la reflexión que estas páginas expresan. Indicaciones que se anuncian entre corchetes en el texto, que se desarrollan en un Apéndice final, y que apporto, consiguientemente, más con un carácter biográfico que bibliográfico, por lo tanto también como revisión prescindible que incluso el lector más atento puede posponer sin especial agobio para un examen ulterior, si terminada la lectura lineal del texto aún le quedan ganas de revisar ciertas afirmaciones mías que acaso algunos juzgarán excesivas o aventuradas. Personalmente aconsejaría a todo el mundo que lea el discurso prescindiendo del apéndice, y a quienes éste pueda llegar a interesar que lo repasen luego, yendo desde las notas al texto y no a la inversa. En todo caso, y a fin de empezar como es debido, nada mejor –como siempre– que arrancar desde el principio, a cuyos efectos, y para «calentar motores», conviene leer (o releer) precisamente la *Paideia* de Werner JAEGER, de la que existe excelente traducción española de Xirau y Rocés, en el FCE, México, 1974 (3.ª reimpresión de la edición de 1967, que es de la que dispongo), sin olvidar que el mismo autor dedicó también alguna otra página brillante a temas muy próximos a los que ahora nos ocupan (*Alabanza de la Ley*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951). Por la pretensión de continuidad que este volumen monográfico guarda con otros anteriores, deben repasarse asimismo el número primero y segundo de este Anuario, dedicados respectivamente a los temas de *Vinculación del Juez a la Ley* y a *La Justicia en el Derecho Privado y en el Derecho Público*, y en especial algún trabajo de Liborio HIERRO, a quien también debo gratitud por otras orientaciones.

coyuntura política, plagada de contiendas dinásticas y querellas soberanistas, que cerró el Tratado de Utrecht, considerando el Reino napolitano como dominio de los Habsburgos. Pero por el camino había experimentado ese territorio una notoria depresión y progresivo empobrecimiento. Tiempos de turbulencia, pues, como los nuestros actuales, en que los vaivenes políticos, y el declive de la coyuntura invitan a reflexionar sobre la necesaria reforma de los saberes.

Nuestro tratadista rotula deliberadamente su disertación bajo la rúbrica *De nostri temporis studiorum ratione*; y en el punto XV, con el que se cierra la misma, explica expresamente, que ha preferido ese título a otras rúbricas más brillantes, como sería, por ejemplo, «conciliación del estilo antiguo y reciente de los estudios». Una tarea que, sin embargo, aborda el autor napolitano efectivamente, comparando entre sí de modo general ambos estilos en los apartados II y III de la misma disertación, para adentrarse después en ese mismo ejercicio, pero con referencia ya a las diferentes ramas del saber. Esfuerzo ambicioso, que discurre desde la Física a la Moral, y desde la Medicina a la Teología, pasando por la Poesía, la Aritmética, la Literatura y otras artes liberales para terminar en sus reflexiones sobre las Universidades (XIV), tampoco desdeñables, y no sin dedicar especial atención a la Jurisprudencia (XI). Nada de ello sorprenderá a quien conozca la deuda que Gianbattista Vico tenía contraída con Hugo Grocio, así como su conocimiento del Derecho romano, circunstancias ambas que explican suficientemente su posterior obra jurídica de la que quiero recordar ahora su tratado *De universi iuris uno principio et uno fine* de 1720 y el posterior *De constantia iurisprudensis*, aparecido el año 1721 [I].

Para lo que aquí importa especificar, conviene llamar la atención únicamente sobre algunos puntos de aquel opúsculo germinal que, en nuestra coyuntura de confusión presente, puede ayudar a entender algo mejor ciertas cuestiones que tampoco hoy se organizan bien y que no es ocioso, por tanto, tratar de desempolvar. Naturalmente, nuestro tratadista no conoce lo que hoy acostumbra llamarse *análisis coste-beneficio*, entre otras razones, porque aún no había nacido la Ciencia económica. Pero cuando aborda la comparación entre los estilos viejo y nuevo de estudiar las cosas, lo hace desde su antecedente natural, por tanto, bajo el método de sopesar las ventajas e inconvenientes de uno y otro estilo de pensamiento o, para emplear su propia terminología, comparando sus *commoda e incommoda*. Debería ser innecesario aclarar aquí que ni esta comparación, seguramente elemental, ni tampoco la más aparatosa y sofisticada del moderno análisis económico al que acabo de referirme, han sido capaces de descubrir entonces ni ahora, y me temo que tampoco lo conseguirán nunca, reformas sociales exclusivamente generadoras de ventajas sin mezcla de inconveniente alguno, es decir, propuestas ideales de cambio institucional a coste cero, las cuales pueden echarse a caminar tranquilamente sin presupuestar un solo euro. Dado que esta cicatería gubernativa todavía prosigue, que la Universidad la padece de modo gravemente acentuado, y conociendo la adoración actual por los modelos económicos, no me sorprende además que, desde hace ya algunos años, estemos dilapidando alegremente uno de nuestros activos más gloriosos en materia de Educación. No omitiré referirme al Derecho, donde la llamada Escuela de Salamanca había desarrollado ya durante nuestro Siglo de Oro, un análisis de los instrumentos cambiarios que en nada merece de los más toscos que hoy se dedican a otras operaciones de ingeniería

financiera. Y en el plano contractual, los autores norteamericanos reivindican hoy la autoridad de Diego de Cobarrubias como el primero en proponer soluciones (v.g. primacía del cumplimiento *in natura*, frente al resarcimiento pecuniario) hoy todavía en trance de difícil afirmación en más de un ordenamiento. Pero, aplicando la doctrina de la «ventaja comparativa», que ha presidido durante tanto tiempo la *teoría económica del comercio internacional*, parece que cada país debe especializarse en aquello que aventaja a los demás, lo que en nuestro caso llevaría a considerar que deberíamos concentrarnos preferentemente en las Humanidades. No por la displicencia unamuniana de «que inventen ellos», cuanto por lo mucho que ya habíamos logrado en este campo, desde la lingüística indoeuropea, donde superábamos a los alemanes, al arabismo y otros estudios islámicos, pasando por las lenguas clásicas, en las que si acaso nos excedía la Universidad de Oxford. Cosa que, el referido análisis del coste-beneficio confirma también desde su nuevo estilo, porque estos saberes no precisan separadores de partículas, instalaciones técnicas complicadas, ni laboratorios muy costosos. Así es efectivamente, puesto que en todos los casos mencionados se trata de saberes intensivos en capital humano, más concretamente en ingenio y reflexión, esto es, en el llamado «cacumen», según se decía tiempos atrás en lenguaje coloquial, antes que muy amplios sectores de nuestra juventud –obligados a estudiar sin motivación en un circuito fatal que va desde la Primaria al Instituto y desde éste a la Universidad, aunque lo último más por razones de un falso prestigio que por obligación jurídica en sentido estricto– convirtieran tantos centros de enseñanza en escuela de mala educación y algunas aulas universitarias en el antídoto de la cultura, por aquello tan popular y socorrido de procurar «no comerse excesivamente el tarro» [II].

Me excuso por esta concesión a los vulgarismos y por una exposición excesivamente descarnada, incluso maniquea, que formulo de esa forma esquemática para facilitar el diagnóstico de algunos males, en nuestra Facultad todavía incipientes por fortuna. Y para no perderme en los meandros de las comparaciones entre lo viejo y lo nuevo, sobre los que enseguida volveré, es necesario recuperar antes el hilo de un discurso que pasa por la epistemología, la propedéutica, los métodos, y hasta obliga a recordar cosas mucho más simplonas –únicas que yo rescataré–, como es la articulación de criterios de clasificación –que nuestro autor de referencia también puntualiza– para que el magma de los conocimientos resulte manejable y no transforme en frías rocas basálticas, más bien rugosas e inexpressivas, la efervescencia de los fuegos interiores que en cada momento histórico propiciaron el alumbramiento, siempre algo difícil, de los distintos saberes. En este último punto de las clasificaciones, Vico nos propone una trilogía que no me parece del todo irrelevante recordar, diferenciando lo que él llama *scientiarum instrumenta*, por una parte, es decir, y para entendernos, los métodos que deben emplearse para alcanzar el conocimiento (los cuales identifica él, de forma bastante familiar para los cultivadores del Derecho, con el retórico y tópico de los antiguos, como contrapuesto al crítico y sistemático de los modernos), y lo que denomina luego correctamente *scientiarum adiumenta*, o herramientas de la ciencia, tanto de la propia, como de otras disciplinas auxiliares, comprendiendo en este capítulo desde los manuales de estudio a estructuras e instalaciones docentes. Naturalmente para que el aparato se sostenga firme se necesita la tercera pata del trípode, que se califica en la disertación de Vico como *studiorum finis*, es decir, el propósito o finali-

dad de los estudios, que, dependiendo de la orientación teleológica que los anime, llevará a reforzar o aligerar en uno u otro grado los niveles respectivos en que deben manejarse y en los que conviene administrar los componentes anteriores. Viniendo a nuestro tiempo, lo que gentes imbuidas de la terminología anglosajona usan llamar ahora *practicioners*, y que nosotros llamabamos antes sencillamente «practicones» (por favor no confundir con las rúbulas que son otra especie distinta) seguramente se beneficiarán en mayor grado del entrenamiento retórico a la hora de moverse entre los flecos que rompen siempre la limpidez de las fronteras, en territorios dominados por la casuística; mientras que los estudiosos y académicos, los juristas llamados a organizar los servicios del Estado, los que colaboran en la redacción de las leyes, quienes deciden en los altos organismos consultivos (Consejo de Estado) o en los jurisdiccionales que tienen a su cargo identificar los valores que nutren el sistema (Tribunal Constitucional) o están llamados a unificar la doctrina legal (Tribunal Supremo) no pueden quedarse ahí y tienen que abrir su cabeza en mayor grado no sólo a la coherencia de un discurso general, sino también —e incluso, sobre todo— a la flexibilidad de los movimientos sociales que marcan la evolución de las comunidades políticas [III].

Dicho esto, que como bien se advertirá es seguramente un mundo, o mejor varios mundos que hacen ciertamente difícil imaginar como puede ayudar cualquier humilde Facultad de Derecho a la formación de lo que podríamos llamar esa especie rara de *jurista* polimorfo o si se prefiere universal, —es decir, al que nada humano le es ajeno, si se nos permite ahora usar la expresión de otro clásico—, se comprenderá también perfectamente que, ante esa empresa poco menos que imposible, la Facultad que yo conocí y en superior grado todavía la que conocieron mis maestros y más aún, aquellas en las que se formaron los que lo fueron de ellos se decantase, ya bastantes años atrás, hacia algo ciertamente menos ambicioso que podríamos llamar, de todos modos, un buen generalista o *jurista general*, identificado más de una vez, y no siempre correctamente para mi gusto, con el prototipo de juez. Verdad es que, fuera de ese ambiente domina la especialización y la figura ya empieza a escasear, asimismo, incluso dentro de la judicatura. Porque no olvidemos que el generalista era capaz de moverse con soltura suficiente por el ámbito de diferentes territorios, y desde este punto de vista, si aplicáramos ese modelo a nuestros estudiantes, habría bastado seguramente con pertrecharlos de alguna profundización superior y conocimientos auxiliares en el campo de las Ciencias Sociales, Filosofía e Historia (del Derecho y de la Ciencia), para que, ayudados de una buena formación básica, (que presupone ser capaz de hablar, escribir y articular el pensamiento con alguna riqueza y fluidez, atributos hoy todavía más escasos), hubieran sido capaces de proporcionar a las gentes de estas nuevas generaciones un *background* que, en mi caso —tan alejado por cierto de la del mundo de la judicatura— mejoró precisamente por la crítica que el sistema anterior empezaba a recibir por muy distintas causas. Considerado tal *usus hodiernus* (o, si se prefiere, el saber de antaño) incapaz de hacer frente a los retos de la especialización que mostraban hogaño no solo otras ciencias, sino también a los exigidos por la *expertise* que parecía reclamar la complejidad las funciones crecientes del Estado contemporáneo —por usar la expresión de Wagner, hoy no tan exacta porque entre las que ya pertenecen a las instancias europeas, las competencias transferidas al aparato autonómico y las actividades «privatizadas» el Estado ya no tiene tantas— lo cierto

es que entonces algunos de mis preceptores se ocuparon de proporcionarme suplementariamente dosis mayores de Sociología, de comparación jurídica –*ad intra*, entre el Derecho público y el privado; y, *ad extra*, con otros sistemas jurídicos– que nunca agradeceré bastante. Pero, cuando me incorporé a la Universidad Autónoma de Madrid, el modelo que yo viví ya había hecho crisis también, convirtiéndose aquel saber general en una parte introductoria comprimida en pocas píldoras esquemáticas a la que seguía un *trivium* ya repartido, que no compartido, entre las opciones del Derecho público, Derecho privado y Derecho de la empresa.[IV]

Con el paréntesis que supuso el retorno al Plan de 1953, y después los Planes de estudios nuevos y más recientes, que tan claramente han demostrado su fracaso, otra orientación distinta se está afianzando progresivamente entre nosotros, más de *facto que de iure*, a medida que los procesos de privatización, desregulación y globalización fueron cobrando una significación crecientemente acentuada. Orientación en parte fundada en muy buenas razones que van desde la crítica al excesivo legalismo y del intervencionismo ineficiente a otras menos legítimas que pretendieron sustituir la formación democrática del Derecho y el imperio de la Ley por las necesidades de los detentadores del poder económico, aunque sólo el sector financiero ha alcanzado ese grado de globalización imposible de percibir con similar intensidad en los restantes sectores económicos –primario, secundario y terciario– si se exceptúa acaso la expansión correlativa experimentada en todos y cada uno de ellos por el fraude y la pobreza. La orientación a que me refiero lleva consigo, o presupone, otorgar preferencia a los fines de la economía sobre los restantes de la convivencia humana y constituye, si el lamentable episodio del 11 de septiembre no lo remedia, un cambio radical en el proceso histórico seguido por la función del jurista y, por su conducto, también del que hasta ahora había presidido los propios fines del Derecho a que antes me refería. Mejor que otro testimonio ninguno, la prueba de esa *svolta storica* nos la proporciona el desarrollo de títulos mixtos que tantas universidades públicas y privadas se encuentran empeñadas en favorecer. Aproximándonos ya irremediabilmente a dicha encrucijada, en esto ya no puede ayudarnos la Disertación de Vico ni su doctrina de los *corsi e ricorsi*, salvo que acertemos a devolver a nuestras profesiones un mayor papel y protagonismo en la vida social, es decir, una influencia que se ha visto crecientemente erosionada con el paso de los siglos. Y, aunque yo no creo en esa ley del eterno retorno, debo advertir que tal recuperación de *roles* perdidos tampoco sería tan anómala, sobre todo si se tiene presente que, cuanto mayor es la complejidad de la vida contemporánea, tanto más grandes y cruentas han de ser también las batallas que tendremos que librar para intentar contribuir a su correcta ordenación. Y siendo esto así, parece razonable pensar que en esa tarea –que si yo no me engaño ha sido y será siempre la lucha contra diferentes clases de despotismos– el jurista teórico y el práctico están llamados, por definición, a ocupar posiciones de vanguardia.

Las tuvieron desde luego, a partir de la Recepción del Derecho romano, quienes vivieron aquella dichosa edad que, por influjo de la Escuela de Bolonia, coincide –no caprichosamente por cierto– con el nacimiento y difusión de las principales universidades europeas. En la nueva etapa de previsible ocupación política que amenaza a la de nuestros días, quiero recordar que, en alguna de las españolas de entonces –muy influida en su articulación por la primeramente mencionada, como sucedió con la mía de Salamanca (que también era boloñesa en este punto)–, los

Catedráticos se nombraban precisamente por elección del alumnado. Y creo posible asegurar asimismo que las iniciales Escuelas de Teología, que precedieron a algunas de las más visitadas a la sazón (en tiempos en que tales visitas científicas no era obligatoria *ex lege*) no se habría convertido en verdaderas Universidades sin la presencia de unos juristas prestigiosos, llamados a ocupar, y que efectivamente desempeñaron, ese papel central en la Academia y en la sociedad civil desde aquel momento auroral hasta bien entrado el Antiguo Régimen [V].

Avanzando ya por terrenos más resbaladizos, hemos de añadir que para aquel tiempo sólo la Teología, como ya queda dicho (con cuya enseñanza empezaba la jornada de estudio, por lo que muy pronto se llamó *Cátedra de prima*), aventajaba en las universidades de entonces a otros saberes, incluyendo la Filosofía, considerada entonces como sierva o doméstica del superior conocimiento de la esencia divina, dentro de una concepción claramente vicarial que nunca padecieron en grado semejante ni el uno ni el *utroque ius*, es decir los Derechos civil y canónico, acaso porque ambos participaban más directamente del plan de la salvación; precioso tema éste del Derecho al servicio de la bienaventuranza que me gustaría glosar en otro momento. Y no lo padecían fundamentalmente por el eslabonamiento que va del Derecho Divino al llamado Natural y luego, por contagio de éste, al propio Derecho positivo, en un esquema descendente cuya aparente lógica interna parecía haber resuelto definitivamente y para siempre algo seguramente más difícil de solucionar que la cuadratura del círculo. Sobre esas bases son sobre las que alguno de nuestros más insignes privatistas han recompuesto, no hace tantos años con una rigurosidad, solvencia y sólida erudición, únicamente superadas por su fe mayormente renovada y rotunda, el papel de un jurista que bien podríamos llamar *letrado*, y cuya descripción puedo ahorrarme remitiendo a trabajo de don Federico de Castro sobre *La función de los juristas en el Estado*. Su lectura haría completamente superflua esta intervención mía si no fuera porque cada día es mayor el número y la representatividad de los jurisperitos que desempeñan el oficio en los márgenes de dicho Estado, también el de los que lo ejercen incluso directamente frente al referido Leviatán, y, sobre todo, porque algunas gentes menesterosas como yo mismo no somos capaces de compartir la extraordinaria fe en el Derecho Natural –clásico o renovado importa menos– que distinguía a nuestro egregio civilista. Cosa que personalmente deploro, porque desafortunadamente para quienes no somos creyentes nos complica enormemente la tarea de situar los fines del Derecho, que no ya simplemente la finalidad de los correspondientes estudios.

Yo no creo en el Derecho Natural. Aunque desempolvando una de las *boutades* más brillantes de don Emilio Gómez Orbaneja (q. e. p. d.) –a quien desde aquí dedico también un recuerdo emocionado como uno de los más ilustres maestros de esta casa–, ese Derecho Natural seguramente existe en la medida en que es natural que haya Derecho. Me temo sin embargo que esto último –que es postura que yo también comparto– resulta algo diferente a cualquier forma de iusnaturalismo; aunque parece apuntar decididamente hacia alguna exigencia inmanente de la vida social y a la presencia *urbi et orbe* de determinados sistemas de valores, no necesariamente uniformes, permanentes ni a veces fáciles de conciliar entre sí, pero que, a la postre, suponen formas posibles de organizar la convivencia y también un cierto punto de vista sobre la justicia. Creo que todo esto, que al parecer predicán algunos constitucionalistas, mayoritariamente los de tendencias no lockianas (Bruce Ackerman

entre ellos) y por supuesto una buena parte también de los estudiosos del Derecho civil que militan del lado de la llamada Jurisprudencia de Valoraciones, coincide poco más o menos con lo que los filósofos del Derecho denominan actualmente, por su parte, *positivismo incluyente*, y que, por la mía –dedicado aparentemente al estudio del ordenamiento jurídico de la codicia y consciente de lo muy precaria que resulta frente de antiguo pensamiento iusnaturalista más o menos monolítico esta modestísima base de sustentación– me gustaría además que sobre ser efectivamente «incluyente» pudiera resultar además verdaderamente influyente. Lo que recuerdo porque, aun cuando a muchos nos parezcan trasnochadas aquellas otras concepciones iusnaturalistas más ambiciosas, es lo cierto que por los canales o conductos reticulares que alimentan las llamadas «fuentes» del Derecho, y sobre todo por el cauce de los llamados principios generales, discurre algo que trasciende de la pirámide normativa de Kelsen, y que de un modo u otro debemos reconocer a menos de traicionar la realidad y, lo que todavía es más grave, de permitir que otros se apresuren a sustituirla sin confesarlo mediante el falso iusnaturalismo de «la mano invisible», que hoy predicán tantos *Juristas servidores de la Economía*.

Antes de llegar a este nuevo modelo y estadio –sobre el que enseguida volveré– conviene añadir que eso que tan expresivamente llamaba Max Weber la casta de los juristas ha producido algunas otras figuras intermedias y trufadas de una aparente neutralidad política que facilitaba notoriamente los cambios de orientación ideológica, disfrazados de un utilaje técnico bastante sólido y respetable. Entre esas figuras es menester recordar, sobre todo –y como antecedente próximo del modelo más reciente que patrocina el *Law & Economics*–, el prototipo que ha llamado mi maestro Aurelio Menéndez el *jurista ingeniero social*, en una caracterización sintética que expresa bastante bien su disposición a manejar las normas jurídicas como un mecano que igual sirve para arreglar un roto que un descosido. Cosa que ha permitido a muchos de ellos –la mayoría ya no se encuentran entre nosotros– sea en el ejercicio de la profesión, enseñando dentro del alma máter, persuadiendo al gobernante de turno en su papel de consejeros áulicos, o decidiendo en el seno de los órganos de gobierno de empresas públicas y privadas, pasar sucesivamente desde la justificación del intervencionismo administrativo a gestionar planes de estabilización y luego de desarrollo, para acabar predicando la quiebra del servicio público y las superiores excelencias de la llamada «desregulación» en un camino de Damasco que cada día alumbraba nuevos conversos, por lo menos hasta el terrible atentado de las Torres Gemelas. Un episodio tanto más lamentable cuanto que –para decirlo todo– está liquidando contemporáneamente y muy deprisa las garantías tan trabajosamente obtenidas en siglos de lucha cruenta para entronizar el imperio de la Ley y avanzar en el reconocimiento de los derechos humanos [VI].

Recalamos así en el punto neurálgico al que era preciso arribar para situar los fundamentos de la formación del jurista en los tiempos igualmente turbulentos que nos ha tocado vivir y para determinar el lugar que le corresponde ocupar a la altura de nuestros días. De uno y otro lado se escuchan hoy voces insistentes que recomiendan a todo el mundo, juristas incluidos, dedicarse en alma y cuerpo a la búsqueda de la *eficiencia*. Hay que ser eficientes frente al terrorismo, frente a fraude y blanqueo de capitales, por supuesto en la política y, primero de todo, en los negocios. Pero ¡mucha atención!, porque aunque tantos lo crean así de buena fe y a pies juntillas por razones de adoctrinamiento más que de la enseñanza ya mencionada,

lo cierto es que la eficiencia no es un *valor* en sí, y tampoco nos proporciona pistas fiables sobre los *scientiarum finis*. Y menos aún sobre el sentido de la vida y las metas del Derecho. La eficiencia representa tan sólo la medida de correspondencia entre un fin cualquiera y los medios que se ponen en marcha para lograrlo y, por tanto, se sitúa en los dominios de la pura razón instrumental. Cosa que, según he intentado explicar en otra ocasión, es aplicable, lo mismo y por igual, a la práctica de la beneficencia que a las actividades mafiosas o al ejercicio de la piratería en sus versiones viejas y nuevas; y a veces los juristas más eficientes no son por ello los más respetables, salvo que quienes estén convencidos de que el buen fin justifica el uso de cualquier medio o, a la inversa, que cuando ese medio parece dar resultado y lo manejamos a conciencia podemos dormir tranquilamente con la satisfacción del deber cumplido. En este aspecto los terroristas están ganando una batalla contra la democracia que ni los más codiciosos mercaderes libraron nunca, persuadidos por interés propio de que la ley de la jungla no es buena ley para hacer negocios –porque favorece a ventajistas y *free riders*– y conocedores por experiencia secular de que a la larga siempre es preferible que la dichosa «eficiencia» conviva con suficientes dosis de *fair play* o *fairness*, como forma de garantizar la supervivencia de los mejores, aunque sólo sea bajo esa forma de darwinismo social que procura el mercado.

No teman ustedes sin embargo que aproveche esta ocasión para llevar el tema a mi jurisdicción de aprendiz de mercantilista, siempre deslumbrado por la ingeniería financiera en que se afanan sin descanso los protagonistas del tráfico. La verdad es que, aunque quisiera intentarlo, yo no puedo hacerlo así porque personalmente soy incapaz de mantenerme despierto a todas horas, de acuerdo con el brocardo *vigilantibus iura succurrunt*, ahora entendido en esa versión extrema que concibe la existencia como un permanente ejercicio de cálculo y del sentido de la vida como una función de utilidad. Pero sí quiero decir que, antes de que los ofi- ciantes de tales ejercicios proclamaran a los cuatro vientos la *honorabilidad* como requisito jurídico-administrativo exigible para la práctica de semejantes profesio- nes calculadoras, sus ancestros, que habían protagonizado ya la revolución indus- trial y en grado aún mayor si cabe los que propiciaron el primer capitalismo comer- cial, se habían esforzado en legitimarse socialmente como una nueva clase social por la disposición a tomar riesgos en el desempeño profesional de actividades crea- doras de riqueza. Y las instituciones a las que dieron vida se distinguieron en un principio por su tendencia a reforzar, que no precisamente a disminuir, las relacio- nes de responsabilidad y, por supuesto, a mejorar la certidumbre de los mecanis- mos de actuación por cuenta ajena que llaman los civilistas relaciones de represen- tación, cosa por cierto muy necesaria –y nunca es malo hacer de la necesidad virtud– para quienes viven del crédito o se dedican a la inversión con el dinero de los demás. Todo ello bajo la luminaria de lo que la vieja *Historia universal del Derecho mercantil* de Goldschmidt –que sigue ofreciendo un filón inagotable de noticias sobre este y otros asuntos– llamaba insuperablemente el «momento ético» de un Derecho mercantil que nuestras fuentes más clásicas materializaron con no menor precisión y alguna rotundidad en el servicio a *la verdad sabida y buena fe guardada* [VII].

Pero déjenme ustedes que antes de proseguir con esta interpretación improvi- sada transcienda tan incommensurables territorios para intentar explicarles por qué

razón he llamado al modelo de la «mano invisible» un nuevo iusnaturalismo no confesado y, sobre todo, por qué causa semejante orientación me parece más que un pensamiento único, como hoy acostumbra a designarse, un pensamiento de raíz teológica. No es un invento mío y hace algún tiempo que Thorstein Veblen primero y Kennet Galbraith después apuntaron de forma bien sugestiva por cierto que al hombre siempre le resulta difícil vivir sin alguna suerte de teología, y, en consecuencia, que para estos efectos, y una vez asentada la mentalidad característica del *homo oeconomicus*, el modelo de un mercado de libre competencia ofrecía inequívocas ventajas: fundamentalmente porque favorece la aparición de precios de equilibrio que orientan la asignación más rentable de los recursos productivos y porque con ello, dentro de semejante modelo, el problema del abuso del poder económico parecía que podría resultar asimismo relativamente conjurado. Yo comparto bastantes de las *ideas* (que no de las *creencias*) sobre las que se sustenta esa construcción, y añadiré que me parece relativamente correcta para explicar el buen y mal funcionamiento del tráfico patrimonial. Pero tengo mayores dudas de que los datos que se consideran relevantes a efectos de construir esa abstracción explicativa con la que intentamos aproximarnos luego al entendimiento del comportamiento económico sean válidos y suficientes para dar cuenta asimismo del funcionamiento de la sociedad en su conjunto y mucho menos para articular sobre ellos nada menos que una nueva concepción del mundo, que es a donde algunos quieren llevar ese uso del modelo, sacándolo manifiestamente del contexto para el que estaba pensado. Tengo dudas, efectivamente, del acierto de esa reconstrucción porque, incluso en el contexto económico propiamente dicho, es difícil afirmar que dicha formulación esté absolutamente libre de reproches, a la vista de la falta de correspondencia entre la *fenomenología de la realidad* y un pretendido *concepto técnico* que, mirando las cosas sin apriorismos, permite descubrir en qué medida lo que se nos presenta como un simple modelo teórico de las formas de organizar la economía (hay otros considerados «imperfectos» o directamente perniciosos, como el monopolio), lejos de reflejar una formulación puramente «descriptiva» (o científica) de esa realidad, expresa más bien un *patrón* de referencia o «ideal» a conseguir, penetrado por tanto al mismo tiempo y de manera inseparable de muy claros componentes «normativos» (o políticos). Y, para acabar de complicar las cosas resulta además que algunos de esos componentes añadidos a la teoría son claramente –llamémoslo así– de naturaleza *ideológica* y constituyen, por tanto, la *ganga* de un modelo de mercado que no se queda ahí. Porque, puestos a situar las coordenadas de tan rara construcción mental en su verdadero marco de referencias o, si se prefiere, en el plano en que se hacen más visibles los aspectos metacientíficos del aparato conceptual referido, parece que, a lo ya dicho, habría que añadir suplementariamente todavía –por mucho que puede sorprender a los profanos e inclusive llegue a maravillarla a los especialistas– que el contexto mental en el que se desenvuelve semejante ideología es curiosamente un nuevo contexto *teológico* y preñado además de muy claras reminiscencias medievales, que lo convierten en definitiva, y como antes apuntaba, en una suerte de falso iusnaturalismo de nuevo cuño.

¿Por qué digo todo esto? Pues porque esa creencia irrestricta en la taumaturgia del «mercado» hace tiempo que ha empezado a dejar de utilizarse por una significativa mayoría de gentes expertas y no tanto como un simple recurso conceptual, válido más o menos para explicar la Economía, derivando poco a poco hacia una progre-

siva transustanciación del aparato –que, como después veremos, exporta también sus reglas a políticos, historiadores, sociólogos y juristas– y ha terminado finalmente por desembocar, merced al delirio de algunos, en la ya referida interpretación teológica de sus conceptos. Lo entiendo así porque, igual que sucedía en la Edad Media –cuando la mentalidad teocrática entonces imperante concebía la Filosofía en todas sus partes (así pues, tanto la Ética o Filosofía Práctica, como la Lógica, y por supuesto primero de toda la Metafísica u Ontología) a modo de un puro saber auxiliar y exclusivamente orientado al mejor entendimiento de la esencia divina (es decir, según lo anticipado, como *ancilla Theologiae*) –resulta que hoy ese papel naturalmente subordinado de las diferentes ramas del conocimiento obliga a todas ellas a rendirse a la Economía, entendida como el único saber supremo –según hemos oído aquí, casi el único racional– a cuyo servicio deberán supeditarse también otras ciencias formales mayormente de tipo matemático (desde luego la Matemática Financiera, la Estadística y la Contabilidad) y, si se nos permite decirlo rotundamente para acabar de redondear el cuadro de las concomitancias de impronta medieval anteriormente aludidas, naturalmente también los restantes saberes morales y útiles, empezando –siguen las sorpresas– con los temas que ahora se denominan de «imagen» (se considera moderna la de quienes practican tales ejercicios economicistas, mientras se califica de trasnochada y poco científica la de la antigua *intelligensia*, progresivamente transformada en mera *intellectual commodity*, para no hablar de la estimación directamente pecaminosa de pensadores alternativos, herejes e iconoclastas). Y todo ello va haciéndose visible por distintos territorios hasta recalar en la más reciente articulación de esa nueva especialidad –poco menos que inefable– encargada de proclamar la buena nueva que ya no sólo de teorizar acerca de los *ethical requirements* y, en especial, sobre las exigencias de «honorabilidad», igualmente aludidas antes, que deben presidir la aplicación de semejante evangelio. Ya se decanten en mayor grado hacia el utillaje matemático o hacia la meditación costumbrista, según los gustos de cada uno, para entender el proceso de esta nueva jerarquización que, en el esquema referido, ordena la importancia de las cosas, lo verdaderamente relevante es destacar la supeditación claramente vicaria de todos esos saberes y ejercicios a puntos de vista ajenos que los colocan sin excepción al servicio de objetivos superiores de *eficiencia* económica. Tal es efectivamente la nueva lámpara votiva que en las tareas cotidianas de la mañana y en el aislamiento de la vigilia nos recuerda la presencia de ese nuevo «ente Todopoderoso» que ahora preside también un Paraíso nuevo, del que todos estamos llamados a gozar si nos plegamos a su obediencia o *compliance*; hablamos, pues, de un nuevo padre celestial de fisonomía más austera que, sin precisar ya del amor ni tampoco del auxilio de la Gracia, dispensa por su propia disciplina un poder salvífico que es el único capaz de orientar el rumbo de la sociedad, de corregir sus posibles desvíos de ruta, y, a la postre, en fin, de garantizar el buen funcionamiento del universo mundo. Hablamos, en definitiva, de la idolatría del Mercado, escrito en singular y con mayúscula, a la que se nos convoca, según acabo de apuntar, desde que tocan a matines hasta que concluye la adoración nocturna.

Con semejante actitud se comprende perfectamente que legisladores poco avisados –porque hoy las leyes son ya de distinta procedencia y haberlas *hailas* no sólo de juristas sino también de ingenieros y de economistas– piensen que basta que un texto positivo invoque la eficiencia para disfrutar de inmediato sus extraor-

dinarios efectos taumatúrgicos, como el más reciente de los muchos proyectos legislativos en marcha (leáse la Ley Financiera) acaba de proclamar a modo de estrella polar, en una maraña de disposiciones heterogéneas, y, para mi gusto, descompuestas. Y mi preocupación sube de punto cuando resulta además que –con leyes o sin ellas, porque ambas situaciones se dan– la misión que deben asumir los jueces actuales al enfrentarse con un conflicto jurídico, a la hora de procurar la satisfacción de pretensiones contrapuestas, y también en esa función otrora cuasi sacerdotal de dispensar justicia y contribuir a la realización del Derecho, consiste únicamente en identificar qué es lo que habría hecho el dichoso «Mercado» para seguidamente proceder a lo que ahora se llama «mimetizarlo», término escasamente neutral y que expresa por cierto lo contrario de lo que dice, enmendándole derechamente la plana a semejante ídolo. Porque es más lógico pensar que como Ente efectivamente Todopoderoso alguna razón habrá si el Mercado mismo no ha procurado ya las reglas necesarias, omitiendo la directa solución del conflicto de que se trata. Es posible que más de uno piense que estoy haciendo una simple caricatura y además poco respetuosa para con los sentimientos religiosos de muchas de nuestras gentes. Esto segundo lo niego rotundamente; y por eso anticipé que, puestos a elegir entre lo malo y lo peor, prefiero el viejo iusnaturalismo católico a esta versión protestante de la ética puritana que, según la interpretación de Max Weber, transforma el éxito en los negocios en signo de predestinación, en un proceso generador de ansias desaforadas de riqueza que sorprendentemente han prendido sobre todo en nuestros sectores más integristas, empeñados hoy denodadamente en predicar y vivir al mismo tiempo lo uno y su contrario. El rasgo grueso y simplificador de la imagen de que me estoy sirviendo lo tengo que aceptar; y sólo puedo manifestar en mi descargo que me ha parecido recurso adecuado para romper las neblinas de los paisajes al óleo en los que, entre sombreados celajes y juegos de perspectiva, resulta que al final no alcanzamos a ver ni el bosque ni los árboles. Y para demitir mejor la significación de mi planteamiento, ruego que todavía se me permita explicar un poco más por qué razón y por qué caminos hemos llegado hasta donde hoy nos encontramos, y pido que se me autorice asimismo a glosar todavía algunos de los misterios de tan sacrosanto modelo teológico [VIII].

«El Mercado» en cuanto nueva divinidad *a se*, es decir, entendido efectivamente como base y fundamento autosuficiente de todas las cosas, se concibe hoy por los especialistas –a causa de los mencionados componentes ideológicos– como expresión de *preferencias reveladas*, por no decir como fuente de toda revelación, en una concepción escatológica en la que semejante demiurgo ejerce además como dispensador de los *castigos* y *recompensas* que han de premiar a los «buenos» (leáse a los calculadores, eficientes y, sobre todo a los *wealthmaximizers*) y que asimismo antes o después debe sumir definitivamente a los «malos» (es decir, a los generosos, altruistas y derrochadores) en la más oscura tribulación. Y, adviértase que, por mucho que semejante *Weltanschauung* pueda parecer a más de uno, en esta presentación nuevamente reducida a su esencia más austera, como algo excesivamente elemental, casi fruto de la candidez o la idiocia, mucho me temo que es difícil negar que –con importantes diferencias entre el Hemisferio Norte y el Hemisferio Sur– semejante planteamiento constituye una nueva cosmovisión de naturaleza cuasi religiosa difícil de ignorar y todavía más difícil de erradicar en base a la somera crítica que se conforma con destacar su significación de *pensamiento*

*único*; puesto que por el revés de la trama abundan propagandistas y prosélitos empeñados en convertirla en la filosofía dominante de Occidente en su esfuerzo teñido de irrefrenables ansias misioneras. Mundo venturoso éste que se ofrece a los demás como ejemplo y paradigma de una nueva *civitas dei* (tras el desastre de Nueva York antes comentado incluso expresamente), pero cuyos súbditos se muestran progresivamente incapaces de comprender que, fuera de nuestro cómodo círculo de prosperidad, semejante *simbolismo cultural* resulta poco menos que incomprensible para la masa de los desheredados a quien ahora exportamos tan beatíficas recetas salvadoras, igual que en otro tiempo intentábamos transmitirles la doctrina cristiana. Por cierto, y, en mi opinión, doctrina mucho más justa y que, en contrapartida, podía ser capaz de proporcionar mayores y más humanos lenitivos a la pobreza, a los sufrimientos y el dolor que los que suele autorizar la persecución de la *eficiencia* económica, aun redimensionada bajo la nueva pócima mágica que ahora se llama «capitalismo compasivo», tan alejado todavía de la antigua virtud de la misericordia. Por lo que para entender mejor las bases de sustentación de esta otra concepción, ahora vigente y tan descarnada, todavía hay que desvelar alguna cosa más sobre las claves mentales que permiten no sólo calificar ese estilo de pensamiento como «único», sino tacharlo de modo resuelto como definitivamente ideológico. A tal efecto, lo que se ha hecho –en mi opinión– es sustituir el viejo esquema teologal de premios y castigos por un nuevo y mucho más sofisticado *Calculus of Pleasures and Pains*, dicho sea con el rótulo que sirve de título a un capítulo famoso de cierto Tratado de Economía que, al amparo de las doctrinas utilitaristas, alimentó la reflexión de la Escuela Neoclásica desde finales del siglo XIX y del que es autor Sir William Stanley Jevons. Él no inventó el modelo, que ya había apuntado el aludido Jeremías Bentham en su no menos famosa contribución a la *Teoría de las penas y recompensas* (1818), que es, a mi parecer, libro más sobrio que el nuevo tratado de los «dolores y gozos» económicos de que ahora estamos hablando. Y estamos hablando por supuesto de un cálculo extraordinariamente difícil, tanto que al no ser posible identificar a priori las llamadas *preferencias* del consumidor es mejor hacerlas coincidir a posteriori con la información que proporciona el rango de unos precios que tampoco aciertan a traducir por regla general el valor intrínseco de las cosas, como había demostrado Marx en su crítica de la Economía Política al discutir la teoría del valor de Adam Smith. Todo lo cual –en opinión de autores relativamente fiables y, desde luego, de aquellos más lúcidos que se encuentran entre los que se encargaron de dar los primeros aldabonazos que hoy permiten entender algo mejor asunto tan sorprendente– lleva precisamente a entronizar ese mecanismo de los precios como un nuevo *Deus ex machina* inclusive más justo y hasta –si se nos apura– profundamente objetivo, si de verdad fuera cierto que el esquema teológico de la libre competencia funciona efectivamente como un Dios providencial.

Lamentablemente no es así, y por esa razón, como hace ya muchos años advirtiera algún especialista (creo recordar que fue Thurman Arnold), las leyes antimopolio son el verdadero floklore del capitalismo, vale decir, para entendernos, la práctica efectiva y cotidiana del oficio divino en la esfera económica, ejercida como deber sacerdotal de que no cabe desentenderse en nuestros días, a menos de que todo se vaya al garete. Y diré más, porque al cambiar el Panteón de los dioses, esta nueva Teología económica ha tenido que empezar a profundizar además sobre

sus propios misterios. Unos misterios particulares a los que enseguida me referiré, no sin anticipar, conforme a lo prometido, que si el nuevo saber teológico ha conseguido afianzarse en grado tan eminente como el que es de justicia reconocerle ha sido precisamente progresando desde el cálculo económico referido, del que arranca la reelaboración teológica del modelo, para progresar después, y por la propia fuerza expansiva de esa construcción, hacia lo que bien podríamos llamar el «paneconomismo» de algunos especialistas, como paso primero, a propiciar la progresiva trivialización de semejante cosmogonía por el vulgo, después, y finalmente a su sacralización desnortada en casi todas partes por obra de políticos ejercientes, siendo a mi juicio tales desviaciones, juntamente con los intentos ya criticados de aplicar el modelo a territorios para los que no estaba concebido, los que han propiciado los actuales planteamientos que estoy intentando humildemente desenmascarar [IX].

Y como, por mi parte, no creo oportuno sacrificar en el altar de la Economía las exigencias de la *Paideia*, tengo que reducir ya el estudio de los misterios de esta nueva Teología al mínimo imprescindible; y para estos efectos me parece que puede ser suficiente concentrarse en el más importante de todos ellos, que curiosamente coincide también con el de la Santísima Trinidad. Porque el Mercado, entendido según queda dicho como ser Supremo y demiurgo todopoderoso dispensador de premios y castigos, tiene asimismo tres manifestaciones o epifanías, que hoy acostumbran a manejarse de manera excesivamente promiscua –pues lamentablemente no tienen entre sí idéntico grado de intercambiabilidad que el distinguía la antigua Divinidad trimembre de Padre, Hijo y Espíritu Santo– bajo los rótulos ahora tan manoseados como repetidos de *privatización*, *liberalización* y *desregulación*.

Pero, si empezamos por el primero de esos términos, que es también el de entendimiento más sencillo, sucede más bien que «privatizar» es simplemente poner en manos privadas empresas o actividades que antes estaban en «mano pública». En este sentido, y entendida como puro fenómeno de traslado, la «privatización», aunque se realice mediante subasta, concurso público o concurrencia de ofertas, lo único que procura es un título para la gestión de esas actividades o empresas; pero no es sinónima por sí misma de que esa gestión mejore. Entre los nuevos iuspublicistas conversos, glosadores no hace tanto de las excelencias del *servicio público* (que no es por cierto un invento marxista, sino una muy delicada construcción liberal para poner a cargo del Estado el ejercicio de actividades que no resultaban privadamente rentables), la crisis de su antigua fe les ha llevado a suponer que había que llevar a la tediosa actividad administrativa ese postulado de la eficiencia, cosa que efectivamente sanciona, como de todos es bien sabido algún artículo de su ley de Procedimiento. Por si esto no fuera bastante se hartaron de poner luego negro sobre blanco en el *Boletín Oficial del Estado* que esta o aquella actividad iba a gestionarse a partir de ahora «en régimen de Derecho privado», como si tan sonora invocación fuera capaz de generar por sí sola el anhelado efecto taumatúrgico de conjurar burocratismos, y rutina; y cuando todo esto no ha resultado suficiente, se pasan hoy con armas y bagajes a la apología de la privatización, que tiene por lo menos tantos excesos como la antigua de las nacionalizaciones.

Pero, no nos engañemos. Por mucho que lo arrojemos bajo la repetida fórmula de «devolución de actividades al sector privado», tal concepción es una simpleza y en algún caso resulta además directamente incorrecta. Porque si la actividad

que se privatiza estaba y prosigue estando monopolizada, lo único que estamos haciendo es transformar un monopolio público en otro privado. Y viceversa, si de verdad quieren «devolverse» actividades o empresas al sector privado, cuando unas y otras son lo que aquí y en el resto del mundo se conocen como «industrias reguladas» –como por cierto ha sucedido, según sabemos bien los mercantilistas, con las que componen el sector financiero desde la Edad Media– no habrá tal «devolución», sino auténtico cambio de régimen si llegan a privatizarse suprimiendo dicha regulación. Así pues, no pidamos a las privatizaciones más de lo que pueden darnos y veamos qué es lo que, con o sin su auxilio, aportan a esos procesos de cambio que deben mejorar su tratamiento en búsqueda de la eficiencia aquellas otras formas trinitarias que hemos llamado antes desregulación y liberalización.

Para luchar contra el aprovechamiento de rentas monopolísticas, no basta pues con privatizar, cosa que además puede favorecer al mismo tiempo otros procesos que llamamos coloquialmente el «reparto del pastel», y que los economistas estudian entre los fenómenos de *rent seeking*, es decir, de caza o captura de rentas, ya sea del monopolio que se privatiza o de lo que caiga a su alrededor. Y añadiré que no basta privatizar, ni siquiera aunque al mismo tiempo se desregule, término éste que hoy se ha vuelto equivalente a sustraer competencias a la Administración tradicional a favor de nuevos órganos de supervisión externa (las llamadas Comisiones o Agencias, no siempre verdaderamente independientes), que en ocasiones generan un nuevo feudalismo administrativo a través de la articulación de discutibles *relaciones especiales de sujeción* que acaban provocando una «neorregulación» todavía mucho más asfixiante y prolija que la existente con anterioridad. Como yo he intentado servir con diligencia digna de mejor causa alguna de las más importantes de esas Agencias o Comisiones –me temo que hoy un tanto desacreditada–, tampoco quisiera que se viera en esta crítica una enmienda a la totalidad, aunque tampoco puedo detenerme ahora en el análisis de las ventajas e inconvenientes de este mecanismo regulatorio alternativo. Solo añadiré que, en mi opinión, no deberían multiplicarse como entre nosotros acostumbra a hacerse hoy cual si fueran otro bálsamo de Fierabrás, puesto que no sirven –aunque tantos se empeñen en pretenderlo– para curarlo todo.

Realmente, lo que hay que hacer para introducir competencia en ámbitos que no la disfrutan es otra cosa bien distinta y que nos aleja sensiblemente de esa dialéctica pendular y siempre inconclusa que va desde la *des-regulación* a la *neoregulación* para llevarnos a los terrenos de la *liberalización* propiamente dicha. Lo que debe hacerse para lograrla es, pues, eliminar barreras de entrada, permanencia y ejercicio de actividades y servicios, promoviendo para ello las reformas estructurales oportunas, asegurándose al mismo tiempo que las instancias encargadas de defender la libre competencia aplican correctamente la legislación antimonopolística, sancionan los abusos de posición dominante y controlan los fenómenos de concentración empresarial, en función de las características sectoriales y la determinación de los mercados relevantes, reprimiendo cualquier tipo de prácticas restrictivas de la libre concurrencia en el mercado.

Tal es, como dije antes, el oficio divino de nuestros días, y a esto se reduce también la llamada «liberalización», si no nos empeñamos en atribuirle enseñanzas teológicas y nos limitamos a mantenerla en su terreno. Y, en la mayoría de los sectores económicos, una vez alcanzada lo que se llama una *competencia efectiva* (que no

suele coincidir demasiado con el modelo teórico de la denominada «pura y perfecta») suele sobrar la ulterior regulación. Pero no siempre sucede así y por tanto dicha regulación será siempre necesaria en aquellas concretas actividades, que, no obstante estar efectivamente abiertas al juego de la lucha concurrencial, se encuentran expuestas por naturaleza a esas otras situaciones que acostumbran a calificarse como «defecto del mercado», o *market failure*. Es muy de agradecer que los buenos economistas reconozcan que el mercado tiene defectos. En términos muy generales, tales situaciones se producen o tienen lugar cuando en el desenvolvimiento de esas actividades aparecen lo que llaman ellos «externalidades negativas», entre las que cabe mencionar los supuestos de información asimétrica o privilegiada (el que sabe más que otro puede burlar la confianza de su cocontratante o la general del público, silenciando datos relevantes para la celebración del negocio) y el también llamado «riesgo moral» (*Moral Hazard*) que, en términos jurídicos, podríamos identificar con la tendencia a rebajar los niveles de diligencia exigible cuando los operadores se sienten amparados por una red protectora de cualquier clase, en la que descansan cómodamente, desentendiéndose de los deberes de cuidado que en otros supuestos extremarían [X].

Para todo lo anterior probablemente sí que sirve el modelo de mercado, aunque no tanto como nos gustaría a quienes a pesar de todo creemos en él, no más de lo necesario, pero tampoco menos de lo conveniente. Mucho me temo, sin embargo, que tratar de sacarlo de ese contexto propio, y ya que hablamos de concurrir, que etimológicamente significa correr con otros, no mejorará su *performance* defectuosa. Lo recuerdo porque nada lamentaría más que, tras esta exposición crítica, alguien sacase apresuradamente la conclusión de que la economía es asunto irrelevante y el saber sobre la misma un conocimiento prescindible. Las necesidades de una humanidad menesterosa demuestran lo contrario. Y de poco sirve invitar a la *Paideia* cuando a uno siguen sonándole las tripas. Me gustaría que esta comparación elemental fuera suficiente por sí sola para devolvernos a otra jerarquización de los objetivos individuales y colectivos, por cierto, entre nosotros hasta hace no mucho tiempo escasamente discutida. Esforcémonos juntos y separadamente en resolver lo que antes se llamaban las atenciones de primera necesidad, donde, sin duda, el análisis económico y el buen conocimiento de los mecanismos que rigen el funcionamiento de lo que antes he llamado las funciones de utilidad ofrece un utillaje imprescindible para abordar esos temas correctamente. La corrección de los planteamientos ya no nos la proporciona exclusivamente la teoría económica, sino también la política del mismo nombre y, sobre todo, puesto que ante recursos escasos se impone siempre un sistema de opciones y alternativas que en el plano de la elección pública nunca resolverá completamente la libertad individual, esforcémonos porque la política del Derecho sepa decidir, por su parte, allí donde la de la Economía ofrecen un abanico de posibilidades no cerrado; y hagámoslo siempre de la forma más democrática que seamos capaces, desincentivando conductas orientadas exclusivamente a la acumulación de riqueza como fuente de ulteriores y más abundantes acumulaciones sucesivas. La inversión del excedente, que cada día es menos asunto de economía nacional y progresivamente se nos presenta como problema universal, debería impedir que mientras los países más ricos y poderosos ofrecen crecientes oportunidades para la práctica de nuevos negocios sin lesionar contemporáneamente las que reclama la *ubertas ingenii*, una

masa creciente de gentes abandonadas que, como los antiguos esclavos de Esparta, están esperando su revolución a las puertas de Occidente, nos recuerden cada día que condenarlos a la miseria puede costarnos muy caro. Y en este sentido, cuando hablo de la *Paideia* lo hago al nivel de los tiempos en que nos ha tocado vivir, donde ya carece de legitimación cualquier forma de marginalidad, de discriminación o de esclavismo.

Fue sobre ese sistema económico del trabajo esclavo sobre el que se construyó en buena parte la *Paideia* que nos legó el mundo griego, con el auxilio incomparable que para su propagación *urbi et orbe* supuso en la Antigüedad clásica la organización militar y el genio jurídico de los romanos. Una *Paideia* que en esos temas de los *ubertas ingenii* no ha sido todavía superada para mi gusto, aunque nuestro venturoso mundo Occidental haya hecho evolucionar exponencialmente en su lugar el progreso técnico y la razón instrumental. Tanto que uno y otra empiezan ya a campar por su cuenta, emancipadas progresivamente de las cadenas de la política, también del sentido del Derecho y aun de las buenas costumbres que marcaban el estilo de vida de unas gentes, hoy convertidas cuasi exclusivamente en una inmensa república de consumidores, a quienes hay que vender toda clase de aparatos y productos de primera, segunda o tercera generación. El tema de esta nueva esclavitud sólo puede ser abordado desde la doctrina de los Derechos Humanos, en los que los juristas deberían ser los primeros comprometidos. El tema de la reconducción de la república de consumidores hacia el viejo modelo del *ágora* pasa por la restauración de lo que los politólogos modernos denominan la nueva *socratic citizenship*, que me gustaría poder glosar con más calma y de la que sólo adelanto que reclama también un retorno a la *areté* con lo que supone de reelaboración de las virtudes personales. Si entre todo ello somos capaces de restituir el pensamiento económico al dominio de la economía y sobre todo somos capaces de restituir también a la Academia algo de la función educativa que la caracterizó históricamente como institución al servicio de la cultura, creo que todos los juristas en ciernes que hoy visitan nuestras aulas –con más o menos protagonismo, porque es pronto aún para ejercer de augur y lanzarse a la profecía –por lo menos podrán colaborar a la construcción de un mundo mejor.

Y con esto voy a terminar. Aunque no comparto su exacerbado elitismo ni otras tendencias para mi gusto aún menos presentables, quiero recordar antes de concluir un último libro titulado precisamente *Sobre el porvenir de nuestras escuelas*, que ofrece un excelente ejemplo de esos ejercicios restauradores y proféticos. Se nos dice allí: «Sin lugar a dudas, veo acercarse una época en que hombres serios –al servicio de una cultura completamente renovada y purificada y mediante un trabajo en común –pasarán también a ser legisladores de la educación cotidiana, de aquella educación que conduce precisamente a esa cultura. Probablemente ellos volverán a trazar proyectos; pero qué lejana está esa época. ¡Y cuántas cosas deberán suceder entre tanto! Quizá entre la presente y esta otra edad se habrá destruido el instituto, tal vez se habrá eliminado hasta la universidad».

Vaticinios oscuros, pero en los que el último de los manes de mi personal altar familiar y panteón de pensadores a los que me he permitido convocar para que me auxilien en la preparación de esta charla parece haber acertado de pleno sobre el diagnóstico. Aunque no son palabras de ayer ni se refieren a la presente situación española, me parece muy oportuno recordarlas porque parecen un vivo retrato del

porvenir inmediato que nos amenaza antes de retornar a ese mundo mejor que otro compatriota suyo ha llamado en fórmula hermosísima *Die Wissenschaft als Hoffnung*, lo que bien podríamos traducir aquí bajo la fórmula «el Saber como Esperanza» [XI].

Aquel primer vaticinio tenebroso se formula el año 1872 en la Universidad de Basilea, durante un ciclo de conferencias sobre el tema indicado, es decir *Ueber die Zukunft unserer Bildungsanstalten*, y en la cuarta sesión, si la memoria no me traiciona, se añade algo más, que tampoco me resisto a reproducir, aun cuando lo ya dicho manifiesta algo del eterno retorno de Gianbattista Vico con que iniciamos esta charla. A fin de cerrarla definitivamente déjenme ustedes reproducir otros dos párrafos de esa obra, a mi parecer igualmente sin desperdicio. Dicen así:

«Para librar su lucha por la existencia, el hombre debe aprender muchísimo, pero todo lo que a este fin aprende y hace como individuo nada tiene que ver con la cultura. Al contrario, éste comienza solamente en un nivel que está situado mucho más arriba de ese mundo de las necesidades...»

«Por consiguiente, amigos míos, no cambiéis esta cultura», es decir, «esta diosa etérea, de pie ligero, por esa otra útil doméstica que a veces recibe incluso la misma denominación de “cultura”, pero que no es sino la sierva y consejera intelectual de aquellas otras necesidades de la vida, de la ganancia y de la miseria.»

Y, por mi parte, no tengo nada más que decir, excepto dar a todos las gracias, recordando que así hablaba Friedrich Nietzsche [XII].

## APÉNDICE

[I] *Sobre Vico*.—De esta última obra (que no de la también jurídica anterior que igualmente se menciona en el texto) hay una edición italiana (*Della constanza del giurisprudente*, 1861) en nuestra Biblioteca Nacional, donde pueden consultarse, asimismo, y entre otras varias que sería prolijo reseñar en detalle, además de un par de *Antologías* de la reiterativa producción del autor (1982 y 1989), sus *Instituzioni oratorie e Scritti inediti* (1970), alguna otra *Pagine Scelte* (1901) y los *Ensayos conmemorativos* del centenario de Vico y Herder (1948), completándose el repertorio con un buen elenco de ediciones varias de la *Scienza Nuova*, que yo conozco por la Biblioteca de Iniciación Filosófica de Aguilar, Buenos Aires 1956, en cuatro volúmenes, tamaño octavo, traducida del italiano por Fuentes Benot. No he localizado en aquella Biblioteca Nacional la Disertación a la que me refiero en mi discurso, que, sin embargo, tuve en mis manos hace ya muchos años en una edición bilingüe (latino-alemana) en mi primera estada por tierras germánicas el año 1966 (*Vom Wesen und Weg der geistigen Bildung*, Bad Godesberg 1947), disertación que en esta hora, a falta de ejemplar propio, rememoro (y reconstruyo) con la impagable ayuda de la obra de Theodor VIEWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid 1964, trad. de Díez-Picazo, pp. 25 y ss. (más sintéticamente puede verse Eloy GARCÍA en nota 66 de su «Estudio preliminar» a la obra de J. G. A. POCKOCK, *El momento maquiavélico*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 44). Aunque no se sitúe en la óptica que aquí se maneja, puede ser de interés consultar además Richard PETERS, «La estructura de la historia universal en Juan Bautista Vico», *Revista de Occidente*, 1944, así como más recientemente D. Ph. VERENE, *Vico's Science of Imagination*, Ithaca N.Y., 1981; y, para introducirse en la visión jurídica del autor de referencia, puede servir de vademécum el opúsculo de Eleuterio SÁNCHEZ GARCÍA, *El derecho en la obra de Giambat-*

tista Vico, Universidad Murcia, 1964. Respecto del análisis «coste-beneficio, que inmediatamente se mencionará, vide D. W. PEARCE, *Cost-Benefit Analysis*, McMillan, London 1971.

[II] *De las Humanidades y el valor de los clásicos.*—El menosprecio de ese filón de sabiduría centenaria es cosa que los propios libros de texto que se usan en el bachillerato, BUP, ESO, o como quiera que hoy se llame nuestra enseñanza secundaria, vienen fomentando desde hace tiempo, en uso de una técnica que alguna de nuestras mayores autoridades en la materia (Rodríguez Adrados, si la memoria no me traiciona) ha resumido insuperablemente bajo la fórmula «muchos colorines y pocos latines». No puedo sino deplorar ese desvío creciente de las Humanidades y el irrecuperable desperdicio de una tradición imperecedera, que tantas gentes, incluyendo a muchas incluso aparentemente cultas, sólo son capaces de entender hoy como un postizo, o como fenómeno circense de rara erudición —válida únicamente *ad pompam vel ostentationem*—, cuando es más cierto que su aprovechamiento y «apropiación», incluso en el sentido más decarnadamente utilitarista que imaginarse pueda, será cualquier cosa menos una pérdida de tiempo. Lo que ya se nos había advertido desde aproximaciones puramente divulgativas (Italo CALVINO, *Perche leggere i classici*, del que existe una versión española al alcance de todos en Fábula Tusquets Ediciones, Barcelona 1995) a las reflexiones más complejas de la literatura especializada, en una exhortación permanente que hoy sigue patrocinando la doctrina más reciente (Ivan Dionigi Rizzoli, editor, *Di fronti a i classici. Colloquio con i greci e i latini*, Bur. Saggi, Milano 2002) Para el significado de la llamada «Escuela de Salamanca», mi tierra de origen, siempre añorada, baste remitir a las referencias bibliográficas que yo mismo he recordado hace bien poco en un estudio sobre «La sociedad anónima y el Mercado. Observaciones al paso de un reforma indebida», 14, *RdS*, 2000, pp. 13 y ss., y con perspectiva distinta Bartolomé CLAVERO, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Tecnos, Madrid 1984, pudiendo consultarse asimismo con mayor amplitud, y desde la óptica particular, de instituciones comerciales que padecieron su rémora o se beneficiaron de su influjo (desde las marítimas a las financieras, pasando por las figuras societarias) las diversas contribuciones recogidas en el libro de Carlos Petit (ed.), *Del ius mercatorum al Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1997. Sobre otras contribuciones jurídicas de la vieja Escolástica, de interés para el Derecho privado vigente, vide, por todos, James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford, 1991, obra que constituye un magnífico ejemplo, por cierto, de lo que ha llamado un filólogo ilustre restituir a la vida lo que parecían únicamente sombras del pasado, pero haciéndolo precisamente —como pide ese entendimiento correcto de los clásicos— «con la sangre de nuestro corazón» (Ulrich WILAMOWITZ-MOELLENDORF, *Erinnerungen 1848-1914*, Leipzig, 1929)

[III] *Acerca de la dimensión política del Derecho.*—Baste recordar ahora, por su tratamiento más reciente, su orientación flexible, y la disposición a recuperar ese papel que el Derecho ha ido perdiendo G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mite: leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992, del que también existe traducción española de Marina Gascón, con prólogo de G. Peces-Barba (*Derecho dúctil. Ley, derecho justicia*, Trotta, Madrid 1995). Para ello naturalmente hay que progresar antes debidamente en la crítica del «legalismo», o, si se prefiere, en la superación del paradigma metodológico de cuño positivista, tema que, por su enorme transcendencia, no es cosa de arruinar ahora con un par de referencias apresuradas, aunque en una orientación semejante y, por lo que tiene de estímulo entre nosotros a la hora de abordar esa tarea, no me resisto a rememorar el libro de Díez-PICAZO, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona 1973 (reimpresión de 1975) en un esfuerzo por superar el imperialismo del puro dato normativo, orientación que, con mayor determinación viene ensayando, en el país vecino, la *opera omnia* de António M. Hespanha. Es cosa sabida, por lo demás, que no obstante la frecuente disposición del jurista a presentarse a sí mismo como «técnico», el uso de esa técnica —que constituye para todos nosotros seña de

identidad irrenunciable— suele venir orientado, como corresponde al manejo de cualquier otra herramienta, y tanto si su utilización es deliberada como si tiene lugar subliminalmente, por los valores, prejuicios e intereses, ya sean objetivos o subjetivos, que contribuyen a definir la forma en que individualmente o como grupo el jurista se instala en el «mundo», es decir, en el suyo propio que nunca ha renunciado a «conformar». Sucedió en Roma (BAUMAN, «Lawyers in Roman Republican Politics. A Study of the Roman Jurist in their Political Setting», *BC*, München, 1983, 316-382, *apud* AGUDO RUIZ, *La enseñanza del Derecho en Roma*, Universidad de La Rioja, Ed. Reus, Logroño-Madrid 1999), sirvió asimismo quienes protagonizaron la «Recepción» para domesticar el pluralismo medieval (de lo que da noticia suficiente la bibliografía recogida en el número [V] *infra*), no faltó en las centurias siguientes (MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del Secolo XVI*, Milano 1971) y, con el triunfo de la revolución burguesa, de la que arranca el paradigma positivista mencionado, hizo del imperio de la Ley el remedio frente al poder y el arbitrio de administradores y jueces, tratando de impedir que unos y otros se convirtieran en «creadores» de un orden jurídico al que más bien debían quedar subordinados. Lo que rectamente entendido no impide que, tras la crisis de la *interpretatio iuris* en la Europa del Derecho común, la denuncia de la insuficiencia de la labor codificadora o la revisión de los excesos de la pandectística, aquel elemento «técnico» perdure como la hebra roja que identificaba el antiguo cordaje de la marina inglesa y, a modo de factor común o punto de encuentro entre estilos de pensamiento jurídico, no sólo tan distintos, sino inclusive contrapuestos, «acabe presentando de un modo semejante el discurso jurídico, su lógica, su función» (PRIETO COSTA, «Discurso jurídico e imaginación», en Petit, Ed., *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 167), cosa que también a nosotros nos permite beneficiarnos ahora de nuestros propios «clásicos».

[IV] *Recuerdo de mis maestros y excursus sobre los jueces.*—Es el Plan en el que se educaron algunos de los «nuevos» (y también de los mejores) catedráticos de nuestra todavía joven Facultad de Derecho de la UAM, según fue concebido con su proverbial sentido «posibilista» por el que fuera su fundador, Aurelio Menéndez, a quien recientemente he calificado como *alfa* y *omega* de todos mis maestros (vide, al respecto, la nota necrológica recientemente aparecida sobre «Rodrigo Uría, 1906-2001. En memoria del hombre de carne y hueso», *ADC*, tomo 54, fasc. IV, 2001, p. 1345). Junto a él debo efectivamente recordar ahora a todos los demás que componían el claustro de la estimulante Facultad de Derecho de la Universidad salmantina en la que yo me formé, entre los años 1958-1963, y, en particular, a Tierno Galván y Ruiz Giménez, en el primer curso; Prados Arrarte y Antón Oneca, en el segundo; García Trevijano y Espín Cánovas, en el tercero y cuarto, y Delgado Pinto, en el último, que me merecen un reconocimiento sincero y singular por haberme proporcionado las bases mentales de las que todavía vivo. Bases luego suplementadas por quienes me introdujeron en reflexiones epistemológicas y metodológicas más sofisticadas (incluyendo los métodos de la Ciencia económica que nos regaló un excelente Curso de Doctorado de Gloria Begué) y no limitada por cierto al Derecho mercantil que yo profeso, sino referida al Derecho en general y aún me atrevería a decir que situado en la articulación conjunta de las disciplinas que acostumbramos a llamar Ciencias Sociales, lo que, en mi caso, es fruto específico del magisterio mucho más cotidiano, directo y hasta confidencial de Justino Duque. Siendo yo incapaz de transformar semejantes sentimientos de pertenencia a una tradición de pensamiento en obra escrita, como han hecho otras plumas más felices de mi misma tierra que tanto envidia (Elías DÍAZ, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza Universidad, Madrid 1994), quede por lo menos ahora este testimonio íntimo para el recuerdo. Y, puestos a rastrear como Diógenes aquel modelo de jurista integral, poseedor de tan varios saberes, de conocimientos no sólo tan raros sino sobre todo tan hondos, encuentro todavía hoy algún ejemplar vivo de tal especie en extinción que me atrevería a identificar con auxilio

de un estudio tan brillante de Joan MIQUEL, que bien puede calificarse de genial (*AENIGMA*, Discurso de apertura del curso 1975-1976, La Laguna 1977). Naturalmente, para la comparación del *usus hodiernus* y el llamado «moderno» bastará remitirse a la obra del mismo título que bautizó a toda una época de la cultura jurídica europea (*Usus modernus pandectarum* de Samuel STRYK o STRIKYUS, nacido en Lentzen en 1640, muerto en Halle en 1710), autor asimismo de un famoso *Tractatus de iure sensum* (Francofurti 1701, en su *editio quinta*). Mucho mejor conocida es por el contrario la idea tradicional de que todo lo jurídico está relacionado con «el juez» (Eberhard SCHMIDT, «La ley y los Jueces», en G. RADBRUCH y H. WELZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid 1971, p. 25), aunque suele advertirse mucho menos que el prototipo recogido bajo semejante nombre es profundamente heterogéneo. No sólo por las diferencias que separan al continental de los de tipo anglosajón (Walter RICHTER, «Der Englische Richter», en *Festschrift, für Rudolf Wasserman* citado después en XI) sino también porque «La imagen aristotélica del buen Juez» (*sic*. GARCÍA MAYNEZ, *Estudios Homenaje a Recasens Siches*, UNAM, México, 1980, p. 368) no se corresponde exactamente con la del «Juez perfecto» de la ulterior doctrina clásica (Gabrielis ALVAREZ DE VELASCO, *Judex perfectus seu de iudice perfecto Christo Iesu domine nostro unice perfecto, vivorum et mortuorum iudice dicatus*, Lugduni, Horatii Boissat & Georgii Remeus, 1562), que, a su vez, tampoco coincide con su posterior versión española durante el tránsito entre el siglo XIX y la centuria siguiente (Francisco BECEÑA, *Magistratura y Justicia*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1928), habiéndose modificado asimismo su papel en los últimos tiempos (Renato TREVES, *El Juez y la sociedad*, Edicusa, Madrid 1974), en parte por la exigencia de incorporar a su utillaje mental y práctico los nuevos valores inscritos en las Constituciones contemporáneas (Otto BACHOF, *Jueces y Constitución*, Taurus Ediciones, Madrid 1963, y luego en Cuadernos Civitas, 1985 y 1987), así como también a causa de su propio perfil sociológico, de su estamento de extracción, e incluso de los mecanismos selectivos de la judicatura, según se advierte asimismo entre nosotros (Miguel TORRES, *El Juez español*, Ed. Góngora, Madrid *s/f.*; con el mismo título, J. J. TOHARIA, Tecnos, Madrid 1975, y más recientemente, *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001). A todo lo cual hay que añadir ahora la proyección mediática que han ido cobrando algunos de los que protagonizan más que nunca en primera persona lo que de forma excesivamente general se ha llamado «El triunfo de los Jueces», para decirlo con la rúbrica del capítulo correspondiente de un libro famoso (Alain MINC, *La borrachera democrática*, Gallimard Temas de Hoy, París-Madrid 1995, pp. 161 y ss., y, más ampliamente, todo el capítulo VI). Por supuesto, dicho sea todo ello sin dejar de advertir –por si alguno lo ha olvidado– que el Juez no tuvo nunca el monopolio de las profesiones jurídicas y éstas se han complejizado tanto en nuestros días que no debe extrañar que la reflexión sobre el cambio de roles no haya dejado de plantearse asimismo en todas ellas (Jean MAYER, *Droit: Magistrats-Notaires-Avocats-Docteurs en Droit des secteurs public et privé*, Centre d'étude de problèmes sociaux et professionnels de la technique, Bruxelles 1962, y más recientemente, entre nosotros, Liborio HIERRO, «Las profesiones jurídicas. Una visión de conjunto», 137, *Sistema*, 1997, pp. 27 y ss.). Pero, aun así, todavía merece la pena seguir leyendo el libro de Piero CALAMANDREI, *Elogio de los Jueces*, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires 1956, y, en una tradición distinta, la obra de Roscoe POUND, *The Lawyers from Antiquity to Modern Times*, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1953

[V] *Las Universidades, la «globalización» y los pobres.*—También desde las muy diversas perspectivas apuntadas en el texto el tema se vuelve inagotable, incluso prescindiendo de la crítica del legalismo, antes recordada. De ahí que, como siempre, y para empezar por las Universidades, la enseñanza del Derecho y el rol de los juristas, sea preferible arrancar desde los libros mejor asentados (Paul KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; Franz WIEACKER, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, Comares, Granada 2000), prosiguiendo luego por aquellos

estudios enciclopédicos que revisan –y valoran– la información existente (por todos, COING, Hg., *Handbuch der Quellen und Literatur der der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, en especial Band I, München 1973, pp. 41 y ss., y Band II, Erster Teilband, München 1977, pp. 3 y ss.) para terminar con las aportaciones singulares que marcan diferencias (por ejemplo, P. WEIMAR, «Die legistische Literatur und die Methode des Rechtunterricht der Glossatorenzeit», 20, *Ius Commune*, 1969, pp. 47 y ss., y, más ampliamente, en época también más reciente, M. BELLOMO, *Saggio sull' Università nell' età del Diritto commune*, Roma 1992). La pregunta sobre si aquel modelo de Universidad tiene algo que ver con la nuestra y con la que está emergiendo es otro asunto (Rodrigo BERCOVITZ y otros, *Hacia una nueva Universidad*, Ayuso, Madrid 1977). Naturalmente no tiene el mismo sedimento la doctrina, tan abundante como desigual, que en estos últimos años se ocupa de la «globalización», hoy convertida en un verdadero género literario cuya corrección política (o menos) tampoco pretendemos «orientar» aunque, circunscribiéndonos asimismo, o sólo de modo particular, a las obras que podemos leer en nuestro idioma (vide, no obstante, K. Booth, T. Dunne & M. Cox, Eds., *How Might We Live? Global Ethics in the New Century*, Cambridge 2001), personalmente prefiero aquéllas de orientación conceptual (E. COHEN, «Soberanía nacional y globalización económica», 167, *Revista de Occidente*, 1995, en especial pp. 70 y ss.; Paul KRUGMAN, *El internacionalismo moderno*, Grijalbo-Mondadori, Barcelona 1997; Ulrich BECK, *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1997, y también *Libertad o capitalismo*, Paidós, Barcelona 2002; J. L. OROZCO y C. DÁVILA, *Globalismo e inteligencia política*, Gedisa, 2001; A. CALLINCOS, *Contra la Tercera Vía. Una crítica anticapitalista*, Crítica, Barcelona 2001; Joseph STIGLITZ, *El malestar de la globalización*, Taurus, 2001) a las aproximaciones que nos ofrecen, por su lado, los profesionales de la política (Oskar LAFONTAINE y Christa MÜLLER, *No hay que tener miedo a la Globalización. Bienestar y trabajo para todos*, Biblioteca Nueva, Madrid 1998) o quienes se dedican al periodismo (H-P MARTIN y H. SCHUMANN, *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, Taurus, Madrid 1998). Por lo demás, asegurar, como se hace en el texto, que lo más «globalizado» que hoy existe en el mundo es precisamente el fraude y la pobreza, dista de ser una *boutade*, aun cuando a algunos les parezca una afirmación insolente (¡Ojalá lo fuera!). Verdad es que no he podido poner al día los datos de que dispongo sobre ambos fenómenos; pero, recordado algunos estudios de la década pasada, los números son sencillamente aterradores. Cuantificar las ganancias vinculadas al fraude no es tarea sencilla, y en este asunto no pueden excluirse, por tanto, sesgos y errores de cálculo; pero aun así las cifras impresionan (pueden verse en P. LILLEY, «Corporate Fraud», *Intersec*, vol. 3, Issue 2, June 1993, pp. 49) y, lo que es más grave, parece que el fenómeno sigue creciendo (vide, entre otros, los análisis de G. SALTMARSH, «Organised and Enterprise Crime», 1993; I. GREIG, «War against the Mafia», 1993; M. P. RATZEL, «European Gangs», 1993, todos ellos reproducidos después –así como también el titulado «Japan's Crime Incorporate», que apareció el 17 de enero del mismo año en *The Independent of Sunday*– en la recopilación de materiales del *Eleventh International Symposium on Economic Crime*, celebrado entre el 12 y 18 de septiembre en el Jesus College, de Cambridge, Inglaterra, 1993. Con mayor ambición teórica, concretamente como demostración de la inconsistencia de ciertas prácticas, otrora muy alabadas (y durante mucho tiempo consideradas fruto de la racionalidad económica cuando se trata más bien de ejemplos paradigmáticos de «desviación» social) puede consultarse asimismo Mary ZEY, *Banking on Fraud. Drexel, Junk Bonds, and Buyouts*, Hawthorne, New York 1993 (aunque los escándalos más recientes de *Enron*, *World com.*, etc. han dejado aquellas malas prácticas en mantillas). Algo parecido sucede también con el tema de la «exclusión social» y la pobreza (*Implementing the World Bank's Strategy to reduce Poverty*, The World Bank, abril de 1993, p. 5 con cifras estimadas), que, lejos de ser fenómeno privativo de remotos países del Tercer Mundo, va extendiéndose también por otros muchos en vías de desarrollo (RAVAILLON y otros «Quan-

tifying Absolute Poverty in the Developing World, 1985-1990», *Review of Income and Wealth*, diciembre 1991, pp. 345 y ss., *ibídem*) y golpea incluso a las sociedades más poderosas. En ese sentido quizá tengan razón los expertos en proponer lo que ellos llaman métodos de «dispersión» para abordar de forma políticamente más correcta su estudio. Referido al punto en que yo lo dejé –y es territorio en que las cifras se han ido agravando año tras año– los datos para Estados Unidos habían hecho saltar ya todas las luces rojas (Cfr. E. N. WOLF, «The Recent Rise in the Concentration of American Wealth: A Case for Alarm?», *AQ*, Winter 1994, seguido de los comentarios de Charles MURRAY, en el mismo número de ese *Aspen Institute Quaterly*, pp. 62 a 87, entre las que me parece particularmente iluminadora la tabla recogida a la número 75 sobre la evolución de la riqueza de las familias en las fechas a las que se refiere). La situación española es algo mejor, aunque también prosigue ensombreciéndose. La fuente más autorizada para comprobarlo son los *Informes para el estudio de la pobreza*, rendidos por diferentes «expertos» a instancia de la Comisión Parlamentaria de la Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados desde 1995. Interrumpida aquella legislatura, se reanudaron las tareas del referido organismo sobre el mismo asunto con posterioridad, pudiendo seguirse de forma resumida en las actas del Debate de la «Subcomisión para el Estudio de la Exclusión Social en España» (*Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones*, 1997, núm. 332, pp. 9.884 y ss., documento al que se puede sumar luego el informe de la Fundación FOESSA, *Las condiciones de vida de la población pobre en España*, Madrid 1998). Tampoco debemos escandalizarnos en exceso, puesto que hace ya dos mil años que se nos había advertido que a «los pobres siempre los tendréis con vosotros» (Mt. 26, 11-11; Mc. 14, 3-9; Ju. 12, 1-8). Pero no podíamos imaginar que llegarían a ser tantos y no es menos cierto que además resultaban mejor considerados a los fines de la «salvación» (Mt. 19, 23-26; Mc. 10, 23-31; Lc. 18, 24-27); dudoso privilegio que no fue capaz de impedir que los más lúcidos propusiesen otras soluciones más prácticas (nuestro Juan Luis VIVES trabajó desde 1523 en Inglaterra, preparando un escrito famoso –*De subventione pauperum*– antes de que en ese país y otros muchos empezasen a promulgar las famosas *Poor's Acts* y *Poor Laws*) hasta que la definitiva consolidación de mentalidades distintas –que interpreta el éxito económico como signo de predestinación (M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, 1.<sup>a</sup> ed. en alemán de J. C. B. Mohr, Tübingen 1901, trad. española de Península, Barcelona 1969, y, más recientemente Boyd HILTON, *The Age of Atonement: the influence of Evangelicalism on Social and Economic Thought*, Oxford 1988, pp. 255-297)– produjo un giro en el tratamiento de ese fenómeno por parte de la vida de los negocios y aun del mundo del Derecho, que, hasta donde me consta, no ha sido capaz de ofrecernos en la pasada centuria nada comparable a la conocida reflexión de Anton MERGER de fines del siglo anterior (*Archiv f. Soziale Gesetzgebung u. Statistik*, 1889-1890), cuyo pensamiento podemos consultar también ahora en castellano en el libro *El Derecho civil y los pobres*, trad. de Adolfo Posada y estudio preliminar de J. L. Monereo sobre «Reformismo social y socialismo jurídico» (Comares, Granada, 1998). Por el camino algún premio Nobel de Economía no se ha recatado de explicar «sutilmente» tan graves desigualdades sociales como el fruto obligado del diferente grado de *productividad* que ha sido capaz de lograr la masa general de la población trabajadora (Gary BECKER, *The Economics of Discrimination*, University of Chicago Press, 1957), olvidando que esa menor productividad tiene bastante que ver con la exclusión social, la falta de educación y hasta con el racismo (William A. DARTY JR. y Samuel L. MYERS, *Persistent Disparity. Race and Economic Inequality in the United States since 1945*, ed. Edward Elgar, Cheltenham, UK, y Northampton, USA, 1998), aunque, por fortuna, no falten colegas suyos, distinguidos con idéntico galardón, que han ensayado explicaciones más exactas y que promueven un *approach* a tan inquietante fenomenología bastante más sensible [Amartya K. SEN, *On Ethics and Economics*, Basil Blackwell, Oxford, reimpresión de 1990, de la que también existe edición en nuestro idioma (Alianza, Madrid 1989)], ya antes en «¿Igualdad de qué?» (en McMURRIN, *Libertad, Igualdad y Derecho*,

Ariel, Barcelona 1988, pp. 133 y ss.), para volver sobre el tema poco después en su libro *Inequality Reexamined*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1993). En lo que se refiere al pensamiento de Bruce Ackerman basta consultar su libro *Reconstructing American Law*, Yale University Press, New Haven, 1984 (del que también hay traducción española con el título *Del realismo al constructivismo jurídico*, Ariel, Barcelona 1988), si bien yo no comparto su predilección por el *L&E*, que se aludirá en la referencia siguiente.

[VI] *Nuevos modelos, problemas de ayer y de hoy, dificultades de siempre.*—Derechos humanos que, en el plano conceptual, difícilmente se materializarán si no progresamos en una fundamentación de los sistemas jurídicos que, sin renunciar a su separación de la Moral, los mantengan permeables a valores de civilización; y que, por otro lado, en el terreno práctico también aludido pasa, a mi personal entender, por un compromiso irrenunciable de abolición de la pobreza, ya que, como forma perenne de esclavitud, de un modo u otro semejante lacra niega aquellos derechos en todas las diferentes manifestaciones que—según las clasificaciones al uso— pueden llegar a revestir (ya que la exclusión en el plano económico y social, termina haciendo imposible también el disfrute de los correlativos derechos de las gentes excluidas en el plano cultural, en el civil y aún en el político). Por otro lado y para limitarme una vez más a orientaciones imprescindibles, suficientemente desarrolladas por los estudiosos de nuestra propia Facultad y que, con diferentes matices, informan bien de eso que en el texto se llama positivismo «incluyente», según una rotulación hoy suficientemente difundida *vid.*, respectivamente, Elías DÍAZ, *Crítica del Derecho Natural*, Taurus, Madrid 1986; Francisco LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1993; Liborio HIERRO, «La pobreza como injusticia. (Dworkin v. Calabresi)», 15-16, *DOXA*, vol. II, pp. 945 y ss.; Alfonso RUIZ MIGUEL, «Derecho y punto de vista moral», XIII-XIV, *AFD*, pp. 571 y ss.; Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001), y, con mayor profundidad, Juan Carlos BAYON, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Me excuso si alguien considera insistente mi referencia a la pobreza; pero, personalmente creo que constituye la causa última de otros muchos males, incluyendo los del terrorismo que en el texto se mencionan; aunque las raíces próximas de tan monstruoso fenómeno, y no sólo del episodio allí mencionado sino también de otros más recientes, incluyendo el del teatro de Moscú de hace bien poco tiempo, muestran intranquilizadoras relaciones de causalidad entre quienes manejan el terror al servicio de sus fines y quienes rijen los destinos de algunos de los poderosos Estados a los que dicho terrorismo golpea (cfr. Robert D. KAPLAN, *Soldados de Dios. Un viaje a Afganistán con los guerrilleros islámicos*, Ediciones B, Madrid, 2002; Peter FRANSSSEN y Pol DE VOS, *Le 11 septembre*, Editions EPO, París, 2002). En cualquiera de esos contextos, el recuerdo del jurista ingeniero, aún en la forma superadora del positivismo bajo la que nos lo presenta Aurelio MENÉNDEZ (*Sobre la moderna Escuela española del Derecho mercantil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993, pp. 49-50) es poco satisfactoria; y, por su parte, el modelo de Federico de CASTRO (*La función de los juristas en el Estado*, ahora reproducido en *Estudios Jurídicos del Prof. [ ]*, t. I, Colegio de Registradores, Madrid, 1997), resulta un recuerdo inefable; todo lo cual ha llevado al primero de esos autores españoles a proponer otro modelo de jurista *intersticial*, que tiene que afanarse en una tarea ingrata de reconstrucción y puesta al día por los meandros de un ordenamiento crecientemente complejo (*Notas sobre lo jurídico y lo justo*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1996, p. 49). Por el camino, sin embargo, han seguido proliferando otros modelos de orientación «funcionalista» (Wolfgang KAUPEN, *The Role of Law and the Lawyers in Modern Society. A Structural-functional Analysis*, 60 Congreso de Sociología, Köln, 1966), los mejores despachos de abogados empiezan a articularse al *estilo Wall Street* (Erwin SMIGEL, *The Wall Street Lawyers*, Indiana University, Bloomington, 1969), sin que la judicatura haya experimentado una evolución semejante que le permita responder a esa mayor capacidad de la abogacía para presentar los asuntos y,

a la postre, los más audaces de la corporación no han dudado en transformarse en *mercaderes del Derecho* (Yves DEZALAY, *Marchands de Droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du Droit*, Librairie Arthème Fayard, 1992). Situación de la que nuestros profesionales del foro, tanto jueces como abogados, dan cuenta alguna vez (Ángel ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Península, Barcelona, 1982), aunque, a mi parecer, de modo insuficiente (Ángel MARTÍN DEL BURGO, *La Justicia como problema. El juez como administrador del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2001).

[VII] *Relaciones entre ética y eficiencia.*—Tema una vez más inacabable, pero que tampoco ha dejado de reflejarse en la cotidianeidad de la vida jurídica (C. CASTELLANO, C. PACE y G. PALOMBA, *L'efficienza della giustizia italiana e i suoi effetti economico-sociale*, Laterza, Bari, 1970; F. FORTE, P.V. BONDONIO, *Costi e benefici della giustizia italiana. Analisi economica della spesa pubblica per la giustizia*, Laterza, Bari, 1970). El recuerdo del especial «momento ético» que no puede faltar nunca en todas y cada una de las instituciones jurídicas, incluso en las más apegadas a los intereses de la economía (L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts. Universalgeschichte*, reimpresión de la 2.<sup>a</sup> edición de Stuttgart de 1891, en Scienza Verlag, Aalen, 1973, p. 18) y también la insistencia actual sobre la necesidad de satisfacer incluso especiales requisitos de esa misma naturaleza para el desempeño de las actividades propias del mundo financiero (Sebastián MARTÍN RETORTILLO, «Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades», *Homenaje a Evelio Verdura*, II, Madrid, 1994, pp. 1.675 y ss., así como Félix VEGA PÉREZ, «Régimen ético-jurídico en la gestión de entidades financieras», *Homenaje a Justino Duque*, I, Valladolid, 1998, pp. 689 y ss.), no es tampoco motivo de tranquilidad. Prescindiendo de la incapacidad demostrada por semejante *approach* para evitar actuaciones escandalosas que han hecho perder toda su credibilidad a los sacrosantos mercados, tales «requerimientos» se están manejando más bien como una apelación a la moral individual para evitar el sometimiento a la *regulación* jurídica propiamente dicha, que es fenómeno del que yo mismo me he ocupado en sedes heterogéneas («Ética y regulación en los mercados financieros», en Fundación BBV, *La dimensión ética de las instituciones y mercados financieros*, Bilbao 1995, pp. 303 y ss., donde pueden encontrarse referencias bibliográficas suficientes, y luego en las *Palabras de cierre* del Congreso Nacional de Derecho Marítimo, recogidas en la revista del mismo nombre *RDM*, mayo 2000, pp. 63-64, especialmente). Nuestra más reciente doctrina sobre el asunto ha dado cuenta suficiente de los aspectos recusables y también de las orientaciones con interés para la justicia de tal aproximación «eficientista» (especialmente Liborio HIERRO, últimamente en «Justicia, igualdad y eficiencia», 2, *Anuario de la UAM*, 1998, con otras referencias a estudios propios y ajenos), lo que excusaría completamente por mi parte ulteriores indicaciones si no fuera porque me parece de gran importancia proseguir esa labor de depuración del *Law & Economics* desde otras perspectivas igualmente provechosas (*vid.*, por todos Werner Z. HIRSCH, «Law and Economics—Valuable but Controversial», en *Law and Social Inquiry*, 1992, pp. 521 y ss.), de modo muy especial en lo que toca a los límites de la llamada *rational choice* (Para una primera revisión crítica solvente y concienzuda de la misma, cfr. Richard H. THALLER, *Quasi Rational Economics*, Russell Sage Foundation, New York, 1991, y, del mismo autor, pero con mayor atención al mundo financiero, también aludido antes, *The Winner's Course: Paradoxes and Anomalies in Economic Life*, Free Press, New York, 1992). En ese esfuerzo de «desenmascaramiento» —y léase la expresión sin animosidad alguna por mi parte— existe ya entre nosotros alguna aproximación general suficiente (MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, para no referirme a la polémica exclusivamente «mercantil», *Gondra v. Paz-Ares et alii*, que no sé si dar por concluida) aunque hasta ahora no se ha insistido suficientemente, para mi gusto, en lo que el método en cuestión tiene de una nueva *dogmática*, entendido ese término en su significación original y más genuina con la que después va a

utilizarse en el mundo del Derecho (a donde accedió, por cierto, desde el campo de la Medicina, cosa que pocos imaginarían, cfr. Maximilian HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte vom Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt a. M., 1981, p. 53), es decir, entendiendo por dogmática un conjunto de *categorías* explicativas construidas inductivamente, cosa que anteriormente ya habían ensayado los teólogos (asunto sobre el que enseguida volveré) y que, en última instancia, acaba por articular (*rectius*, por construir o «reconstruir») una *doctrina* administrada bajo la autoridad de unos cuantos padres fundadores o «maestros» y en la que el aparato «empírico», que tanto se glorifica, sirve únicamente algunas veces para confirmar «verdades» que ya se conocían.

[VIII] *La nueva dogmática y las raíces teológico-iusnaturalistas del pensamiento neoliberal.*— La calificación del modelo como «teológico» no la he inventado por mí mismo, sino que se recoge por alguno de los economistas europeos que gozaron de mayor predicamento en nuestras Facultades jurídicas (R. BARRE, *Economie Politique*, Collection «Thémis», Preses Universitaires de France, París, 1956, de la que manejo la primera edición en castellano e idéntico título, Ariel, Barcelona, 1958, t. I, p. 411) tomándolo a la letra del mencionado John Kennet Galbraith, influido a su vez por el padre de la llamada Economía «institucional», y principal representante de la misma, Thorstein Veblen (estas y otras corrientes críticas pueden verse ahora en David GUERRERO, *Historia del pensamiento económico heterodoxo*, Trotta, Madrid, 1997). Bien miradas las cosas, es digno de tener en cuenta que lo que algunos entienden como un nuevo «paradigma» científico no sólo incluye de contrabando los componentes «normativos» referidos, sino que, en mi opinión, no oculta siquiera un superior significado «coercitivo», por lo que supone de erradicación del contagio pernicioso que los operadores ineficientes (sea el individuo o los Estados) pueden producir sobre la organización *ortodoxa* de la economía. Con olvido nuevamente de las enseñanzas de Erasmo, que tan lúcidamente desenmascaró la *moria* de los que pasan por cuerdos (*Elogio de la locura*, trad. de Pedro Rodríguez Santidrián, Libro de Bolsillo Alianza, Madrid, 1993) en este contexto que antes he calificado de «doctrinal» el cultivo del *L & E* añadirá a la dimensión proselitista y a las técnicas de «seducción» (*vid. el Prólogo* Maresca a la obra de Mercado Pacheco) una función de *deterrance*, orientada a expulsar a los adeptos a prácticas no canónicas no sólo de la comunidad de los creyentes, sino, en forma aún más radical, del propio consorcio humano (¿qué decir de la insistencia de nuestras autoridades sobre el «pecado» de violar el *déficit cero?*), de forma muy similar a la que en otro tiempo se hizo con gentes no siempre tan «peligrosas», como ha sido históricamente el caso de los locos y herejes (M. FOUCAULT, *Folie et déraison: Histoire de la folie à l'âge classique*, París, 1964, de la que también hay edición en español del FCE, *Historia de la locura en la época clásica*, México, 1997, así como F. ZUCCOTTI, «*Furor hereticorum*». *Studi sull trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del tardo Impero romano*, Milano, 1992, con perspectiva no siempre coincidente). Esta articulación subliminal que el método lleva de «pacotilla», dicho de nuevo con recurso al lenguaje náutico, explica el tono inmisericorde con el que se orienta el «diagnóstico» de algunos fenómenos sociales —según dejamos adelantado respecto al pensamiento de Gary BECKER en torno a la pobreza (y, más en general respecto de su obra *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1976)— cuando es más cierto, jurídicamente hablando, que si bien la demencia ha sido siempre causa reconocida de suspensión *a civilibus actibus celebrandum* (matrimonio, administración de bienes, ordenación sacerdotal) no le ha faltado tampoco nunca una dimensión alternativa de *causa excusationis in delinquente* (nos lo recuerda P. SCHIERA, «Melancolía y Derecho», en *Pasiones del Jurista*, cit. p. 121, con oportuna mención de las obras de Foucault y de Zuccotti, antes adelantadas) en una orientación algo más benevolente, que la nueva teología económica no parece tomar sin embargo en consideración, según inmediatamente veremos, a efectos de conferirle el valor de verdadera *excusa absolutoria* o de reconocerle, al menos

el efecto de circunstancia atenuante de los comportamientos «desviados». Lo que, dicho rotundamente, anuncia también –caso que esa mentalidad se afirme definitivamente– una nueva *antropología* mucho más intransigente y descarnada, al servicio de un proceso de acumulación creciente de riqueza para las gentes ricas que ya no la necesitan y en detrimento correlativo de esfuerzos a favor de una redistribución más equitativa y más justa que, dicho sea de paso, la doctrina liberal clásica no proscribía en absoluto. Invito a los desconfiados a que repasen una cita sin desperdicio, contenida en los *Principios de Economía Política* de J. STUART MILL (México, FCE, pp. 641-642), recientemente desempolvada por PACHECO MERCADO («Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de globalización», 32, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1995, pp. 101 y ss., en especial 124) y a la que añadiría por mi parte otra más reciente. Dice así: «*The invisible hand which guides men to promote ends which were no part of their intention is not the hand of some god or some natural agency independent of human effort; it is the hand of the lawgiver* (subrayado mío), *the hand which with draws from the esphere of the pursuit of self-interest those possibilities which do not armonize with the public good*» (Lionel C. ROBBINS, *The Theory of Economic Policy in English Classical Political Economy*, London, 1952, p. 56, *apud* Charles G. STANLON, «Regulating in Pursuit of Efficient and Just Prices», *Administrative Law Journal*, 1993, pp. 913 y ss.). Lo que viniendo del más reputado crítico de la posibilidad de entrar, mediante el simple uso del utillaje económico, en el territorio de las *preferencias* individuales no deja de ser reconocimiento relevantísimo.

[IX] *Acerca de las tipologías del Hombre, de sus Dolores y Gozos.*—Para el repaso del utillaje conceptual y alcance económico de las nociones y categorías que aquí se dan por sabidas, puede ser de utilidad consultar el libro de Andrés FERNÁNDEZ DÍAZ (Director), *Fundamentos y papel actual de la Política Económica*, Pirámide, Madrid, 1999, donde el lector interesado puede encontrar un buen planteamiento del *satus quaestiones* de los diferentes tópicos anteriormente mencionados y de los que seguidamente se aludirán. Por lo que a menciones concretas en nuestro texto contenidas se refiere, baste recordar cómo, frente a la tradicional visión del hombre que, arrancando del *zoon politikon* de cuño aristotélico, y sin olvidar la doctrina cristiana (recientemente Karol WOJTYLA, *Mi visión del hombre*, Ed. Palabra, Madrid, 1997), nos va a proporcionar el Derecho (por todos, Gustav RADBRUCH, *El hombre en el Derecho*, Buenos Aires, 1981) y aún más rotundamente la llamada «Teoría Crítica de la Sociedad» (Max HORKHEIMER, *Sobre el concepto del hombre y otros ensayos*, Buenos Aires, 1970; Herbert MARCUSE, *El Hombre Unidimensional*, Editorial Joaquín Mortiz S.A., México 1968) –que fueron las corrientes de pensamiento en las que yo me eduqué– la hoy mucho más considerada noción del *homo economicus*, entendida ya como una pura «función de utilidad» (para una crítica sintética y suficiente cfr. Jennifer R. MORSE «What is Rational Economic Man?», 14, *Social Philosophy & Policy*, pp. 179 y ss., que es número monográfico sobre *Self-Interest*) se asienta sobre la referida actitud calculadora y fue precisamente ese «cálculo» y «racionalidad» (instrumental) la noción explicativa que oportunamente desempolvó Oskar LANGE –cuya declarada orientación marxista no le impidió nunca mostrar su predilección por el aludido modelo económico concurrencial (*Economía Política*, FCE, México, 1966, p. 114) para referirla y dar cuenta de la posición doctrinal específicamente mantenida en economía por el padre del «marginalismo» inglés, Sir WILLIAM STANLEY JEVONS (*The Theory of Political Economy*, London, 1888, p. 37), en un proceso de filiación que ha recordado recientemente entre nosotros Pedro PACHECO MERCADO («Transformaciones económicas y función de lo político», cit. p. 130), aunque, según se recuerda en nuestro texto, el verdadero padre de la criatura fue Jeremy BENTHAM a través de su *Teoría de las Penas y Recompensas* (no he podido consultar la Tesis Doctoral inédita de M. ESCAMILLA CASTILLO sobre *Jeremy Bentham: Racionalidad del Mercado, Moral y Derecho*, Granada, que, en otro contexto, recuerda asimismo en su estudio sobre Análisis Económico el autor anteriormente citado). Desde aquella primera versión economicista y la subsi-

guiente revisión «neoclásica» (O. J. BLANCHARD, «Neoclassical Synthesis», en *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, vol. 3, 1988, p. 634) hasta llegar a las propuestas más recientes de la *public choice* han pasado muchas cosas; pero sin que la economía política ni la política económica hayan sabido sustraerse a esos procesos de «cálculo», que han dejado su huella en la articulación de tantas y tan diferentes «teorías», también económicas y políticas (*vid.*, dentro de la orientación que se menciona en cursiva, J. BUCHANAN y G. TULLOCK, *The Calculus of Consent*, Chicago University Press, Ann Arbor, Michigan, 1962). A la vista del criterio descarnadamente egoísta con el que ese cálculo se interpreta hoy mayoritariamente, quizás a alguno le sorprenderá saber el muy diferente significado que el mismo tuvo para la mentalidad ilustrada, incluyendo dentro de esos expedientes de cálculo racional el llamado de probabilidades, aplicado originariamente como útil mecanismo compensador para luchar contra las «desigualdades» que entonces y ahora entorpecen los que yo he llamado antes el disfrute efectivo de los derechos humanos en todas sus manifestaciones. De acuerdo con una interpretación que tiene insuperable precedente en la referida orientación iluminista, tal aplicación puede observarse de modo particular, en la obra de uno de los más decididos defensores de la idea de *progreso* (CONDORCET, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humaine*, 1795, reproducido por Geroge Olms Verlag, Hildesheim 1981); progreso y superación de las desigualdades que dicho autor apoya no sólo en la mejora de la instrucción pública —a la que el mencionado pensador francés dedicó nada menos que cinco diferentes memorias— (ahora reunidas por la editorial Flammarion en *Condorcet. Cinq Memoires sur l'Instruction publique*, París, 1994), sino decididamente también en la teoría de las probabilidades y el uso del cálculo financiero, a fin de establecer planes de capitalización, fondos de reserva o contratos de seguro capaces de hacer frente a la miseria, la corrupción, el azar y el infortunio (*Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité de decisions rendues à la pluralité de voix*, reimpresso por Chelsea Publishing Company, New York, 1972), en una orientación bien distinta de la que ahora se usa y que, entre nosotros, ha desempolvado con buen criterio Francisco VILLOTA («Entre la memoria y la esperanza: desarrollo económico y progreso en un fin de milenio», en Fernández Díaz, editor, *Fundamentos*, cit. pp. 283 y ss). De todos modos no deja de ser esperanzador que el padre de la crítica actual frente a la llamada *exuberancia irracional* de los mercados intente renovar ahora aquellos mecanismos de solidaridad y hasta se haya esforzado en diseñar alguna forma de seguridad social privada para fomentarla (Robert J. SCHILLER, *The new financial order*, Princeton University, 2003).

[X] *Otras divagaciones trinitarias.*—De la trilogía que se repasa en el texto, la información seguramente más abundante, que sería indudablemente prolijo reseñar aquí, se refiere a la *teoría de la regulación*, sobre la cual puede consultarse, con orientaciones que no siempre comparto pero que proporcionan base suficiente, BALDWIN, R., SCOTT, C., y HOOD, Christopher, Eds. *Regulation*, Oxford, 1998 y, en especial para la financiera, GOODHART, Ch., HARTMANN, Ph., LLEWELLYN, D., ROJAS SUÁREZ, L., WEISBROD, Steven, *Financial Regulation. Why, How and Where now?*, Routledge, London, New York, 1998, si bien en el contexto aquí comentado bastaría echar un ojo a algún trabajo de revisión sobre la practicada en materia de los antiguos servicios públicos (por ejemplo Harry M. TREBING, «The Chicago School versus Public Utility Regulation», en la obra que edita Warren J. SMUELS, *The Chicago School of Political Economy*, Transaction Publisher, New Brunswick, USA and London, UK, 1993), revisión que, de paso, proporciona acceso mejor a las otras dos formas trinitarias de las *privatizaciones* y *liberalización*. Sobre una y otra el lector de este Anuario puede consultar el número monográfico del mismo correspondiente al año 1999, sobre *Privatización y Liberalización de los Servicios*. Dado que tampoco en estos asuntos mi opinión coincide con la que preferentemente refleja ese volumen, prefiero remitir también aquí a los estudios de revisión de la experiencia privatizadora foránea, que permite una perspectiva más desapasionada (John ERNST, *Whose Utility? The social Impact of Public*

*Utility Privatization and Regulation in Britain*, Open University Press, Buckingham, 1994; SAUNDERS and HARRIS, Colin, *Privatization and Popular Capitalism*, misma editorial y fecha). El desenlace de las que en esos libros se comentan pone de relieve hasta qué punto también en los asuntos comentados no siempre resulta exacto el conocido brocardo, según el cual *omne trinum perfectum est*. La recuperación moderna por el mundo de la economía de la vieja lógica trinitaria muestra además otros vacíos irrecuperables. Primero de todo porque ya no se corresponde como en la Edad Media con la estructura estamental (clérigos, guerreros y campesinos) característica del orden social de aquel tiempo (Georges DUBY, *Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme*, Gallimard, París, 1976, traducción española con el mismo título en Taurus Humanidades, Madrid, 1992); pero sobre todo por la desaparición del esquema mucho más personalista y hasta «amoroso» en que la correspondiente mentalidad se insertaba (A. MALET, *Personne et amour dans la théologie trinitaire de Saint Thomas d'Aquin*, Vrin, París, 1956).

[XI] *Apunte bibliográfico para optimistas*.—El estudio que se cita es de Franz BENSELER y lleva signo de interrogación («Wissenschaft als Hoffnung?») en *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Luchterhan Verlag Neuwied, 1985, pp. 27 y ss. Más recientemente puede verse Richard RORTY, *Philosophy and Social Hope*, Penguin Books, London, 1999. Sobre la nueva «ciudadanía socrática», consultar la obra del mismo título de DANA VILLA, *Socratic Citizenship*, Princeton University Press, 2001, y para el tema de la «virtud» como actitud política personal entre la fortuna y la corrupción, Quintín SKINNER, *Renaissance virtue*, Cambridge, University Press, 2002.

[XII] *Epílogo para universitarios demodés*.—La bibliografía que ahora puede consultarse en nuestra lengua sobre Nietzsche es bastante abundante y suficientemente autorizada. Dado que también nuestro autor mantiene en un puesto central, aunque no coincidente con el anteriormente aludido, la noción del eterno retorno (arquetipo imperecedero, según nos recuerdan los especialistas y, por todos, Mircea ELIADE, *El mito del eterno retorno*, Alianza Emecé, ed. de 1999) y, con ella, también la idea del devenir, creo que merece la pena ver especialmente Gilles DELEUZE, *Nietzsche y la Filosofía*, 6.ª ed., Anagrama, Madrid, 2000, en concreto pp. 70 y ss. y 103 y ss.; con carácter general, sobre el conjunto de su pensamiento, además de la aportación muy conocida de COLLI, que recopila sus propios prólogos a obras diversas (*Introducción a Nietzsche*, Pre-Textos, Valencia 2000) y el monográfico N.º 40 de la revista *Archipiélago*, 2000, puede repasarse asimismo Maurizio FERRARIS, *Nietzsche y el Nihilismo*, Akal, Madrid, 2000, y Rüdinger SAFRANSKI, *Nietzsche. Biografía de un pensamiento*, Círculo de Lectores, Madrid, 2000. Las referencias específicas que se recogen por mi parte en el texto se toman de la 2.ª edición castellana de la obra aquí considerada especialmente, obra que, con el título *Sobre el porvenir de nuestras escuelas*, reproduce la contenida en el volumen III de las *Werke* de Friedrich NIETZSCHE, tras su traslado al tomo II de la edición italiana, dirigida por Giorgio Colli y Mazzino Montinasi. Lleva una Introducción del propio Giorgio Colli y forma parte de la colección «Marginales» de Tusquets Editores, Barcelona, 1980. Las citas que se transcriben a la letra pueden confrontarse, por su orden de presentación, a la página 32 del *Prefacio*, salido directamente de la pluma de Nietzsche, y que según el mismo nos dice, *debe leerse antes de las conferencias a pesar de que no se refiere exactamente a ellas*; las dos restantes pueden verse luego a las páginas 127 y 129 de la *Conferencia Cuarta*. Debo de confirmar que los sombríos augurios de nuestro pensador, que en la coyuntura presente —desde luego en la española— se mostraron proféticos, vienen a prolongarse muy pronto por otros tratadistas mayores de ese mismo panteón mío a los que me he referido a lo largo de este discurso; y no sólo los venidos de la tradición alemana, cuyo declive denunciaba Nietzsche, sino también de algunos otros pensadores americanos recalitrantes frente al nuevo poder emergente que empieza a afianzarse en la vertiente noratlántica del Nuevo Mundo. Entre los primeros resulta obligada la cita de Max WEBER, que no sólo escribió páginas memorables sobre la referida «casta de los

juristas» (*Economía y Sociedad*, versión española del FCE, México, 1969, p. 647 y *passim*), de modo especial sobre su progresiva adaptación a los valores de seguridad y certidumbre de la respuesta jurídica que pide el sacrosanto «Mercado» tantas veces aludido aquí; más importante quizás, de modo especial en sede universitaria, es su meditación sobre la «americanización» de las viejas tradiciones del *alma mater*, la transformación de la Universidad en industria, la del estudiante en consumidor y la del «maestro» en vendedor de conocimientos (*Wissenschaft als Beruf*, conferencia que algunos sitúan a finales de 1918, aunque se publicase en la primavera de 1919, de la que también hay versión española conjunta con su hermana melliza *Politik als Beruf* bajo el título compartido de *El político y el científico*, Libro de Bolsillo, Alianza Editorial, traducción de F. Rubio Llorente, con una Introducción de Raymond Aron, en especial p. 185 y ss, y luego el diagnóstico implacable de la 219, donde puede leerse «Frente al profesor que tiene delante, el muchacho americano piensa que le está vendiendo sus conocimientos y sus métodos a cambio del dinero de su padre, exactamente del mismo modo que la verdulera le vende a su madre una col. Eso es todo. Si el profesor es además campeón de fútbol, lo aceptará como jefe en ese terreno, pero si no lo es... no pasará de ser maestro y a ningún joven americano se le ocurrirá querer comprarle “visiones del mundo” o reglas adecuadas para el gobierno de su vida», productos que, respectivamente, serían una *Weltanschauung*, *el uno*, en el idioma de origen, y un *Code of Conduct*, *el otro*, en el propio del país de referencia). De la segunda corriente de pensamiento hemos de recordar nuevamente a Thorstein VEBLEN, quien el mismo año en que se impartió la conferencia del sociólogo alemán que acabamos de aludir (1918), y dando un paso más en la lógica de la argumentación, denunciaba *in situ* la centralización burocrática de la nueva empresa universitaria, sometida a «la contabilidad, la clasificación y los créditos», mediante una lógica de mercado que no sólo obliga al «intelectual» a extremar sus habilidades como vendedor, sino que impone a los *ejecutivos académicos* una implacable búsqueda de financiación, exigencias de publicidad y el sometimiento a una competencia implacable, una vez más en términos de eficiencia y rentabilidad, que «debilitan y retardan la búsqueda del conocimiento»; de suerte que «las virtudes más emotivas y espirituales», que alguna vez ocuparon un primer lugar dentro de lo que llamábamos la Academia (travestida entre nosotros ahora por un programa televisivo que ilustra bien todas las más glorificadas entre las hoy prestigiosas, que, a su imagen, han ido proliferando en la búsqueda y promoción de nuevos «maestros cantores»), han sido eclipsadas por la consideración cada vez mayor otorgada a la pericia en el conocimiento», entendido definitivamente ya como *matter-o-fact*, dicho sea en términos del autor referido (*The Higher Learning in America. A Memorandum on the Conduct of Universities by Business Men*, ahora reproducido por August M. Kelly, Booksellers, New York, 1965, en especial, pp. 8 y ss., y 219 y ss.). En palabras de nuestro refranero, bien puede decirse a la vista de todo lo anterior que «de aquellos polvos vienen estos lodos», lodos a los que algunos de nosotros, educados no sé si por suerte o por desgracia en diferente tradición, no somos capaces de acostumbrarnos. No sólo porque, como juristas, el espíritu dominante nos obliga a eso que coloquialmente se llama ahora «cambiar el *chip*», es decir, a modificar los sistemas de representación durables, predispuestos a funcionar a modo de mecanismo estructurante de la acción, que es precisamente como de modo mucho más técnico han conceptualizado recientemente los especialistas la noción de *habitus* (Pierre BOURDIEU, «Le mort saisit le vif», en 32/2, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1980, 3); aunque, a decir verdad, lo peor de todo es que esa transformación se hace progresivamente más dura y difícil a medida que los cambios que sería preciso cumplir para adaptarnos a semejante mentalidad empresarial vienen a modificar lo que otro autor ha llamado, usando de una metáfora incomparable, *la geografía del alma* (Mario BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza, Roma-Bari, 1994).