

# EL DERECHO COMO OBSTÁCULO AL CAMBIO SOCIAL

eduardo novoa monreal



nueva  
criminología  
y  
derecho

This One



4XLE-118-BHZX

Copyrighted material



EL DERECHO COMO OBSTACULO  
AL  
CAMBIO SOCIAL

*por*

EDUARDO NOVOA MONREAL





---

**siglo veintiuno editores, s.a. de c.v.**

CERRO DEL AGUA 248, DELEGACIÓN COYOACÁN, 04310, MEXICO, D.F.

---

**siglo xxi editores argentina, s.a.**

LAVALLE 1634 PISO 11-A C-1048AAN, BUENOS AIRES, ARGENTINA

---

edición al cuidado de jorge valdés  
portada de anheló hernández

primera edición, 1975  
quinta edición corregida y aumentada, 1981  
decimocuarta edición, 2002  
© siglo xxi editores, s.a. de c.v.  
isbn 968-23-0419-9

derechos reservados conforme a la ley  
impreso y hecho en México/printed and made in Mexico

# INDICE

<b>PREÁMBULO</b>	13
<b>I. REALIDAD ACTUAL EN EL PLANO JURÍDICO Y LEGISLATIVO</b>	19
I. Influencia jurídica europea sobre la legislación latinoamericana, 19; II. Esa influencia infunde a la legislación latinoamericana un espíritu liberal-individualista, 20; III. Situación del Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales de México, 21; IV. La inquietud social en Latinoamérica y sus consecuencias legislativas, 23; V. La disociación legislativa interna, 24; VI. Alto prestigio teórico de la legislación tradicional y poco aprecio por la legislación moderna, 26; VII. Importancia social de la legislación moderna, 27; VIII. La legislación que interesa al ciudadano medio, 28; IX. El Derecho socialmente imperante, 29; X. Desplazamiento social de la legislación tradicional codificada, 30; XI. La enseñanza del Derecho se centra en la legislación codificada, 31	
<b>II. DESAJUSTE DE LA LEY ESCRITA POR EL TRANCURSO DEL TIEMPO</b>	33
I. Casi todas las leyes son permanentes y rigen a futuro indefinido, 33; II. Movilidad de la vida social actual, 35; III. La brecha creciente entre la realidad social y el Derecho, 37; IV. Inadecuación al cambio de las leyes escritas, 38; V. Las nuevas condiciones de la vida social, 39; VI. Pero el Derecho mantiene sus esquemas e instituciones, 44; VII. Los posibles cambios futuros en el medio social, 45; VIII. El Derecho consuetudinario. Consideración final, 47	
<b>III. LA INEXTRICABLE MARAÑA LEGISLATIVA</b>	48
I. Incremento de normas sociales ya en la época individualista, 48; II. Aumento de las leyes después de las grandes guerras, 50; III. La legislación transformada en una selva preceptiva, 51; IV. Causas políticas del atiborramiento de leyes, 52; V. Las causas económicas, 53; VI. Las nuevas funciones del Estado, como causa, 54; VII. Nuevas condiciones de vida social, como causa, 55; VIII. Nocivos efectos del incremento de leyes, 56	
<b>IV. LOS DEFECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA</b>	58
I. Incapacidad del legislador para cubrir la solución legal de los problemas, 58; II. El apremio para legislar y las soluciones parciales, 59; III. Falta de información y presión de grupos, 60; IV. La crisis afecta al sistema mismo de legislar, 61; V. Conveniencia de asesoría técnica para el legislador, 62; VI. La necesidad de un	

sistema más moderno, 63; vii. No debe idealizarse la ley, 64; viii. Las metas por alcanzar en la nueva normativa, 65

<b>V. DESPEJANDO PROBLEMAS TEÓRICOS</b>	<b>68</b>
<u>i. El estado actual de la ciencia jurídica no ofrece soluciones, 68;</u>	
<u>ii. Los grandes mitos: el Derecho Natural y la justicia como objeto del Derecho, 69;</u>	
<u>iii. La crítica del pretendido Derecho Natural, 70;</u>	
<u>iv. La moral y sus diferencias con el Derecho, 72;</u>	
<u>v. El enjuiciamiento moral del Derecho, 74;</u>	
<u>vi. La justicia, concepto y clases, 76;</u>	
<u>vii. El Derecho no tiene por objeto exclusivo la justicia, 77;</u>	
<u>viii. La idea de la ley como expresión de la justicia es liberal-individualista, 79;</u>	
<u>ix. Mitos que preservan la legislación tradicional, 81</u>	
<b>VI. EL DERECHO COMO REGLA ORDENADORA FORMAL</b>	<b>83</b>
<u>i. El Derecho incluye lo socialmente imperante, 83;</u>	
<u>ii. Notas que caracterizan al Derecho, 84;</u>	
<u>iii. Los variados conceptos sobre el Derecho, 86;</u>	
<u>iv. Juristas que subrayan el carácter ordenatorio del Derecho, 86;</u>	
<u>v. Autores que afirman el carácter instrumental del Derecho, 88;</u>	
<u>vi. En tanto medio, el Derecho carece de fines, 90;</u>	
<u>vii. El Derecho al servicio de los fines políticos, 92;</u>	
<u>viii. El jurista en las tareas legislativas y de gobierno, 93</u>	
<b>VII. LOS LÍMITES DEL DERECHO</b>	<b>96</b>
<u>i. Doctrina antigua sobre poder absoluto para legislar, 96;</u>	
<u>ii. El Estado de Derecho, 97;</u>	
<u>iii. Los límites al poder de legislar. Lo impuesto por la naturaleza, 98;</u>	
<u>iv. Lo puramente espiritual excede al Derecho, 100;</u>	
<u>v. El límite de la generalidad de la ley y su importancia, 100;</u>	
<u>vi. La desaparición del Derecho, 101;</u>	
<u>vii. El respeto a la dignidad humana y su origen, 102;</u>	
<u>viii. Los derechos fundamentales del hombre, 105;</u>	
<u>ix. Fundamentación de los derechos humanos, 105;</u>	
<u>x. Fuerza obligatoria de los derechos humanos y efectos jurídicos de su violación, 114</u>	
<b>VIII. EL DERECHO Y LAS CONCEPCIONES POLÍTICAS Y ECONÓMICAS</b>	<b>118</b>
<u>i. La explicación jurídica queda incompleta sin referencia a su inspiración política y económica, 118;</u>	
<u>ii. La misión propia del Estado, 119;</u>	
<u>iii. El proyecto concreto de vida social de cada sociedad, 120;</u>	
<u>iv. El liberal-individualismo en sus orígenes, 121;</u>	
<u>v. La ideología liberal-individualista, 123;</u>	
<u>vi. El individualismo en el Derecho, 127;</u>	
<u>vii. El socialismo y sus principios sociales, 128;</u>	
<u>viii. El socialismo en el Derecho, 130;</u>	
<u>ix. Las tendencias eclécticas, 133;</u>	
<u>x. La intervención estatal, 135;</u>	
<u>xi. Repercusión de las nuevas funciones del Estado en el Derecho, 138</u>	
<b>IX. LAS NOVEDADES JURÍDICAS EMERGENTES</b>	<b>141</b>
<u>i. La clasificación del Derecho, 141;</u>	
<u>ii. El Derecho Social como nuevo término de la clasificación, 142;</u>	
<u>iii. El Derecho Internacional, 144;</u>	
<u>iv. El Derecho Penal, 147;</u>	
<u>v. El Derecho Público, 149;</u>	
<u>vi. El Derecho Privado, 150;</u>	
<u>vii. El Derecho del Trabajo, 154;</u>	
<u>viii. El Derecho Económico, 155;</u>	
<u>ix. El Derecho Procesal, 157</u>	

<b>X. LOS RESABIOS INDIVIDUALISTAS EN EL DERECHO</b>	<b>159</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>i. El individualismo intenta imponer un Derecho perdurable, 159;</li> <li>ii. Las doctrinas jurídicas favorecen la permanencia de los textos legales tradicionales, 160;</li> <li>iii. El derecho de propiedad privada con sentido absoluto, 161;</li> <li>iv. Limitaciones modernas al derecho de propiedad, 162;</li> <li>v. Deformaciones actuales del derecho de propiedad, 164;</li> <li>vi. Los derechos subjetivos 166;</li> <li>vii. Libertad de contratar y autonomía de la voluntad, 167;</li> <li>viii. La irretroactividad de la ley, 170;</li> <li>ix. Seguridad y certeza jurídicas, 173;</li> <li>x. Se trata de mecanismos políticos para impedir el cambio del Derecho, 176</li> </ul>	
<b>XI. LAS PERSPECTIVAS DE UN DERECHO MODERNO</b>	<b>178</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>i. El Derecho a la zaga de los cambios sociales, 178;</li> <li>ii. Método seguido, 180;</li> <li>iii. Las nuevas funciones del Estado moderno, 182;</li> <li>iv. La protección contra el burocratismo, 185;</li> <li>v. La solidaridad como una actitud social, 186;</li> <li>vi. El trabajo como deber social, 188;</li> <li>vii. Los deberes sociales, 189;</li> <li>viii. El concepto de responsabilidad, 192;</li> <li>ix. La primacía del interés general sobre el privado, 194</li> </ul>	
<b>XII. EL PROYECTO CONCRETO DE VIDA SOCIAL, LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y LA REVOLUCIÓN</b>	<b>198</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>i. El proyecto concreto de vida social, 198;</li> <li>ii. Forma de determinar tal proyecto, 199;</li> <li>iii. El proyecto de vida social mexicano a través de su Constitución, 200;</li> <li>iv. El proyecto mexicano a través de algunos códigos, 201;</li> <li>v. El proyecto mexicano a través de declaraciones oficiales, 203;</li> <li>vi. Importancia jurídica del proyecto de vida social, 204;</li> <li>vii. La interpretación de la ley frente a la generalidad y subsistencia indefinida de ella, 206;</li> <li>viii. La interpretación progresiva y sus límites, 207;</li> <li>ix. El jurista y la revolución, 209</li> </ul>	
<b>XIII. APARIENCIA, REALIDAD Y SUBJETIVISMO</b>	<b>211</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>i. El necesario balance, 211;</li> <li>ii. El Derecho como apariencia y realidad, 213;</li> <li>iii. El Estado y lo que tras él se esconde, 216;</li> <li>iv. La aplicación del Derecho, 218;</li> <li>v. Interés de la posición subjetiva, 221;</li> <li>vi. La actitud conservadora, 223;</li> <li>vii. La actitud reformista, 225;</li> <li>viii. La actitud revolucionaria, 227;</li> <li>ix. Cuadro sinóptico, 228;</li> <li>x. Palabras finales, 229</li> </ul>	
<b>APÉNDICE: LAS DIFERENTES CONCEPCIONES JURÍDICAS</b>	<b>232</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>i. Propósito, 232;</li> <li>ii. La doctrina del Derecho Natural, 232;</li> <li>iii. El positivismo jurídico, 235;</li> <li>iv. El neokantismo, 239;</li> <li>v. El realismo jurídico, 240;</li> <li>vi. El marxismo, 241</li> </ul>	
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>244</b>
<b>ÍNDICE DE MATERIAS Y ONOMÁSTICO</b>	<b>251</b>

“Un nuevo modelo ideal de jurista está en vías de nacer: se distingue del modelo anterior ante todo por el hecho de que el acento está puesto en el trabajo crítico sobre y con el Derecho, en la comprensión de lo político y de lo social y en la conciencia de responsabilidad para determinar su imagen en el porvenir.”

(Del informe presentado por la República Federal Alemana a la UNESCO para el informe sobre *Las ciencias sociales en la enseñanza superior* cuya parte de Derecho quedó a cargo de Charles Eisenmann. Ver publicación UNESCO, París, 1972, del mismo nombre.)

*image  
not  
available*

## PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Pese a nuestros deseos, expresados en el Preámbulo, de recoger sugerencias y críticas acerca de lo expresado en este libro con el fin de perfeccionarlo, no son abundantes las observaciones que hemos recibido. Los numerosos lectores que han agotado ya dos ediciones anteriores han optado, según los casos, por el aplauso irrestricto o por la impugnación en bloque; pocos han formulado reflexiones que nos ayuden a corregir o mejorar lo escrito.

Es posible que sea desde el campo marxista de donde nos haya llegado el mayor número de reparos, especialmente por los razonamientos abstractos que a veces empleamos. Esto se explica fácilmente, ya que nuestra formación original fue ajena a esa doctrina, no obstante que la posterior experiencia de la vida nos llevara a reconocer sus muchos e importantes aciertos. Con todo —y a falta de una elaboración integral del fenómeno jurídico por el marxismo— pensamos que hay cierta ventaja en señalar los graves vicios y defectos del Derecho burgués actual con un lenguaje y una argumentación asentados en las ideas y formas de expresión que utilizan sus sostenedores, pues con ello la crítica llega mejor a los grupos que interesa despertar y obtiene en ellos mayor resonancia.

Otros reparos han versado más sobre impropiedades de lenguaje que sobre las ideas de fondo.

Con este respaldo, bastante insuficiente, hemos asumido la responsabilidad de corregir, adicionar y poner al día nuestro ensayo para esta tercera edición.

*Caracas, enero de 1979*

E. N. M.

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Para un texto que ataca una de las tesis idelógicas más caras a las clases dominantes, no cabía esperar sino una acogida ríspida de parte de éstas. Los hechos confirmaron la suposición: en los altos y tradicionales cenáculos de la ciencia jurídica el rechazo fue notorio.

Desafortunadamente para los impugnadores, los esfuerzos por ignorar este estudio, como manera de restarle importancia, hubieron de ceder ante la cálida acogida de un vasto sector de los estudiantes de Derecho y ante la urgente necesidad de reconducir a éstos a los apacibles apriscos de la ciencia oficial.

La más importante de las universidades mexicanas organizó, en sus cursos de invierno de 1975-1976, un seminario de estudios jurídicos denominado "El Derecho como instrumento del cambio social", en el que dictaron cátedra muy conspicuos maestros. No se estimó entonces conveniente mantener la práctica académica que impone la presencia de quien puede impugnar las tesis sustentadas.

En cambio, no han faltado universidades cuyos afanes por perseguir la verdad las han llevado a utilizar activamente este libro. Varias de ellas, especialmente las de tendencia más renovadora, lo impusieron incluso como texto obligatorio de lectura.

Esta segunda edición aparece sin modificación alguna. No se ha decantado suficientemente aún la polémica producida en torno a la primera, como para que justifiquen enmiendas. Y esto, no obstante lo que se expresa en los dos últimos párrafos de nuestro Preámbulo.

Convendría precisar, sí, que el título de la obra no ha sido entendido correctamente por algunos. Él indica que el Derecho es tratado aquí en tanto obstáculo al cambio social; pero no pretende sostener que todo Derecho —al menos dentro de las formas de organización social que actualmente conocemos— sea un obstáculo para ese cambio. Y para convencerse de ello

basta con examinar el capítulo XI, destinado —precisamente— a esbozar un Derecho que no constituya un impedimento para él.

Reiteramos, porque varios críticos parecen haberlo olvidado, que este ensayo está formado por un conjunto ordenado de reflexiones personales de un autor que ha tenido una muy vasta experiencia práctica en la enseñanza jurídica y en el ejercicio de la abogacía. Estas reflexiones no pretenden fundar ni insinuar nuevas doctrinas filosóficas o sociales, sino únicamente despertar interés hacia un enfoque crítico del actual Derecho, con miras a su readecuación y a su perfeccionamiento en beneficio de las sociedades humanas.

*México, D. F., diciembre de 1976*

E. N. M.

## PREÁMBULO

Cada vez se hace más perceptible la desconexión que existe entre el Derecho<sup>1</sup> y las realidades sociales que hoy vive el mundo.

Considerado el Derecho en su doble aspecto de sistema normativo que impera en una sociedad determinada y de conjunto de conocimientos teóricos relativos a los fenómenos jurídicos se advierte, en general, que sus preceptos están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de una sociedad moderna y que sus elaboraciones teóricas, que muy poco avanzan, continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas. Todo esto hace de la legislación positiva algo ineficiente e inactual y de los estudios jurídicos algo vacuo y añejo.

Este cada vez mayor alejamiento del Derecho de la realidad social y su renuencia a satisfacer lo que de él esperaría una sociedad anhelante de progreso, no es, sin embargo, su aspecto negativo más saliente.

A nuestro juicio la nota más deprimente reside en que los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no sólo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para éste.

Desde hace años nos inquieta comprobar que el Derecho ha perdido la vitalidad que debía serle propia y que empieza a cargar como un peso muerto sobre el desarrollo y avance de las estructuras sociales. Muchos artículos y breves estudios anteriores sirvieron para vaciar nuestras inquietudes.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Escribimos "Derecho" con mayúscula para indicar el Derecho objetivo y diferenciarlo del derecho subjetivo, facultad jurídica que se reconoce a un sujeto, el que será escrito con minúscula.

<sup>2</sup> Podemos recordar entre ellos: *La crisis del sistema legal chileno, Principios e instituciones jurídicas en la época de transición, La renovación del Derecho, Bases para una reforma en el área de ciencias jurídicas, Revolución y Derecho, Justicia de clase, El difícil camino de la legalidad, Hacia una nueva conceptualización jurídica*, etcétera.

Ahora, después de haber tenido la singular experiencia de asesorar jurídicamente en Chile la frustrada tentativa de transformar su sociedad burguesa tradicional en una sociedad orientada al socialismo, sin quebrantar los marcos institucionales precedentes y respetando los lineamientos de la legislación vigente, hemos podido apreciar más cabalmente lo que el Derecho significa como rémora y como obstáculo para el cambio social. Esa experiencia nos ha animado a este ensayo, en el que tratamos de desarrollar en forma más completa, coordinada y sistemática las reflexiones que en una mente atenta a los requerimientos del avance social y de las nuevas tendencias político-económicas provocan los efectos obstructivos de un Derecho ineficaz, sobrepasado y obsoleto.

Es muy difícil en materia como ésta pretender que se ha podido llegar hasta las raíces mismas de la deficiencia jurídica.

En primer lugar, quien esto escribe es un jurista formado dentro del sistema del Derecho vigente; por penetrante que fuera su acierto crítico, no podría, por consiguiente, aspirar a que —como sería necesario— su análisis fuera hecho enteramente desde “fuera” de una normativa y de una ciencia jurídica que durante tantos años informaron su criterio.

Se trata, además, de una tarea que no sabemos que se haya cumplido anteriormente. Salvo dos breves monografías publicadas en España: *El Derecho del porvenir* de Carlos Sánchez del Río y *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas* de J. R. Capella, que se ocupan únicamente de unos pocos aspectos de los temas que trataremos, no hemos conocido otros estudios sobre la materia. Es de notar, sin embargo, la forma certera en que la *Introducción al Derecho* de Ángel Latorre aborda la explicación básica de los problemas jurídicos, porque ella constituye una manifiesta percepción de varias de las interrogantes que integran los puntos más importantes del tema.

Finalmente, el jurista será tan sólo uno de los sujetos que podrá contribuir a esta dilucidación. Aparte de él será necesario el concurso coordinado de sociólogos, científicos políticos, economistas, psicólogos y muchos otros estudiosos de ese vasto conjunto de disciplinas que denominamos las Ciencias Sociales. En ocasiones serán los otros científicos sociales los que deberán

encabezar y dirigir la indagación, correspondiéndole al cultor del Derecho sólo la posibilidad de actuar con ellos en calidad de verdadero auxiliar, pues no le tocará ni señalar las metas ni proporcionar el contenido de las fórmulas adecuadas, sino tan sólo se limitará a indicar las formas que deberán revestir las reglas y armonizar su coordinación con el resto del Derecho vigente.

Conforme a nuestra apreciación del asunto, mientras la vida moderna tiene en nuestros países un curso extremadamente móvil, determinado por el progreso científico y tecnológico, por el crecimiento económico e industrial, por el influjo de nuevas concepciones sociales y políticas y por modificaciones culturales, el Derecho tiende a conservar formas que, en su mayor parte, se originan en los siglos XVIII y XIX, cuando no en el Derecho de la Antigua Roma, con lo que se manifiesta enteramente incapaz de adecuarse eficientemente a las aspiraciones normativas de la sociedad actual.

Esto puede advertirse en la mayor parte de los países que constituyen nuestro horizonte cultural, pero cobra mayor importancia dentro de los países latinoamericanos, en los cuales se comprueba de modo particularmente agudo la subsistencia de enormes diferencias en la distribución de la riqueza y la existencia de una enorme masa, ampliamente mayoritaria, colocada en posición de franco menoscabo, víctima de la desnutrición, carente de vivienda, falta de educación y de atención médica.

¿Hasta qué punto corresponde al Derecho vigente una cuota de responsabilidad en tan deplorable estado de cosas? ¿Puede continuarse estudiando el Derecho como algo estático, reducido a un ordenamiento normativo rezagado, que con su considerable obsolescencia legitima tal situación? ¿No ha llegado el momento de que los juristas pongan término a sus divagaciones teóricas dentro del ámbito cerrado de su disciplina, cuidadosamente aislada por ellos mismos de otras ciencias sociales, sin que les importe la eficacia o el resultado que aquellas tienen respecto de las realidades sociales?

Una conciencia muy desarrollada en ciertos niveles intelectuales latinoamericanos impulsa a muchos universitarios de esta región a levantar la vista más allá de su quehacer particu-

lar, a fin de verificar las necesidades de la sociedad que los circunda y sostiene y de apreciar la forma como pueden retribuir a ésta, dentro de su especialidad específica, las privilegiadas posibilidades logradas a costa de ella.

En el caso de los juristas es obvio que esa inquietud debiera vaciarse en un análisis acerca de cómo puede el Derecho seguir siendo el sostén de un *status* injusto o cómo puede contribuir a remediarlo. Una tarea de esta clase solamente puede ser cumplida mediante el estudio de los mecanismos que obran en la relación Derecho-Sociedad y que conforman la estructura de esta última, y mediante el esclarecimiento de la forma en que el Derecho vigente sostiene ese *status* o se convierte en traba para transformaciones sociales rectificadoras, distinguiendo las alternativas posibles y la manera como el Derecho puede ser empleado para el bien colectivo dentro de cada una de éstas.

Si históricamente el contenido del Derecho no hace sino reflejar los intereses de la clase que domina socialmente, cuando menos sería preciso escudriñar dentro de él, buscar allí reglas que pudieran servir a la justicia y dar a éstas todo el relieve que se merecen, tanto para la formación de los juristas como para su aplicación prevaleciente en la vida social. He aquí un punto de apoyo para volcar, aunque sea en parca medida pero de inmediato, las normas jurídicas hacia su aprovechamiento por las grandes mayorías y para sembrar en la conciencia de los hombres de Derecho principios rectificadores. He aquí una fuente que permitiría injertar en la mentalidad jurídica tendencias críticas aptas para encauzarla hacia una apreciable renovación.

Pero la ineficiencia del Derecho va más allá.

Aun considerándolo en su relación con las sociedades concretas que con bastante uniformidad nos muestra la América Latina de hoy, es preciso admitir que el Derecho aparece despegado incluso de las concepciones económicas y políticas dominantes y que no se ajusta a los "proyectos concretos de vida social" que afloran en los espíritus más progresistas. Nos encontramos, por ello, en presencia de un Derecho obsoleto aun para las circunstancias sociales vigentes, que el conservantismo de los juristas es incapaz de advertir y, mucho menos, de remover.

Es que los juristas no han reparado, en su adormecimiento, que es preciso abandonar las posiciones rígidamente jurídicas. Solamente si obtienen información apropiada sobre el acontecer social y se disponen a utilizarla, junto con sus conocimientos técnicos, en beneficio efectivo de una mejor organización social, podrán hacer del Derecho algo actual y eficiente.

En suma, a nuestro juicio, el Derecho se presenta y vale como un instrumento de organización social, que debe ser puesto al servicio de la sociedad y de los hombres que la integran, para facilitar y permitir una forma de estructura y de relaciones sociales que asegure a todos los individuos su más pleno desenvolvimiento humano, dentro de una sociedad capaz de promoverlo y asegurarlo.

Mirado en esta perspectiva, el Derecho recobra toda esa vitalidad y grandeza que lo aureolaron en otra época, pero esto no en razón de ilusorias concepciones metafísicas sino en virtud del aporte cierto y eficaz que podría dar en pro de una mejor sociedad humana y del bien de cada uno de sus miembros.

Éste no pretende ser un estudio filosófico del problema ni tampoco un examen de los múltiples aspectos sociológicos que él envuelve. Desafortunadamente carecemos de preparación especializada en filosofía del Derecho y en sociología jurídica. Sin embargo, una vasta experiencia en la enseñanza y en la aplicación del Derecho positivo nos ha mostrado, casi intuitivamente, que existen graves fallas en las concepciones jurídicas en boga y que ellas no satisfacen las exigencias de la sociedad tan dinámica y cambiante en la que nos toca vivir.

Basta mostrar las bases ideológicas del liberal-individualismo para darse cuenta que las grandes instituciones del Derecho vigente están afincadas en él. La tarea urgente de los juristas más lúcidos es elaborar las nuevas instituciones jurídicas para un Derecho moderno que sirva a las ideas de solidaridad social, de primacía del interés colectivo por sobre el particular y de activa dirección de la economía por el Estado.

Ciertamente, en las condiciones expuestas, resulta superior a las posibilidades de un solo estudioso determinar todas las causas y todos los efectos del estancamiento del Derecho que hoy conocemos. Solamente con el concurso de eficientes filó-

sofos, politólogos, sociólogos y juristas, que armónicamente se hicieran cargo del trabajo que —repetimos— debe ser multidisciplinario, sería posible ver más claro en este grave problema. Quedaríamos satisfechos si lográramos tan sólo despertar la atención hacia él y proporcionar algunas bases o ideas que faciliten un esclarecimiento posterior más completo.

No nos cabe duda que habrá críticas que formular a nuestros planteamientos. Seguramente se omiten en ellos algunos aspectos que deben ser considerados; no nos ha sido posible cubrir más plenamente la cuestión. Probablemente habrá también rectificaciones que hacer a lo que se expone: no se puede acertar en todo.

Nuestro deseo es que este texto sea considerado como un documento de trabajo, como una primera aproximación al tema, como algo susceptible de ser complementado, corregido y desarrollado en alto grado.

Si algún mérito tiene es la honrada decisión de lanzarse al análisis de un tema difícil, polémico y poco estudiado. Invitamos a todos los que se interesen en él a perfeccionarlo.

*México, octubre de 1974*

## REALIDAD ACTUAL EN EL PLANO JURÍDICO Y LEGISLATIVO

### 1. *Influencia jurídica europea sobre la legislación latinoamericana*

Si efectuamos un análisis objetivo del conjunto de los sistemas legislativos de los países latinoamericanos podemos apreciar en todos ellos características semejantes que delatan una concepción radicalmente análoga, fácilmente explicable por sus orígenes comunes. Por cierto que no hay una identidad total entre ellos; además, es posible advertir en algunos casos, expresiones jurídicas más progresistas que destacan en el conjunto. Pero hay líneas centrales que se reproducen en lo esencial en todos los casos.

Y no es de extrañar, porque la legislación latinoamericana reconoce en medida inmediata o casi inmediata una clara filiación del sistema jurídico continental europeo, particularmente de la legislación y del pensamiento jurídico francés, ya sea en forma directa, ya sea a través de otras legislaciones europeas, especialmente española, italiana, belga o alemana que, en último término, fueron decisivamente influidas a su vez por las leyes francesas de comienzos del siglo pasado. Esto es manifiesto especialmente en el ámbito de la codificación, a tal punto que podría afirmarse que los grandes códigos latinoamericanos pertenecen a la familia de la cultura jurídica continental europea.

De 1804 a 1810 Napoleón dicta en Francia cinco grandes cuerpos legislativos que la historia ha denominado "los Cinco Códigos": el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio, el Código Penal y el Código de Instrucción Criminal. De ellos, el que alcanzó mayor prestigio fue el primero, pues de una manera u otra inspiró prácticamente a

toda la legislación civil escrita continental. Su influencia fue inmensa y su acogida amplia.

II. *Esa influencia infunde a la legislación latinoamericana codificada un espíritu liberal-individualista*

Pasemos por alto, en este momento, aun cuando por sí mismo constituya tema de extensas y profundas disquisiciones, el hecho de que quienes hasta ahora han asumido en nuestros países las tareas organizativas dirigentes, hayan decidido, sin más, que los pueblos latinoamericanos habían de ser regidos por reglas idénticas a las elaboradas para pueblos europeos de origen, ambiente natural, historia, cultura y costumbres muy diversos. En tal determinación influyeron, sin duda, criterios de dependencia cultural, subordinación científica y desconocimiento de las características latinoamericanas —algunas de las cuales podrían afrontar con ventaja comparaciones con las de otros pueblos supuestamente más desarrollados— que muy pocos se atreverían a sustentar hoy día. La anotamos de paso y únicamente para recordar otro factor más del desapego existente entre la legislación impuesta y la realidad social.

Lo importante, sin embargo, es hacer notar que esos grandes monumentos legislativos, de los cuales el primado corresponde al *Code Civil*, responden todos a la ideología política de la Revolución Francesa y sirven para sancionar el triunfo de la burguesía sobre los privilegios feudales. Es este último código el que afirma los principios de igualdad personal, de respeto de un derecho de propiedad privada tenido por sagrado e inviolable, de libertad de contratación, de amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de preservación del derecho de herencia. Dicho código y también los demás, antes mencionados están dominados claramente por las ideas liberal-individualistas, conforme a la concepción burguesa entonces imperante. Pero al cristalizar esas ideas en los códigos fundamentales, ellas pierden esa fuerza pujante que llevó al triunfo de la Revolución y se convierten en garantía de una nueva

forma de vida, quieta y segura. Dicho en otras palabras, ellas se transforman en conservadoras.

Para captar cabalmente el significado político y social de esta legislación codificada, tanto de la francesa originaria como de las que de ella derivan, nada mejor que reproducir palabras del gran jurista francés, Georges Ripert, cuyo criterio firmemente tradicionalista lo pone a salvo de cualquier sospecha que se proponga una crítica corrosiva de las instituciones jurídicas.

Según Ripert, el siglo XIX fue un gran siglo jurídico, tal vez el más grande que Francia haya conocido. Produjo la obra más grandiosa que haya sido realizada desde los tiempos de Justiniano, obra inspirada en tan amplio humanismo que ha servido de modelo a muchos países de Europa y América Latina. El Código Civil, impregnado del razonamiento romano y del ideal cristiano, ha establecido un Derecho común que se ha constituido en base de todas las sociedades civiles del Occidente Cristiano. Esta obra ha permitido el nacimiento y desarrollo del capitalismo moderno, en forma que "todo nuestro Derecho está actualmente impregnado del espíritu capitalista", pues ha aceptado y alentado la producción con miras a la ganancia, con búsqueda de la utilidad ilimitada, siendo el fin y la preocupación constante de la empresa capitalista la producción de esas utilidades. Cada hombre ha tomado como ideal de vida encontrar la felicidad en la riqueza, aunque no tanto por el deseo de goce de los bienes materiales, cuanto por el poder que la riqueza da en el sistema social en que vivimos.

Como manera de caracterizar el espíritu de la legislación codificada y las posibilidades que ella abrió en el campo económico social, basta con eso por ahora. Más adelante tendremos oportunidad de desarrollar más el significado y alcance del individualismo liberal en el Derecho.

### III. *Situación del Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales de México*

Es posible que quien recuerde las circunstancias históricas

y las motivaciones producidas en torno a la preparación del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, de 1928, en México, pueda estimar que este código y otros que dentro de los Estados Unidos Mexicanos lo han tomado como modelo, habrían de quedar fuera del marco antes descrito. Esto, en razón de que la Exposición de Motivos de dicho código declara el propósito explícito de apartarse de la tendencia individualista que predomina en el Derecho Romano, en la legislación napoleónica y en gran parte del antiguo Código Civil de 1884, para preferir la vía de una "socialización del Derecho". No obstante, una revisión cuidadosa de su texto demuestra que ese propósito no fue alcanzado y que ese código mantiene, en sus líneas generales, el mismo plan, contenido, instituciones y formas tradicionales, contando solamente con algunas modificaciones aisladas que se ajustan a ideas jurídicas más modernas. Estas novedades jurídicas, en general muy plausibles, no son bastantes para alcanzar a cumplir, ni de cerca, el designio manifestado por los redactores.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Es cierto que dicho Código Civil da cabida a conceptos e instituciones jurídicas modernas propiciadas por la doctrina más reciente, como son: la igual capacidad de la mujer y del hombre (arts. 2, 167, 168, 169, 172, 189, 194 y 217), la exigencia del certificado prenupcial (art. 97), el reconocimiento jurídico del concubinato (arts. 383 y 1635), la lesión subjetiva como causal de nulidad general de los actos jurídicos (art. 17), el abuso del derecho (arts. 840 y 1912), el expreso reconocimiento de la primacía del interés colectivo por sobre el de los particulares (arts. 16 y 836), el enriquecimiento ilegítimo (arts. 1882 a 1895), la responsabilidad y el riesgo objetivos (arts. 1910, 1913, 1935, 1936 y 1937), la consideración expresa de la simulación y de la inexistencia jurídica (arts. 2180 a 2184 y 2224), la nulidad de las ventas realizadas para concentrar o acaparar artículos de consumo necesario a fin de obtener alza de su precio (art. 2267), etc. Pero éstas son solamente novedades técnicas que, si bien mejoran el contenido, no bastan para hacer del código un cuerpo legal adecuado a las necesidades sociales de su tiempo, mucho menos si se considera la ambiciosa finalidad perseguida por sus redactores y que consta en la Exposición de Motivos.

Hay aspectos más sustanciales en los que no se advierte un cambio importante, como es el principio, siempre muy amplio, de la autonomía de la voluntad y, en general, la subsistencia de todo el esquema tradicional del Código Napoleónico y la mantención de preceptos que en el fondo apoyan el sistema económico vigente en el siglo pasado, pues asignan mayor importancia a los bienes inmuebles que a los muebles (arts. 436, 437, 561, 563, 568, 2342 y 2407) y acentúan la importancia de la propiedad rural (arts. 884, 855, 871, 872, 890, 895 a 901, 904 a 906, 2150, 2151, 2153, 2155 y 2407).

Subsiste dentro del Código una terminología que era ya vetusta en la época en que fue dictado, como las expresiones "cochero" y "remero" (art.

#### IV. *La inquietud social en Latinoamérica y sus consecuencias legislativas*

En razón de un fenómeno histórico que no nos corresponde explicar, sino a lo sumo consignar muy escuetamente, a partir de fines de la Primera Guerra Mundial se produce en los países latinoamericanos el comienzo de una cada vez más amplia inquietud social que se manifiesta no solamente en los medios obreros y campesinos, los cuales gradualmente van adquiriendo conciencia de su poder y de sus derechos y empiezan a organizarse gremialmente, sino también en sectores politizados de la clase media y en círculos intelectuales. Su preludio fue la Revolución Mexicana de 1910. Se inicia con ello, bajo la presión de movimientos sociales de variado alcance y profundidad y al impulso de la difusión de ideas de avanzada, en ocasiones bastante confusas, una serie de intentos legislativos de carácter social, que procuran, hasta donde lo permiten los condicionamientos políticos existentes, favorecer y proteger a las grandes mayorías de desposeídos. De allí ha brotado una copiosa serie de leyes de ayuda a la clase trabajadora, tanto para el reconocimiento de derechos laborales, de seguridad, asistencia y previsión social y de mejoramiento general de las condiciones de vida, como para conferir autorización al Estado para que intervenga en la regulación y, en determinados casos, aun en la administración de la vida económica y social, con miras a un mejor desarrollo nacional y, eventualmente, a una más equitativa distribución de la riqueza. Son leyes modernas, no solamente en el sentido de que no datan de más de un medio siglo, sino también en el de que expresan nuevas concepciones político sociales. Tienen un alcance permanente, pese a que continuamente experimentan modificaciones, algunas veces para acentuar su finalidad protectora de los más débiles y otras veces para ceder a las exigencias reductoras de los más poderosos.

2651) y "cabalgadura" como medio de transporte (art. 2660). En cambio no se encuentran en él nuevas formas contractuales ya muy difundidas en los momentos en que se le aprobó, como contratos de edición y cualquier forma de ejecución de obras que no sea la obra a precio alzado (arts. 2616 a 2645).

La más importante novedad social de este Código, que es la creación del patrimonio de la familia, no ha tenido repercusión práctica.

### v. *La disociación legislativa interna*

Desde el punto de vista del sistema jurídico de cada país, no obstante, estas leyes nuevas ostentan la particularidad de que nacen y coexisten junto a la legislación tradicional básica, formada principalmente por los grandes códigos y sus leyes complementarias y modificatorias y alguna que otra ley orgánica de importancia; legislación tradicional que, según comprobamos, surgió bajo el influjo de la legislación europea codificada y participa con ésta de su inspiración liberal individualista. Se trata de una coexistencia paralela, sin que se produzca entre ambas una fusión o integración en un ordenamiento sistemático único.

De esta manera se produce una verdadera disociación interna dentro del sistema jurídico nacional: por una parte, se conserva como un subsistema básico toda la legislación tradicional, principalmente la codificada; por otra, se incorpora una cantidad apreciable de leyes nuevas con sentido social, diferentes en sentido, finalidad y hasta en su forma de aquella.

En efecto, toda la legislación que hemos llamado básica corresponde a la trama primordial sobre la que correspondería tejer todo el conjunto de normas de detalle que va a formar posteriormente el sistema total. Se la considera como un verdadero cimiento sistemático, que permite el crecimiento en todas las direcciones necesarias, y la ley común que ha de regir de manera general y con más amplios alcances en cualquier situación de conflicto. En esta virtud, alcanza muy alto prestigio entre jueces, juristas y abogados, pues expresa una pretensión de plenitud y denota un grado de sistematización, de armonía dentro de sí misma y de solidez científica que pocos podrían negar. En el fondo, ella representa el momento cumbre del desarrollo jurídico nacional. Es a partir de su existencia que pudo sostenerse que el país contaba verdaderamente con un "ordenamiento jurídico" completo. Si a ello añadimos que es la legislación que por su antigüedad y articulación lógica ha podido ser desarrollada por la doctrina y jurisprudencia en una medida que permite resolver con cierta facilidad los más frecuentes y graves escollos interpretativos, podemos entender por qué los juristas tienden a apoyar en ella sus ela-

boraciones teóricas. Se trata, pues, de leyes vastas en su alcance y aplicación, orgánicamente dispuestas (generalmente codificadas), coherentes entre sí en tanto cuanto su formulación se asienta en una concepción ideológica unitaria, que los estudiosos han tenido oportunidad de trabajar a lo largo de años en todos sus aspectos de conocimiento y estudio. Para muchos juristas, es esta legislación la que refleja el sistema jurídico nacional y la única que propiamente puede considerarse "Derecho", así, con mayúscula.

Pero antes hemos visto que ella está inficionada del liberal-individualismo burgués.

Frente a esa legislación básica codificada se alza, en manifiesta posición de incoordinación sistemática, el numeroso conjunto de leyes nuevas con sentido social.<sup>2</sup> Pero en éstas no podemos encontrar ninguna de las notas que atribuyen prestigio y calidad a aquélla. Se trata de un vasto conjunto de leyes dispersas y carentes entre sí de toda organicidad. Ellas han sido dictadas bajo circunstancias de apremio político o de presión social desbordante, con el fin de resolver rápidamente un conflicto inminente o de evitar una situación amenazante. Su elaboración ha sido precipitada, no ha contado con estudios técnicos previos y las Asambleas Legislativas las han votado tras un debate superficial. Hay en ellas falta de la necesaria coordinación con otras leyes similares, con las que van a entrar

<sup>2</sup> En la explicación que vamos a iniciar solicitamos la comprensión del lector. Se trata de una descripción esquemática de una realidad que es común a casi todos los países de Latinoamérica y aun a muchos de Europa, como es el caso de Francia. No siendo posible entrar en detalles que harían engorrosa la exposición y que harían perder la línea central del razonamiento, nuestro interés se centra en los grandes rasgos solamente. Comprendemos que en muchos casos y países no se dará exactamente el cuadro que aquí diseñamos. Dentro de un propósito de generalización y de síntesis, sin embargo, no nos es posible entrar a examinar las excepciones, algunas de las cuales pueden ser de importancia. Por ejemplo, entre la legislación reciente de carácter social figura en casi todos los países un Código del Trabajo o, al menos, una ley Orgánica Laboral o un conjunto de leyes que cubren dicho campo. Puede existir, en consecuencia, una legislación nueva que sea codificada y puede suceder que a esa legislación se le conceda en la enseñanza del Derecho la debida atención. Es posible, asimismo, que en alguna parte la profundización de esta nueva rama del Derecho haya alcanzado un alto nivel, comparable al de las ramas tradicionales. Pero esto excede de nuestro plan y de nuestros propósitos al señalar los vicios que denunciarnos.

en juego. El resultado son leyes en que están ausentes todo plan y método, cuyas normas no armonizan sino que pugnan entre sí o con otros preceptos, originando toda clase de dudas en su aplicación, carentes de una mínima vertebración y no pocas veces defectuosas hasta en su redacción formal. Su mismo contenido y finalidad son ambiguos, desde que corresponden muchas veces a la conciliación de criterios e ideologías enteramente divergentes dentro de quienes participaron en su elaboración.

VI. *Alto prestigio teórico de la legislación tradicional y poco aprecio por la legislación moderna*

Desde este punto de vista, es explicable que los estudiosos del Derecho y las Escuelas Universitarias miren con desdén o resten importancia teórica a esta legislación social moderna, al punto de estimar que no merece incorporarse a los planes de estudio. No deja de pesar también el hecho de que ella fue dictada para resolver problemas populares y los futuros profesionales prefieren adquirir dominio de las normas jurídicas que servirán para una actuación de alta jerarquía profesional, o sea, de las que interesan a la gente de dinero. Y éstas son más frecuentemente las de la legislación codificada.

He aquí algunas de las razones que explican la aparente paradoja de que la legislación más reciente sea la menos apreciada y que la más tradicional y antigua sea tenida en el más alto nivel de consideración técnica y profesional.

Ripert, junto con reconocer la existencia de esta legislación moderna desprovista de la cuidada elaboración teórica y organicidad de la tradicional, la llama "legislación de excepción", sostiene que la "democracia" (expresión de que se vale para denominar en conjunto a las tendencias políticas y sociales progresistas) no se atreve a chocar de frente con la legislación tradicional, pues teme destruir a ésta sin estar segura de las ideas que protege y defiende. El resultado es este Derecho nuevo que luego no se estudia ni se enseña por los juristas. Es un

diferente enfoque y perspectiva para referirse al mismo problema que tratamos.

### VII. *Importancia social de la legislación moderna*

Sin embargo, es esta legislación nueva, tan desdeñada desde el punto de vista académico, la que en el momento presente tiene más realidad en la vida social, porque ella es la que recibe más constante y amplia aplicación. Para usar palabras que luego hemos de explicar, es ella la que más propiamente puede ser designada como el Derecho socialmente imperante en nuestra sociedad.

La legislación tradicional codificada, con la excepción del Derecho Penal, el que posiblemente por mucho tiempo más seguirá siendo considerado como el "Derecho de los pobres" (no en el sentido de que les asegure sus intereses y derechos, sino en el bastante más dramático de que desata su furia preferentemente sobre ellos), tiene un ámbito de aplicación extraordinariamente reducido y cada vez beneficia o afecta, en la vida práctica, a un menor número de personas. El Código Civil (excepción hecha del Derecho de Familia, que cada vez más tiende a segregarse de él) es un código para propietarios que requieren de protección para su patrimonio y para las operaciones de custodia, transferencia y transmisión de sus bienes. El Código de Comercio solamente recibe adecuada aplicación respecto de operaciones mercantiles de cierta importancia.<sup>3</sup>

No es preciso realizar prolijas encuestas ni contar con muy trabajadas estadísticas para darse cuenta de que la legislación tradicional rige, en el hecho, para un porcentaje cada vez más reducido de la población, compuesto por aquellos que han sido más favorecidos dentro de la tan desigual repartición de la riqueza. Hay una demostración empírica muy sencilla que lo comprueba: revísense las materias sobre las que versan los litigios que se promueven actualmente ante los tribunales ordinarios de justicia y compárense porcentualmente con los que

<sup>3</sup> Estimamos conveniente reiterar aquí lo que se expone en la nota 2.

ingresaban a comienzos de siglo y se verificará que —excluida la materia criminal, que puede permanecer más o menos constante— cada vez es menor la proporción de materias propiamente “civiles”, en el sentido de aquellas que versan sobre conflictos que corresponde resolver de manera directa al Código Civil. Más fácil resulta, todavía, comparar el porcentaje de sentencias propiamente civiles que dictan hoy día los tribunales de justicia con el de las que expedían hace cincuenta años o más.

### VIII. *La legislación que interesa al ciudadano medio*

Una experiencia práctica puede ayudarnos a esclarecer nuestra información sobre la materia. Hagamos la prueba de preguntar a la gente con la que nos topamos en la calle cuáles son sus más acuciantes problemas. Un trabajador nos responderá que son la necesidad de un alza de su salario, alguna controversia surgida en el seno de su sindicato y la obtención de un préstamo de un establecimiento estatal para adquirir un terreno y construir allí su vivienda. Un comerciante ambulante explicará que son el aumento del valor de la patente para su pequeño comercio, la dificultad para abastecerse de mercadería por el acaparamiento de los distribuidores y la falta de una previsión social. Un artesano nos planteará el daño que le significa un accidente de trabajo por falta de una apropiada atención para tal emergencia, la conveniencia de que se reglamenten las condiciones de aseo de las fondas y loncherías y la fijación de precios máximos a los alimentos que en ellas se expenden. Y así, sucesivamente. ¿Cuánto será necesario esperar hasta que encontremos a alguien que nos diga que lo angustia la posible nulidad de un testamento que lo favorece, que medita la factibilidad de constituir un usufructo a favor de un pariente o que teme que el crédito que verificó en un concurso les sea pagado en forma muy disminuida?

Las materias en las que la enorme mayoría de la población espera algo de aquello que constituye el sistema jurídico del país, versan preferentemente sobre formas de ingerencia y re-

gulación del Estado en las actividades económicas y pertenecen, por ello, al Derecho económico, que es íntegramente Derecho moderno, o al Derecho administrativo, incrementado y desarrollado grandemente con esas "leyes nuevas", o conciernen a sus condiciones de trabajo, dependiente o independiente, caso en el cual quedan regidas por códigos laborales o del Trabajo o por leyes reguladoras ajenas a toda la legislación tradicional. O sea, se trata de todo un conjunto legislativo que entra de lleno en un marco que posteriormente hemos de señalar que encierra a aquello que se denomina "Derecho social".

### IX. *El Derecho socialmente imperante*

Se llama "Derecho socialmente imperante" (o reglas de comportamiento real) a la normativa jurídica que efectivamente recibe aplicación en un medio social determinado. Difiere del "Derecho formalmente impuesto" (o normas de decisión, según el nombre que les da Larenz), que es el que la autoridad estatal ha querido imponer mediante la promulgación de reglas obligatorias de conducta. El primero consiste en las prácticas jurídicas que los miembros de la comunidad reconocen y admiten en su vida real, ajustándose de hecho a ellas, en tanto que el segundo se confunde con las órdenes obligatorias que expide el legislador, las que en la práctica pueden no ser cumplidas, en todo o en parte, por la enorme mayoría de los miembros de esa comunidad. Los juristas tienden a considerar como Derecho únicamente al formalmente impuesto, principalmente por razones de validez jurídica formal; en cambio, los sociólogos estiman que solamente las normas que de hecho se aplican constituyen el Derecho real que impera en una determinada organización social. Entre ambos criterios media la distancia que separa a un acto de voluntad dirigido al cumplimiento de una cierta conducta y la conducta que efectivamente sucede a ese acto.

Es el sociólogo del Derecho austriaco Eugen Ehrlich quien empieza a ocuparse de las reglas de comportamiento reales, esto es, de aquellas que no se basan ni en las sentencias judi-

ciales ni en los preceptos de las leyes sino que conforman los hechos originarios del Derecho (Derecho vivo). Considera que de tales hechos surgen las verdaderas relaciones jurídicas, las cuales, por consiguiente, no son creadas por las "proposiciones jurídicas" (leyes y sentencias), sino directamente por la sociedad.

Para este autor el orden jurídico, como algo dado histórica y sociológicamente, es el orden de la vida efectivamente vigente, que se sabe vinculante y que se cumple por una inmensa mayoría, el cual se distingue por su peculiar referencia de sentido a la idea de Derecho. No obstante, Ehrlich creyó equivocadamente que la sociología jurídica era la única ciencia posible del Derecho, lo que constituye un error en relación con una ciencia normativa, y quiso asentar en la mera observación de los hechos y en la recopilación de experiencias el conocimiento de la esencia de lo jurídico. Desde un punto de vista enteramente opuesto, Kelsen declara que la eficacia de una norma, esto es, su efectivo obediencia por la gran mayoría de los ciudadanos, es en definitiva una condición de su validez jurídica.

#### x. *Desplazamiento social de la legislación tradicional codificada*

La precedente incursión al interior de temas que la ciencia jurídica contemporánea debate con gran interés sirve para poner de relieve la necesidad que existe, aun desde un punto de vista estrictamente jurídico, de que el estudio científico del fenómeno jurídico sea efectuado considerándolo no solamente en la formulación estatal de las normas, sino asimismo en su efectiva aplicación social. Y las observaciones que antes hicimos ponen de manifiesto que en la realidad social actual se produce cuando menos un desplazamiento de la legislación tradicional, la cual cede lugar a las que hemos denominado leyes modernas, pese a la mejor calidad técnica de aquélla. Y esto al punto que ese Derecho tradicional codificado, que nació para ser tenido como legislación común, ha pasado en el he-

cho a transformarse en una verdadera legislación de excepción, desde el punto de vista de la realidad social viva, preferentemente considerada en lo cuantitativo.

Lo anterior evidencia que la realidad y las necesidades sociales tienen en último término, más poder normativo que la voluntad de un legislador que no esté muy atento a adaptarse al curso histórico que ellas van asumiendo. Pero ya veremos, en el capítulo siguiente, la insuficiencia de los preceptos jurídicos escritos para amoldarse a las cambiantes condiciones y circunstancias de la vida social.

#### *xI. La enseñanza del Derecho se centra en la legislación codificada*

Lo singular y llamativo de todo lo que precede, para quien no tiene su juicio atado a prejuicios muy firmemente asentados en los medios jurídicos, es que la enseñanza del Derecho versa principal, cuando no exclusivamente, sobre el Derecho codificado tradicional y concede escasa dedicación a la legislación moderna con sentido social. Extraña inconsecuencia ésta de subestimar aquella parte del Derecho positivo que es la más reciente, la que se interesa por los problemas de las grandes mayorías y la que tiene mayor vigencia como Derecho vivo. Si recapitulamos los comentarios anteriores, es posible concretar como posibles razones de ello las siguientes: a] mayor prestigio científico y más alta calidad técnica del Derecho tradicional, así como falta de principios rectores, de unidad orgánica y de corrección formal de la legislación más nueva; b] prescindencia de las actuales realidades sociales y preferencia por doctrinas, instituciones y principios del pasado; c] decisión de formar profesionistas aptos para ganar dinero al servicio de los intereses de los poderosos, y convicción de que ante los jueces rara vez llegan las controversias que podrían interesar a los pobres.

Pero ésas no son razones, sino pretextos. Es cierto que la legislación tradicional, por estar mejor elaborada y ser el producto acabado de un decantamiento teórico de siglos, es más

formativa para el estudiante. La doctrina del acto jurídico, no obstante ser una noción común a todo el Derecho, fue elaborada y desarrollada inicialmente en el Código Civil y, generalmente, se la explica con ocasión de su estudio. Algo semejante sucede con los preceptos preliminares del Código Civil, los cuales verdaderamente conforman la base para la mayor parte de los principios generales de Derecho. Sabida es, también, la importancia que para el desenvolvimiento del razonamiento lógico jurídico del alumno de Derecho tiene la teoría jurídica del delito, llevada a su más alto ápice de desarrollo lógico por los penalistas alemanes e italianos. Y así, podrían citarse muchos otros temas extraídos de este Derecho tradicional y que tienen un manifiesto valor formativo.

Esto se debe, sin embargo, a que ese Derecho tradicional ha sido desde antiguo objeto de estudio científico por los juristas, quienes lo han llevado a un muy alto grado de teorización. En cambio, precisamente por este desdén académico hacia la legislación reciente, la que —hay que reconocerlo— brotó, en general, sin suficiente estudio técnico previo, nadie se ha ocupado de forjar con ella “doctrinas” ni de construir jurídicamente sus instituciones, ni de sistematizar sus ideas. Esto, sin olvidar que la excesiva “movilidad” de ella, exteriorizada en muy frecuentes modificaciones, derogaciones y sustituciones, dificulta una construcción teórica a su respecto.

Posiblemente una explicación que cale más hondo, haya de girar en torno de la disposición fundamentalmente conservadora del hombre de Derecho, por el solo hecho de serlo. Constituye ya un lugar común entre quienes analizan la psicología de los juristas la comprobación de su conservantismo. Lo reconocen sin ambages Bodenheimer, Vinogradoff y Ripert, entre muchos otros. El primero de ellos hace notar, además, que el Derecho por su propia naturaleza es una fuerza estática, con tendencia al estancamiento y de índole conservadora.

## DESAJUSTE DE LA LEY ESCRITA POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO

### 1. *Casi todas las leyes son permanentes y rigen a futuro indefinido*

El estancamiento del Derecho no es una nota intrínseca a éste. Más bien se liga con la forma en que se manifiesta históricamente el Derecho positivo en los países de legislación escrita. Pero, atendidas las dificultades que significaría un cambio en su régimen de formulación y los riesgos que ello comportaría, casi podríamos admitirlo como un defecto inherente al Derecho positivo en sí.

El legislador impone sus preceptos a futuro, para que ellos sean cumplidos de modo permanente. Señala en ellos supuestos y consecuencias normativas generalmente muy detalladas. Todo esto tiene explicaciones históricas, ideológicas y teleológicas.

Hay un afán de perennidad que anima a los legisladores. Están tan convencidos de la bondad de la norma que promulgan y de su adaptabilidad a las necesidades sociales actuales y futuras, que generalmente la dictan “para siempre”. Hacen excepción en esto solamente escasas leyes de carácter temporal, concebidas y destinadas a regir durante un período determinado, comúnmente breve, que ellas mismas señalan.

“No hay ley que no encierre un voto de perpetuidad”, afirmaba el preámbulo de una ordenanza francesa de 1731, recordada por Ripert. Se ha sostenido que “la inmutabilidad es el carácter de una buena legislación”. La propia Revolución Francesa, al derribar la monarquía absoluta y transformar al pueblo en el soberano, elevó la ley a expresión de la “razón”, teniéndola por regla que surgía de la voluntad general, destinada a asegurar la libertad de los ciudadanos sobre la

base de ciertos principios inmutables y eternos. En tiempos en que la escuela clásica del Derecho Natural alcanzaba su máximo prestigio, la ley pasó a adquirir visos de expresión positiva de la naturaleza misma del hombre, naturaleza estable y permanente, que el transcurso de los siglos no habría de variar.

El deseo de proteger la libertad de los ciudadanos condujo, además, en la legislación revolucionaria, deseosa en convertirse en amparo contra la tiranía, a una forma de redacción lo más clara y precisa posible. Las leyes no habrían de requerir ni admitir interpretaciones para su aplicación. Con ello se querían evitar decisiones arbitrarias del poder ejecutivo y obligar al juez a aplicarlas sin posibilidad de filtrar en ellas algo de su personal apreciación por la vía de una interpretación que se tenía por muy sospechosa e inconveniente. El legislador, expresión auténtica de la voluntad popular, se reservaba en forma exclusiva la facultad de determinar las reglas obligatorias que debían obedecer los ciudadanos, en todos sus aspectos de contenido. Pero eso hacía necesario que los preceptos legales procuraran resolver todas las contingencias y ponerse en el mayor número de casos posibles, lo que significa que debían pormenorizar y detallar infinidad de hipótesis.

Finalmente, la expedición de leyes duraderas y precisas es prenda de certeza jurídica para los ciudadanos, pues permite a éstos conocer de modo estable lo que la ley manda y lo que consecuentemente queda reservado a su esfera de libertad para el porvenir.

Todas estas razones tienen defensores y algún grado de fuerza hasta hoy.

Por consiguiente, la ley permanente, clase a la que pertenece, como explicamos, la inmensa mayoría de las leyes, se expide como norma obligatoria que perdurará mientras el mismo legislador, en nuevo acto de voluntad, no la derogue o modifique. Pero con ello, el mandato imperativo que en ella se contiene, originado por los hechos y circunstancias que el legislador conoce y pondera en el momento de elaboración de la ley, esto es, cuando la va a dictar, se prolonga indefinidamente en el tiempo de un modo inalterable. Emitida la ley, su contenido obligatorio queda como cristalizado o fijado, sin cambio alguno para un futuro sin término, salvo el que pro-

venga de otra declaración legislativa. Podríamos decir que se asemeja a una flecha que hiende rectilíneamente el espacio temporal, sin variación en su dirección (dirección que vendría a representar su contenido), pese al transcurso del tiempo.

Si la vida social fuera inmutable, nada habría que objetar.

## II. Movilidad de la vida social actual

Sin embargo, toda sociedad humana y con mayor razón las que han alcanzado un nivel cultural apreciable como son aquellas que cuentan con un Derecho relativamente desarrollado, tiene una movilidad. La sociedad está sujeta a cambios de muy variada naturaleza, algunos condicionados por circunstancias externas a ella misma y otros originados dentro de su propio seno. En esto se asemeja a un organismo vivo.

Esta movilidad hace inevitable que los esquemas basados en normas rígidas vayan desconectándose cada vez en mayor medida de las realidades sociales a las que esas normas de-

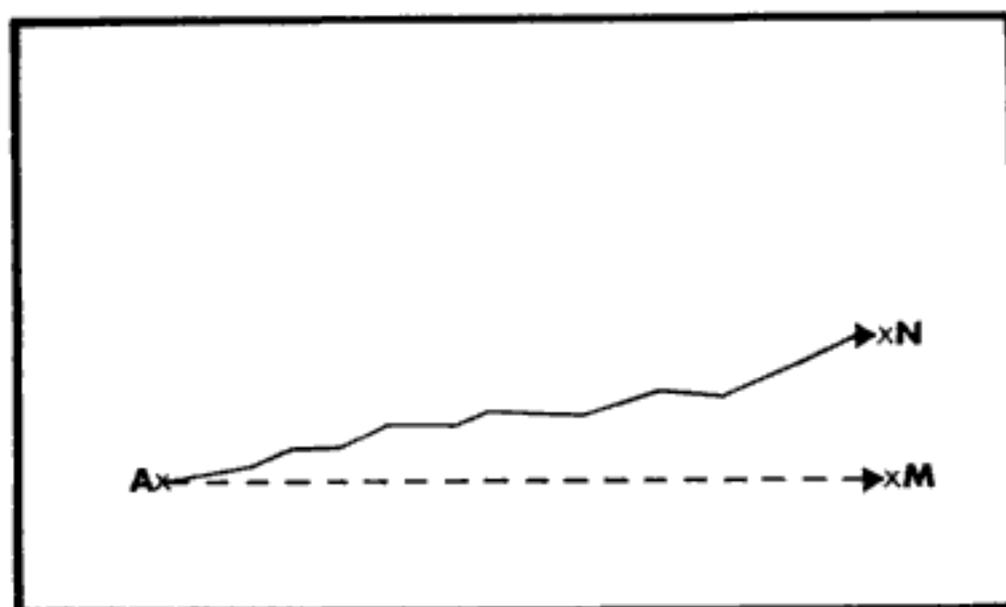


FIGURA 1

Caso de una ley que se va haciendo cada vez más inadecuada a las necesidades sociales. Explicación: *punto A* = momento en que la ley entra en vigencia; *línea segmentada recta A-M* = proyección rígida de la ley en el tiempo; *línea sinuosa A-N*: proyección en el tiempo de la vida social cambiante.

ben ser aplicadas. Podemos representar el mandato de la norma, anquilosada en su texto para el futuro, como una flecha segmentada de curso recto, que inició su curso en el momento de vigencia de la ley y que se prolonga indefinidamente, sin alteración ( por eso se la dibuja recta), hacia el tiempo venidero. El curso cambiante de la vida social lo representamos, en cambio, con un trazo continuo de curso sinuoso, en el que, normalmente, puede advertirse una cierta dirección preponderante (véase figura 1). Esto nos permite observar, que con motivo de los cambios sociales, a poco de dictada una ley se ha producido ya un distanciamiento de ella con la realidad social que está destinada a reglar.

E. Ehrlich ha sostenido que todo cuerpo de reglas que formula un legislador, por su propia naturaleza, resulta realmente anticuado ya en el momento mismo de ser formulado, por lo que apenas puede gobernar el presente y nunca el futuro.

La verdad, no obstante, es que no todo período histórico es igual.

Hay algunos períodos de calma, en los que la vida social parece como detenida, pues no se aprecian en ella cambios perceptibles. En ellos se dan las que alguien, con tanto acierto, llamó "sociedades en reposo". Montesquieu tributaba grandes elogios a las "naciones de vida tediosa", por considerarlas las más felices. Recuerda Radbruch que desde 1871 hasta 1914 Europa conoció una época de estabilización social de una duración tal "que en la historia del mundo jamás se había conocido nada semejante". Es lo que se llamó "Belle Epoque", símbolo de un momento humano aparentemente sin inquietudes, frívolo, preocupado solamente por el buen vivir (no obstante que incubaba en su seno una combativa lucha de clases que emergió después de la Primera Guerra Mundial en varios países europeos).

En épocas como las descritas, el gradual distanciamiento entre la ley permanente y la realidad social es apenas perceptible. Transcurren lapsos prolongados sin que sea posible apreciar mutaciones de la sociedad que lo hagan aparente.

### III. *La brecha creciente entre la realidad social y el Derecho*

Desde el término de la Primera Guerra Mundial, sin embargo, el mundo en general y con ello casi la totalidad de los países, han tomado un ritmo muy veloz en su movilidad. Un torbellino de inventos, descubrimientos, avances técnicos, modificaciones culturales, acontecimientos políticos, luchas sociales, conflictos bélicos y nuevos fenómenos de organización social, que más adelante sintetizaremos, han puesto en ebullición a la mayor parte de las antiguas sociedades en reposo. Con ello la disociación entre la ley y la realidad social se transforma en un problema notorio, que ni el sociólogo ni el jurista pueden pasar por alto.

No se trata, tan sólo, de ese "desequilibrio entre la ley y las circunstancias siempre nuevas, insospechadas y aun insospechables... que el oscuro trabajo de la historia, con movimiento lento, pero firme e incoercible... va generando... con cierto sentido fatal", según describe Sebastián Soler. Es la irrupción brusca en la vida social de diferentes condiciones de vida individual y social debidas a nuevos hechos, fuerzas e ideas que alteran muy profundamente los cauces de esa vida, tenidos hasta entonces como relativamente estables o, a lo menos, como no propensos a impensados y súbitos giros.

Por consiguiente, no basta, como lo propicia el autor que acabamos de mencionar, "descubrir procedimientos para actualizar la ley y sacarla de su quietismo intemporal, para, dotándola de dinamismo, mantenerla siempre de acuerdo con el presente". No, la brecha entre el Derecho y la realidad social se ha ido ensanchando aceleradamente, debido a la rigidez de aquél, opuesta a la movilidad cada vez mayor de ésta.

Podría pensarse que un legislador atento a estas transformaciones y ágil en su elaboración preceptiva; podría evitar el desequilibrio, dictando nuevas normas que tuvieran por finalidad poner al día las reglas caducas, para mantener siempre un Derecho fresco y actualizado. Pero, en la realidad práctica no existe ese legislador atento y ágil, como tendremos oportunidad de explicarlo y los juristas, sobre quienes también podría estimarse que pesa la responsabilidad de cobrar conciencia del problema y de adoptar las medidas apropiadas para

solucionarlo, no lo perciben, razón por la cual no se inquietan por estimular al legislador, ni, mucho menos, por darle colaboración técnica. Falta percibir esa vertiginosa marcha del acontecer social dentro del mundo de hoy.

#### IV. Inadecuación al cambio de las leyes escritas

El sistema mismo de leyes escritas a que nos estamos refiriendo no se presta, por otra parte, para conseguir que, aun mediando las oportunas y necesarias modificaciones de la ley, se cierre alguna vez la brecha de la separación de éstas con la realidad social.

En momentos de transformación social tan rápida, lo más

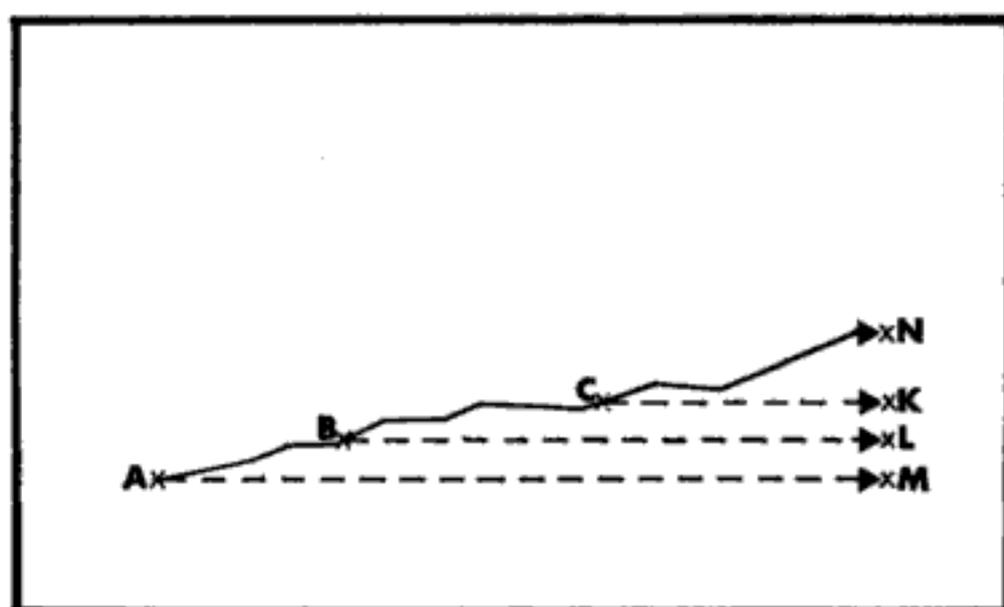


FIGURA 2

Caso de una ley que es modificada repetidas veces por el legislador para tratar de adecuarla a las cambiantes necesidades sociales. Explicación: *punto A* = momento en que la ley entra en vigencia; *punto B* = momento en que la ley es modificada por primera vez; *punto C* = momento en que la ley es modificada por segunda vez; *línea segmentada A-M* = proyección rígida de la ley en el tiempo; *línea sinuosa A-N* = proyección en el tiempo de la vida social cambiante; *línea segmentada B-L* = proyección rígida en el tiempo de la primera modificación de la ley; *línea segmentada C-K* = proyección rígida en el tiempo de la segunda modificación. Puede advertirse que aunque la ley sea modificada, de inmediato vuelve a separarse de la cambiante realidad social.

que se consigue es que cuando el legislador se percatara de que la norma ha quedado obsoleta, intente una modificación de ella. Pero esta modificación se realiza con relación al momento en que ella se estudia y elabora. Desde entonces hasta que se la pone en vigencia transcurre un lapso que hace que la modificación llegue ya retrasada. Y a poco andar, las nuevas circunstancias sociales vuelven a convertirla en definitivamente obsoleta. Puede repetirse el procedimiento, pero volverá a presentarse el mismo fenómeno.

Esto demuestra que el legislador solamente puede caminar a saltos, en los momentos dados en que pone en movimiento su aparato de producción legislativo, por mucho que se inquiete por mantener siempre al día la legislación. En cambio, la vida social evoluciona fluida y constantemente, en su permanente alejamiento de sus formas pretéritas. Esto hace inevitable que la ley marche siempre a la zaga de los hechos sociales. Con toda razón un autor francés, Bonnet, escribía ya en 1930 una obra que tituló: *Le Droit en retard sur les faits* [*El Derecho a la zaga de los hechos*]. La figura 2 ilustra sobre esta imposibilidad de la norma jurídica para mantenerse apegada o relativamente próxima al curso variable de los fenómenos sociales, debido a la necesaria estratificación que se produce en ella al cristalizar su formulación en preceptos escritos permanentes.

#### v. *Las nuevas condiciones de la vida social*

Podría, tal vez, parecer superfluo, por excesivamente conocido en sus líneas generales, o superficial, por carencia del autor de los conocimientos especializados necesarios para un recuento científico completo, un intento de enunciar nuevos hechos, fuerzas e ideas que desde años relativamente recientes han provocado y continúan provocando muy acentuadas transformaciones en nuestra vida social. A pesar de ello pensamos que es provechoso para una parte importante de los lectores contar con un cuadro panorámico que, a despecho de insuficiencias, pueda mostrarles los más relevantes aspectos de los rápidos cambios sociales que estamos presenciando. Bastará la

advertencia de que no entendemos hacer una indicación exhaustiva y que seguramente se nos escaparán algunos datos de importancia, para que nadie quede expuesto a error.<sup>1</sup>

A. El hombre hace progresos cada vez mayores en el dominio y utilización de nuevas formas de energía y en el desarrollo del maquinismo, de la electrónica y de técnicas que permiten inesperados efectos al obrar humano. La FUERZA del hombre se multiplica en forma pasmosa en el curso de solamente dos siglos, al pasar de la pura utilización de la energía humana y animal a los motores a vapor, a explosión, eléctricos, a turbina, de coherencia y nucleares. El perfeccionamiento de mecanismos cada vez más complejos y de combustibles más potentes permite aprovechar al máximo esas energías en la industria, el transporte y la guerra. Los avances técnicos en el campo de la física han traído como resultado la posibilidad de extender de manera increíble el alcance de los SENTIDOS del ser humano. Los adelantos ópticos, acústicos y electrónicos expresados en la radio, la televisión, poderosos telescopios y microscopios, hacen que la mirada y el oído del hombre puedan llegar no solamente a cualquier punto del planeta, sino aun a cuerpos cósmicos ajenos a él y sean capaces de multiplicar su poder de manera maravillosa. Comienza el reinado de las computadoras y cerebros electrónicos, que permitirán aumentar enormemente la capacidad del CEREBRO humano para ciertas operaciones, especialmente de cálculo, almacenamiento y selección de información.

Lo anterior significa que la industria, los transportes, las comunicaciones, el conocimiento de la naturaleza y la posibilidad de un dominio cada vez mayor sobre ella, la organización social y la información, etc., puedan llegar a niveles hasta ahora desconocidos.

B. Se avanza rápidamente en el campo biológico mediante esos

<sup>1</sup> En mi trabajo *Progres humain et Droit pénal*, publicado en: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 2, 1970, París, hago una exposición sintética de las principales transformaciones sociales que afectan a nuestra época y de sus efectos y alcances dentro del Derecho penal; pero con él a la vista no es difícil imaginar las consecuencias que afectan también a las demás ramas del Derecho.

instrumentos y con el gran adelanto de la química. No solamente se obtienen drogas capaces de modificar los procesos psíquicos, sino que se hacen posibles los trasplantes de órganos humanos o animales al hombre,<sup>2</sup> el cambio de sexo, diversos tipos de anticonceptivos, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y el control genético, para referirnos tan sólo a los avances que tienen más obvios alcances para el Derecho.

c. Hasta el siglo pasado dominó la idea de que el hombre era un ser esencialmente racional, inserto en un universo regido por la regularidad de sus fenómenos. Por consiguiente, su comportamiento estaba determinado causalmente por factores externos científicamente cognoscibles o regido por motivaciones surgidas de decisiones internas suyas originadas en conscientes y voluntarias intencionalidades finales. Todo aquello que decidía la conducta humana podía ser indagado y verificado científicamente, ser captado por la conciencia y quedar sujeto a control racional, salvo situaciones especiales. Esta concepción recibe varios quiebres importantes. En primer lugar, se descubre que el orden físico no se rige por una causalidad y una regularidad de la fijeza y amplitud que se suponían, sino que el azar tiene también un sitio en él. En seguida, la psicología evidencia el valor de lo afectivo, de lo inconsciente y de lo irracional en la conducta del hombre. A lo que puede agregarse el efecto que sobre el comportamiento humano puede tener la actividad endocrina. Nos hallamos, de este modo, ante un universo y un hombre en los que lo imprevisible, lo fortuito y lo irregular también tienen cabida, con perturbadoras consecuencias para un Derecho tradicional que se asienta en la regularidad y en la racionalidad.

d. Sobrevienen cambios profundos en las estructuras económicas. El maquinismo y el desarrollo de las comunicaciones, unidos a un régimen liberal-individualista, hacen surgir el gran capitalismo moderno y con ello empresas industriales

<sup>2</sup> Eduardo Novoa Monreal, *El trasplante de corazón. Aspectos jurídicos, éticos y médico-legales*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1969.

y comerciales cada vez más poderosas,<sup>3</sup> que llegan en su desarrollo a un punto tan alto que amenazan, como sociedades transnacionales, a las naciones medianas y pequeñas. La necesidad de lograr una planificación de una economía muy trastornada por esos hechos y de orientar hacia el interés colectivo las actividades privadas lucrativas conduce a que en la casi totalidad de los países el Estado asuma ingerencia en la economía, llegando, en el caso de los países socialistas, a tomar a su cargo el control casi completo de ella. Esta nueva función del Estado y la necesidad de implementarla, apoyarla, asegurarla y costearla traen consigo alteraciones notables dentro del campo del Derecho pues surge el Derecho Económico, adquiere gran desarrollo el Derecho Administrativo y se modifica en gran medida el Derecho Fiscal.

E. En las concepciones políticas se abandona casi enteramente la idea liberal del Estado gendarme, para remplazarla por la del Estado de bienestar o por la del Estado regulador o interventor, cuando no por el Estado administrador. Las formas legales relativas a la administración del Estado cambian muy profundamente y la organización administrativa en sí misma se transforma en un cuerpo complejísimo, dotada de poderes antes desconocidos. La burocracia aumenta y se multiplica. Surgen las empresas del Estado.

F. El dominio de la naturaleza por el hombre, que parecía no conducir sino a consecuencias favorables para la humanidad, empieza a denotar alarmantes perturbaciones a escala mundial, a tal punto que algunos científicos empiezan a interrogarse si los avances científicos y sus aplicaciones no tendrán un límite o no llegarán a crear en el planeta condiciones que perjudiquen en el futuro la vida del hombre. La degradación del medio ambiente a través de la erosión, el agotamiento de los recursos naturales no renovables, el desequilibrio ecoló-

<sup>3</sup> En su obra *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, G. Ripert demuestra que el capitalismo ha crecido al amparo de la legislación liberal-individualista, utilizando principalmente la libertad contractual y la protección a la propiedad privada. Pero en su aspecto esencial, que es la creación de la *empresa*, no se ha interesado por introducirla en la legislación, pues ha cubierto su existencia valiéndose de legislación sobre derecho de propiedad y sobre sociedades por acciones.

gico, la contaminación ambiental, el aumento de la radiación, etc., aparecen como problemas considerables que afectan a toda la humanidad.

G. Por su parte, nuevas manifestaciones sociales humanas, estrechamente ligadas a varios de los fenómenos anteriores, ponen una nueva nota pesimista acerca de las posibilidades de organizar fácilmente la convivencia humana. La explosión demográfica y su pavorosa consecuencia: la falta de alimentos; la atracción urbana que arrastra a parte considerable de la población rural a la ciudad, originando concentraciones humanas monstruosas, ante las cuales fallan todos los propósitos de mejoramiento material y moral de sus poblaciones; la desintegración familiar, ligada a diversos factores y especialmente al que precede, muestran que en las grandes urbes el ser humano pasa a sentirse cada vez más desarraigado y paradójicamente, a veces muy solo.

H. No pueden extrañar consecuencias fácilmente previsibles. Aparición de claros signos de rebeldía de parte de los desposeídos y de inconformidad de parte de los jóvenes; aumento de los conflictos y complejos psíquicos, favorecidos por la vida difícil, tensa, de permanente lucha, que solamente los más fuertes pueden soportar; tendencia al escapismo a través de ingestión de bebidas intoxicantes, drogas, del abandono de las formas tradicionales de convivencia y de la renuencia a asumir las responsabilidades del trabajo y del hogar.

I. Pero no todo ha de ser negro. El desarrollo cultural rinde algunos frutos, representado en modificaciones culturales y éticas que tienen o pueden adquirir un sentido positivo. Se extiende generalizadamente la idea de que es necesario asegurar al hombre el respeto de su persona por medio del reconocimiento de derechos que le corresponden en razón de su propia existencia. El significado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, difícilmente puede ser valorado todavía en todo su alcance, aun cuando de hecho en muchos países del mundo, especialmente dentro de los latinoamericanos, ellos sean conculcados. El tabú

sexual, que conformó tantas instituciones jurídicas y sociales, retrocede para irse adaptando cada vez más al reducido marco de un plausible respeto por una de las funciones más nobles del hombre. El desarrollo de los medios masivos de comunicación y difusión permite vislumbrar la posibilidad de un mejoramiento cultural de muchos grupos humanos postergados.

J. Comienzan a manifestarse claramente formas humanas de organización a escala universal y supranacional, que ofrecen la primera posibilidad real de tender a la supresión de guerras y opresiones de unos pueblos por otros. La Organización de las Naciones Unidas, que ahora sobrepasa ya el centenar y medio de países miembros, se convierte en la más vasta tentativa humana de organización a nivel mundial. Aparecen organizaciones regionales de países que buscan en ellas formas más adelantadas de vida y organización. Aun cuando solamente en éstas empiezan a promoverse acuerdos y medidas que importan una efectiva limitación de la soberanía de cada país miembro, podría ello significar la posibilidad futura de que esas limitaciones, admitidas a escala mundial, permitieran algún día el establecimiento de un gobierno central de toda la humanidad.

#### vi. *Pero el Derecho mantiene sus esquemas e instituciones*

Se trata, como puede apreciarse, de nuevas fuerzas, nuevos medios al servicio del hombre, nuevas manifestaciones culturales y de las ideas, nuevas formas de organización, nuevos impulsos sociales, nuevos fenómenos de todo orden que producen el adelanto de la humanidad.

La influencia de todo ello dentro del campo del Derecho es de tal manera manifiesta, aun en los casos en que no la hemos señalado expresamente, que con sólo observar que la mayor parte de estos cambios se han producido en los últimos cincuenta años y, muchos de ellos, en las últimas dos décadas, deberíamos imaginar que en el mundo empezó a aplicarse ya un nuevo Derecho que responde a tan alteradas

exigencias sociales. La sorpresa para todos, salvo para la generalidad de los juristas, que parecen enteramente impermeables a esta clase de confrontaciones, es que el Derecho, salvo mínimas y en su mayor parte irrelevantes modificaciones parciales, no ha acusado manifiestos cambios.

En general, siguen subsistentes los mismos esquemas jurídicos, las mismas instituciones, las mismas formas de expresar y aplicar el Derecho. En esta forma no es extraño que los juristas, por sus trasnochadas teorías, conceptos y formulaciones, sean mirados por la generalidad de los demás seres humanos como especímenes de una fauna en vías de extinción y, en todo caso, cada día menos decisiva en el curso de la vida social, en tanto juristas.

#### VII. *Los posibles cambios futuros en el medio social*

Y todavía no hemos considerado los cambios inminentes que ha de depararnos el futuro casi inmediato.

Parece verosímil que antes de que finalice el presente siglo podremos esperar las siguientes novedades: a] adelantos en neuropsiquiatría que permitan al hombre utilizar una parte considerable de su sistema nervioso superior que hasta ahora no es capaz de poner en funcionamiento; de lograrse esto, el hombre podría adquirir una potencialidad intelectual y psíquica extraordinaria; b] dominio de la genética en forma de poderla utilizar para mejorar el hombre en sus aspectos físicos, psíquicos y morales; c] establecimiento de un superpoder universal que imponga deberes a cada Estado y vele por sus derechos.

Si a lo anterior sumamos el posible control de fenómenos y poderes parapsicológicos que hasta ahora parecen facultades sobrenaturales, y el contacto con seres inteligentes de otros mundos habitados, nos daremos cuenta de la forma como la humanidad está en trance de asomarse a cambios notables. Hay sabios que aseguran que antes del fin del siglo será posible leer el pensamiento de otro hombre.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> De ser efectiva la predicción, el Derecho afrontaría un grave y pro-

¿Se preparan de alguna manera los juristas para tanto cambio? Respondamos que ni siquiera pueden con los que aparecieron hace ya décadas y que demandan nuevas regulaciones normativas en forma urgente.

Esto de la brusca aceleración del progreso tecnológico no debe ser considerado como una fantasía o como meras conjeturas insustanciales. El profesor universitario norteamericano Alvin Toffler, en su obra *Futur shock*, publicada recientemente [1973], después de demostrar que en los últimos cincuenta años la humanidad ha hecho adelantos técnicos que superan lo ocurrido en todas las épocas pretéritas, denuncia que la tecnología se alimenta a sí misma, en forma de que a más tecnología sobreviene una tecnología aun más intensa y compleja, de manera inevitable. Esto lo lleva a sugerir que es necesario que los hombres aprendan a moderar el ritmo del cambio, porque de otro modo toda la humanidad podría verse condenada a un fracaso masivo de adaptación. Agrega que las instituciones normales de nuestra sociedad no podrán resistir ese ritmo, si éste no se modera. Podría llegarse, por consiguiente, a límites no alcanzables de adaptabilidad humana e institucional. Llama "futur shock" a esa súbita desorientación por la llegada veloz y acelerada de un futuro inasimilable e insoportable en razón de sus novedades inauditas. Esa desorientación podría llegar a convertirse en una verdadera anomia social.

fundo problema que es el de si en caso de poderse conocer con toda certidumbre los pensamientos de un sujeto, sería posible mantener como principio fundamental el *cogitationis poenam nemo patitur* que tiene por efecto que la ley no pueda llegar hasta la conciencia del individuo ni sancionar sus ideas o pensamientos. Para Radbruch dicho principio es solamente una exigencia de "practicabilidad" de la seguridad jurídica, pero no constituye un corolario del concepto de Derecho, pues la pena va dirigida contra las intenciones, contra la personalidad del delincuente, sin que la conducta externa se requiera como otra cosa que como síntoma necesario. Discrepamos de esta opinión. El Derecho no puede pretender regir sino la conducta externa de los hombres en relación con una armónica convivencia dentro de la sociedad. Juzgar sobre ideas o pensamientos constituiría una confusión del Derecho con la moral, y tales intentos de etización del Derecho se convierten en riesgos muy graves para la libertad del hombre.

VIII. *El Derecho consuetudinario. Consideración final*

Lo que hemos dicho respecto del Derecho escrito no tiene tantas variaciones como pudiera suponerse respecto del Derecho consuetudinario, porque la formación de éste es muy lenta, solamente apropiada para "sociedades en reposo". Desde el momento que se entra en el ritmo propio de una sociedad en transformación, tampoco las costumbres jurídicas pueden satisfacer la necesidad de adaptación más rápida del Derecho. Podríamos recordar aquí una frase de Ortega y Gasset en *El hombre y la gente*: "El uso consiste en una forma de vida que el hombre muy personal siente como arcaica, superada, añeja y ya sin sentido. El uso es el petrefacto humano, la conducta o idea fosilizada."

Parece muy importante que la enseñanza del Derecho tenga siempre presente estas ideas, que permiten la crítica aun de la más estudiada y perfecta de las leyes, porque esa perfección y adecuación a la realidad social no pasan de ser cosa de breve duración.

Sin embargo, los tradicionalistas del Derecho, como Ripert, manifiestan que "sin negar la necesidad de reformas, no hay que creer en una evolución fatal del Derecho". Luego previene contra el "peligro" de romper con la tradición y de destruir derechos respetables.

No faltarán algunos que piensen que toca a los órganos sociales encargados de aplicar la ley el ir adaptando los términos de ésta a los cambios sociales mediante su interpretación progresiva. Sobre este punto nos remitimos al capítulo XII de este ensayo, en sus secciones VII y VIII.

## LA INEXTRICABLE MARAÑA LEGISLATIVA

### *1. Incremento de normas sociales ya en la época individualista*

Es un hecho comprobable en la generalidad de los países occidentales con sistema de legislación escrita el incremento enorme que han experimentado dentro de los últimos años las reglas sociales dictadas por el poder público, esto es, las leyes. Al hablar de leyes pensamos tanto en el sentido material del término —regla obligatoria de conducta social impuesta por la autoridad estatal— como en su sentido formal de norma jurídica emanada del poder legislativo. En consecuencia, nos referimos en este momento a toda norma o prescripción que el hombre que vive en sociedad debe obedecer obligatoriamente, como ser, decretos del poder ejecutivo, reglamentos, ordenanzas municipales y leyes en sentido formal.

La legislación del siglo pasado y de comienzos del presente, que hemos llamado básica y que conforma la parte tradicional del Derecho vigente, procuró incluir dentro de sí misma todas aquellas disposiciones concebidas como permanentes para la vida y organización de sociedades estructuradas conforme a los principios liberal-individualistas y no acostumbradas a afrontar variaciones importantes en su medio político, social, técnico y económico. El Estado gendarme se ocupaba solamente de asegurar la independencia exterior de la nación, su orden interno y de mantener relaciones internacionales apropiadas a los intereses del país. Los ciudadanos tenían asegurada su libre actividad en lo político bajo el amparo de las garantías individuales y de los derechos políticos, y en lo económico, con la protección de la propiedad privada, una amplia libertad de contratación y la libertad de industria y comercio.

Los códigos fundamentales se proponían cubrir todo el ámbito de los conflictos posibles entre los individuos, dentro

ras y precisas; abundarán en ellas los distingos y subdistingos, y lo que se concede en un precepto se quitará o se amortiguará en otro. Muy probablemente, pues, se convertirán en textos muy recargados de artículos, no siempre armónicos entre sí.

Pero las variaciones de la opinión pública alterarán la cohesión de esa alianza, más tarde o más temprano, y ella habrá de ser sucedida por otra que tendrá un diverso criterio frente a las leyes que aquélla aprobó, lo que significará el nacimiento de otras leyes destinadas a rectificar, modificar o derogar las anteriores.

#### v. *Las causas económicas*

El factor económico adquiere, también, un relieve importante.

Desde el momento mismo en que la producción de bienes no ha sido suficiente para colmar las expectativas de toda una humanidad violentamente sacudida por lo que se ha llamado "la revolución de las expectativas", ni en la cantidad ni en el precio de los artículos de consumo; en que a la insuficiencia de bienes por distribuir se ha agregado la insuficiencia de medios para adquirirlos, de parte del sector más numeroso de la población; en que la desocupación y el régimen de salariado no han podido ser resueltos dentro del imperio de la libre iniciativa individual, y en que las economías nacionales deben protegerse unas de otras de competencias de mercados y de desiguales desarrollos y condiciones de operación, el Estado ha debido admitir que, para velar por los intereses generales, le corresponde una acción directa que venga a encauzar ciertos procesos económicos o, incluso, tomar la responsabilidad total de la economía.

Aun sin propiciar una economía del tipo socialista, o resistiéndola denodadamente no pocos de ellos, en todos los países, en mayor o menor medida, el legislador ha decidido tomar a su cargo una ingerencia en la economía. Con este fin se dictan, entre otras, leyes para asegurar un abastecimiento regular de materias primas, artículos de consumo y productos industriales; para fijar salarios mínimos a las diversas actividades y

señalar precios obligatorios para ciertas mercaderías, especialmente las de uso o consumo habitual o necesario; para controlar las importaciones y alentar las exportaciones; para imponer un sistema tributario que en alguna forma favorezca una mejor distribución de la riqueza; para sostener o regular el valor de la moneda y las operaciones de cambio, etcétera.

Como no hay nada más fluctuante que las condiciones económicas, influidas por numerosos factores de toda índole; como la conducción de la economía presenta a veces dificultades especiales por la incoercibilidad de ciertos fenómenos dentro de ella, y como las políticas de tipo económico deben ser rectificadas muchas veces durante su ejecución, bien sea por factores objetivos que lo aconsejan o por inseguridad del encargado de formularlas, las leyes que reflejan la voluntad del Estado de intervenir en la economía nacional deben repetirse o modificarse cada cierto tiempo. Es frecuente, también, que se imponga la necesidad de abandonar algunos ensayos para intentar otros. Si a lo anterior se añade lo vasto del campo económico y la inmensa variedad de aspectos que dentro de él deben ser tocados, por su estrecha interrelación, puede comprobarse fácilmente que el intervencionismo del Estado conduce casi necesariamente a un aumento cuantitativo apreciable de las reglas que compone la legislación vigente.

#### VI. *Las nuevas funciones del Estado, como causa*

La sola explicación de la intervención económica del Estado no abarca, sin embargo, toda la extensión del fenómeno político y social que vivimos y que explica el incremento de las leyes. Existe otra razón más general y amplia, que viene a constituirse en el último soporte de esa intervención estatal. Se trata de que en los tiempos actuales se ha transformado muy profundamente el concepto mismo sobre el Estado y sobre su función. Como lo explicaremos más adelante, al Estado gendarme sucede hoy un Estado activamente preocupado de todas las necesidades del país y de los que en él habitan y dedicado a buscar soluciones a los problemas, dificultades e insuficien-

cias que afrontan los grupos sociales más extensos y menos favorecidos económicamente. Se trata del Estado "gestor" del bienestar colectivo, encargado de dar e imponer solución a las necesidades sociales básicas y aun de equilibrar dentro de la sociedad tradicional el excesivo poder de algunos frente al excesivo desamparo y debilidad de otros, criterio que altera fundamentalmente —aun prescindiendo de toda postura de avanzada— lo que antes se entendía que debía hacer el Estado: limitarse a presenciar como árbitro imparcial la libre actividad de los individuos. Y esto ocurre aun dentro de aquellas naciones que en razón de su gran desarrollo industrial habrían deseado mantener en pleno vigor el imperio absoluto de la libertad de empresa y de libre iniciativa privada. Ellas, pese a su esfuerzo, no han conseguido escapar a la corriente incontrarrestable del intervencionismo y su único menguado éxito ha sido limitarlo a los términos más reducidos que las contingencias políticas les han permitido.

Por eso hoy día el Estado, en la casi totalidad de los países que abominan del socialismo, toma a su cargo programas de salud, de vivienda, educacionales y muchos otros. Y no solamente los propone a la comunidad, sino que se los impone como obligatorios y los costea, todo lo cual supone la necesidad de infinidad de leyes que regulen estas actividades, que señalen las obligaciones que de ellas resultan para los ciudadanos y que permitan los recursos financieros indispensables para llevarlas a cabo.

#### VII. *Nuevas condiciones de vida social, como causa*

Pese a la tesis desarrollada en el capítulo precedente, acerca de la manifiesta insuficiencia de la ley para adaptarse a las cambiantes circunstancias de la vida social, también los cambios sociales, tan acelerados e intensos en las últimas décadas, han traído un aumento cuantitativo de la legislación. Aunque con retraso y de manera muy imperfecta, se han dictado algunas leyes que tienden a cubrir la nueva situación. Leyes sobre seguridad industrial, sobre circulación de vehículos de

alta velocidad, sobre utilización de medios de comunicaciones de masas, sobre trasplantes de órganos, sobre abuso de aparatos electrónicos que permiten inmiscuirse en la vida privada y otras semejantes se han introducido en años recientes en las diferentes legislaciones.

### VIII. *Nocivos efectos del incremento de leyes*

Este crecimiento fuera de toda medida de las leyes hace que las antiguas especialidades jurídicas no sean bastantes hoy para dotar a una persona del dominio de toda la materia legislativa que ellas abarcaban. Los antiguos civilistas, penalistas, constitucionalistas, etc., han debido subdividir sus conocimientos en partes más reducidas a fin de poderlas aprehender mejor, debido a su complejidad creciente. Ahora nos encontramos con especialistas jurídicos en propiedad horizontal, sociedades, garantías constitucionales y amparo, delitos políticos, documentos de comercio, etc., cuyo campo cubre apenas una pequeña parte de lo que antes constituía el ramo y aun así se ven en apuros para estar al día con las leyes, reglamentos y normas de toda clase que cotidianamente aumentan las disposiciones aplicables dentro de él.

Esta atomización del Derecho es muy nociva y, por principio, contraria a su naturaleza y finalidad, pues quiebra el concepto mismo de lo que debe ser un conjunto sistemático, ordenado, claro y accesible de reglas de conducta exigidas —normalmente— a todos los hombres.

Por obra de este maremágnum de preceptos de todas clases, inspiraciones y épocas, con esta avalancha legislativa que presenciarnos, el sistema legal positivo pasa a convertirse en una espesa e impenetrable selva normativa, que más que ordenar la vida social, la desarticula, la confunde y la hace ingrata. Esa densa y desorganizada red de preceptos, concluye entorpeciendo la acción de los órganos del Estado y enervando a los ciudadanos.

De este modo, la legislación, manifestación imperativa por su esencia, destinada a ser conocida, entendida y, por ello,

del marco ya esbozado, vale decir, mirando a la protección de los derechos de cada uno y a velar porque los derechos y libertades de unos no interfirieran con los de los otros. Tal propósito fue cumplido con bastante detalle,<sup>1</sup> si se considera que se trataba de una legislación que, aparte de señalar las estructuras básicas del sistema político, solamente se proponía mirar a los miembros de la sociedad como entes aislados entre sí, a cada uno de los cuales debía proporcionarse un cerco de protección para sus derechos subjetivos.

A fin de asegurar la libertad de los ciudadanos y de mantener el más amplio ámbito de seguridad para ellos, proporcionándoles una certeza sobre lo poco que les estaba prohibido, se utilizó ese detallismo dentro de la legislación, que condujo a que la legislación de la época fuera minuciosa y, por ende, relativamente abundante. En la época revolucionaria, Cambacères había redactado un proyecto de Código Civil de 719 artículos; fue encontrado muy extenso y remplazado por otro que tenía apenas 297. Sin embargo, el Código Napoleón llegó a los 2281 artículos.

Cubiertas las necesidades legales casi exclusivamente por los grandes códigos, se dictaban muy pocas leyes cada año para introducir escasas o intrascendentes modificaciones o aclaraciones en los textos fundamentales o para complementarlos a fin de atender a las pocas novedades que deparaba una vida sin grandes inquietudes sociales. Estas leyes versaban principalmente sobre materias por naturaleza cambiantes, como ser, presupuestos fiscales, obras públicas excepcionales, leyes políticas, etc. A lo que cabe agregar que se trataba de leyes simples y con reducido número de preceptos.

<sup>1</sup> Por ejemplo, el Código Civil francés da reglas minuciosas sobre la suerte de palomas, conejos y peces que abandonan su palomar, conejera o estanque (art. 564) y sobre la calidad de inmuebles de los molinos de viento (art. 519). Mayor detalle, si cabe, se encuentra en los códigos homólogos latinoamericanos que se inspiraron en él.

## II. *Aumento de las leyes después de las grandes guerras*

Esta situación se altera radicalmente a partir de las dos grandes guerras mundiales de este siglo. Especialmente al término de cada una de ellas, irrumpe en la casi totalidad de los países una verdadera avalancha legislativa que trata de resolver los múltiples problemas sociales, económicos y aun políticos que han desencadenado, provocado o alentado los conflictos bélicos. A ello se suma el despertar social a que nos referimos en el capítulo I.

No podemos detenernos aquí a examinar las causas del fenómeno; simplemente comprobamos que se acelera la producción de leyes, que éstas se expiden en gran número y que van adquiriendo en su contenido una complejidad cada vez mayor. La quiebra del sistema liberal individualista puro confronta a los gobernantes con nuevas ideologías políticas, con doctrinas sociales y económicas diferentes y con una gran efervescencia popular. En general, no se opta definitivamente por la cabal sustitución de una ideología o una doctrina por otra, sino que comienza la adopción de medidas pragmáticas, destinadas a evitar las arrolladoras presiones mediante pequeños injertos económicos o medidas paliativas de alcance bastante circunscrito. Pero como los problemas subsisten, cuando no se agrandan, es necesario ensayar por otra vía, y así sucesivamente. El resultado global es una hipertrofia aguda de la legislación. Si a comienzos del siglo se dictaban unas pocas decenas de ellas, ahora se promulgan centenares al año. Y esta legislación, tan abundante, adquiere una enorme complejidad, porque mediante ella se hace una nueva experiencia en medidas reguladoras de una economía que antes se estimaba que perduraba sana en cuanto se la dejara librada por entero a la iniciativa privada. Se trata de ensayos, muy sujetos a controversias internas, con avances, retrocesos y modificaciones importantes, que contribuyen al aumento de las leyes y, sobre todo, a su confusión.

Hemos visto en el capítulo I que esta legislación nueva, principalmente dirigida a resolver conflictos económicos y sociales, no se incorpora sistemáticamente a la legislación antigua fundamental y que ambas permanecen disociadas entre

sí, sin compenetrarse ni relacionarse, como si pertenecieran a diferentes sistemas jurídicos.

### III. *La legislación transformada en una selva preceptiva*

Todo esto hace del sistema legal de cada país una verdadera gran maraña legislativa, cada vez más complicada y profusa. Los códigos y las colecciones sistemáticas de leyes, que antes pasaban de mano en mano por generaciones de abogados, deben ser reeditadas tras breves períodos de tiempo, porque son tantas las innovaciones mediante leyes complementarias o modificaciones a las leyes anteriores que las ediciones de cinco años atrás y, a veces, las del año anterior, no reflejan la verdadera situación legal del momento. Gacetas y Diarios Oficiales amplían sus páginas para dar cabida a tanta y tanta disposición que día a día entra en vigencia.

Lo que antes era un sistema relativamente vasto, pero ordenado y bien clasificado, que permitía a cualquiera encontrar fácilmente la norma adecuada a un problema, pasa a convertirse en un campo desmesuradamente grande, móvil como pocos y confuso sin otro parangón. El hallazgo de la disposición pertinente a un caso y el esclarecimiento de si está en vigencia pasa a convertirse en una tarea difícil, larga y de resultados dudosos en cuanto a su buen éxito. Basta esto sólo para captar las deplorables consecuencias que tal situación acarrea desde el punto de vista social. El ciudadano se encuentra ante un Derecho que está obligado a obedecer, pero que le resulta casi imposible llegar a conocer.<sup>2</sup>

Si la regla libertaria había sido: "Te está permitido todo aquello que la ley no prohíbe", la abundante y laberíntica legislación que apoya una creciente ingerencia del Estado en la ordenación de la economía y en la regulación de sus procesos encargados a los particulares, pasa a transformarla en: "Solamente puedes hacer aquello que la ley te permite". Pero

<sup>2</sup> Véase mi trabajo *¿Hay también un límite crítico para la legislación?*, que mencionamos en la bibliografía.

¿cómo conocer lo permitido en una legislación de tal manera prolífica y desorganizada?

#### iv. *Causas políticas del atiborramiento de leyes*

Si queremos examinar las principales causas del actual atiborramiento de leyes, tendremos que pensar, antes que nada, en las vacilaciones, dudas y falta de preparación de muchos dirigentes encargados de la dirección económica. Sin duda es éste un factor de importancia que contribuyó a él. Pero hay muchos otros antecedentes que pueden explicarlo, aunque no siempre se presenten en todos los países o adopten en ellos formas semejantes.

En los regímenes democráticos es notorio el efecto que produce la tensión entre grupos de presión contrapuestos, especialmente si el ambiente político se carga sucesivamente a favor de uno y de otro. El grupo que está en alza obtiene una modificación favorable a sus intereses, pero la opinión pública favorece en seguida al otro y viene la contramarcha correspondiente. Todo ello matizado, por cierto, con transacciones y componendas entre ellos que hacen a las leyes muy abundantes en preceptos poco claros y no pocas veces contrapuestos. La dictación de nuevas leyes puede también ser impulsada por afanes populistas de un gobierno que se siente débil y que espera obtener el apoyo de grupos numerosos o políticamente fuertes.

En países cuya opinión pública está dividida entre gran número de partidos políticos, ninguno de los cuales tiene un poderío tal como para imponer sus planes y programas de gobierno a los demás, algunos sectores partidarios se ven obligados a coaligarse entre sí a fin de hacer juntos una mayoría y obtener la fuerza parlamentaria para dar gobierno. Esta clase de combinaciones partidistas conduce muy frecuentemente a acuerdos interpartidarios en los que cada grupo debe hacer concesiones a trueque de obtenerlas de otros para sí. Pero las leyes que así se obtienen, sobre la base de tratar de complacer intereses divergentes, difícilmente podrán ser cla-

cuerdan con los que normalmente adquieren expresión en las leyes, consiguen obtener la aprobación de preceptos que favorecen su particular interés.<sup>1</sup> Son grupos de presión que exteriorizan su actividad y su fuerza representados por gestores que obran ante quienes componen los órganos legislativos. Es el caso de ciertas industrias de mucha gravitación en la economía nacional, de individuos aislados que tienen gran influencia en el electorado, de dirigentes de poderosos medios de comunicación social, de sindicatos influyentes y otros, capaces de vencer la resistencia de los miembros del cuerpo legislativo y de lograr, gracias al peso de su poder real, leyes de privilegio o preceptos que les otorgan ventajas especiales.

Todo esto conspira para que el interés general, o el "bien común" según la expresión tomista, no alcance concreción efectiva dentro del Derecho vigente sino a través de la intermediación de factores como los señalados, bastantes para desviar en apreciable medida a aquel interés.

#### IV. *La crisis afecta al sistema mismo de legislar*

Muchos de estos aspectos negativos de la actividad legislativa actual son demostrativos de que es el sistema mismo de elaboración de leyes que rige en la mayor parte de los países latinoamericanos el que ha entrado en crisis ante las nuevas circunstancias sociales.

Normalmente la actividad legislativa está entregada a parlamentos formados por representantes que se suponen elegidos directamente por el pueblo. Esos parlamentos, siguiendo una antigua tradición, no están en función permanente: tienen un período, llamado "legislatura", durante el cual se reúnen a realizar su labor propia. Están formados por ciudadanos que satisfacen un mínimo de requisitos para alcanzar la función. En esta forma no puede extrañar que produzcan una legislación deficiente, especialmente si se recuerdan las circunstancias en que despliegan su labor.

<sup>1</sup> Véase Jorge Tapia Valdés, *La técnica legislativa*.

Quede en claro que no se trata de insinuar críticas al régimen democrático como tal ni, mucho menos, de desecharlo. Por el contrario, una forma efectiva de asumir su defensa consiste en señalar francamente sus desadaptaciones a la época actual, para poderlas corregir y hacer posible su perfeccionamiento.

En este instante podemos aprovechar ya el contenido crítico de éste y de los anteriores capítulos, para advertir que no existe una posibilidad real, dentro de los procedimientos clásicos que se siguen empleando para confeccionar la ley, de evitar todos los defectos e insuficiencias que hemos indicado hasta ahora.<sup>2</sup>

#### *v. Conveniencia de asesoría técnica para el legislador*

Hay una medida de importancia que podría permitir la elaboración de leyes más adecuadas, aun cuando, frente a la crisis del sistema mismo, pudiera ser considerada apenas como un paliativo. Es la de apoyar a los parlamentos actuales con un organismo técnico multidisciplinario que los asesore en sus tareas.

Nadie duda que son los representantes populares los que deben adoptar las decisiones de fondo y resolver sobre el sentido de las medidas legislativas que se estimen necesarias. Pero esas decisiones podrían estar precedidas por un estudio acabado que informe sobre todos los antecedentes de hecho y técnicos que sean apropiados, para que después de tomadas las decisiones por aquellos representantes con el debido conocimiento de causa, sean seguidas por un procedimiento técnico de elaboración formal, que convierta esas decisiones en preceptos jurídicos concretos, bien coordinados entre sí y debidamente

<sup>2</sup> Excede absolutamente nuestro propósito transformar este capítulo en un recuento completo de todas las críticas que admiten los procedimientos legislativos actuales. Si se desea una información resumida sobre el particular, puede acudirse a la bibliografía que se cita al final; ella no es abundante, pero puede, a su vez, ilustrar sobre otros estudios pertinentes. Al dar estas explicaciones, bastante someras, no pretendemos ir más allá de señalar aquello que pueda abrir los ojos del lector a los vicios del Derecho positivo.

armonizados con el resto de la legislación, redactados en términos claros y precisos. No habría dificultad alguna para prever un procedimiento especial de rechazo de la redacción propuesta por el organismo técnico, cuando los representantes del pueblo estimaran que su voluntad no ha sido debidamente interpretada en el texto preparado por aquél.

Si tal organismo técnico dispone de un centro de documentación apropiado y cuenta con personal apto de variadas especialidades, que esté analizando permanentemente, en el más alto nivel científico y técnico los problemas políticos, sociales, económicos y jurídicos que se presentan en el cuadro nacional, sería posible llegar a conciliar el respeto de la voluntad popular con las exigencias de una legislación más adecuada a las siempre más complejas exigencias sociales.

Mientras no se adopten medidas como la indicada, u otras que den garantías de una mejora del sistema de legislar y de formular los preceptos legales, subsistirán en integridad los vicios y defectos señalados.

## VI. *La necesidad de un sistema más moderno*

En cambio, instituido un nuevo sistema que permita corregir los males que presenta el imperante, sería posible esperar:

a] que las leyes nuevas se dictaran con cabal conocimiento del ordenamiento jurídico vigente y en forma que su propósito innovador tuviera pleno efecto, considerando los influjos recíprocos que operarán entre dicho propósito y el ordenamiento jurídico anterior.

b] que el legislador contara con plena información acerca de los hechos y de las diferentes alternativas técnicas en el momento de dictar una ley.

c] que la redacción de las leyes fuera jurídicamente satisfactoria y expresara con claridad y precisión el verdadero pensamiento del legislador.

La verdad es que queda fuera de nuestra intención el proponer soluciones para los aspectos negativos que hemos atribuido al Derecho positivo. Si hemos insinuado la creación de

tal organismo técnico, es más bien con el fin de esclarecer mejor el sentido de nuestra crítica. Ya dijimos antes que la solución de los problemas no queda a cargo exclusivo de los cultores de la ciencia jurídica. Tómese la proposición hecha, en consecuencia, más bien como el ejemplo de una alternativa posible.

### VII. *No debe idealizarse la ley*

Lo que sí nos proponemos es mostrar, ya de entrada, que la legislación positiva es sumamente defectuosa y que la formación del estudiante de Derecho no puede hacerse sobre la base de "idealizar" la ley.

Es muy cierto, como lo anota Soler en un intento de rescatar el prestigio de la ley, que "entre el más gran tratado y la más modesta ley... existe una diferencia cualitativamente insalvable", pues esa modesta ley debe ser obedecida y el Estado dispone de los medios para imponer su cumplimiento.<sup>3</sup> No discutimos tal proposición, pero estimamos que si se quiere dar una formación científica a quienes entran a conocer el Derecho, es necesario abordar con los ojos bien abiertos, con criterio objetivo y con la mayor franqueza el examen de la legislación en vigencia. Es la única manera, por otra parte, de obtener que alguna vez sus vicios puedan ser corregidos.

Pero si se supone que la legislación imperante es un sistema normativo completo, cerrado y coherente; si se atribuye a quienes legislan (que son muchos, que se suceden en el tiempo, que tienen muy variada calidad y que, necesariamente, han de enfocar sus determinaciones de acuerdo con las circunstancias y épocas en que les corresponde preparar sus leyes) una unidad puramente ficticia, para cuyo fin se habla impersonalmente de "el legislador", y si, llegando el exceso, se atribuye a quienes proyectaron y expidieron la ley una extrema racionalidad, vastos y profundos conocimientos jurídicos, in-

<sup>3</sup> Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945, t. 1, p. 4.

respetada por todos los ciudadanos, sufre una deformación monstruosa: se convierte en un dictado hermético, pasa a constituirse en una verdadera trampa para el honesto ciudadano dispuesto a acatar todo aquello que la autoridad legítima pueda reclamarle. Además, su conocimiento se transforma en una injustificada fuente de lucro para el privilegiado que, por cualquier razón, llega a dominar un sector de sus vericuetos.

## LOS DEFECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

### 1. *Incapacidad del legislador para cubrir la solución legal de los problemas*

Con fundada razón se critica hoy a las leyes el que carezcan de esa elegancia y perfección técnica que exhibían las elaboraciones legislativas de otras épocas. Actualmente los defectos de forma abundan y contribuyen en gran medida a aumentar la confusión legislativa, a dificultar la aplicación de las leyes y a disminuir el prestigio del legislador. Preceptos mal redactados, disposiciones contradictorias y oscuridades incomprensibles abonan tal crítica en casi todos los países.

Varias son las causas que determinan tan lamentable efecto.

Una de ellas puede encontrarse en la forma urgida y precipitada en que se dicta la mayor parte de las nuevas leyes. La gran movilidad social de hoy, a la que antes nos hemos referido, plantea innúmeros problemas que corresponde resolver por vía legislativa, y éstos, a su vez, colocan a las legislaturas actuales en la imposibilidad práctica de absorber la vastísima labor legiferante que ello significaría satisfacer.

Impedido el legislador para dar cima a esa ingente tarea, empieza a actuar sin plan previo alguno y desconcertadamente, procurando, en vano, cubrir uno y otro problema que aparece ante sus ojos, picoteando aquí y allá, sin calma ni sosiego; prefiriendo aquellas materias que, a primera vista, le parecen más urgentes.

Tal sistema legislativo muestra muy ostensiblemente sus defectos: confunde lo urgente con lo importante, con grave daño colectivo, y excluye la posibilidad de toda planificación de conjunto. Además, impide toda reflexión o estudio serio y provoca acciones atolondradas y rara vez eficaces.

## II. *El apremio para legislar y las soluciones parciales*

Constreñido el legislador por tanto problema y privado del tiempo necesario para profundizar las materias, no atina a legislar mediante leyes correctamente fundadas en los principios políticos y jurídicos y debidamente armonizadas con el resto de la legislación vigente. Por el contrario, bajo el apremio de requerimientos tan variados como imposibles de satisfacer simultáneamente, atenaceado por el tiempo que corre sin que tengan solución las dificultades, abocado luego a nuevas dificultades, que brotan antes que las precedentes alcancen a ser solucionadas, presionado por las exigencias de grupos fuertes, le resulta imposible abordar en forma sistemática, ordenada y concienzuda su tarea. Y, en la imposibilidad de realizarla bien, decide proceder mediante soluciones de emergencia o por la vía del simple remiendo de las leyes antes vigentes. Ambos sistemas están destinados al fracaso.

La solución llamada "de emergencia" daría a entender que hay un propósito de elaborar más adelante, con debido estudio, una ley definitiva. Es posible que alguna vez la buena intención exista, pero la práctica demuestra que nunca va a tener el legislador, dentro del torbellino legislativo, la oportunidad de preparar la ley definitiva. De este modo, la ley dictada en forma provisional viene a quedar transformada en definitiva, cuando llega el plazo de su vencimiento, por otra que así lo declara. Y si no hay plazo de vencimiento previsto en la ley provisional, de hecho pasa a ser ley definitiva, porque jamás se dicta la regla permanente.

El método del "parche" a la ley antigua tiene el gravísimo inconveniente de que casi nunca ajusta con el espíritu de la ley de base, con lo que ni ésta ni la enmienda resultan fáciles de interpretar jurídicamente. Es frecuente que una modificación progresista quede absorbida por el espíritu añejo de la ley en que se la inscribe, pues no es posible hacer efectiva toda la nueva intención que se contiene en una norma si ella queda incorporada en un conjunto de preceptos que corresponden a un espíritu enteramente diverso, reforzados por una coherencia sistemática fuerte que un mero añadido no es capaz de vencer. Todo esto favorece el espíritu tradicionalista de

muchos jueces encargados de aplicar la ley con enmienda, siempre dispuestos a preservarla en su "pureza" original.

La consecuencia de lo anterior es que la legislación más reciente se presenta como un conjunto de reglas más bien empíricas, destinadas a apuntalar malamente problemas creados por las nuevas condiciones de vida social, pero no a darles solución eficaz; carentes de coordinación entre sí o con la legislación antigua, y faltas de esa trabazón lógica que podía admirarse en las grandes leyes y códigos de otras épocas.

### III. *Falta de información y presión de grupos*

El manejo de una sociedad moderna es extremadamente complejo. Supone un conocimiento profundo de los hechos sociales, información con la que no siempre cuenta el legislador. Exige de técnicas cada vez más especializadas, siendo que los legisladores, por lo común, no son técnicos sino individuos de buena voluntad. La elaboración de soluciones sociales, que es aquello a que hoy tienden principalmente las leyes, exigiría un estudio profundo de los antecedentes fácticos y de la operabilidad de las soluciones técnicas, y él difícilmente se da en los parlamentos actuales.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es que la ley, a la que se tiene por una concreción de la voluntad general de un pueblo que, haciendo uso de su poder soberano, impone a través de sus representantes las reglas de vida social que deben imperar en una sociedad, generalmente se limita a expresar los intereses y aspiraciones del grupo social que de hecho ejerce su dominio sobre ésta. Y si su contenido llega a satisfacer en pequeña parte las necesidades de otros sectores mayoritarios, será porque éstos, en su tenaz lucha por mejorar sus condiciones de vida, han logrado arrancarlo contra la voluntad de aquél, aprovechando alguna coyuntura social o política favorable.

Sin perjuicio de la conclusión general antedicha, los politólogos afirman que, durante su elaboración legislativa, ciertos grupos o personas, representativos de intereses que no con-

formación completa sobre las circunstancias y necesidades sociales existentes al momento de promulgarla, plena conciencia acerca de las dudas que originará su aplicación posterior, previsión certera de las nuevas situaciones que pueden aparecer en el futuro, redacción rigurosa capaz de la mayor precisión y exactitud de los vocablos, visión amplísima y coherente de las finalidades perseguidas y de los medios necesarios para alcanzarlas, asignándoles una inteligencia sobrehumana, que todo lo domina y lo prevé y que permite armonizar sus textos entre sí y con todo el conjunto de leyes preexistentes;<sup>4</sup> estaremos contribuyendo a hacer del Derecho un mito y no algo en contacto con la realidad social. El Derecho es, desafortunadamente, un conjunto de reglas atrasadas, mal hilvanadas entre sí, llenas de vacíos y contradicciones, elaboradas por individuos de carne y hueso, sin conocimientos jurídicos profundos y, a veces, dominados por pasiones. Ellas no siempre son obedecidas ni siempre producen, al aplicarse, saludables efectos sociales.

Todo empeño por desconocer esta verdad no puede conducir sino a una insensata exaltación de lo que la experiencia nos muestra como francamente insuficiente y, esto, a su vez, traerá consigo el grave inconveniente de que los que estudian el Derecho no buscarán la forma de mejorarlo, sino que en actitud venerante, se limitarán a su contemplación y a su teorización abstracta, que es una forma especial de adoración inventada por los juristas.

#### VIII. *Las metas por alcanzar en la nueva normativa*

Lo anterior permite que pasemos a otra conclusión, más avanzada pero inevitable, cual es que llegará el momento en que haya que adoptar la decisión de revisar en profundidad la

<sup>4</sup> Carlos Santiago Nino atribuye a la dogmática jurídica tal idealización del legislador y de sus producciones, debido a lo cual ella elabora teorías y sistematizaciones que olvidan los vacíos, olvidos, contradicciones y errores del legislador real. Ver *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, especialmente pp. 85-92.

manera como hasta ahora se formulan las reglas jurídicas en nuestros sistemas. Ciertamente, como solución definitiva, no bastan correcciones de mero procedimiento, como las que antes insinuamos. Un organismo técnico podría evitar que a futuro las leyes adolecieran de los defectos que hemos señalado. Pero continuaría subsistiendo todo el ordenamiento jurídico precedente con su carencia de principios rectores, su falta de unidad, su desbordante abundancia y desorden de normas, y, principalmente, su falta de adaptación a las exigencias de una sociedad moderna o que aspira a serlo. Una mejoría para el porvenir significaría poca cosa y no disminuiría mucho el riesgo de descoordinación, que en el momento presente es tan serio.

Además, si la realidad nos dice que vivimos en una sociedad muy fluida en cuanto a sus proyectos sociales, a sus costumbres y a sus necesidades, lo lógico sería introducir un sistema legal nuevo que tuviera como notas distintivas el ser simple, escueto, conciso y fácilmente modificable conforme a las exigencias sociales. La flexibilidad y simplicidad de las normas jurídicas debiera ser, por consiguiente, una meta muy decididamente buscada dentro de una sociedad en proceso de cambios. Es necesario escuchar a Radbruch: "Cuanto más apegado a la vida, más concreto, más casuístico sea un orden jurídico, más atado se hallará a su materia cultural y económica, y condenado a perecer con ella."<sup>5</sup>

Un sistema moderno de normativa social, concebido con audacia e imaginación, implicaría una reformulación de todas las reglas socialmente obligatorias para alcanzar como metas mínimas las siguientes: 1] sistema legal nuevo, que exprese adecuadamente las necesidades sociales del momento; 2] integración de todos sus preceptos en un ordenamiento sistemático único, bien articulado y coherente; 3] flexibilidad de sus preceptos para que puedan irse poniendo a tono con nuevas necesidades sociales tan pronto como éstas se vayan presentando; 4] estar compuesto por un número reducido de preceptos claros, ordenados y precisos. Seguramente no estaría constituido por extensos códigos, sino que se formaría a base de módu-

<sup>5</sup> G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 132.

los reducidos, destinados a cada uno de los aspectos que deben ser reglados, sistematizados y armonizados entre sí y fácilmente reemplazables aisladamente sin deterioro del conjunto.

Quede en claro que tan grandioso proyecto no sería, en caso alguno, la obra exclusiva de juristas, sino el resultado conjunto del aporte de muchas ramas científicas, no solamente sociales sino también naturales y exactas. Supondría un gran desarrollo de la informática y no podría prescindir de la cibernética ni de los instrumentos técnicos que ésta pone a su servicio.

Nada más lejos de lo que habría de ser un ordenamiento jurídico en una sociedad para un hombre liberado y que haya alcanzado un gran desarrollo de sus facultades humanas, que la legislación actual, abrumadora, impenetrable, laberíntica, despegada de las vivencias del hombre común.

La dictación de las leyes fue concebida en tiempos en que las sociedades y las costumbres eran más o menos estables y perduraban por años. El sistema entonces ideado sigue rigiendo hasta ahora. Esto significa que se sigue legislando de la misma manera que se hacía en la época de las carretas.

## DESPEJANDO PROBLEMAS TEÓRICOS

### 1. *El estado actual de la ciencia jurídica no ofrece soluciones*

Hemos comprobado ya que el Derecho de nuestra época, como sistema normativo social, carece de aquellos atributos que en otras épocas pudieron, tal vez, enorgullecer a los juristas, y que se presenta como un cuerpo confuso de reglas llenas de defectos e insuficientes para satisfacer las necesidades reales de la sociedad moderna.

La expresión Derecho, sin embargo, no solamente sirve para designar el conjunto de preceptos obligatorios que conforman la organización de una sociedad, pues tiene también otro significado: el de conjunto de conocimientos teóricos que se aplica a la reflexión sobre la legislación existente y sus fundamentos.

Conforme a esta última acepción es que se habla del Derecho como una ciencia, que se justifica la existencia de estudios jurídicos de nivel superior y que se crean en las universidades las facultades de Derecho.

Esta ciencia del Derecho podría ser definida como aquella que estudia los fenómenos jurídicos por la vía de su análisis racional y su ordenación sistemática, a fin de obtener una comprensión profunda de sus fundamentos, de sus características esenciales y de las relaciones que median entre ellos.

La interrogante que ahora quisiéramos considerar es si en los momentos actuales esa ciencia del Derecho, cultivada supuestamente a tan alto nivel por los estudios jurídicos superiores, podría proporcionar soluciones adecuadas al problema normativo social que ya hemos denunciado como existente en las sociedades de hoy.

Lamentablemente, la respuesta ha de ser negativa, porque el Derecho como ciencia ha sido elaborado sobre la base de

postulados que ya no tienen real vigencia social, por corresponder a etapas históricas superadas, y se ha mostrado y se sigue mostrando enteramente incapaz de percibir su obsolescencia y de reaccionar con el fin de salir de su marasmo, de convertirse en un instrumento de verdadera utilidad para una eficiente organización social y de colmar los requerimientos de las comunidades humanas del presente.

El examen de los fundamentos de esta respuesta negativa será extenso, pues abarcará una parte importante de lo que queda de este libro.

Vamos a comenzar por el examen de algunos principios fundamentales que encontraron acogida en un considerable sector de los juristas tradicionales y que hasta ahora continúan enturbiando la comprensión de lo que debe ser una teoría jurídica correcta. Ellos miran principalmente al objeto y a la naturaleza del Derecho y —para presentarlos de manera muy simplificada— consisten en la supuesta existencia de un *a priori* normativo, que sería pauta inexcusable para un legislador humano que se proponga dictar preceptos que correspondan a lo que sería un “verdadero Derecho” (es la doctrina del llamado Derecho Natural) y en las genuinas relaciones que ligan al Derecho con la ética y la justicia.

Por nuestra parte intentaremos, además, proporcionar respuesta adecuada desde el punto de vista jurídico, a las más inquietantes cuestiones que se plantean el hombre y la sociedad de nuestro tiempo.

## II. *Los grandes mitos: el Derecho Natural y la justicia como objeto del Derecho*

A lo largo de siglos el Derecho ha sido invadido por pensamientos y conceptos irreales. Intencionalmente algunas veces, inconscientemente otras, se los ha introducido dentro de él, en algunos casos muy forzosamente, con el fin de “idealizarlo” y de que adquiriera ante los ojos de los ciudadanos una sublimidad que lo ponga a cubierto de críticas y aumente su pres-

tigio. Con ello se logra un obediencia más sumisa a él de parte de los ciudadanos.

Es como si los grupos y clases que han dominado en los últimos siglos a las sociedades más representativas del mundo occidental se hubieran propuesto, imitando a los brujos de las tribus primitivas, ornar las reglas jurídicas destinadas a consolidar su poder con un conjunto de virtudes secretas y de apoyos intimidantes, capaces de enervar cualquier crítica en su contra o de disuadir cualquier alteración sustancial de ellas. Ha sido la tarea de los sumos sacerdotes del "establishment".

Uno de esos mitos ha sido la existencia de un Derecho Natural al cual todo hombre debería indiscutible acatamiento; el otro es que la legislación positiva tiene por objeto realizar entre los hombres un orden de "justicia", lo que haría de sus instituciones fundamentales algo prácticamente sagrado. Mediante ellos parece anunciarse que si no se cuida de conservar en su esencia los principios que tradicionalmente han anidado en el Derecho, se desplomará todo un sistema, casi mágico, que ha estado sosteniendo tan delicada e intocable construcción. Queda envuelta la amenaza de un caos inminente, explícita o implícitamente propuesto, para desalentar toda pretensión de transformación jurídica.

No temamos, sin embargo, a los conjuros. E internémonos en el examen objetivo y sereno de lo que realmente es el Derecho como ciencia jurídica y como normativa social, hasta llegar a los últimos vericuetos de una muy elaborada presentación histórica. Esto nos permitirá darnos cuenta, por nosotros mismos, de la verdad y de las posibilidades de transformación que tiene el Derecho.

### III. *La crítica del pretendido Derecho Natural*

Una primera gran cuestión se presenta en la portada misma de cualquier reflexión científica sobre el Derecho y como primer paso al esclarecimiento de su objeto y de su naturaleza. ¿Es cierto, como lo han sostenido tantos filósofos, que antes y por encima de las normas positivas que integran la legislación

concreta de un determinado país existirían otras normas o principios jurídicos superiores que obligarían al legislador humano y que permitirían dar la última palabra acerca de la legitimidad y validez intrínseca de las leyes que ésta dicta?

Por nuestra parte entendemos que la legislación positiva es el único objeto del Derecho como ciencia y que, desde el punto de vista jurídico, lo único que permite fundar críticas al contenido de las normas legales y medir la validez de éstas son los preceptos que se contienen dentro de la propia legislación positiva para reglar lo concerniente a la creación y aplicación del Derecho. Hacemos nuestra, en este aspecto, la posición de Kelsen, según la cual las normas jurídicas positivas de jerarquía superior determinan la forma y contenido de las normas inferiores y su consiguiente validez.<sup>1</sup>

Esta posición significa el rechazo del dualismo jurídico, según el cual habría de reconocerse la existencia de dos conjuntos normativos: uno extrahumano, prescrito por Dios o impuesto por exigencias de la naturaleza del hombre (Derecho Natural), y el otro producto de la voluntad humana (Derecho positivo). La idea central de este dualismo es que este último Derecho estaría subordinado al primero en forma tal, que si no se amoldara a sus normas no podría ser considerado como verdadero Derecho, sino como mandatos impuestos por la fuerza, sin más obligatoriedad que la que esa fuerza es capaz de imponer.

Para negar la existencia de ese llamado Derecho Natural nos remitimos a lo que hemos expuesto en un ensayo especial sobre la materia.<sup>2</sup> Solamente quisiéramos recordar aquí que el concepto de Derecho Natural es multívoco, pues hay muchas y muy variadas concepciones sobre su fundamento, su contenido y sus características; que no ha sido posible a sus sostenedores ponerse de acuerdo en un punto tan capital como es el de las normas o principios que lo integrarían; que envuelve una petición de principio, porque lo que se tiene por bueno se presenta como lo "natural", sin perjuicio de que, en seguida, lo "natural" sirva para definir el contenido de lo bueno, y, final-

<sup>1</sup> H. Kelsen, pp. 136, 137, 143 y 147.

<sup>2</sup> Véase mi obra *¿Qué queda del Derecho Natural?* Dejamos constancia que desde la fecha en que ese libro fue publicado hemos evolucionado en algunos aspectos de las ideas allí sustentadas.

mente, que las abstracciones metafísicas que lo originan no tienen acogida en el pensamiento moderno, el cual prefiere razonar a base del hombre concreto y real que conocemos y rechaza los apriorismos lógicos en el campo de las ciencias sociales.

Por lo demás, ese pretendido Derecho Natural no sería otra cosa, en el mejor de los casos, que un conjunto de principios y normas éticas vinculadas a la virtud de la justicia. Y aunque se haya entendido que ellos, en cuanto atañen a las relaciones de los hombres entre sí, han de recibir una consideración especial que difiere en varios aspectos de las restantes reglas de la moral, esto no tiene fuerza bastante para transformar su naturaleza, que sigue siendo ética y no jurídica. Es importante anotar que un importante jurista católico moderno, Jean Dabin, comparte este criterio.<sup>3</sup>

La tesis de un Derecho Natural conlleva, en consecuencia, la intromisión dentro del Derecho de una ciencia que tiene características propias e independientes, por mucho que sea perfectamente válida y admisible mientras se mantenga dentro de su ámbito propio y no intente confundirse con la normativa jurídica: es la ética o moral.

Para salvar el escollo, una importante corriente de la doctrina iusnaturalista, sostenida por autores católicos, declara que el Derecho es una parte de la moral. Tal es la opinión de Fernández Concha, Cathrein, van Overbeke y Häring, entre otros.

#### iv. *La moral y sus diferencias con el Derecho*

La moral se ocupa de reglar los actos humanos de cualquier índole en todos sus aspectos, sobre la base del bien y de la rectitud. Para ello trata de un conjunto de virtudes o perfecciones que el hombre debe alcanzar. Su fin no es solamente el hombre en sus relaciones con los demás, sino también el hombre considerado aisladamente. En sus formas religiosas abarca también las relaciones del hombre con Dios.

Por esta razón, la moral se ocupa de toda clase de actos huma-

<sup>3</sup> J. Dabin, pp. 113, 213, 214 y 221.

nos, sean ellos puramente anímicos, como ideas, pensamientos y propósitos que no trascienden al exterior, sean de los que se traducen en manifestaciones corporales externas y, en este último caso, se relacionen ellos o no con otros hombres. Su campo, en consecuencia, no puede ser más amplio.

En cambio, el Derecho sólo tiene como objeto aquellos actos del hombre que importan una manifestación exterior suya, en el sentido de que pueden ser percibidos por los sentidos de los demás hombres (exterioridad) y que afectan o que lo relacionan con éstos (alteridad).

Por consiguiente, la moral es bien claramente diferenciable del Derecho. Mientras aquella busca la perfección del hombre en sí mismo, y por ello está atenta a su reacción humana total, especialmente a su disposición anímica, ya que la motivación interna del obrar adquiere primera relevancia; el Derecho busca tan sólo un orden de convivencia social que permita, de hecho, a la sociedad y a cada uno de sus miembros una vida organizada sin obstáculos que provengan de conductas externas de algunos hacia los demás. Lo interno o anímico del ser humano, en cuanto no se manifiesta al exterior, no es materia que caiga dentro del campo del Derecho.

El Derecho, a diferencia de la moral, no tiene por fin hacer bueno al hombre, por esto es que atiende solamente al comportamiento exterior suyo y se satisface con que en ese plano no altere el orden de convivencia que tiene por misión imponer. Si el ciudadano cumple la ley, aunque lo haga por temor de la sanción o por razones de mera conveniencia, el Derecho se declara conforme. Ni aun la comprobación de que quien así cumple la ley la desprecia íntimamente, podría autorizar una ingerencia en esa conducta desde un punto de vista jurídico. Y esto, porque su función no llega más allá de asegurar un orden formal y de relaciones externas dentro de la vida social. De allí que el Derecho tome en cuenta únicamente lo que el hombre puede exteriorizar a través de su conducta externa.

*v. El enjuiciamiento moral del Derecho*

En tanto se reconoce la separación entre moral y Derecho y se admite la autonomía de ambas disciplinas normativas, no sólo queda eliminado el dualismo dentro del Derecho, esto es, la posibilidad de valorar jurídicamente los preceptos positivos utilizando para ello principios éticos o del llamado Derecho Natural, sino que se afirma la posibilidad de que el contenido de tales preceptos sea enjuiciado por la moral con arreglo a su competencia propia, desde fuera y conforme a sus cánones, vale decir, desde un punto de vista puramente ético que no podrá afectar la validez jurídica de la norma, pero que podría, eventualmente, inducir a una impugnación de ella de índole espiritual, la que quedará librada, en definitiva, a la conciencia y entereza de los obligados.

Como ha dicho Kelsen, el aceptar que moral y Derecho son dos órdenes normativos distintos, no envuelve renunciar al postulado de que el Derecho debe ser moral; por el contrario, lo confirma.<sup>4</sup>

El iusnaturalismo opone a una posición como la aquí sustentada una objeción aparentemente espectacular, trayendo a la discusión un ejemplo que suele perturbar a algunos que no tienen claras las funciones y características diferenciales entre Derecho y moral. Invoca para ello el caso de una supuesta ley que ordenara dar muerte a todos los niños de ojos azules y arguye que ella debería ser tenida, conforme a la tesis que hemos explicado, como jurídicamente válida, como expresión de un auténtico Derecho y como regla social "justa".

Basta explicar debidamente ese caso para advertir que la supuesta ley sólo podría ser válida jurídicamente si no contraviniera ni en su forma ni en su fondo normas jurídicas de jerarquía superior; cosa imposible, desde que o bien los términos expresos de la Constitución o bien los principios obligatorios implícitos que de ella fluyen, impedirán la dictación legítima de una ley semejante. Es cierto que si vamos a clasificar a una ley de esa especie, deberíamos ubicarla entre las reglas de naturaleza jurídica, pero en verdad se trataría de

<sup>4</sup> H. Kelsen, p. 55.

algo muy relativo, porque podría ser jurídica únicamente en cuanto a su forma, ya que en su fondo estaría viciada por su oposición a los derechos humanos que el legislador debe respetar por exigencia constitucional y del moderno Derecho Internacional. Ello conducirá a que deba ser tenida por jurídicamente inválida, como se dijo, e impedirá que nadie pueda señalarla como expresión de un auténtico Derecho. Tampoco contendría tal ley una norma "justa", por cuanto la justicia es una virtud moral que se opone a un mandato aberrante como el que en ella se imagina; pero esto envuelve ya un juicio ajeno a lo estrictamente jurídico. La verdad es que contra tal supuesta ley no solamente habría objeciones jurídicas sino también morales que oponerle. Incuestionablemente, los ciudadanos o autoridades no estarían obligados a obedecerla conforme a su conciencia moral; por el contrario, desde este mismo aspecto correspondería impugnarla y desobedecerla. Pero como su impugnación directa habría de plantearse en el plano jurídico, mientras el precepto no fuera jurídicamente invalidado, la autoridad podría exigir su cumplimiento. Serían el valor moral de cada uno y su fidelidad a la propia conciencia los únicos que permitirían, entre tanto, resistir su acatamiento.

Como se ha visto, si bien no existe la posibilidad de valorar los preceptos positivos de manera jurídica sino en conformidad al propio sistema jurídico positivo, nada impide que las reglas legales impuestas por el poder público puedan ser apreciadas y aquilatadas desde fuera, conforme a pautas morales que permitan formularles reprobación ética. Lo que no debe olvidarse es que esta pura reprobación ética no será suficiente para que se les pueda negar validez jurídica, en tanto la invalidez no tenga un apoyo dentro del mismo sistema jurídico.

Lo que se ha expuesto permite demostrar que las objeciones iusnaturalistas de esa especie se apoyan, indefectiblemente, en posibles insuficiencias de un determinado Derecho positivo, raras ya en la época actual. Pero cuando una legislación tiene un mínimo desarrollo en lo concerniente a los derechos fundamentales del hombre, aquellas pierden todo poder de convicción. *Infra* nos proponemos explicar el origen y la eficacia jurídica de dichos derechos fundamentales del hombre.

## VI. *La justicia, concepto y clases*

Otro aspecto que conviene esclarecer es el referente a si las reglas del Derecho están encaminadas a establecer la justicia en las relaciones humanas, caso en el cual su objeto propio estaría constituido por la justicia, la que se transformaría en un aspecto esencial del orden que dentro de la sociedad toca regir a las normas jurídicas.

La justicia es una virtud cuya materia es la regulación de las relaciones de los hombres entre sí. Como tal, pertenece a la ética.

Conforme a la división tomista de la justicia, cuyo origen se halla en las explicaciones de Aristóteles, el orden de la justicia admite tres formas distintas, según la clase de relaciones humanas a la cual está referido. Es justicia general (llamada también legal) la que regula los actos debidos de los individuos para con la sociedad a fin de lograr el bien común. Ella impone a los miembros del cuerpo social lo que deben dar a la comunidad. Es justicia distributiva la que regula los derechos de los miembros del cuerpo social frente a la autoridad u órganos representativos de la colectividad. Ella establece la forma en que deben ser repartidos entre los diversos individuos las cargas y los beneficios sociales. Es justicia conmutativa la que se ocupa de reglar las relaciones de los particulares entre sí. Ella precisa los derechos y obligaciones entre individuos en el orden de sus relaciones privadas.

Un factor común enlaza todas estas formas de justicia: es la igualdad objetiva en situaciones iguales. De este condicionamiento que prescribe igualdad en tanto haya condiciones iguales, puede resultar una desigualdad cuando se presuponen casos concretos desiguales; pero aun en estos últimos casos será posible advertir una relación o proporción que redunde en un definitivo igual tratamiento de todos los casos idénticos. En efecto, la diversificación existirá únicamente en la medida en que los casos difieran y sólo en razón de su diferencia.

La justicia, como noción ética, constituye un dato primario del espíritu humano. Todo hombre aspira a ella en sus relaciones con los demás y experimenta una reacción airada cuando se la atropella.

En opinión de parte considerable de los iusfilósofos, la justicia adquiere una función preponderante dentro de las normas jurídicas; hasta se llega al extremo de afirmar que el Derecho existe por y para la justicia.<sup>5</sup> También se ha postulado que la justicia sería uno de los fines del Derecho.<sup>6</sup>

Cierto es que hay opiniones más cautelosas según las cuales la justicia es solamente una aspiración de la ley o un estado hacia el cual ésta se orienta.<sup>7</sup>

### VII. *El Derecho no tiene por objeto exclusivo la justicia*

Para dilucidar cuál es la verdadera relación entre el Derecho y la justicia nada mejor que entrar al examen de las normas jurídicas mismas.

Si miramos a los preceptos penales, advertimos que hay aspectos importantes dentro de ellos que la justicia no podría decidir. Ejemplo de ellos sería la determinación de aquello que debe ser tipificado como punible, materia que el legislador resuelve libremente considerando los hechos sociales y su concepto de la política criminal a seguir. La determinación de la clase de pena que debe imponerse a cada delito y la cuantía de ésta es otra materia que queda librada también al criterio del legislador.<sup>8</sup>

En todos los demás campos del Derecho positivo encontramos multitud de preceptos cuyo contenido de mandato obligatorio no concierne a materias que estén recomendadas o prohibidas por la moral ni se vincula a criterios de justicia o injusticia. Se trata de materias éticamente indiferentes que el legislador, haciendo uso de sus amplias facultades, ha estimado conve-

<sup>5</sup> L. Legaz y Lacambra, p. 337. Cf. también K. Larenz, p. 159 y G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, pp. 31 y 47.

<sup>6</sup> Le Fur y Delos, en sus respectivas ponencias al III Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica, celebrado en Roma en los años 1937-1938, reproducidas en la compilación de Daniel Kuri que lleva el título de *Los fines del Derecho*.

<sup>7</sup> P. Vinogradoff, p. 34 y C. J. Friedrich, p. 275.

<sup>8</sup> Cf. G. Radbruch, *op. cit.*, p. 34.

niente convertir en normas jurídicas imperativas o prohibitivas. Tales preceptos no pueden ser ligados en forma alguna a la justicia sino a las meras conveniencias prácticas, resueltas conforme a una voluntad capaz de imponerse.

Puesto que nos estamos refiriendo a las leyes en su sentido material y no formal, nos parece muy pertinente el ejemplo de las reglas sobre circulación y tránsito de vehículos por lugares públicos. Que en Gran Bretaña los vehículos circulen por el lado izquierdo de las calzadas o carreteras y que en los demás países esté prescrito que lo hagan por el lado derecho, es algo que se da en un ámbito enteramente neutro desde el punto de vista moral. Podrían invertirse las reglas, respectivamente, y con ello no se afectaría ni un ápice ni la justicia de las reglas ni su moralidad, puesto que ellas no pertenecen a lo que es materia de la ética en general o de la justicia en particular. Se trata de simples criterios de ordenación, que entran plenamente dentro de las facultades de un legislador cuidadoso de ejercer para bien de los ciudadanos las atribuciones de que está investido. Estas atribuciones las tiene precisamente para que pueda dictar aquellas reglas que sean necesarias para una mejor convivencia social.

Los ejemplos podrían multiplicarse. Que la ley reconozca tres, cuatro o seis clases de testamentos; que admita o no el testamento ológrafo; que clasifique los bienes en muebles o inmuebles o que tome como base de clasificación otra característica de ellos; que extienda los poderes del propietario o los restrinja; que conceda o no al padre el usufructo de los bienes del hijo; que señale una determinada duración a la tutela o al albaceazgo, son materias que no tienen una relación directa (y algunas veces ni siquiera indirecta) con la justicia. Se trata de normas que obedecen a razones de mera conveniencia, de prudencia o de criterio discrecional, que el legislador decide libremente.

Todavía más, hay casos en los que el legislador, sometido a la necesidad social, debe consagrar como obligatorio el reconocimiento a situaciones puramente de hecho o aun antijurídicas y, por consiguiente, injustas. Es lo que ocurre cuando asigna ciertos derechos al poseedor de bienes ajenos, cuan-

do consagra la prescripción adquisitiva o extintiva y cuando impone la cosa juzgada.

Quisiéramos ser bien entendidos. No se trata de negar de modo absoluto que la justicia carezca de toda función dentro del Derecho, sino de sostener que ella no es un elemento primordial ni exclusivo dentro de éste. Evidentemente hay algunos preceptos del Derecho que deben inspirarse en la justicia, como lo son todos aquellos destinados a decidir controversias o conflictos entre personas o a prevenir disputas entre ellas (caso principalmente de las reglas civiles de vecindad) y las que determinan los procedimientos conforme a los cuales han de resolverse los litigios.

Ciertamente no sería admisible que los preceptos jurídicos conculcaran la justicia; pero eso será, como antes explicamos, porque el Derecho, en cuanto actividad y obra humana, no debe vulnerar la moral. Pero, lo repetimos, en tal caso la crítica al Derecho injusto y, por ello inmoral, se hará mediante un enjuiciamiento ético y no afectará la validez ni la eficacia de las normas desde el punto de vista jurídico.

En cambio, si el legislador asume una norma puramente moral, declarándola en adelante jurídicamente obligatoria, lo hará no por obedecer a la moral sino en uso de su prudencia y por estimarla una regla útil a la vida social.<sup>9</sup>

### VIII. *La idea de la ley como expresión de la justicia es liberal-individualista*

La idea de que el Derecho está directamente ligado al concepto de justicia es propia de la época liberal-individualista, durante la cual todo el interés estaba centrado en el individuo, en sus derechos subjetivos y en su libertad, concebida ésta como la más amplia independencia frente al Estado. Se pensaba entonces que el Derecho objetivo estaba constituido básicamente por el conjunto de todos los derechos subjetivos individuales. El Estado liberal se circunscribía a dictar aquellas reglas de

<sup>9</sup> Cf. J. Dabin, p. 216.

comportamiento coincidentes con una moral mínima indispensable para el mantenimiento del orden público material; era el Estado gendarme que se limitaba a velar porque los individuos respetaran los derechos subjetivos ajenos, dejando a todos su libertad para desenvolverse en la vida social como mejor les pareciera, salvado ese respeto. El papel del Estado no iba más allá de cuidar de que las esferas individuales de acción, fijadas por cada individuo para sí mismo, no chocaran entre sí y de que ninguno de ellos penetrara dentro del recinto reservado a los derechos de otro. Era ésa la función que el Estado cumplía mediante la legislación.

Dentro de ese esquema, la idea de la justicia, estrechamente ligada a las posibilidades de conflictos interindividuales y a la determinación de lo que a cada individuo pertenece (*suum cuique*), adquiría especial relieve. Fue ese concepto de justicia, de origen puramente individualista, como lo admite Radbruch, el que perduró en las concepciones jurídicas y originó un Derecho que tenía por tarea distribuir las esferas de intereses individuales y mantener la distribución así efectuada, como medio de que las voluntades de los miembros de la comunidad no chocaran entre sí.<sup>10</sup>

Esto implica que en el Derecho liberal-individualista es la justicia conmutativa (la cual supondría que todos los hombres tuvieran una situación económica relativamente equivalente) la que goza en la ley de exagerada preponderancia. En cambio, apenas hay normas que se ocupen de la justicia distributiva y prácticamente se niega la justicia general. En cuanto a esas normas ordenadoras, ajenas a los principios de justicia, que constituyen la mayoría de los preceptos legales nuevos que han aparecido en el último tiempo en las diversas legislaciones, ellas son restringidas al máximo dentro de la concepción liberal-individualista, invocándose para ello el respeto de la libertad individual.

<sup>10</sup> G. Radbruch en su ponencia al Congreso mencionado en la nota 6 de este capítulo, reproducida en la obra allí mencionada, p. 63.

*IX. Mitos que preservan la legislación tradicional*

Las doctrinas que sustentan la existencia de un Derecho Natural y las que señalan a la justicia como el objeto exclusivo y propio del Derecho, contribuyen a la preservación de la legislación tradicional existente.

La tesis de un Derecho Natural ha ejercido siempre un efecto conservador en el Derecho. El mecanismo utilizado consiste en afirmar que si la legislación tradicional se ciñe en gran medida a las exigencias de ese Derecho Natural, por lo menos en todas sus instituciones básicas (entre las cuales se menciona muy especialmente el derecho de propiedad privada), deben éstas ser tan eternas e inmutables como se piensa que es aquél Derecho.

El carácter eminentemente conservador de la doctrina del Derecho Natural ha pasado a transformarse en un verdadero lugar común dentro de la teoría jurídica.

Ya Heráclito veía en las "leyes naturales" una encarnación de la ley divina en contra de la cual el pueblo no puede rebelarse, sino que debe combatir por ellas como lo hace por su hogar. Alf Ross comprueba que el Derecho Natural ha cumplido históricamente en forma primordial una función conservadora de hábito de validez.<sup>11</sup> H. Kelsen señala, por su parte, la índole conservadora muy acentuada de la doctrina del Derecho Natural, destinada a defender la propiedad privada y a ser arma contra el comunismo.<sup>12</sup> Radbruch denuncia que el Derecho Natural conduce necesariamente al perenne estancamiento de la historia del Derecho.<sup>13</sup>

Si se entiende que la legislación positiva cumple el objeto de establecer relaciones de justicia, es fácil concluir que las más antiguas instituciones jurídicas tradicionales aceptadas por tantos pueblos a lo largo de los dos últimos siglos, reflejarían, en el fondo, principios de justicia. Con ello se imbuye una resistencia a cambiarlas, puesto que lo contrario a lo que ellas disponen sería la injusticia y el desorden.

Puede advertirse, en consecuencia, que estas doctrinas no

<sup>11</sup> A. Ross, p. 256.

<sup>12</sup> H. Kelsen, p. 108.

<sup>13</sup> G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 130.

favorecen el cambio de la legislación tradicional, en sus aspectos esenciales, sino que tienden a que esos aspectos perduren de manera invariable.

Algunos las apoyan con sincero convencimiento de su verdad filosófica. Otros se pliegan interesadamente a ellas con el objeto de que no se altere el régimen jurídico que tantas ventajas les ha dado y que ha regido hasta ahora. Ya veremos la clase de organización social que fluye de tal régimen jurídico.

## EL DERECHO COMO REGLA ORDENADORA FORMAL

### 1. *El Derecho incluye lo socialmente imperante*

Reducido el Derecho objetivo a un conjunto de normas obligatorias elaboradas por el hombre que son impuestas coactivamente en la sociedad, puesto que aparte de ellas no existen reglas o principios superiores de índole jurídica, y establecido que el Derecho no cumple necesariamente valores de justicia, llega el momento en que debemos caracterizarlo positivamente.

Lo anterior no significa, empero, que haya quedado agotada y despejada toda la fantasmagoría que se asila en el Derecho actual y que deforma su correcta y real comprensión. Ya tendremos ocasión de mostrar muchas otras ilusiones jurídicas y de explicar cómo han sido forjadas y sostenidas a lo largo de siglos para beneficio de un determinado sistema social o para ventaja de determinados intereses.

Antes de avanzar, es conveniente, sin embargo, precisar que cuando hablamos de Derecho objetivo no estamos aludiendo solamente a las reglas enunciadas por escrito por un legislador que toma a su cargo la especial formulación de preceptos generales obligatorios (esto es, las leyes y códigos del sistema jurídico continental). También incluimos la normativa social realmente imperante dentro de una sociedad civil, que puede diferir de aquellas reglas escritas,<sup>1</sup> pues ella expresa, en último término, el verdadero Derecho que allí se aplica, aun cuando

<sup>1</sup> B. Kozolchyk manifiesta su propósito de abandonar los conceptos abstractos, que reducen la realidad jurídica solamente a aquello que puede ser enunciado a base de deducciones que emplean el sistema silogístico y fomentan la cosificación conceptual, para, en cambio, observar y evaluar el funcionamiento de las instituciones jurídicas como "utensilios dotados de un propósito económico determinado", mediante el examen del "comportamiento" de las leyes en la vida social.

se separe en mayor o menor grado del Derecho oficial. En los países que admiten la costumbre como fuente formal del Derecho, esa normativa puede llegar a transformarse en Derecho oficial y ser reconocida como tal, si cumple con las exigencias previstas.

Conforme al pensamiento de Kelsen, deberían integrar el Derecho las formas individualizadas de aplicación de las leyes que quedan a cargo de un órgano del Estado, sea éste jurisdiccional o administrativo y también las reglas convencionales que lícitamente acuerdan los particulares. No obstante, por una parte consideramos como normas jurídicas sólo a los preceptos obligatorios generales, y por la otra, estimamos que esas formas individualizadas pueden llegar a constituir parte importante de lo que denominamos Derecho realmente imperante. De ellas, la aplicación jurisdiccional de la ley tiene importancia relevante en los países del *common law*. En los países del sistema continental el interés de ésta no puede ser magnificado, pues representa tan sólo una ínfima parte de las manifestaciones efectivas de aplicación de la ley dentro del país.

## II. *Notas que caracterizan al Derecho*

Las notas del Derecho que nos interesa destacar, tras el examen realizado en los capítulos precedentes y que se desprenden de lo que en ellos expusimos, son:

a] el Derecho tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de *ordenación*; el Derecho es en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y de sus miembros.

b] el conjunto sistemático de reglas jurídicas obligatorias que el Derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social. El Derecho, por consiguiente, es puramente *instrumental* y, por sí mismo, no se integra con ni comprende los fines o las ideas sustanciales que inspiran la ordenación que está encargado de sostener bajo amenaza de coacción.

c] es la política, como ciencia y práctica del gobierno de la

sociedad, que en esto obra auxiliada por la economía y la sociología, la que señala las ideas directrices y lineamientos que aspiran a conformar de una manera dada a la sociedad; el Derecho solamente opera como *apoyo formal* de esas ideas y cumple la función de obtener que los hombres observen una conducta que permita hacerlas realidad.

d] debido a lo anterior, al Derecho no le toca decidir sobre el sentido de las normas que la política le pide elaborar con el fin de realizar una cierta concepción de lo que debe ser el gobierno, estructura y disposición interna de la sociedad y de sus miembros.

e] siendo así, no puede decirse que el Derecho se rija por principios absolutos; como instrumento formal es eminentemente *relativo* y por hallarse al servicio de directivas ajenas, su función la sirve obteniendo que esas directivas sean efectivamente cumplidas en la vida social. Para ello puede utilizar variados mecanismos, que serán correctos en cuanto sean aptos para lograr ese obediencia.

f] sobre esa base, *no hay en el Derecho principios de fondo preestablecidos*. Se opera en él considerando las posibilidades que admite el ambiente social siempre cambiante y utilizando habilidad para lograr la mayor eficacia de las normas con el mínimo de esfuerzo de los mecanismos sociales disponibles. Los criterios *prácticos* son los decisivos en él.

g] mucho menos hay preceptos o principios jurídicos inmutables. Las normas jurídicas deben adaptarse constantemente a la evolución y cambios que experimentan las ideas políticas directrices y a las variaciones continuas del ambiente social, que exigen alterarlas para mejor cumplir esas ideas, aun cuando estas mismas permanezcan inalterables por un tiempo. El jurista debe estar, por ello, siempre alerta a la readaptación de las normas; las fórmulas jurídicas tienen que ser *dinámicas* y hallarse en reelaboración permanente, porque la sociedad y sus concepciones políticas tienen la movilidad de los organismos vivos.

h] los preceptos jurídicos establecen su ordenación sobre la base de reglas *generales*. Hemos de ver más adelante el alcance e importancia que esto tiene.

### III. *Los variados conceptos sobre el Derecho*

Dentro de la doctrina y la filosofía jurídicas se han propuesto muchos y muy variados conceptos de Derecho. No es nuestro ánimo pasarles revista. Solamente queremos presentar en forma sintética y fugaz algunos de los caracteres distintivos que se han señalado para el Derecho con el fin de contraponerlos a los que acabamos de atribuirle. En los casos en que se trate de una caracterización peculiar de un determinado autor, mencionaremos su nombre entre paréntesis.

Según esas diversas apreciaciones, el Derecho busca la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos conforme a un principio ético (Del Vecchio), o procura la solución de conflictos a base de reglas generales, o da a conocer al ciudadano lo que puede y lo que no puede hacer, o trata de poner coto al poder arbitrario, eliminando la sujeción y estableciendo la igualdad (Bodenheimer), o intenta armonizar al individuo con el Estado, o monopoliza y reglamenta la fuerza en su calidad de orden de coacción (Kelsen), o está encargado de determinar los deberes y los derechos de los individuos, o coloca fronteras para evitar choques entre los hombres, o es un instrumento para realizar prácticamente la justicia en la vida social (Villoro), o cumple una delimitación de competencias para órganos del Estado e individuos (Jéze), o está al servicio de las clases dominantes para someter a los explotados, etcétera.

Los caracteres que nosotros hemos atribuido al Derecho recogen cuánto hay de verdad en varios de los enunciados que acabamos de reproducir, excluyen lo que éstos tienen de erróneo de acuerdo con lo que hemos explicado y explicaremos, y centran las notas del Derecho en el ámbito que a éste corresponde dentro de las condiciones actuales de la vida social.

### IV. *Juristas que subrayan el carácter ordenatorio del Derecho*

Podemos agregar en apoyo de nuestra posición que un grupo de importantes autores modernos pone de relieve el carácter

fundamentalmente ordenatorio e instrumental del Derecho. Es que empieza ya a captarse la necesidad de que los conceptos jurídicos escapen a los moldes liberal-individualistas que algunos quisieran dejar impresos en ellos para siempre.

Son varios los autores que hablan del Derecho como un conjunto de reglas que imponen un orden dentro de la sociedad; pero hay que estar atento a lo que con la palabra "orden" quieren significar, porque para algunos, visiblemente, se trata del orden callejero o externo, con ánimo de proteger y conservar intocado el viejo orden. Otros se refieren a él como un "orden normativo", con un sentido muy ajeno al que hemos establecido.

• Si eligiéramos a quienes mejor pueden representar la posición que hemos adoptado, podríamos señalar a Jean Dabin y a Roscoe Pound. El primero, asigna a la regla de Derecho una disciplina por partida doble, una constituyente o constitucional, por la cual el grupo social toma cuerpo y vida, la otra, rectora y ordenadora, por la cual el grupo impulsa a sus miembros en el sentido de los fines sociales. La regla de Derecho no es simplemente la regla de las relaciones entre los hombres considerados como tales, *ut singuli*, fuera de toda cualificación o pertenencia social; ella traduce las condiciones y las exigencias sobre el doble plan de la *constitución* del grupo y de la *dirección* de sus miembros. Una de las condiciones primeras, al mismo tiempo que uno de los fines de bien público, prosigue Dabin, es que en el seno de la comunidad total reine un cierto orden en las relaciones entre los individuos y los grupos, orden que el Derecho fijado por la sociedad civil se va a encargar de traducir. Y toca al Estado imponer el orden en todas las relaciones sociales del dominio temporal.<sup>2</sup>

Pound explica su idea denominando expresivamente "ingeniería social" a la ciencia del Derecho, para la cual señala como competencia "aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción de la sociedad políticamente organizada". Esta "ingeniería" no ha de ser considerada solamente como un conjunto de conocimientos o como una estructura ya fijada de

<sup>2</sup> Jean Dabin, pp. 8, 12 y 73.

antemano, sino como un proceso, una actividad, con un contenido de realización de cosas y no como mero instrumento pasivo, pues será juzgada por su adecuación a los fines para los que se realiza. Más adelante se refiere al Derecho como un "sistema de ordenación". Es este ordenamiento el que, dentro de su superposición de pretensiones contrapuestas que reina en la sociedad, impide que los bienes de la existencia humana queden perdidos, o malbaratados o se obtenga de ellos un exiguuo rendimiento.<sup>3</sup>

Iredell Jenkins, pese a que termina asimilando el orden a la justicia, podría ser mencionado también por el esclarecimiento que hace del concepto de "orden". Según él, la ley humana positiva es un principio de orden, en el sentido de que constituye un instrumento con el cual los hombres tratan de asegurar y fomentar el orden contra las amenazas del desorden. El orden encarna un elemento puro de regularidad y sistematización, de estabilidad y continuidad, que se refiere a la red de relaciones que une objetos y hechos distintos. El orden indica semejanzas entre las cosas y uniformidades de secuencias entre los hechos. Mediante él entidades distintas siguen cursos establecidos y se articulan en un todo componiendo una estructura sistemática. A su juicio, el concepto de orden entraña cuatro elementos básicos: pluralidad de entidades que exhiban características estables de grupo, su organización en una serie de entidades superiores, actividades desarrolladas por estas entidades y energía intercambiada entre ellas, todo esto de manera regular y coherente. Termina indicando que la ley positiva no sólo realiza las funciones de reflejar y conservar un orden anterior, sino de esbozar y realizar otro futuro.<sup>4</sup>

#### v. Autores que afirman el carácter instrumental del Derecho

También el carácter instrumental del Derecho adquiere cada

<sup>3</sup> Roscoe Pound, pp. 200, 201 y 208.

<sup>4</sup> Iredell Jenkins en *La justicia como ideal y como ideología*, publicado en la recopilación *La justicia*, pp. 242 a 245.

día mayor aceptación. Desde Kelsen, que criticó al Derecho como “una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de una determinada manera, para lo cual sanciona la conducta no deseada”,<sup>5</sup> hasta Recasens Siches, quien atribuye a las normas de Derecho positivo la calidad de “instrumentos prácticos, elaborados y contruidos por los hombres, para que, mediante su manejo produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos”,<sup>6</sup> hay una gama amplia de filósofos y juristas que lo reconocen. Pound expresa que prefiere una interpretación instrumental del Derecho antes que una idealista; Angel Latorre declara al Derecho “ante todo un mecanismo para imponer y garantizar un orden social, y lo que le interesa son las conductas en la medida que afectan a ese orden”, y Dabin explica que el Estado trata de introducir en la sociedad, que es múltiple, confusa y a veces dividida, un principio de armonía y de cohesión racional; pues bien, el primer instrumento de esa armonía y cohesión, agrega, es la regla de Derecho. Más adelante subraya el carácter instrumental del Derecho como una diferencia fundamental entre él y la moral.<sup>7</sup>

A mentalidades habituadas a conceptualizar en torno al Derecho podrá parecer casi irrespetuosa la tesis que se sustenta. Pero si se trata, parafraseando al Evangelio, de que el Derecho sirva al hombre y no el hombre al Derecho, es necesario tomarlo pragmáticamente, como un instrumento que permite alcanzar finalidades adecuadas a la vida del hombre en sociedad. Recordemos a este propósito la censura de Bacon a la filosofía aristotélica: “se trata de una filosofía sólo vigorosa para las disputas y controversias, pero estéril en producciones que beneficien la vida del hombre”.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> H. Kelsen, p. 72.

<sup>6</sup> Luis Recasens Siches, en *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica (razonable)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 500.

<sup>7</sup> Jean Dabin, pp. 73, 125 y 134.

<sup>8</sup> Referencia de Miguel Villoro en sus *Lecciones de filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1973, p. 151.

*VI. En tanto medio, el Derecho carece de fines*

De acuerdo con lo anterior, y siendo el Derecho tan sólo un medio, carece él de fines propios. Ni la justicia ni la seguridad jurídica pueden ser tenidas como fines del Derecho. La primera es un postulado ético que puede alcanzar importancia como elemento del bien colectivo dentro de cierta clase de reglas jurídicas, según ya lo vimos, pero que no puede erigirse en el fin del Derecho. La segunda es un elemento de estabilidad que podría formar parte de una disposición ordenada de la vida social; en tal caso se transformaría en una manifestación del orden que el Derecho está llamado a imponer dentro de ésta. Pero en muchos casos el verdadero orden demandará cambios y modificaciones a las situaciones existentes, con lo que la seguridad jurídica invocada como valor absoluto y necesario, no será sino otro mito más introducido de contrabando en el Derecho con el objeto de conservar condiciones de vida social que realmente atentan en contra del bien colectivo.

Podría, entonces, pretenderse que el bien colectivo (o "bien común" dentro del lenguaje tomista) adquiriría el carácter de verdadero fin del Derecho. También la respuesta debe ser negativa.

Como lo hemos señalado en el capítulo anterior, la sociedad se forma para el bien de todos sus miembros, y el Estado, como órgano que asume su dirección, debiera encargarse de procurar dicho bien.

El bien colectivo que el Estado debe procurar no es igual al bien individual de cada uno de los individuos que lo forman. Toda sociedad política autónomamente organizada (a cuya forma histórica actual denominamos Estado), constituye una totalidad, un cuerpo orgánicamente constituido, que aunque formado por numerosísimos hombres, se convierte en una entidad distinta de la suma de éstos, en virtud de ser la forma más acabada de asociación que los hombres buscan para lograr en ella su mayor bien humano temporal. Esa sociedad no es la suma de todos los individuos que hoy la forman. Le corresponde ocuparse del bien no solamente de éstos, sino de todos los posibles y futuros miembros que a ella se incorporen. Se

trata, pues, del bien de todos los miembros de la sociedad, considerados éstos en su conjunto, prescindiendo del interés particular de individuos o de grupos que lo componen, bien que se proyecta más allá de la suma del interés de todos ellos, pues también deben tenerse en cuenta las generaciones futuras y valores que pertenecen a la sociedad pero que no puede afirmarse que toquen en cuota a ninguno de sus miembros individualmente considerados. Esta es la razón por la cual, según más adelante veremos, el bien colectivo debe considerarse superior al bien de todos y de cada uno de los miembros de la sociedad.

La búsqueda de ese bien colectivo, que por cierto comprende y abarca el bien de los miembros y grupos de la sociedad, aun cuando siempre subordinado éste a los intereses generales, corresponde por derecho propio al Estado. Para eso se organiza el Estado.

Ahora bien, determinar cuál es ese bien, qué elementos o manifestaciones lo diversifican o integran y cuál es la manera de alcanzarlo habida cuenta de las condiciones históricas en que vive la sociedad, es materia propia de la política, como ciencia y como práctica del gobierno de los pueblos. Será, por ello, la autoridad del Estado encargada de dirigir a la sociedad y de determinar en concreto las metas que deben ser alcanzadas y la manera práctica de llegar hasta ellas, la que decidirá la forma en que el Estado, la sociedad misma y sus miembros deben organizarse, estructurarse y ordenarse para cumplir tal fin. Normalmente serán el Poder Legislativo, con capacidad o competencia para adoptar las más altas determinaciones de la vida del Estado, y el Poder Ejecutivo, al cual se encomienda la realización de las medidas de bien público, los que deberán decidir, en plano de opción política, las vías y fines que se elijan.

Es necesario, sin embargo, prevenir contra la infiltración idealista que puede ocultarse dentro de la suposición de que sería solamente la política, como ciencia o como arte de gobernar, la encargada de determinar los contenidos del Derecho.

Porque la verdad es que la historia nos muestra que también la lucha político-social concreta que se libra entre las tendencias antagónicas de la sociedad, la que en nuestro tiempo

se manifiesta generalmente en una verdadera lucha de clases, tiene efectos directos en ese contenido, sea mediante modificaciones de él, sea mediante la aparición de conceptos y principios nuevos. Pues de la confrontación de tendencias y clases opuestas en defensa de sus respectivas posiciones e intereses, nacen y han nacido numerosas instituciones jurídicas cuya finalidad es el reconocimiento de ventajas para los que triunfaron.

En este sentido debe señalarse que las luchas de la clase trabajadora son la razón determinante del desgaje de toda la nueva rama jurídica laboral desde el Derecho Civil, donde antes estaba reglada por unos escasos preceptos relativos al arrendamiento de servicios materiales, basados todos ellos en una hipotética igualdad de las partes. Es bajo este impulso que se ha constituido todo el moderno Derecho del Trabajo, al reconocerse que es necesario que la ley dé apoyo a la parte económicamente más débil de la relación laboral, puesto que sin él ésta quedaría sujeta a los dictados del patrón.

Todas las reivindicaciones económicas obtenidas por las clases trabajadoras, como resultado de sus luchas y esfuerzos, representan jirones arrancados a las enseñanzas del Derecho liberal-individualista. De esta manera, una lucha de clases a veces poco aparente, ha contribuido en mucho a las modificaciones más indispensables del Derecho vigente a fin de que éste adquiriera una mínima actualización.

## VII. *El Derecho al servicio de los fines políticos*

Adoptada la decisión política, será principalmente a base de preceptos jurídicos que ella podrá ser cumplida, puesto que tales preceptos impondrán a los gobernantes y a los gobernados una conducta obligatoria y coactivamente exigible encaminada a que sea alcanzada.

Pero las metas y las vías fundamentales quedan a cargo de la política, auxiliada ésta por la economía, la sociología y otras ciencias sociales. El Derecho ve circunscrita su competencia propia a elaborar las fórmulas preceptivas concretas que traducirán la decisión política, a proporcionar la instrumentación

de instituciones, esquemas y ordenamiento específicos que le permite aportar su milenaria experiencia y a encuadrar las nuevas fórmulas dentro del resto del equipamiento normativo preexistente en el Estado, tanto para señalar la manera como deben dictarse válidamente como para armonizarlas en relación con todo el resto del ordenamiento jurídico. No podemos subestimar la importancia de esa tarea, así como resulta pueril magnificarla con ánimo de ofrecer incienso al Derecho y a los juristas.

La elaboración de preceptos concretos constituye todo un arte, en el que se aprecian tanto la utilización de muy antiguas experiencias en el manejo de las conductas humanas bajo amenaza de sanción, como la redacción apropiada de las normas necesarias. Una clara comprensión de las finalidades políticas perseguidas y un criterio seguro en cuanto a las reacciones sociales que provocarán las normas y sus sanciones, deben también ser puestas de relieve.

Y como en materia jurídica, salvo el rarísimo caso de algunas pocas revoluciones integrales que derogan todo el Derecho preexistente y empiezan nuevamente a partir de cero, siempre es menester conocer muy cabalmente la normativa que está rigiendo y hallarse en condiciones de ilustrar al poder político acerca de la incidencia o efecto que los nuevos preceptos reclamados tendrán dentro del conjunto normativo anterior, la tarea no será sencilla, pues exigirá conocimientos acabados del sistema jurídico existente, capacidad para apreciar todas las consecuencias de una modificación, que a veces quiere ser solamente parcial pero que repercute mucho más allá de sus designios, y buen manejo de todo lo que el Derecho constituye como aporte propio, instituciones, principios jurídicos, subordinación de normas, sistematización de los preceptos, etcétera.

#### VIII. *El jurista en las tareas legislativas y de gobierno*

A lo largo de mucho tiempo, bien sea por falta de personas con formación especializada en algunas ramas de otras ciencias sociales, bien porque se pensó que la formación de los aboga-

dos y juristas estaba concebida como para hacer de ellos hombres con conocimientos sociales generales, de hecho fueron los abogados los que monopolizaron casi todos los cargos y funciones de gobierno en la mayor parte de los países latinoamericanos. Jefes de Estado, ministros de Estado, parlamentarios, eran en su gran mayoría abogados, en los períodos, a veces breves, en que no dominaba una dictadura militar.

En mucha medida contribuía a este estado de cosas el que no se discriminaran dos aspectos diversos dentro de la función legiferante. Cuando el legislador cumple su misión propia debe obrar primeramente como definidor político, encargado de determinar las metas de gobierno en las cuales estima encarnadas las finalidades de bien público que le toca servir y, en seguida, como formulador de las normas reguladoras apropiadas para que aquellas se hagan realidad en la sociedad. El primer aspecto, de contenido, significa poner en ejercicio criterios y funciones políticas y el segundo, formal, preparar los instrumentos jurídicos necesarios para implementarlas. Solamente en el segundo cabe participación al abogado o al jurista como tal. Esto no significa desconocer que las aptitudes de gobierno o políticas se dan en los hombres en forma más intuitiva o carismática que como fruto de estudios, por una parte, y por la otra, que un abogado, por la naturaleza de sus estudios y por la índole misma de su actividad social puede estar normalmente más dotado que otros individuos para cumplir una labor de esa clase. Pero bien entendido que, entonces, la cumple en cuanto político y no en cuanto abogado.

Pero las condiciones sociales tienden a modificarse. Se desarrollan los estudios de las ciencias sociales no normativas y los acontecimientos históricos van desplazando a los juristas de las tareas gubernativas.<sup>9</sup> Hoy no es raro ver presidentes de la República, ministros de Estado o parlamentarios que, contra la tradición de períodos anteriores, no son en su enorme mayoría abogados.

<sup>9</sup> G. Ripert, en su *Le régime démocratique...*, p. 9, dice que, expulsados de la política y aun de la filosofía, los juristas se han refugiado en el estudio de la técnica, "allí se les ha dejado toda libertad y han recibido toda clase de aliento, porque tales estudios son inofensivos". Con ello, según cree este autor, los juristas "renuncian a dirigir y a crear el Derecho".

Cierto es, también, que en las sociedades modernas no es posible hacer gobierno limitándose a conservar la legislación tradicional o a darle, a lo sumo, leves retoques, tarea para la cual los juristas de abolengo parecían dotados de especial destreza.

LOS LÍMITES DEL DERECHO

1. *Doctrina antigua sobre poder absoluto para legislar*

Ángel Latorre afirma con razón que el Derecho adopta hoy los principios que el legislador encuentra más oportunos. Hemos explicado que no existe un Derecho Natural y que el Derecho es un instrumento dirigido a imponer una cierta ordenación social determinada por la política, que se cumple mediante reglas generales e imperativas de comportamiento.

¿Significa lo anterior que a requerimiento de la política podría el Derecho imponer cualquier conducta social, ilimitadamente; vale decir, que el poder del legislador sería omnímodo?

Conforme al concepto platónico de Estado, corresponde a éste regular, apoyar y vigilar la vida individual en todas sus manifestaciones, de modo que no puede existir esfera alguna de actividad que no quede sujeta a su control. El fin del Estado es, por consiguiente, omnicomprendivo, abarca el bien en todas sus formas y consiste en la felicidad universal, que se alcanza mediante la virtud universal.

La concepción bizantina del Derecho asignó a éste el carácter de voluntad de un legislador absoluto.

Tal concepción continuó, si bien modificada por los principios cristianos, durante la Edad Media, la cual reconoció al Estado un poder tan absoluto que le permitía inmiscuirse hasta en la conciencia de los individuos. Las monarquías absolutas ratificaron esta línea.

Curiosamente, la Revolución Francesa, producida en nombre de la libertad de los hombres, no iba a provocar cambio en ciertos aspectos de la idea de que la función legislativa del Estado no reconoce límites. Es Ripert quien ha puesto de relieve la extraña paradoja de que el absolutismo de los reyes se prolongara mediante un Poder Legislativo que, por ser

expresión de la voluntad del pueblo y manifestarse mediante leyes que debían ser tenidas como voz de la razón, no podía incurrir en error.

Y en Inglaterra también se admitió el principio de que el legislador lo puede todo, "salvo hacer que un hombre se convierta en mujer".

Jurídicamente esta idea del poder absoluto del legislador se vincula a la de soberanía del Estado, en cuanto significa que por encima de éste no existe ningún otro poder capaz de someterlo. Se trataría, pues, de un poder ilimitado.

Sin embargo, en el Renacimiento se inicia una corriente que representa una afirmación de libertad del individuo y que se preocupa de establecer fronteras a la autoridad del Estado. Manifestaciones importantes de ella fueron la doctrina del contrato social, la separación de Derecho y moral y el reconocimiento de "derechos naturales e imprescriptibles" de los hombres.

## II. *El Estado de Derecho*

Fue la filosofía de Kant la que, al reducir la misión del Estado a la de mero custodio del orden jurídico, encargado de asegurar la actuación del Derecho y de impedir su violación, y al negar que le correspondiera ocuparse del bien en general, de la felicidad o utilidad común, puso las bases de la moderna restricción a la omnipotencia del Estado. Este mismo pensamiento, emancipado ya del individualismo kantiano, se expresa en la fórmula actual del Estado de Derecho [Rechtsstaat].<sup>1</sup>

El concepto de Estado de Derecho se apoya en la idea de que el Estado realiza una concepción de organización social que ampara los valores de la personalidad humana, quedando sometido, al igual que los ciudadanos, a normas jurídicas objetivas, lo que se expresa en:

<sup>1</sup> Cf. G. del Vecchio, pp. 446 y 447.

a] afirmación de que corresponde una primacía a la norma general de la ley, pues esa norma general crea justicia y seguridad, a base de reglas y consecuencias jurídicas predeterminadas, que rigen para todos los casos;

b] afirmación de los derechos humanos fundamentales, lo que impide que sea negado el valor de la persona;

c] un sistema de responsabilidades de la Administración y de los funcionarios públicos, dotados ambos de facultades que van siempre en aumento dentro de la sociedad moderna y que llegan cada vez a zonas más extensas de la vida humana, y el establecimiento de recursos legales que permitan prevenir y sancionar los actos administrativos ilegales;<sup>2</sup> y

d] la existencia de un control jurídico de legislación, para evitar las leyes que excedan los marcos del Derecho.<sup>3</sup>

Así formulada, la noción de Estado de Derecho parece tan bien intencionada como conceptualista y apriorística, razón por la que para dar un pronunciamiento acerca de ella preferimos entrar en un examen más ordenado y crítico de los elementos de juicio, el que, en mucha medida, nos conducirá finalmente a coincidencias.

### III. *Los límites al poder de legislar. Lo impuesto por la naturaleza*

En tanto hemos caracterizado el Derecho como un régimen de ordenación social que sirve de instrumento a las directrices que impone desde fuera la política, y que carece, por tanto, de contenido propio, comprobamos, desde luego, en las referidas características del Estado de Derecho la presencia de elementos que por su naturaleza no pueden ser jurídicos. Esto nos lleva a una revisión de antecedentes que puede contribuir a clarificar y racionalizar el problema de los límites del Derecho.

<sup>2</sup> Montesquieu decía en su *De l'esprit des lois*, libro xi, cap. iv, que "es una experiencia eterna que todo hombre que tiene autoridad es capaz de abusar de ella; irá cada vez más allá, hasta que encuentre una barrera".

<sup>3</sup> Cf. Luis Legaz y Lacambra.

Ante todo, examinemos si del concepto mismo de Derecho, tal como fue propuesto anteriormente por nosotros, no se desprenden algunas luces.

Si tenemos al Derecho como una normativa social que expresa un "deber ser" destinado a imponerse al comportamiento de los seres humanos llegamos necesariamente a una primera conclusión, que es la de que el Derecho debe partir, como de pie forzado, de las reglas inmodificables del ser, vale decir, de lo que constituye lo "dado" de la naturaleza. Por ello es que el Derecho ha de sujetarse a los hechos que el hombre no puede alterar. Allí encuentra su más obvia y primera limitación. Que el día dura 24 horas, que el sol aparece por el este, que el ser humano tiene una existencia finita, que para que conserve su vida es necesario que el ser humano respire y se alimente, etc., son otros tantos ejemplos de situaciones que quedan al margen de toda regulación jurídica. Anotemos, de paso, que el aforismo inglés antes mencionado no aparece hoy tan sólidamente fundado como lo era cuando fue originalmente enunciado, porque debido al progreso humano en la biología sería posible, por el momento sólo dentro de límites restringidos, que se cumpliera una orden de convertir a un hombre en mujer.

En esta materia hay que tener siempre presente la pasmosa capacidad de dominio de muchos fenómenos de la naturaleza que conceden al hombre los adelantos científicos y técnicos. Hoy el hombre está en condición de alterar muchos "datos de la naturaleza" y sus posibilidades a este respecto van en continuo aumento. Pensemos solamente en el antiguo dicho "tocar la luna con la mano", máxima expresión de un imposible... que ya dejó de serlo.

Hay aspectos de esta inmodificabilidad de la realidad natural que no siempre son captados en toda la proyección que tienen para el Derecho. Como un ejemplo señalamos el "estado de necesidad", institución jurídica que tanto relieve tiene en el Derecho penal y también en el Derecho político. El aforismo "la necesidad no reconoce ley", que la expresa con tanto acierto, no hace sino marcar una característica muy esencial suya: la de que existen ciertas situaciones en las cuales, por la fuerza con que ellas dominan normalmente al hombre

y sus reacciones psíquicas, nada saca el legislador con pretender la obediencia de reglas jurídicas que, de ordinario y fuera de ellas, puede imponer como obligatorias, con altas probabilidades de ser obedecido.<sup>4</sup> He aquí, por consiguiente, una primera limitación del Derecho, que fluye de su propia naturaleza.

#### iv. *Lo puramente espiritual excede al Derecho*

Pero, además, el Derecho solamente regula la conducta externa de los hombres, a diferencia de la moral. Esto conduce a que cualquier intento de que las leyes se entrometan en la interioridad del ser humano (salvo la consideración del elemento interno en materia penal y, en general, dentro de preceptos que indican sanción para el quebrantamiento de la ley, según principios que hasta ahora, a lo menos, no han sido discutidos) con propósito de regir sus ideas, pensamientos y sentimientos, exceda por entero de la posibilidad del Derecho. La punición de ideas o creencias, la violación de la conciencia humana o la pretensión de someter los sentimientos a la regla jurídica, se hallan en este caso. Es sobre esta base que Dabin sostiene que las relaciones puramente espirituales son las únicas relaciones humanas que quedan fuera del Derecho.<sup>5</sup>

#### v. *El límite de la generalidad de la ley y su importancia*

Existe una tercera limitación del Derecho emanada de la índole misma de las normas que lo integran. La generalidad de las leyes es una garantía de igual aplicación de ellas a todos los hombres que se encuentren en el mismo supuesto que la regla considera, e impide que, arbitrariamente, la autoridad pueda someter a reglas especiales a ciertos hombres o grupos

<sup>4</sup> Véase Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo 1, párrafo 226.

<sup>5</sup> J. Dabin, p. 74.

de hombres por circunstancias no preestablecidas objetivamente.

Explica Duguit que la generalidad es la razón de ser misma de la ley y que es en atención a ella que se constituye históricamente la función legislativa. Esto ocurrió cuando se comprendió que la fijeza, la generalidad y el carácter abstracto de la ley escrita constituía la protección más eficaz del individuo contra la arbitrariedad del Estado; fue en ese momento que se tuvo la concepción del valor de la legalidad. La ley liga, como regla general, a los detentadores del poder político y les impide tomar decisiones con referencia a personas determinadas (acepción de personas). Con ello el individuo se ha sentido fuertemente protegido contra la omnipotencia de los gobernantes, pues una regla general y abstracta presenta menos peligros que una decisión individual, que siempre puede estar animada por el odio, la ambición o la venganza. La generalidad de la ley constituye, pues, una garantía contra la tiranía.<sup>6</sup>

Hay, pues, limitaciones derivadas del concepto mismo de Derecho, que reducen el poder amplísimo del legislador.

Sería útil recordar, aquí, que muchas Constituciones establecen deberes jurídicos que ha de cumplir el Estado, los que, por su carácter imperativo, constituyen una limitación a las facultades amplias del legislador, en cuanto éste no puede eludir las obligaciones allí impuestas.

## VI. *La desaparición del Derecho*

A título de simple acotación quisiéramos agregar que, sobre la base de las características que observamos en el hombre actual, nos parece utópica la afirmación de Marx y Engels de que, en la última fase social desaparecería el Estado (se acostumbra a entender que ello significa también la desaparición del Derecho) y que sería remplazado por meros sistemas de administración de las cosas. En efecto, hemos caracterizado el

<sup>6</sup> L. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, pp. 95 y 96.

Derecho como un sistema de ordenación de conductas humanas y la necesidad de ordenación no parece que vaya a desaparecer, por mucho que se perfeccionen el hombre y la sociedad. Por el contrario, podría suponerse que a mayor perfección, mayor será la ordenación social que rijan. Ahora, si lo que se busca es la desaparición de la coactividad del Derecho, la hipótesis tendría mayores probabilidades, aun cuando personalmente dudamos de un orden dentro del cual, aun a título excepcional, alguno no realice actos de contravención que obliguen a emplear coacción.

### VII. *El respeto a la dignidad humana y su origen*

Al tratar de las diferencias entre la moral y el Derecho vimos que aquélla, por ser regla amplia que rige todo acto o conducta humanos, de cualquier naturaleza, en cualquier momento y en toda oportunidad, obligaba también al legislador, pero desde fuera del Derecho. Toca ahora examinar limitaciones externas al Derecho, sean ellas morales o de otro orden. No puede extrañarnos que algo que es puramente instrumental y destinado a lograr una ordenación de conductas humanas, como es el Derecho, pueda tener conexión con principios o normas que vienen desde fuera del Derecho.

Desde el punto de vista ético, la limitación fundamental, aunque no la única, es que el Derecho no debe desconocer el respeto a la dignidad de la persona humana.

Contra la afirmación de Duguit, de que el individuo no es un fin sino un medio, algo así como una simple rueda en la vasta maquinaria social,<sup>7</sup> y contra la tesis de Kelsen de que la noción de persona es artificial y no pasa de ser un haz de deberes, responsabilidades y derechos que la ley confiere a un hombre,<sup>8</sup> la enorme mayoría de los iusfilósofos y juristas modernos (incluido Latorre con cuya frase iniciamos este capítulo) consideran que el ser humano es un fin en sí mismo,

<sup>7</sup> L. Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho privado...*, p. 177.

<sup>8</sup> H. Kelsen, pp. 125 a 127.

que no debe ser tomado como instrumento para nadie ni para nada, por llevar en sí un valor que es independiente y superior a toda consecución de fines ajenos.

Fue Kant quien postuló filosóficamente esta idea, que ya antes había sido expresada por el cristianismo a base de fundamentación religiosa.<sup>9</sup>

El ser humano tiene una calidad única dentro del universo conocido. Tiene capacidad de conocimiento intelectual que le permite captar el mundo que lo rodea y los fenómenos que en él se desarrollan, los cuales puede relacionar y ordenar entre sí, bien se trate de meros acontecimientos físicos bien se trate de manifestaciones de otros hombres; y cuando se trata de estas últimas, le es posible entrar en contacto con sus semejantes a través del lenguaje. Puede también replegarse introspectivamente en sí mismo y percibir los fenómenos que se desarrollan en su interioridad anímica. Puede ordenar las representaciones que así logra acerca de lo que le es propio y lo que le es ajeno y, mediante su poder de raciocinio, establecer relaciones y deducir consecuencias. Con esta aptitud razonadora e intelectual, no solamente logra conocerse a sí mismo y conocer lo que está fuera de él, sino que alcanza también, mediante abstracción y generalización, la elaboración de ideas cada vez más amplias, que ensanchan su dimensión espiritual y que lo conducen a indagar acerca de los "porqué" de las cosas, y a inquirir sobre lo que es él mismo y lo que hay en el exterior, y a preguntarse acerca de la finalidad y destino de sí mismo y del mundo. En esta tarea llega el hombre a forjarse ideales y a determinar valores que se presentan a su conocimiento con el atractivo de lo que se aquilata como lo mejor en relación con otros hechos u otras formas del ser o del obrar. Hartman ha llegado a decir en su *Ética* que el hombre es el "punto de penetración de los valores en la realidad".

También cuenta el hombre con su voluntad, que le permite decidirse por las varias cosas que en lo material o los varios valores que en lo espiritual se le presentan como susceptibles de ser apetecidos. Mediante ella puede, en cierta medida y por

<sup>9</sup> El Papa Juan Pablo II ha tratado recientemente de la dignidad del ser humano desde un punto de vista religioso en su encíclica *Redentor del Hombre*, de marzo de 1979.

propia iniciativa, no sólo elegir entre diversas alternativas, sino también enderezar su labor intelectual o su obrar hacia el campo externo, en una dirección determinada que resuelva imprimirlas, ayudado para ello por su organismo corporal, especialmente apto para acciones muy variadas. Y frente a los valores que le presenta su entendimiento, puede responder adhiriéndose a ellos o rechazándolos.

A lo anterior debe añadirse que el hombre conlleva el fenómeno de su conciencia, voz interior independiente de su propia voluntad, que aprueba o reprueba sus decisiones libremente adoptadas. Aun cuando ella por sí misma no le proporciona indicaciones abstractas, siempre aporta algo en cuanto al señalamiento del camino a seguir en el caso particular y concreto.

También podrían señalarse los fenómenos afectivos del hombre, que lo ligan o separan de los hombres y de las cosas, mediante reacciones emocionales intransferibles, las cuales encuadran en medida apreciable sus intelecciones y voliciones.

Por fin, el hombre es un ser capaz de progresar en un incesante y consciente perfeccionamiento de sí mismo.

Todas las notas anteriores —que extraemos principalmente de una consideración de los aspectos conscientes del psiquismo humano— y, muy en particular, su razón, su libertad de decisión y su conciencia interior, sitúan al hombre dentro del mundo en un lugar especial que lo convierte en un ser absoluta e incomparablemente superior a cualquier otro ser material. La autonomía de que goza en cuanto a la formación de su pensamiento y de sus decisiones, le confiere, además, una dignidad especialísima. Él es *alguien* frente a los demás y frente a la naturaleza; es por lo tanto un *sujeto* capaz por sí mismo de percibir, juzgar y resolver acerca de sí en relación con todo lo que le rodea. Puede llegar a la autoformación de su propia vida y, en medida apreciable, puede influir mediante su obrar en los acontecimientos exteriores a él. Ninguna coerción exterior puede alcanzar su interioridad con fuerza bastante como para violar ese reducto íntimo e inviolable que reside dentro de él.

Todo esto constituye, en plano puramente racional, el origen y razón de ser de su dignidad de persona.<sup>10</sup>

De aquí que el hombre no aparezca en el mundo como un ser más, que pueda ser usado para utilidad y provecho de otros. De su racionalidad e independencia interior resulta que él se maneja y gobierna a sí mismo y que es un ente autónomo que no puede ser considerado como un puro objeto, como cosa que otro ser del mundo pueda poseer o destinar para un fin cualquiera.

La posición de respeto a la dignidad de la persona humana, que es moralmente correcta y que, desde ese ámbito, debe imponerse al legislador, ha sido extremada por tendencias individualistas, al punto de que se llega a afirmar que el derecho de un solo hombre es tan sagrado como el de millones. Hemos afirmado antes la primacía del bien humano colectivo por sobre el bien humano individual<sup>11</sup> y por ello creemos que los derechos de la persona humana no pueden ser obstáculo al cumplimiento de medidas que tiendan al bien de la humanidad toda o del conjunto humano que constituye una sociedad civil, puesto que el bien del organismo social mismo comprende y supera el de los individuos que forman parte de él y debe ser estimado prevalente al de una sola persona o de un grupo de personas.

### VIII. *Los derechos fundamentales del hombre*

De la calidad y dignidad especiales del ser humano antes fundamentadas, fluye que las normas jurídicas que se impongan a los hombres que viven en sociedad han de respetar a aquéllas, con todas las consecuencias que les son inherentes.

Por consiguiente, aparte de que la dignidad de persona constituye por sí misma un freno para el legislador positivo

<sup>10</sup> Eduardo Novoa Monreal, *¿Qué queda del Derecho Natural?* pp. 280, 281 y 282.

<sup>11</sup> E. Novoa Monreal, *La renovación del Derecho*, apartado de la *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción (Chile), núm. 144, 1968.

encargado de imponer aquellas normas, también su poder de legislar habrá de verse ceñido por un amplio conjunto de bienes ideales humanos que de aquella derivan y que están destinados a servir no sólo como bases intangibles de una convivencia, sino también como valores significativos que toca al legislador respetar y hacer respetar.

Pues un legislador celoso de la preservación de esa dignidad humana, habrá de resguardar asimismo la vida del hombre —necesario soporte de aquella— y otras de sus facetas, como podrían ser, entre otras, su libertad de conciencia y de opinión y su honor.

El adelanto de la vida social ha ido mostrando a la humanidad un conjunto de valores que se desprenden de la dignidad humana o que ineludiblemente se insertan en ella. Son los llamados derechos fundamentales del hombre o, simplemente, derechos humanos.

La historia de los derechos humanos se confunde con su incremento creciente, pues en la misma medida en que la vida social se perfecciona y se afina, el hombre va identificando nuevas unidades que deben ser incorporadas a su elenco y una más grande riqueza dentro del contenido de cada una.

Los derechos fundamentales del hombre son preocupación propia de los tiempos modernos. Sólo hace poco más de doscientos años que han empezado a ser reconocidos en forma expresa y sistemática. Antes hubo pueblos que disfrutaron parcialmente de ellos, sin tenerlos consagrados en forma explícita ni completa.

La expresión más famosa de estos derechos se contiene en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, en los albores de la Revolución Francesa. Ella fue elaborada sobre la base de varias declaraciones de estados norteamericanos que se formularon entre 1776 y 1783. Cuando esa Declaración fue sancionada, los dirigentes revolucionarios tenían como dogmas indiscutibles los principios individualistas que iban a alentar y consolidar al capitalismo naciente; ellos la aprobaron con la mira de que la Constitución quedara fundada sobre tales principios.

El propósito de que los derechos humanos han de poner límite a las facultades del Poder Legislativo aparece claro en la siguiente frase de la Declaración francesa de 1793, que dice: "El poder legislativo no podrá hacer leyes que atenten o pongan obstáculo contra los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantidos por la Constitución."

Las declaraciones de fines del siglo XVIII, que iban a mantenerse casi intocadas hasta avanzado el presente siglo, tienen todas un contenido fuertemente individualista. Ellas se basan en la suposición de que los hombres van a vivir como libres e iguales y sobre tal supuesto reconocen a éstos un conjunto de derechos naturales e imprescriptibles, entre los que destacan la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. El individuo puede hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás; su derecho no tiene otro límite que el necesario para asegurar a otro hombre el ejercicio libre del suyo, límite que, en todo caso, ha de ser determinado por la ley. Se trata, por consiguiente, de derechos absolutos en cuanto ellos se ejercen dentro de la esfera propia. Se les asigna también el calificativo de "sagrados". La seguridad "consiste en la protección acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades" (Declaración de 1793.)

Los principios consignados en estas declaraciones fueron recogidos por la legislación política de casi todos los Estados civilizados y pasaron, convertidos ya en normas jurídicas fundamentales, a integrar los más importantes capítulos de las Constituciones Políticas de dichos Estados, con el nombre de "garantías constitucionales".

Va a transcurrir más de un siglo y medio hasta que la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) apruebe, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, compuesta de 30 artículos que reúnen todos los principios políticos de garantía que el adelanto de la civilización compele a reconocer a la totalidad de países que integran la nueva comunidad internacional. Esta declaración no solamente renueva, perfecciona e incrementa las garantías ciudadanas anteriores, sino que las complementa acertadamente con otras que miran a la vida social del hom-

bre, extendiéndolas teóricamente a todo el universo. Se asigna en ella especial importancia a los derechos económicos y sociales; por ejemplo, al derecho al trabajo, a la seguridad social, al descanso, a un nivel de vida adecuado, a la protección de la maternidad y de la infancia, a la vida cultural, etc. A diferencia de las declaraciones del siglo XVIII, que se ocupaban de derechos abstractos para hombres abstractos, la de 1948, influida por dolorosas experiencias históricas, procura contemplar las necesidades reales de hombres concretos, a la luz de las condiciones de la vida moderna. Es muy importante consignar, para fines de posterior desarrollo, que uno de los artículos de esta Declaración deja establecidos los *deberes* que la persona humana tiene respecto de la comunidad en la que vive.

Esta Declaración Universal tiene el alcance de precisar lo que desde el punto de vista de los derechos humanos ha de constituir el núcleo de las reglas de organización política de los Estados incorporados a la ONU. Se trata, por consiguiente, de textos indicativos y determinativos.

Pero, además, parte considerable de los Estados afiliados a la ONU ha ratificado pactos, sea universales sea regionales, destinados a exteriorizar su voluntad de quedar plena y estrictamente ligados con toda la fuerza de un compromiso formal y concreto, a un texto preciso sobre reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre. De la primera clase son los dos Pactos Internacionales, uno sobre Derechos Civiles y Políticos y otro sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1966. De la segunda, la Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1950 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, entre otras.

El contenido de estos nuevos documentos internacionales ha sido traspasado, también, a las Constituciones modernas, en las cuales es fácil observar un abandono de las pautas anteriores de rígido individualismo, pues en ellas, aparte del reconocimiento de los derechos humanos individuales, se aprecia en sus preceptos reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, expreso señalamiento de los deberes de los ciudadanos, indicación de las nuevas funciones —espe-

cialmente económicas— que se asignan al Estado y admisión de valores nuevos como la participación popular, la solidaridad social y la colaboración general para el bien colectivo. Con ello, los marcos dentro de los cuales puede desarrollarse la acción del Estado quedan jurídicamente bien circunscritos, así como también son precisados las garantías y deberes de los ciudadanos; de este modo va a ser difícil que alguien pueda ponerse en el caso de que se emita una ley que disponga la muerte de los niños con ojos azules (ver cap. v, sec. v).

No ha de suponerse, sin embargo, que todos los derechos humanos significan para el legislador positivo barreras infranqueables que les impidan en forma absoluta menoscabarlos. En ciertos casos, fundados en necesidades bien medidas y evidentes de interés colectivo, algunos de esos derechos pueden ser suspendidos o restringidos. Quedarían a salvo de esto, sin embargo, algunos derechos fundamentales cuyo desconocimiento importaría desentenderse de la dignidad humana; pero no existe acuerdo pleno en las distintas legislaciones acerca de cuáles serían estos derechos absolutamente intangibles. Los documentos internacionales vigentes señalan casos en los cuales algunos derechos humanos pueden ser suspendidos transitoriamente o reducidos en su alcance por cierto tiempo; no obstante, simultáneamente adoptan eficaces garantías para que su limitación no sea impuesta sin justificado motivo. Por otra parte, las sanciones penales constituyen por sí mismas, en casi su totalidad, restricciones o privaciones de algunos derechos humanos.

Los derechos humanos existen para el perfeccionamiento de la vida social. Por ello nunca deben ser entendidos como libertades equivalentes a una total ausencia de coerción o al desligamiento del individuo de toda clase de relaciones y lazos (como ocurrió en la época del individualismo), sino como medios para perseguir y alcanzar valores y realizar cosas de interés individual o social, pero sobre la base de que el que los ejerce haya asumido sus deberes dentro de la vida social.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Cf. John Lewis, en un obra publicada por la UNESCO en la que se incluyen las opiniones de distinguidas personalidades mundiales acerca de los

En esta virtud, están indisolublemente ligados con la idea de los deberes sociales, a los cuales nos referiremos más adelante. Esto se aprecia especialmente en el sentido que hoy día se reconoce al derecho de propiedad.<sup>13</sup> Por esta razón, los derechos y libertades no pueden ser invocados por quienes disfrutan actualmente de ventajas injustas en la vida social, con el fin de oponerse a medidas que tienden a introducir una vida social mejor organizada.

### IX. *Fundamentación de los derechos humanos*

Existen divergencias importantes entre los más prestigiosos pensadores jurídicos y sociales en lo relativo a la fundamentación de los derechos humanos.<sup>14</sup> La diversidad, sin embargo, puede ser reducida, en último término, a dos posiciones antagónicas: para unos los derechos humanos son reglas jurídicas inherentes al hombre mismo; para otros, ellos son conquistas político-sociales que el hombre ha logrado a través de un sostenido avance progresivo y que han sido acogidas por el ordenamiento jurídico moderno, al cual han sido incorporadas.

J. Maritain encabeza a quienes se agrupan en la primera tendencia y encuentran la justificación racional de esos derechos en una ley natural, sea que ellos correspondan a exigencias absolutas de ésta o a exigencias secundarias, condicionadas éstas en sus modalidades por la ley humana y los requerimientos del bien común.<sup>15</sup> Esta corriente iusnaturalista afirma que tales derechos humanos se originan en la propia naturaleza del hombre, que son —por ello— anteriores y superiores

derechos humanos, emitidas en 1947, cuando se preparaba la Declaración Universal que fue aprobada en diciembre de 1948. Dicha obra ha sido traducida al español por Editorial Laia, Barcelona, con el título de *Los derechos del hombre*, en 1973. Ver la pág. 87 de dicha obra.

<sup>13</sup> Ver nuestro *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Editorial Temis, 1979.

<sup>14</sup> Estas divergencias pueden apreciarse fácilmente en la obra a la que nos referimos en nota 12 precedente.

<sup>15</sup> Ver obra citada en nota 12 que precede, y también, de este autor: *Los derechos del hombre y la ley natural*.

a toda legislación positiva y que, por consiguiente, no incumbe al legislador humano sino reconocerlos y sancionarlos. Ellos formarían parte de un Derecho Natural vigente y obligatorio desde el comienzo mismo del hombre. La fundamentación de los derechos humanos y de su obligatoriedad parece sencilla y fácil, según este pensamiento, dentro del plano metafísico en que se coloca. No logra explicar, sin embargo, la dificultad consistente en que, históricamente, las cosas no se manifiestan conforme a su tesis, puesto que los derechos humanos no tuvieron efectiva vigencia en épocas en que la idea de un Derecho Natural florecía y han venido a ser reconocidos, en cambio, de modo amplio y universal, ahora, en que el iusnaturalismo representa una fracción muy baja del pensamiento jurídico-social. La comprobación de que en momentos anteriores de abierto predominio de la idea de Derecho Natural encontrarán acogida en la vida social instituciones jurídicas como la monarquía absoluta, la esclavitud y la tortura como método de indagación judicial, que manifiestamente vulneran claros y muy importantes derechos humanos, desalienta a cualquiera en lo relativo a la solidez de esta solución.

El otro extremo corresponde a quienes rechazan la idea abstracta y apriorística de pretendidas reglas jurídicas ajenas a un derecho humano legislado y se atienen a los hechos tales como ellos se presentan históricamente en la vida social.

Sin pretender asumir la representación de alguna de las corrientes que se ubican en este último grupo, expondremos nuestro propio criterio, diferente de la solución iusnaturalista, en los términos más simples.

La denominación misma de "derechos fundamentales del hombre" puede conducir a quien reflexione superficialmente sobre la materia, a la conclusión de que ellos constituyen manifestaciones jurídicas que se sobreponen a la ley positiva o que importan, cuando menos, principios jurídicos a los cuales el legislador debe subordinarse.

Pensamos que no es así. Pese a su nombre, los derechos humanos, como valores limitantes en mayor o menor grado del poder del legislador positivo, hunden su última raíz en principios morales vinculados al respeto de la dignidad del ser humano y se sustentan, en cuanto principios obligantes para

una sociedad organizada adelantada, de manera más inmediata, en concepciones políticas avanzadas acerca de lo que debe ser una comunidad humana grata al hombre y respetuosa de su dignidad. Representan un aspecto capital de las formas históricas y concretas que los hombres del siglo xx quieren dar a las sociedades de que forman parte, tras un apreciable progreso de las ideas relativas a lo que han de ser la organización y el gobierno de una nación y la vida de sus componentes.

Lo que sostiene y explica en forma directa a los derechos fundamentales del hombre, es la generalizada convicción actual, que domina a la gran mayoría de los seres humanos, acerca de la necesidad y conveniencia de rodear a todos los miembros de la sociedad de un halo de respeto y de reconocimiento de máximas posibilidades de pleno desarrollo de cada uno, dentro de una sociedad bien integrada, que oriente y guíe el conjunto de sus actividades hacia el bien de las mayorías, en un plano de relaciones mutuas, de efectiva solidaridad entre todos y de colaboración común para el bien colectivo.

Es cierto que estos derechos, así proclamados de modo teórico, son violados a veces en la práctica de manera grave y masiva en muchísimas naciones, pero ello no impide que haya surgido y esté en vigencia un consenso —podría afirmarse que de la humanidad entera— de que ellos merecen ser respetados y que es el Estado correspondiente el más directamente obligado a adoptar las medidas eficaces para ello. Mientras se supera esta contradicción entre el postulado y la realidad, el sólo consenso mencionado, basado en una convicción política, ha sido bastante para decidir que el reconocimiento de estos derechos humanos, con todos sus efectos limitantes de excesos del poder público, constituye un indisputable valor para el hombre moderno. Como tal debe ser incorporado, como normativa específica y con carácter obligatorio, en los cuerpos legales básicos de toda sociedad.

Los derechos humanos se fundan, en verdad, en las necesidades de las comunidades humanas, tal como ellas son apreciadas en un momento dado por los miembros de ella que logran difundir sus ideas y hacerlas admisibles por aquellos que tienen la posibilidad de imponerlas de hecho. Su desarrollo ha corrido paralelo al progreso de las concepciones sobre lo

que debe ser una organización social más satisfactoria para el hombre. Sin duda, ellos serán perfeccionados en el futuro, en la medida en que ese progreso avance.

Pero el reconocimiento, la fuerza y la eficacia de los derechos humanos dentro de una sociedad, no provienen de apriorísticas fórmulas abstractas, sino del vigor con que los pueblos adhieren a su concepto y a su respeto práctico, conforme a los dictados de su conciencia política. De ello depende que se transformen, de meras aspiraciones ideales, en efectivas reglas obligatorias del ordenamiento jurídico.

Para el marxismo, los derechos humanos que adquieren mayor relieve son los de índole social, esto es, los comprendidos entre aquellos que se denominan económicos, sociales y culturales. Ello en razón de que la aplicación de éstos permite alcanzar dentro de una sociedad una mejor satisfacción de las necesidades básicas para una vida humana. Sólo pueden existir hombres libres si todos gozan de modo real e igualitario de las libertades que se proclaman. Las libertades que reconoce el sistema capitalista son libertades destinadas a dar visos de equidad al contrato mediante el cual el trabajador enajena su trabajo personal como una mercancía, a un precio que apenas le permite subsistir. Únicamente igualdad y protección económicas harán posible una real libertad e igualdad de los hombres. Mientras ellas no se logren, las pretendidas libertades individuales serán una trampa destinada a ocultar la opresión que unos ejercen contra otros. Las mayorías populares son explotadas en razón de la apropiación privada que los regímenes no socialistas permiten de los medios de producción. Por ello es que los derechos individuales definidos tradicionalmente están destinados a justificar y a hacer perdurar el régimen capitalista. La insinceridad de la burguesía, cuando ella propone y dice defender los derechos humanos, queda al descubierto con la contradicción que existe entre la proclamación de esos derechos y su violación reiterada en tantas naciones del mundo. En estos términos se formula la posición marxista sobre los derechos humanos.

x. *Fuerza obligatoria de los derechos humanos y efectos jurídicos de su violación*

En tanto los derechos humanos estén reconocidos y reglados por la legislación interna de una nación, tendrán en ésta la debida vigencia jurídica y podrá reclamarse su aplicación conforme al procedimiento judicial nacional pertinente. Si, como es habitual, es la Constitución Política la que se refiere a ellos, no podrá el legislador dictar disposiciones que los vulneren y, en caso de hacerlo, las leyes emitidas serán jurídicamente inválidas, por oponerse a normas jerárquicamente superiores. Esto es suficientemente claro.

La dificultad surge cuando la Constitución o la legislación interna, en su caso, carecen de normas que garanticen el pleno resguardo de todos los derechos humanos. ¿Bastará, ante la omisión, invocar la Declaración Universal de Derechos Humanos como norma jurídica obligatoria para las autoridades públicas internas del país? La respuesta a esta pregunta permite discusión y hace necesario entrar en variados distingos.

Hay legislaciones que, aparte de ocuparse de los derechos humanos y de imponer el respeto de ellos, contienen una regla conforme a la cual su enunciación de derechos y garantías no debe entenderse como taxativa ni implica una negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no estén indicados expresamente.<sup>16</sup> No parece dudoso que un precepto de esta especie significa que la ley positiva escrita ha de tenerse por complementada por las reglas de la Declaración Universal o por las de otros instrumentos internacionales pertinentes, respecto de cualquier derecho humano no consagrado o reglado expresamente en ella.

Hay, en seguida, naciones que han suscrito y ratificado pactos o convenciones internacionales mediante los cuales se han obligado con otras naciones al reconocimiento y respeto de los derechos humanos. Ciertamente, esta clase de compromisos internacionales obliga jurídicamente a los Estados que los han contraído, pues ellos constituyen convenciones que deben respe-

<sup>16</sup> Ver art. 50 de la Constitución de la República de Venezuela actualmente vigente, de 23 de enero de 1961.

tar en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Pero podría ocurrir que su legislación interna no cubra alguno de los derechos especificados y reconocidos en la convención internacional. En este último caso podría sostenerse que un tratado internacional debidamente ratificado pasa a integrar la legislación interna del Estado obligado por aquél, razón por la cual sus tribunales deben sentirse obligados a reconocer sus normas como parte del ordenamiento jurídico interno. Al menos éste es el criterio predominante (teoría monista del Derecho).

Existe la posibilidad de otra interrogante: ¿significa esa obligatoriedad internacional que un habitante del territorio de uno de los Estados pactantes puede reclamar ante organismos internacionales instituidos por el tratado por las violaciones que haya cometido en su contra alguno de los Estados obligados o aun el propio Estado del cual él es nacional, si está entre los obligados? Algunas convenciones resuelven esta cuestión en forma expresa, concediendo al súbdito el derecho de reclamar contra estas violaciones, aun cuando procedan del Estado al cual él mismo pertenece, siempre que ante éste haya agotado las vías legales para obtener amparo o que estas vías le hayan sido cerradas.<sup>17</sup>

Hasta no hace mucho tiempo se acostumbraba a sostener, como punto indiscutido, que la Declaración Universal de Derechos Humanos no era legalmente obligatoria para los Estados miembros de la ONU, sino que ella señalaba meras aspiraciones u objetivos por alcanzar. En cambio, los pactos y convenciones sobre derechos humanos eran tenidos como jurídicamente obligatorios para los Estados que los hubieren ratificado. Hoy día se manifiesta una tendencia bien fundada que sostiene que esa Declaración Universal ha sido afirmada y reafirmada posteriormente por muchos acuerdos internacionales y legislaciones nacionales y que ha recibido aplicación por parte de la jurisprudencia nacional e internacional, por lo que ha ganado autoridad en plano del Derecho Internacional y debiera ser acatada universalmente.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Ver arts. 25 y 26 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

<sup>18</sup> Ver: Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos hu-*

Se elabora, además, una exégesis jurídica del texto de la propia Carta de la ONU, en la que invocan repetidas frases suyas relativas al respeto de los derechos humanos como base fundamental de la Organización, como demostración de que dicho estatuto impone una auténtica obligación jurídica de respeto de tales derechos. Y se difunde el criterio de que los derechos humanos no son problema reservado exclusivamente a la competencia interna del respectivo Estado, sino que han conquistado jerarquía internacional, razón por la cual toca a la ONU y a sus organismos correspondientes velar por su respeto y procurar su restauración en los Estados que los transgredan. En abono de esta opinión se agrega que una violación reiterada y masiva de derechos humanos es una fuente de probables alteraciones de la paz mundial y conduce muchas veces a conductas violatorias de la paz por parte del Estado que las perpetra. El conculcamiento de los derechos del hombre subvierte el ordenamiento jurídico interno del Estado en que él se produce, y el interés de la comunidad internacional en todos los seres humanos extrae del ámbito puramente nacional un problema que llega y toca a la humanidad entera.<sup>19</sup>

Cuando se viola una regla sobre derechos humanos jurídicamente obligatoria, el efecto en el campo del Derecho se traduce normalmente en la anulabilidad o falta de valor jurídico de ella y de los actos realizados para cumplirla, sin perjuicio de las sanciones políticas, administrativas o penales que puedan estar previstas para los responsables.

Cuando se trata de mandatos que envuelven evidente transgresión de los derechos humanos y ellos se imponen por una autoridad pública, siendo que no pueden ser impugnados de acuerdo con otras reglas jurídicas válidas que se hallen vigentes, habrá de esperarse que dicha autoridad procurará hacerlos efectivos, acudiendo incluso al empleo de coacción. Ante situación semejante, los ciudadanos tienen la alternativa de desobedecer la disposición así dictada, que vulnera sus principios éticos y políticos; pero al ceñirse a los imperativos de su conciencia, obviamente habrán de atenerse a las consecuencias

*manos*, Santiago de Chile, edición Instituto de Humanismo Cristiano, 1979, pp. 660 y 661.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 655, 656 y 661 a 697.

que de ello se sigan. Es probable que su idealista posición pueda ser abatida por la fuerza, mas con ello habrán dado testimonio de que se atienen a los más altos principios que rigen la vida de un hombre. Porque como bien expresa Latorre: "El Derecho no es el supremo valor en una sociedad y por encima de él hay otras normas que debemos obedecer; pero en tanto la norma objetada esté vigente, nada se gana con negar que sea jurídica ni encontramos otro término adecuado para calificarla."<sup>20</sup>

<sup>20</sup> A. Latorre, p. 58.

EL DERECHO Y LAS CONCEPCIONES POLÍTICAS  
Y ECONÓMICAS

1. *La explicación jurídica queda incompleta sin referencia a su inspiración política y económica*

Hemos descrito al Derecho como un mecanismo de ordenación formal capaz de proteger y sancionar cualquier orden político o económico, acogiendo lo que Kelsen llama "la separación de la ciencia jurídica de la política". Esa separación es efectuada, no obstante, sólo por razones de delimitación estrictamente científicas, puesto que la regla jurídica se halla estrechamente conectada con la política, al punto de que, en verdad, se encuentra al servicio de ella.

Los asuntos humanos pueden ser resueltos de diferentes maneras, así como la vida social puede ser organizada también en formas diversas. Esto concede a los hombres variadas opciones que constituyen otras tantas alternativas posibles. Para este fin se han ideado y se continúan formulando, muchos sistemas de organización y gobierno.

Una descripción y explicación del Derecho que prescindiera de tales doctrinas políticas (y también económicas, como se verá), las cuales, al implantarse en una sociedad determinada inspiran y modelan su Derecho, quedaría incompleta desde un punto de vista vital, porque aparecería como un conjunto sistematizado de normas vacías, aptas para cualquier solución posible y, lo que es peor, omitiría la demostración práctica de la tesis que hemos propugnado, por la vía de evidenciar que efectivamente la política y la economía determinan el contenido del Derecho y que éste es un instrumento al servicio de ellas.

## II. *La misión propia del Estado*

Pero antes hemos de presentar en términos puramente teóricos y generales cuál es la misión del Estado y de sus poderes, en relación con la sociedad humana que se halla a su cargo. Porque hasta ahora hemos expresado que ella consiste en el mayor bien social y humano, expresión que envuelve el más pleno desarrollo de los hombres que lo componen. Sin embargo, estas expresiones bastante abstractas bien poco nos dicen acerca de lo que realmente podría tenerse como el bien o la felicidad del conjunto humano.

Santo Tomás de Aquino acuñó la noción de "bien común", para expresar ese fin de la acción del Estado. El término ha sido retomado con entusiasmo por el neotomismo actual y recibe gran acogida dentro de los medios iusnaturalistas.

J. Dabin prefiere llamarlo "bien público temporal" y lo explica manifestando que se trata del bien de los miembros de la sociedad estatal tomados en su conjunto, abstracción hecha del bien propio de los individuos y de los grupos que la componen o aun de la suma de estos bienes propios. El sujeto inmediato, destinatario y beneficiario del bien público, es el público en general, esto es, todos, sin referencia a individuos, a categorías sociales o a comunidades particulares, teniendo en cuenta a la vez a las generaciones actuales y a las generaciones futuras. Agrega que desde el punto de vista *formal* consiste en un conjunto de condiciones generales al abrigo de las cuales las actividades legítimas de cada uno pueden ejercerse y desarrollarse a gusto en el público. Los individuos particulares, continúa, tienen el derecho de reclamar que el Estado, instituido para este fin, les procure el apoyo de un medio o ambiente —psicológico, moral, jurídico, técnico, costumbres, instituciones— propicios a la acción, que asegure los resultados de la acción. Por ello, prosigue, el bien público supone, en primer lugar, el establecimiento y mantenimiento en la sociedad de un cierto *orden* generador de seguridad y de confianza. Desde el punto de vista *material*, el bien público abarca la universalidad de los valores de interés humano, sean ellos cuerpos, inteligencias, espíritus, actividades económicas o extraeco-

nómicas, ayuda, coordinación, etc. En fin, ese bien público recubre todo lo que es útil a la comunidad.<sup>1</sup>

Otros iusfilósofos han señalado algunos fines más específicos que el llamado bien común envolvería, como la justicia y la seguridad jurídica.<sup>2</sup>

Podría estimarse que se produce una confluencia importante de opiniones en el sentido de que la misión del Estado es favorecer el desenvolvimiento de todos y cada uno de los seres humanos en sus aspectos físicos, intelectuales y morales, con pleno reconocimiento de su dignidad de persona. Köhler llega a definir la civilización como el desarrollo social de las potencias humanas hasta su máximo límite posible, lo que comprendería el más absoluto dominio de la naturaleza, incluyendo la naturaleza humana, para fines humanos, y sugiere, para ello, la necesidad de un sistema entre los hombres que señale a cada uno su puesto y la tarea que le corresponde, y que cuide de la protección de los valores existentes, y de que sea fomentada la creación de valores nuevos. Por su parte, Marx piensa como meta social en una última fase, que los hombres, liberados de toda servidumbre y explotación, puedan llegar a la realización plena de sus propias personalidades, expresándose como seres creadores y transformando el trabajo en ocio creador y autoexpresión artística.

### III. *El proyecto concreto de vida social de cada sociedad*

Sin embargo, pese a la aparente coincidencia en cuanto a lo que podríamos denominar el fin último de la sociedad jurídicamente organizada, es manifiesto que cada doctrina tiene su propia receta acerca de las vías que han de llevar a ella. Las variadas concepciones del mundo, teorías económicas y programas políticos, determinan, en efecto, respuestas muy divergentes en este sentido.

Cada sociedad humana, o el grupo que la domina, tiene

<sup>1</sup> J. Dabin, pp. 137-139, 140 y 141.

<sup>2</sup> Es la opinión de Le Fur, Delos y Radbruch en *Los fines del Derecho*.

su propia idea sobre lo que podríamos llamar su proyecto histórico social, dentro del cual se incluyen las metas colectivas por alcanzar (que en lo declarado rara vez se apartan de los esquemas antes expuestos, por lo que se refiere al fondo) y los medios de organización política, económica o social necesarios para ello, punto éste donde sí se producen antagonismos evidentes o, cuando menos, diferencias muy marcadas. Aquí nos encontramos enfrentados a toda la vasta gama de doctrinas políticas, sociales y económicas que las condiciones de vida y la mente humana han producido y elaborado. En la imposibilidad de vincularlas a todas ellas con la explicación que nos ocupa, nos reduciremos a proponer, de manera muy esquemática, en una obra como ésta, que aspira a ser una presentación simple y breve de los problemas que han de analizarse, la influencia de las tres más caracterizadas corrientes político-socio-económicas, que son el liberal-individualismo (y su hijo legítimo: el capitalismo), el socialismo y las posiciones intermedias o eclécticas.

#### IV. *El liberal-individualismo en sus orígenes*

A partir del siglo XVI las ideas individualistas y capitalistas empiezan a abrirse paso en Europa y a transformar la estructura social, económica y jurídica del mundo occidental. Su influencia llega al Derecho a través de las ideas de la Escuela del Derecho Natural Profano o Clásica, que es expresión del liberalismo y capitalismo ascendentes. Examinemos algunos criterios que pesaron mucho, en su época, dentro de la ciencia del Derecho.

La base sociológica en la filosofía de Hobbes es una comunidad formada por individuos iguales, que poseen propiedad privada, viven del producto de su trabajo y regulan sus relaciones mutuas por vía contractual, protegidos en sus vidas y bienes por un gobierno fuerte; la función del gobierno se agota en el mantenimiento de la paz y la seguridad entre los ciudadanos.

Locke va a poner más acento en la libertad que en la seguridad. Para ello supone un estado de naturaleza inicial en la vida de los

hombres, que es seguido de un pacto social destinado a evitar las amenazas y ataques en sus derechos, mediante el cual todos acuerdan unirse en una comunidad y formar un cuerpo político en el que gobierne la voluntad de la mayoría. Para ello se opera con el otorgamiento de poderes a un órgano político encargado de velar por el conjunto mediante normas jurídicas que conserven y amplíen la libertad de cada cual. En lo económico insiste en el derecho natural de propiedad privada y admite una desigualdad en la distribución de los bienes, derivada de que unos son laboriosos y sensatos y otros no. Es el trabajo, pues, el fundamento de la propiedad, y la laboriosidad personal la fuerza motriz de todo el sistema.

Spencer cifró su fórmula de justicia diciendo: "Todo hombre es libre de hacer lo que quiera, con tal que no infrinja la libertad igual de cualquier otro hombre." Es la consagración de la sociedad de hombres que viven juntos, pero cada uno para sí, ocupado de sí mismo y de sus propios asuntos, deseoso de tranquilidad e independencia. Para él la historia consiste en la progresiva emancipación del individuo frente al Estado.

La frase de Spencer adquiere altura filosófica en la definición del Derecho de Kant: "el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley general de libertad". Para Kant la única función del Estado es garantizar el cumplimiento del Derecho: por ello no debe interferir innecesariamente en las actividades de los individuos, pues debe limitarse a garantizarles el goce de sus derechos.

Bentham hace resaltar la seguridad como signo distintivo de la civilización. Ella permite hacer proyectos para el porvenir, trabajar y hacer economías; ella hace que nuestra vida no se disuelva en una multitud de momentos particulares, sino que esté asegurada de una continuidad. Es la seguridad la que une nuestra vida presente y nuestra vida futura en un lazo de prudencia y de previsión, y la que perpetúa nuestra existencia en las generaciones que nos siguen.

Si a estas ideas se agregan las de Malthus en el campo económico, según las cuales se condena toda forma de asistencia social a los desvalidos, porque con ello se estimulará la imprevisión y se favorecerá el acrecentamiento excesivo de la población, más allá de la medida de los medios de subsistencia disponibles, se empieza a diseñar con más claridad el cuadro de lo que fue la ideología liberal-individualista. Así se explica que Ahrens, uno de los más conspicuos tratadistas del Derecho Natural del siglo pasado, entendiera que la función del Derecho es mantener apartados a los demás mientras el individuo está perfeccionándose, a fin de que le sea posible hacerlo.

El individualismo, apoyado por las ideas de algunas corrientes protestantes que ven en el bienestar material de un individuo el signo inequívoco del favor divino, se convierte en

la vía político-jurídica del capitalismo. Se abandonan reglas morales y religiosas que regían desde la Edad Media: las satisfacciones utilitarias que la acumulación de riqueza proporciona allanan el paso para ello. Un jurista tan tradicionalista como G. Ripert describe así el espíritu capitalista: "producción por la utilidad, búsqueda de la utilidad ilimitada, preocupación constante de esta utilidad, es el fin de la empresa capitalista...el empresario no tiene otra tarea que producir utilidades... generalicemos, cada hombre toma como ideal de vida el que es fin de la actividad del empresario... encontrar la felicidad en la riqueza... pero no es el deseo de riqueza en sí mismo, que es de todos los tiempos, ni el gozar con los bienes materiales, es la búsqueda del poder que otorga la riqueza antes que el goce de ésta..." Y después de esta presentación, como ya antes lo habíamos recordado, nos agrega que todo nuestro Derecho (el francés, principal modelo de la legislación latinoamericana) está actualmente (1946) impregnado de espíritu capitalista.<sup>3</sup>

#### v. *La ideología liberal-individualista*

El individualismo entiende que el hombre posee por sí mismo ciertos derechos subjetivos, los que por ello se denominan derechos naturales, y que nace libre, con el derecho de desarrollarse en todos sus aspectos y de hacerse dueño del producto de su actividad. Para resguardo de los derechos de cada individuo se hace necesaria una limitación de los derechos de los demás. De donde se sigue que son los derechos subjetivos los que permiten llegar al Derecho objetivo; éste se funda, en definitiva, en aquéllos. El Estado no tiene otro fin que proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno; para este propósito le basta con formular el Derecho, asegurar la administración de justicia, organizar una policía eficiente que conserve el orden callejero y responder de las buenas relaciones internacionales y de la seguridad exterior del Estado. No

<sup>3</sup> G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, París, 1946.

le está permitido tomar ingerencia en las libres actividades de los hombres, salvo que éstas causen daño a otro o atenten contra la seguridad pública.

Es una forma de entender la vida del hombre enteramente congruente con las máximas de Bentham, según las cuales "Cada hombre es el mejor juez de sus propios intereses" y "Cada hombre cuenta como uno y nada más que como uno".

Conforme a los principios liberal-individualistas, será la libre acción de los individuos, impulsada por la libre iniciativa y el espíritu de lucro, amparada por las garantías individuales y la libertad de industria y comercio, apoyada en el derecho de propiedad privada y con todas las posibilidades que da la libertad de contratación, la que promoverá el adelanto y progreso de toda la humanidad. Del libre juego de la actividad de los individuos surgirá una sociedad cada vez más adelantada, más rica en sus individuos y, por consiguiente, en su conjunto. Fue S. Maine quien elevó estas ideas a un nivel de principio histórico general, al afirmar que la historia del Derecho consiste en un progreso desde el *status* (establecido en Roma y consolidado en la Edad Media), hacia el contrato. Con eso quiso consagrar a la libertad de contratar y a la autonomía de voluntad como elementos decisivos para el progreso humano.

Dentro de esta intensa afirmación de lo individual, en que el Derecho se reduce a conciliar voluntades libres en conflicto, propias de sujetos conscientes que ejercitan independientemente sus voluntades en las diversas actividades de la vida, el hombre se aísla de los demás y coloca a las reglas jurídicas como un cerco defensivo de sus derechos individuales. Estas reglas le proporcionan un recinto exclusivo que nadie puede traspasar sin incurrir en responsabilidad legal. Representamos gráficamente esta situación en la figura 3, la que para su cabal comprensión debe ser comparada con la figura 4, representativa de un orden de solidaridad humana.

La calidad de propietario privado adquiere tanta jerarquía social (valorada en relación directa a la cantidad de bienes que cada uno posee), que Boissy d'Anglas, al presentar como ponente la Constitución del año III a la Convención, explicaba: "Un país gobernado por propietarios es una verdadera

sociedad civil; otro que se gobierna por desposeídos se halla en estado de naturaleza.”

En el plano económico, este individualismo es “hostil a la intervención estatal... y pugna con éxito, si bien lentamente, por separar la economía de la ética, porque su unión significa la imposición de reglas fatales para el éxito individual... Cada vez más concibe las relaciones sociales en términos atómicos... (impulsadas por)... hombres conscientes de una energía que puede conquistar el universo con tal que se les deje solos...”<sup>4</sup> Es el *laissez-faire* que permite obrar al resorte de un mecanismo económico que finalmente habrá de producir casi mágicamente el bienestar de todos.

Todo esto lleva a que la economía política correspondiente sostenga que cualquier sistema de libertad natural, a base de hombres dispersos y en enconada competencia económica, ha de ser conducido por “una mano invisible hacia el logro de un fin que escapa a sus designios” (Adam Smith), pues operará como un ingenio perfecto de equilibrios, ajustes y compensaciones, dentro de los cuales todo se desenvolverá espontáneamente. Cuanta mayor sea la libertad en que se deje a los factores económicos, mayor será la identidad de intereses que se alcanzará entre las diversas clases sociales. El Estado ha de ser obligado a tener de sus funciones el concepto más estrecho posible, dado que del progreso y riqueza individuales, libremente obtenidos por algunos, provendrá el bienestar de la comunidad entera.

Fácilmente se capta que esta concepción “se orienta hacia un tipo de hombre egoísta y calculador, idealmente aislado y a quien se supone, en abstracto, igual a los demás y viviendo al margen de todo vínculo social; es la imagen de hombre que corresponde a la ficción del *homo oeconomicus*”. Asimila todo hombre al comerciante y construye para todos los hombres un Derecho que es adecuado tan sólo para comerciantes. En el concepto de persona se cifran la igualdad jurídica, la libertad de ser propietario, igual para todos y la libertad igual de con-

<sup>4</sup> H. J. Laski, *El liberalismo europeo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961, pp. 115 y 116.

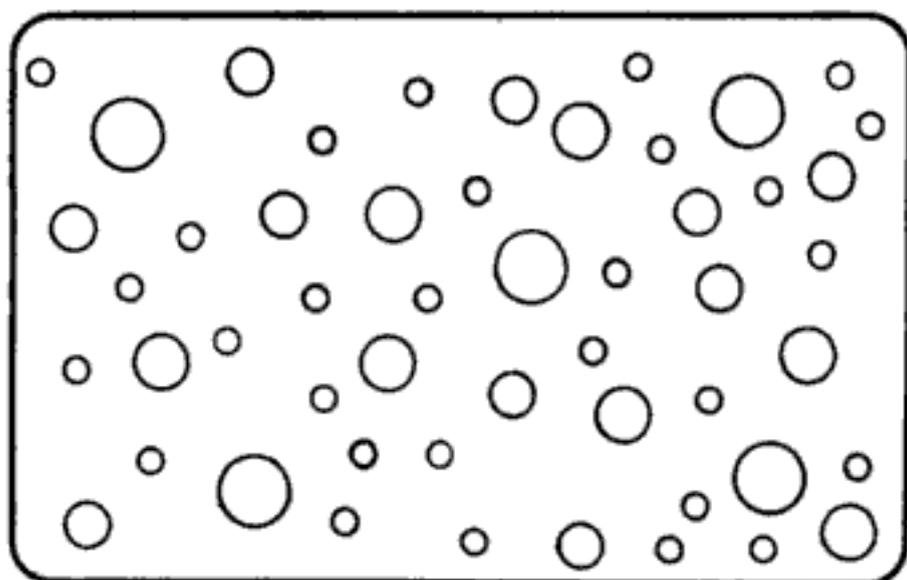


FIGURA 3

El cuadro representa una sociedad organizada al modo individualista. Los círculos corresponden a los ámbitos privados desiguales de los individuos que conviven dentro de ella, constituidos por sus derechos subjetivos. Esos ámbitos privados se erigen en verdaderos reductos que se prohíbe franquear a los demás. Allí el individuo se encierra para sí mismo. El Derecho evita los choques e invasiones de un ámbito con otro. Entretanto ellos no se produzcan los hombres están en paz entre sí (Derecho estático). El Derecho entra en acción en los casos de conflictos. La sociedad así concebida es una suma o yuxtaposición de individuos.

tratación; pero en la realidad, la libertad de ser propietario se convierte, en manos del más fuerte, en una libertad para disponer de cosas y en una libertad para disponer de hombres, pues quien manda sobre los medios de producción tiene en sus manos la suerte de los trabajadores. Estas libertades, combinadas entre sí, conducen al capitalismo y, por tanto, a la desigualdad efectiva o material.<sup>5</sup>

Laski, mirando el asunto desde su otro extremo, el de los desposeídos, propone sentenciosas frases que condenan ciertos efectos de este liberal-individualismo: "sus cercamientos arrancan al labrador de la tierra; sus reglas sobre propiedad de la

<sup>5</sup> G. Radbruch, en *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 158.

industria no dejan, al obrero otra cosa vendible que su trabajo" y "habiendo hecho de la desigualdad un artículo implícito de su fe, invita luego a la libertad a quienes les niega los medios para alcanzarla".

El resultado final es una sociedad plutocrática.

## VI. *El individualismo en el Derecho*

Para el individualismo extremo, el Derecho no es una regla de ordenación, necesaria y conveniente en tanto se adecue a las necesidades sociales, sino un verdadero mal. "Toda regla de Derecho constituye un daño por sí misma, pues puede tener por objeto la regulación del ejercicio de los derechos, y regular el ejercicio de un derecho equivale, inevitablemente, a limitarlo" exponía Beudant a fines del siglo pasado. Se defiende como principio el carácter absoluto de los derechos subjetivos, en cuanto éstos deben facultar a su titular para ejercitarlos a su sabor y sin restricción de ninguna clase, aun cuando con ello no consiga beneficio alguno o, aun, cuando con ello pueda causar daño a otro, pues un daño derivado del ejercicio de un derecho no origina responsabilidad.

Pues bien, es esa doctrina, como se desprende de lo expuesto por Duguit, Ripert, Radbruch, Bodenheimer y tantos otros juristas, y lo vamos a comprobar, la que ha informado las líneas básicas de casi toda la legislación codificada latinoamericana y la que sirve de pedestal a sus más importantes instituciones. Pero lo peor es que no solamente se encuentra enquistada allí, sino que en muchísimas oportunidades hace sentir activamente su presencia para amparar intereses o preservar situaciones establecidas, disfrazándose de teoría jurídica válida, permanente y universal, siendo que no es sino una doctrina política. En tanto el estudioso del Derecho no tome conciencia de ello, no conozca el engaño y no aprenda a identificarlo, podremos estar seguros de que los sistemas legales continuarán sirviendo los intereses del pasado.

El virus individualista corroe numerosas posiciones jurídicas que nadie podría sospechar afectadas por él. Cuando Del

Vecchio define el Derecho como la "coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento", podemos encontrar allí un compromiso parcial con larvadas ideas de raigambre individualista. Porque, como lo expresa Dabin "es un error representarse el mundo del Derecho, so pretexto de que él rige las relaciones de los hombres entre ellos, a la manera de una red de lazos de derechos y obligaciones entre personas actualmente determinadas". No, se trata más bien de concebirlo como "reglas de Derecho que, partiendo de la hipótesis de las relaciones humanas y con el fin de servir las, no establecen ninguna relación de Derecho ni entre personas determinadas ni entre personas indeterminadas; simplemente la regla decreta una solución obligatoria en materias que de cerca o de lejos interesan a las relaciones humanas".<sup>6</sup>

## VII. *El socialismo y sus principios sociales*

En el extremo opuesto del liberal-individualismo se halla el socialismo. Ante la evidencia de que la denominación "socialismo" se emplea para designar concepciones políticas, sociales y económicas variadas, haremos un breve intento por precisar las grandes líneas de aquellas que ofrecen el contenido más peculiar y propio.

El socialismo marxista, que como antes vimos se propone llegar a una etapa final de comunismo completo en que el Estado y también el Derecho se esfumen, propicia una etapa económica de transición en la que todos los medios de producción sean de propiedad colectiva. Con ello se propone eliminar la forma capitalista de producción y la explotación del hombre por el hombre. No nos toca describir el programa político de este socialismo; nos interesa tan sólo consignar los aspectos más salientes en que su concepción, antitética al individualismo, demandaría cambios dentro del Derecho. Pues será en un capítulo posterior donde examinaremos los cambios jurídicos

<sup>6</sup> J. Dabin, pp. 84 y 85.

que debieran seguirse a la aplicación de un régimen socialista. Por ahora hemos de limitarnos a un contrapunto muy general de él con el individualismo, que nos exhiba la forma en que las líneas básicas se alteran profundamente.

Para el socialismo el énfasis se centra en la sociedad, representativa del interés colectivo. El individuo tiene obligaciones hacia la sociedad y debe rendir dentro de ella toda su capacidad en beneficio común. La autoridad del Estado regla las actividades de los individuos para hacerlas no solamente compatibles sino coincidentes con lo que demanda el bien colectivo. Por ello los individuos no actúan autónomamente, sino subordinados a las directivas de la autoridad del Estado. Los individuos no son considerados como entes aislados sino como integrantes disciplinados de un vasto conjunto orgánico en el que les corresponde desarrollar una tarea que signifique aporte para todos. Cada uno tiene, de acuerdo con su capacidad, una función de beneficio colectivo que cumplir. Al mismo tiempo, el Estado ejercita todos los poderes necesarios para el progreso y desarrollo social y exige de los individuos lo que cada uno puede dar para tal fin.

Objetivos primordiales son la abolición de la propiedad capitalista, la socialización de los medios de producción y la planificación central de la economía, para llegar a la eliminación de las clases sociales y a un sistema que atienda igualitariamente las necesidades de la población.

El Estado tiene a su cargo todo lo que se relaciona con la producción y distribución de los bienes y con los demás aspectos de la economía nacional. Con ello desaparecen la libertad de industria y comercio y la libre iniciativa individual. El espíritu de lucro es combatido, para ser sustituido, algunas veces, por estímulos morales que inciten a los ciudadanos a intensificar su trabajo y su esfuerzo en beneficio común. La propiedad privada queda reducida, generalmente, a bienes de uso familiar y personal y a bienes de consumo, con restricciones legales que impiden su acumulación más allá de las necesidades individuales; pero tales bienes solamente pueden ser usados y gozados en forma compatible con las exigencias de una sociedad socialista.

Puede apreciarse, con solamente lo expuesto, que en un régi-

men socialista el Derecho no puede ser sino una regla que establezca la organización del Estado y sus servicios y que determine los deberes de los ciudadanos para con el bien colectivo, asegurando a cada uno lo necesario para la satisfacción de sus necesidades personales.

La falta de una elaboración jurídica teórica más completa de parte de los pensadores socialistas nos impide avanzar más allá de las grandes líneas que hemos descrito en esta presentación general.

### VIII. *El socialismo en el Derecho*

La organización socialista supone en los componentes de la comunidad un espíritu altruista y una gran comprensión de su responsabilidad hacia la sociedad. No obstante, la disposición de colaborar para el bien colectivo es una actitud humana nueva, difícil después de siglos de individualismo; por ello la organización socialista la impone como un deber legalmente exigible. El Estado no puede quedar a la espera de que las convicciones éticas de los ciudadanos los lleven espontáneamente a abandonar su afán egoísta de satisfacer sus puros deseos personales o a reconocer en conciencia los beneficios que de la sociedad reciben; por consiguiente, impone las obligaciones de solidaridad social coercitivamente.

Es Duguit el jurista que más inspiradamente ha querido convertir a la solidaridad social en el eje central de toda la organización jurídico social. Explica que los hombres de un mismo grupo social son solidarios los unos con los otros, tanto porque tienen necesidades comunes cuya satisfacción ellos no pueden asegurar sino mediante la vida en común, como porque ellos tienen también necesidades diferentes y aptitudes diferentes, lo que les exige, para asegurarse la satisfacción de sus necesidades, el intercambio de servicios recíprocos, debidos al desenvolvimiento y al empleo de sus aptitudes diversas. La primera especie de solidaridad es denominada por él "por similitud" y la segunda, "por división del trabajo". Y comprueba que a medida que los hombres progresan se hacen

cada vez más diferentes los unos de los otros, pues pasan a diferir en sus necesidades, aptitudes y aspiraciones, lo que trae como consecuencia que los intercambios de servicios se tornen cada vez más frecuentes y más complejos y, por ende, más fuertes los lazos de solidaridad social.<sup>7</sup> Pero es fácil darse cuenta que para este eminente jurista, la solidaridad es más un hecho que un espíritu, aspecto éste que para nosotros debe ser el predominante.

El rigor de los principios socialistas, que llevados a su extremo podrían significar la desaparición, dentro de una sociedad rígidamente organizada conforme a ellos, del ser humano como persona cuya dignidad ha de ser respetada según las reglas éticas reconocidas en la etapa cultural en que vivimos, se ve templada por tendencias humanistas que ganan cada vez más terreno dentro de él. Porque no se advierte incompatibilidad alguna entre una forma de organización económico-social que persiga la abolición de la explotación del hombre, la liberación de éste y el término de las enajenaciones, producto de formas sociales que deforman profundamente al ser humano, y el reconocimiento de aquello que hace del hombre algo único e incomparable. Por el contrario, podría afirmarse que aquélla debe tener a éste como su natural corolario.<sup>8</sup>

Un punto que se encuentra hoy en el centro de una acalorada discusión es si el socialismo puede ser introducido en una sociedad capitalista organizada total o ampliamente sobre la base de principios liberal-individualistas —y que se someta, por consiguiente, a los lineamientos llamados “democráticos”— si sus partidarios se atienen en forma exclusiva a las vías legales previstas en la legislación existente; entendiéndose que estas vías admitan que el ordenamiento jurídico en vigor podría ser modificado y cambiado legalmente conforme a las reglas propias del sistema, en virtud de impulsos políticos regulares.

En apoyo de una afirmativa no se conoce, hasta ahora, experiencia política alguna que pueda darle corroboración. En cambio, el derrocamiento violento, en 1973, de la llamada

<sup>7</sup> L. Duguit, en su *Manuel de Droit constitutionnel*, pp. 9 y 10.

<sup>8</sup> Una de las obras que mejor condensa esta nueva tendencia del socialismo es *La alternativa*, de Rudolf Bahro.

“vía chilena”, que se ajustó a tales vías, en el momento en que el avance hacia un régimen socialista empezaba a verse como posible, por obra de una oposición pretendidamente democrática,<sup>9</sup> constituye un vigoroso argumento en favor de quienes están por la negativa. Sobre todo si se considera que ninguna clase dominante está dispuesta a abandonar pacíficamente el poder de que disfruta, aun cuando para ello deba quebrantar los principios que dice sustentar.

El problema tiene capital importancia para nuestras reflexiones, porque una conclusión negativa significa que el derecho liberal-burgués vigente obra realmente como una máscara destinada a engañar, en cuanto hace falsos ofrecimientos de flexibilidad de su sistema conforme a la voluntad mayoritaria, y se convierte en definitiva en un verdadero cerrojo de seguridad que impide toda transformación de un orden social injusto. Con ello cualquier acción política (y no sólo la socialista) que procure rectificaciones sociales profundas, sería mirada por el *establishment* como un intento de subversión de su ordenamiento jurídico al cual cabría reprimir por todos los medios disponibles, aun con aquellos que están fuera de la ley. No se le aceptaría, pues, un avance efectivo hacia sus objetivos políticos. Esto tendría como resultado inevitable que una acción política de esa especie quedara condenada a buscar sus metas mediante el aprovechamiento de circunstancias anormales de la vida social o por medio de la fuerza.

He aquí cómo el empleo de represión por parte de los sostenedores del *status* conduciría a los partidarios de sistemas de organización social más justos a replicar con empleo de medios irregulares a la violencia (institucionalizada) con que la burguesía o sus aliados resistirían todo desplazamiento del poder político y económico de que se hallan en posesión. Con esto, la cuestión sobre empleo de la violencia adquiere connotaciones nuevas y encuentra, bajo alguna de sus formas, amparo hasta en principios jurídicos que se hallan en la base del propio pensamiento tradicional.

<sup>9</sup> Véase nuestro *¿Vía legal hacia el socialismo?* (el caso de Chile 1970-1973), Caracas, 1978.

*IX. Las tendencias eclécticas*

Entre el individualismo capitalista y el socialismo marxista se dan muchas gamas doctrinarias que toman de uno y otro algunos aspectos o que, simplemente, construyen una doctrina intermedia en la que aparecen algunos elementos nuevos. Como nuestra finalidad no es hacer una exposición de todas las doctrinas político-económico-sociales existentes, nos circunscribimos únicamente a tomar nota de algunos aspectos de ellas que pueden vincularse a lo jurídico.

Pero aun esta reducida tarea se ve dificultada por la variedad enorme de matices que pueden incluirse en esta zona gris intermedia. Porque cabe aquí una abundante gradación que va desde los principios económicos de Keynes, sobre una limitada intervención del Estado en la economía, hasta la posición de una social democracia o de un social cristianismo avanzados, que pueden admitir hasta la gestión económica directa por el Estado de importantes actividades económicas.

Tal vez sean la naturaleza y profundidad de la intervención del Estado en la economía las características diferenciales más propias de estas tendencias; sin perjuicio de que puedan encontrarse en ellas también inquietudes centrales de otra especie. Estas últimas podrían ser las de prestar apoyo y protección al sector más débil de la relación económica (la que, por consiguiente, ya no considerarían igualitaria), de obtener una mejor distribución de la riqueza (aceptando que cada día aumenta la pobreza) y de adoptar las medidas para que se haga realidad un más pleno desarrollo humano y una mayor participación social de los grupos más desposeídos (reconociendo sus deplorables condiciones de vida y su marginación); también éstas, conforme a su grado y amplitud, podrían servir para tipificarlas.

Estas tendencias empiezan a esbozarse desde fines del siglo pasado, en buena parte impulsadas por la denominada "doctrina social de la Iglesia"; cobran importancia a raíz de los desastres y desequilibrios económicos provocados por las dos grandes guerras de este siglo y por la crisis de 1929, y van haciéndose progresivamente realidad a través de disposiciones legales de aquellas que hemos agrupado con el nombre de leyes

servadurismo del Derecho, tardo para integrarse a las nuevas condiciones de la vida presente y portador, por ello, de pesados lastres del pasado. Ese conservadurismo ha sido muy hábilmente manipulado por intereses creados que buscan una careta jurídica para poder sostenerse.

#### x. *La intervención estatal*

Hay un fenómeno muy importante, producido en el último medio siglo, que significa un cambio fundamental en las estructuras económico-sociales de la casi totalidad de los países del mundo que no han optado por el socialismo marxista y que se ha hecho realidad más allá de teorías políticas o económicas y, en algunas casos, aun en contra de ellas. Se trata de la intervención del Estado en la economía y de la asunción por él cada día de mayor número de funciones de beneficio social o de interés colectivo. Es algo que en algunos casos llega casi a adquirir caracteres de socialismo de Estado.

Este fenómeno se vio claramente facilitado por las dos guerras mundiales del presente siglo, pues ellas causaron perturbaciones tan grandes dentro de la economía de los países que participaron activamente en ellas y amenazaron de tal manera su estabilidad social, que hicieron necesario que los poderes estatales adoptaran medidas de emergencia para corregir y conjurar los problemas y peligros. Para este fin fue menester que el Estado tomara ingerencia en actividades que antes estuvieron libradas exclusivamente a la iniciativa y control de los particulares y asumiera su fiscalización y reglamentación. Concluidos los conflictos bélicos, la experiencia corrida alentó nuevas ingerencias estatales, aun en períodos de paz. Se llegó al extremo de que grandes empresas productoras pasaran del dominio de los particulares a una propiedad y administración estatal, hasta en países como Inglaterra y Francia. Con ello, los hechos vinieron a quebrar en muchos países principios ideológicos que de otra manera habría sido muy difícil vencer. Y de esos países, de gran influencia cultural, el fenómeno se propagó a otros.

Actualmente son escasos los países del mundo en los que tenga efectiva vigencia práctica el criterio del Estado Gendarme. Aun en los Estados Unidos, nación que ha bregado muy intensamente en defensa de los principios de la iniciativa privada, de la libertad de industria y comercio, de irrestricto respeto a la propiedad privada, de economía de mercado y del interés de lucro como motor de la riqueza nacional, asoman leyes que admiten cierto grado de intervención estatal, buena parte de las cuales aparecen con la política de F. D. Roosevelt sobre *New Deal*.

El Estado moderno ha asumido funciones nuevas en la inmensa mayoría de los países, muchas veces sin que se haya modificado el estatuto constitucional o jurídico que en ellos rige. Es que los hechos y la necesidad pública lo han exigido como algo imperioso e ineludible.

Por consiguiente, aparte de las transformaciones revolucionarias que se han producido en numerosos países en las últimas seis décadas, hay un hecho irrefragable e incontenible ante el cual el jurista no puede permanecer impasible, que es la evolución más o menos profunda, pero cualitativamente de gran trascendencia en razón de los esquemas que sirvieron de modelo al Derecho tradicional, que se opera en la totalidad de los países del mundo desde el punto de vista de la realidad económico-social que rige sus estructuras internas. Se trata de algo que en el campo de la ciencia jurídica ha provocado la protesta de Ripert y una muy realística comprobación de Friedmann.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> G. Ripert, *Aspects juridiques...*, pp. 211 y 212, y *Le declin du Droit*, pp. 60-62, y W. Friedmann pp. 107, 122, 128, 140, 141, 407, 430, 495 y 504.

Parece de interés anotar un fenómeno harto curioso e ilustrativo. Desde el instante mismo en que los nuevos acontecimientos o necesidades sociales imponen una intervención del Estado principalmente dentro de los planos económicos, hasta entonces reservados a la libre iniciativa particular, un neocapitalismo versátil y utilitario, sin pararse en cuestiones de principios, busca rápidamente la manera de volcar en su provecho el dirigismo económico.

Comienza con la utilización del proteccionismo aduanero y llega a un muy alto grado de aprovechamiento de las medidas reguladoras del crédito. En este último aspecto se justifica al exigir que los favorecidos con el crédito regulado públicamente se responsabilicen eficazmente de la devolución de las sumas prestadas, mediante garantías reales, a fin de que los fondos asignados para el fomento industrial puedan ser reintegrados a su objetivo y utilizados sin mengua de su monto en futuras operaciones. Con ello logra que sean benefi-

Esta evolución, muy perceptible en los países de Europa occidental y también en los países latinoamericanos, exige, indispensablemente, una adaptación del Derecho vigente, elaborado, como lo vimos en los capítulos iniciales, bajo el influjo y para el servicio de concepciones político-económico-sociales que ya no tienen real vigencia.

ciarios solamente individuos o empresas adineradas y prósperas, únicas capaces de dar seguridades reales de devolución. De esta manera el crédito regulado se encauza fácilmente en beneficio de aquellos que por su abundancia de bienes menos lo necesitaban.

Muchos otros casos podrían citarse de utilización en favor del gran capital de medidas legales concebidas para favorecer a quienes, por sus exiguos medios económicos, parecían ser naturales destinatarios de ellas.

Es así como ha deformado la finalidad de numerosos organismos de planificación o fomento de las actividades económicas a través de la intervención en ellos de representantes de los productores e industriales. Como son los más poderosos de éstos los que más pesan dentro de las asociaciones gremiales correspondientes, ha sucedido más de una vez que lo que se proyectó para ayudar a empresas menos desarrolladas haya redundado en un enriquecimiento mayor de las grandes empresas. Algo semejante ha ocurrido también con las organizaciones regionales, bien sean ellas de tipo internacional o interno.

Podrían señalarse múltiples ejemplos adicionales. El llamado "capitalismo popular", impulsado en muchos países con fines de una mejor redistribución de la riqueza, es convertido por los grandes consorcios en instrumento para obtener considerable aporte de capitales que proporcionan modestos inversionistas, los que por su gran número consolidan financieramente a aquéllos sin adquirir derecho efectivo alguno en la conducción y manejo de los negocios. Los estatutos de inversión de los países que esperan afluencia de capital extranjero, en cuanto ofrecen ventajas desmedidas, con el fin de incentivar la inversión extranjera. Regímenes tributarios o aduaneros de privilegio concedidos por el Estado para atraer inversiones a determinadas zonas deprimidas del país o a ciertas actividades nuevas que se desea estimular, los que originan convenios jurídicamente inadmisibles entre el Estado soberano, que se compromete a no ejercer sus facultades legislativas durante un período determinado (puesto que se obliga a no eliminar el tratamiento privilegiado o a no aumentar los gravámenes que él establece) y una empresa industrial que se acoge a tal compromiso, menoscabante de las facultades del Poder Público.

Todo esto corrobora una conclusión congruente con nuestras explicaciones y que nos parece importante destacar: no hay principios, instituciones o normas jurídicas que sean progresistas por sí mismas, todo depende de la forma práctica como ellas sean aplicadas en la vida social. Esta conclusión envuelve, por vía diferente, una nueva confirmación del carácter puramente instrumental del Derecho.

En todo caso, sirve lo que acabamos de exponer en esta nota para señalar el carácter mutable y adaptable del capitalismo, capaz de asimilar en su provecho y aun de distorsionar por entero, mecanismos jurídicos previstos para fines diametralmente opuestos.

## XI. *Repercusión de las nuevas funciones del Estado en el Derecho*

Hoy día el Estado, dentro de esto que no vacilamos en llamar socialismo restringido, no solamente dirige la economía del país (economía dirigida) sino que también asume importantes funciones económicas de distribución y aun de producción. La nacionalización de importantes sectores de la economía en numerosos países, aun de tradición liberal como Francia e Inglaterra, es una demostración de cómo el Estado moderno, directamente o a través de entidades estatales *ad-hoc*, se convierte a veces en empresario sin reparo alguno.

Con una visión exageradamente optimista acerca de la realidad de estos cambios, ellos alcanzan ciertos efectos dentro de la vida social de hoy. Veámoslo. El interés público empieza a reconocerse como prevaleciente sobre el privado y, para muchos aspectos, la solidaridad social aparece como una exigencia que traspasó los lindes de la moral para llegar de lleno al campo del Derecho. Si bajo los regímenes individualistas cada hombre se encerraba dentro del cercado de sus derechos subjetivos, ahora, aun cuando no rija un socialismo auténtico, todo miembro de la comunidad está en la obligación de abrirse a las necesidades de los demás, a cooperar con ellos y a ayudar en las tareas sociales del Estado. Los derechos subjetivos no tienen hoy día el carácter absoluto que para ellos propugnó el Derecho individualista. Se sigue reconociendo esos derechos a los individuos, pero con el carácter de relativos; la propiedad cumple ahora una función social y se dice que "obliga"; expresamente se admite la noción de función social de los derechos subjetivos. La solidaridad social y el espíritu de colaboración para el bien colectivo o público dejaron de ser palabras y se van convirtiendo en verdaderas exigencias que se aprecian claramente en muchas disposiciones legales (figura 4).

Incluso el renacimiento moderno de tendencias de Derecho Natural está claramente marcado con "ingredientes colectivistas" y se desplaza visiblemente hacia "el todo colectivo".<sup>11</sup> Pese a que surgen nuevas filosofías jurídicas destinadas a hacerle frente al socialismo, aun ellas tienen que admitir la

<sup>11</sup> E. Bodenheimer, p. 222.

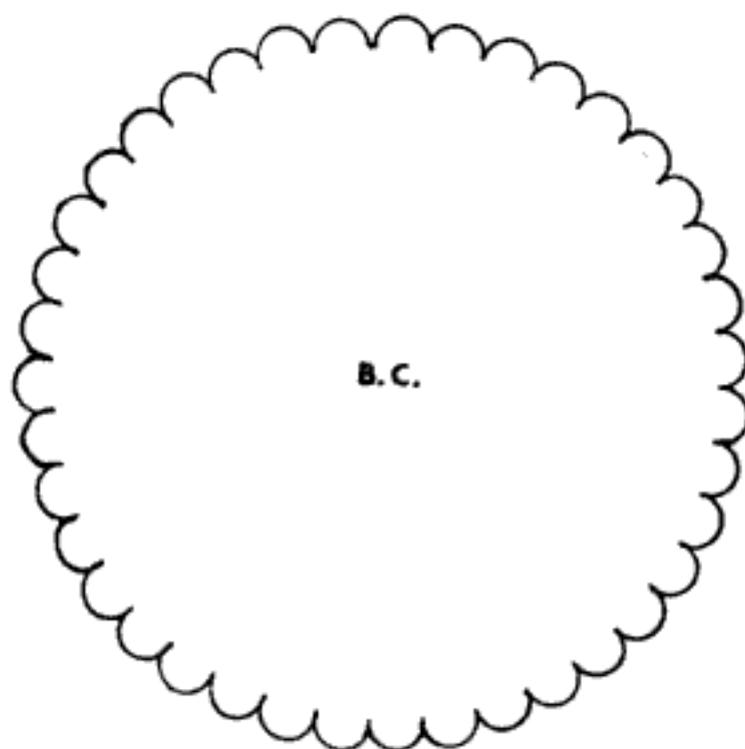


FIGURA 4

El círculo ondulado representa a una sociedad organizada a base de solidaridad social. Su centro representa el bien colectivo. Cada individuo tiene un ámbito propio, pero ese ámbito tiene tres características: a) proporciona a cada uno la conveniente independencia, pero no es cerrado; b) los individuos no rehúyen contacto con los demás sino que, por el contrario, se unen codo a codo para emprender tareas de bien colectivo en cumplimiento del deber social; c) cada individuo mira hacia el bien colectivo (centro del círculo) como meta de sus deberes para con la sociedad.

necesidad de abandonar el *laissez faire* y todas reconocen un elemento social "que se hace sentir en el reconocimiento del poder del Estado de interferir en el libre juego social de las fuerzas económicas".<sup>12</sup>

Sin embargo, el Derecho no ha logrado adaptarse a estas nuevas condiciones sociales y culturales. Es cierto que al Derecho básico tradicional codificado, que sigue siendo el más coherente, el más técnico y el que tiene mayor influencia en la mentalidad de los juristas, se han agregado muchísimas leyes de inspiración moderna; pero estas últimas, como se vio en los capítulos iniciales, son desordenadas, improvisadas y, por lo general, carentes de calidad jurídica. El resultado fatal de ello es la escisión en dos estratos de la legislación y que

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 147.

para la ciencia jurídica y los estudios de Derecho el sistema legal tradicional pese más que la prolífica legislación reciente, en su vano esfuerzo por cubrir las nuevas necesidades sociales.

La gran tarea del Derecho y de los juristas conscientes de tan grave deficiencia consiste, por consiguiente, en modelar un Derecho que se ajuste a las necesidades reales del respectivo país y que termine con esa parte de la legislación que conserva un sello individualista que ya no tiene acogida (parte que, repetimos, es a veces considerablemente extensa y, en todo caso, pesa enormemente desde el punto de vista jurídico e interpretativo), para que entre en vigor una legislación de alta calidad jurídica, coherente y armónica, que unitariamente y con la necesaria flexibilidad, a fin de permitirle una adaptación fácil a nuevas situaciones, sirva al pueblo de manera efectiva.

Para esto no existe sino un camino válido: que cada legislador renueve su Derecho interpretando jurídicamente el proyecto histórico social de su pueblo.

## LAS NOVEDADES JURÍDICAS EMERGENTES

### 1. *La clasificación del Derecho*

Los juristas creen que el Derecho progresa constantemente. Es necesario examinar en qué consisten esos pretendidos progresos a fin de verificar nuestro diagnóstico acerca de la incapacidad que ha demostrado hasta ahora el Derecho para reaccionar de su insuficiencia de adaptación a las necesidades de la sociedad moderna. Así podremos comprobar lo limitado de sus avances y la escasísima modernización jurídica que ellos aportan.

La antigua división del Derecho en Público y Privado, apoyada por el liberalismo con el propósito de delimitar claramente el ámbito de acción del Estado y dejar subordinado éste al Derecho Privado, podría ser mantenida, aun pese a las fuertes críticas que se le formulan, con tal que se la asiente en la naturaleza de las relaciones jurídicas que cada uno regula: el Derecho Público sería el que se ocupa de las relaciones de subordinación que se dan entre el Estado o cualquier órgano de éste o entidad pública que obra dotada de poderes especiales y cualquier otro sujeto; el Derecho Privado sería el que se ocupa de las relaciones de coordinación que se dan entre sujetos jurídicos que obran en plano de igualdad e independencia recíprocas.

Como principio general, horadado cada día por mayor número de excepciones, puede mencionarse el de que en Derecho Privado predomina un criterio de libertad, lo que conduce a que, por lo general, pueda hacerse todo aquello que la ley no prohíbe (prima la capacidad); en tanto que en el Derecho Público predomina el criterio del control de la ley, por lo que generalmente puede hacerse sólo lo que la ley autoriza expresamente (prima la competencia).

Pero todo indica que las nuevas formas de vida social y sus

incipientes expresiones legislativas actuales han agregado ya un tercer término a esa división bipartita, pues hoy día es preciso considerar también un Derecho Social, diverso del Derecho Público y del Derecho Privado.

## II. *El Derecho Social como nuevo término de la clasificación*

El sociólogo del Derecho, Gurvitch, al enunciar su teoría de las formas sociales<sup>1</sup> se refiere a las relaciones de sociabilidad por interdependencia, que se producen entre sujetos que se miran como independientes entre sí y que se basan en la desconfianza: presuponen partes separadas, cuyos derechos chocan y se limitan mutuamente, por lo que exigen reglas jurídicas de delimitación y de solución de conflictos. En oposición a esas relaciones de interdependencia sitúa a las relaciones de sociabilidad por interpenetración, que se producen entre los miembros de la sociedad vinculados entre sí y se basan en la confianza, en la ayuda mutua y en la cooperación; presuponen seres humanos próximos entre sí, dispuestos a una tarea común, cuyos derechos y obligaciones se interpenetran y forman un todo, por lo que exigen reglas jurídicas basadas en la solidaridad. Al Derecho que rige las relaciones de la primera clase lo llama Gurvitch Derecho individual, y al que rige las segundas, Derecho Social. Es cierto que este autor piensa que el Derecho Social se forma al margen del Estado, como un producto espontáneo de la vida social. Pero la legislación más reciente debe convencernos de que el legislador de nuestros países ha dictado ya numerosas leyes que no caben en la clasificación Derecho Público-Derecho Privado y que claramente corresponden a lo que ya se ha esbozado como un Derecho Social.

Pensemos, por ejemplo, en el Derecho sindical. ¿Podemos incluirlo dentro del Derecho Privado, siendo que el sindicato cuenta con atribuciones que le permiten imponer sobre la voluntad de sus miembros materias tan importantes como una

<sup>1</sup> Georges Gurvitch, en *L'idée du Droit social*, citado por Legaz y Lacambra, pp. 462-469.

huelga o un contrato colectivo? Y algo semejante podemos decir del Derecho del trabajo, del Derecho de seguridad social, del Derecho económico, de la legislación sobre organizaciones comunitarias de base (juntas de vecinos, etc.). No es posible tenerlos por partes del Derecho Privado, ni tampoco del Derecho Público.

Ha sido la falta de este tercer término el que ha llevado a clasificar erróneamente al Derecho del trabajo dentro del Derecho Público<sup>2</sup> o dentro del Derecho Privado.<sup>3</sup>

Radbruch reconoce en el Derecho Social un nuevo estilo del Derecho, como resultado de una nueva concepción jurídica del hombre que reacciona contra el individualismo. La idea central del Derecho Social, según él, no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, con lo que la igualdad deja de ser un punto de partida para convertirse en una aspiración del orden jurídico. Para esto el Derecho Social desdobra a la persona, abstracción niveladora, en diferentes tipos humanos que permiten marcar mejor la peculiaridad individual: patrones y trabajadores, ricos y pobres, productores y consumidores, etc.<sup>4</sup> Pero Radbruch no capta un elemento esencial del Derecho Social, que es el considerar al hombre en tanto miembro integrado de la comunidad social.

Legaz y Lacambra toca acertadamente este último aspecto.<sup>5</sup> Según él debe aceptarse la triple división del Derecho basándose en la clase de relaciones sociales que regula. Hay relaciones de subordinación, que son las que tiene un sujeto con la autoridad; su acento está en la *obediencia*, pues aquél debe acatar a ésta para mantener la organización. Hay también relaciones entre sujetos iguales e independientes entre sí, cuyo acento se sitúa en los *derechos* de cada uno y en el respeto de su libertad. Hay, finalmente, relaciones de sujetos en cuanto miembros de una comunidad integrada, que pone el acento en la *solidaridad* y en los deberes de todos, en las cuales se obra como compañero o camarada y que tienden a asegurar

<sup>2</sup> E. García Maynez, *Introducción al estudio del Derecho*, p. 152.

<sup>3</sup> Plan de la Facultad de Derecho de París II.

<sup>4</sup> G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, pp. 157 y 165.

<sup>5</sup> Luis Legaz y Lacambra, pp. 467-469.

la colaboración de cada uno para el bien social. Las primeras corresponden al Derecho Público, las segundas al Derecho Privado y las últimas al Derecho Social.

El Derecho Social presupone una más profunda socialización de la persona y la realización de valores morales más hondos, mediante la inserción de todos los hombres en la comunidad organizada bajo el signo de la solidaridad humana.

El concepto de Derecho Social, aunque impugnado por quienes se aferran a los viejos conceptos individualistas,<sup>6</sup> empieza a conquistar gran acogida en los medios jurídicos de criterio más innovador.

### III. *El Derecho Internacional*

Esta rama del Derecho (nos referimos al Derecho Internacional Público) es considerada como autónoma, esto es, como ajena al resto de las normas jurídicas, con muy buenas razones, puesto que tiene peculiaridades que la separan de las demás.

En la época en que se formó el Derecho Internacional, en los siglos xvii y xviii, expresaba el criterio dominante en una media docena de importantes Estados europeos, dotados de estructuras políticas y jurídicas relativamente homogéneas, que coincidían en un credo cristiano y en regímenes monárquicos absolutos. Eran estos estados los que desarrollaban un papel activo en las relaciones internacionales y que, en el fondo,

<sup>6</sup> Es el caso de G. Ripert, en su obra *Le déclin du Droit*, p. 40 y el de casi todos los profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, de Santiago, en 1965, durante las Segundas Jornadas Sociales celebradas en ella, en las que me correspondió hacer de relator de uno de los temas, oportunidad en la cual postulé el reconocimiento del Derecho Social.

En México, la Universidad Nacional Autónoma tiene en su División de Estudios Superiores un curso de especialización en "Derecho Social", que comprende el Derecho agrario, el Derecho del trabajo, la seguridad social y el Derecho sindical, entre otros. La Facultad de Derecho de la Universidad de París I contempla como subdivisión del doctorado el Derecho Social, pero erróneamente situado dentro de la división del Derecho Privado.

Muchas otras universidades empiezan a aceptar la existencia del Derecho Social en sus planes de estudios.

dictaban un Derecho Internacional de carácter político y diplomático.

Esta simplicidad en la formulación del Derecho Internacional se ha alterado profundamente por dos razones de gran peso. Primero, el surgimiento de un gran número de estados independientes, con notable variedad de creencias, regímenes políticos e ideologías sociales, producido después de las dos guerras mundiales de este siglo. Segundo, la generalizada tendencia de todos los estados modernos a ocuparse primordialmente del bienestar económico de sus pueblos, cosa que no sucedía en la época del individualismo.

Existen hoy más de ciento cincuenta estados independientes miembros de la Organización de las Naciones Unidas y la existencia de esta asociación interestatal, basada en la independencia y soberanía de los estados, no ha hecho sino poner más de manifiesto las dificultades que presenta hoy una formulación de este Derecho. Dichos estados aceptan el conjunto del sistema del Derecho Internacional, pero niegan, en cambio, ciertos principios defendidos por los antiguos países.

Para que pueda entenderse existente una regla de Derecho Internacional es indispensable un amplio consenso en ella de parte de los estados que integran la comunidad internacional y este consenso se hace cada vez más difícil debido al gran número de países y a sus discrepancias políticas y económicas. El consenso (que no significa unanimidad) puede producirse mediante declaración expresa y formal (convenciones y tratados) o por la vía de la conducta internacional que el Estado respectivo practica, en cuanto puede originar, si coincide con la de muchos otros estados, si se constituye en práctica sostenida y si se la acepta por esos estados como expresión de una regla jurídica, una costumbre internacional.

Kelsen sostiene que la norma fundamental del Derecho Internacional confiere a la costumbre la calidad de hecho creador del Derecho. La costumbre adquiere así prevalencia sobre el Derecho convencional, pues éste se apoya en aquélla.<sup>7</sup>

Como cada uno de los estados de cuya manifestación depende el Derecho Internacional es soberano e independiente

<sup>7</sup> H. Kelsen, pp. 199 y 200.

Es de lamentar que el alto desarrollo de la dogmática jurídica dentro del Derecho Penal, en virtud de la influencia de juristas alemanes e italianos de gran calidad, haya llevado a esta importante rama a sumirse en sutilezas bizantinas, algunas de las cuales constituyen verdaderos malabarismos de ingenio jurídico, pues con ello ha abandonado los puntos centrales antes indicados.<sup>16</sup> ¿Será esto otra demostración más de que las líneas de solución no puede darlas el Derecho mismo sino que tienen que venir de afuera? No olvidemos que esto último ha ocurrido ya más de una vez dentro de esta disciplina.

En el campo de los delitos en especial, debe señalarse la importancia creciente que van adquiriendo los atentados contra la organización económica del país, contra la salubridad pública y contra la ecología. Es principalmente en estas direcciones donde se encuentra la legislación penal moderna de más interés.

Esa misma clase de violaciones legales origina, junto con otras semejantes, una tendencia a la formación de un Derecho Penal administrativo, de perfiles no muy claramente definidos, que se segregaría de la rama madre. Ello acarrea múltiples problemas en orden a si las garantías penales fundamentales, en su mayor parte elevadas a la categoría de derechos humanos en la actualidad, deben también regir en el campo penal administrativo, cuyo conocimiento y aplicación se entrega normalmente a organismos no judiciales sino de composición administrativa, al menos en sus instancias iniciales.

Es el Derecho Penal la rama jurídica en la que de manera más ostensible puede advertirse una aplicación clasista de la ley. Para verificarlo basta indagar a qué clase social pertenecen los reos condenados, en particular, aquellos a los que han sido aplicadas penas más graves, y examinar el gran número de atentados de gran envergadura que perpetran banqueros, empresarios, especuladores y agiotistas y miembros de las mafias de la prostitución, de las drogas y del juego de azar, que no están tipificadas penalmente o que no son seguidos de sentencia penal condenatoria para ellos.

<sup>16</sup> Eduardo Novoa Monreal, *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 2a. edición, 1982.

## V. *El Derecho Público*

En el Derecho político y, concretamente, en la Constitución del Estado se contienen las bases de todo el Derecho de una nación. Como se ha dicho, allí se encuentran "les têtes des chapitres" de toda la legislación.

En la época actual, de creciente intervención del Estado dentro de la vida social, podría suponerse que las constituciones autorizarían esa intervención, la especificarían y le pondrían marco. No ocurre así, sin embargo, en una gran parte de las constituciones. Parece que toda especificación de las facultades de intervención del Estado pudiera adquirir un sentido restrictivo que se opone a la tendencia intervencionista cada vez mayor.

Esa intervención estatal, con tanta insistencia mostrada por nosotros como uno de los acontecimientos jurídicos capitales de la época moderna, ha traído consigo varias novedades en el campo del Derecho Público.

Una de ellas es un enorme desenvolvimiento del Derecho Administrativo, como consecuencia del gran número de nuevos servicios públicos que gradualmente aparecen.

Otra es la pérdida de la unidad jurídica del Estado. Al no serle posible al Estado tradicional la atención de tanta nueva función de bien colectivo, comienza a crear organismos independientes a los cuales se las encomienda. Estos organismos son originados por voluntad del Estado y dependen de éste, pero adquieren un cierto grado de autonomía que facilita su desempeño. A veces se les otorga personalidad jurídica propia, independiente de la del Estado, junto con un patrimonio propio y una cierta autonomía de dirección. Pero, en el fondo, estas entidades estatales, supuestamente independientes, no son sino otra cara del Estado, el cual debe presentarse con rostro diferente en razón de que el Derecho Administrativo no ha sido capaz de resolver con eficiencia jurídica el problema de este ensanchamiento imprevisto del campo de acción del Estado.

Otra novedad jurídica es el otorgamiento de poderes discrecionales bastante amplios, sea a algunos servicios públicos, sea a los entes públicos pretendidamente autónomos antes mencionados, como manera de que puedan desempeñar debidamente

sus funciones de regulación y administración de algunas actividades, principalmente económicas. Desde que el Estado sale de su papel tradicional de mero espectador de los procesos económicos, antes librados a la iniciativa particular, necesita de más libertad de acción, pues va a remplazar a particulares en funciones muy variadas que éstos ejercían libremente. Estos poderes discrecionales, que se presentan en casi todas las legislaciones, vienen a quebrar ese viejo principio de que en Derecho Público el Estado o sus órganos sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultados por la ley. No hay duda que tampoco en este aspecto el Derecho ha logrado afinar soluciones apropiadas hasta la fecha. Es preciso que logre armonizar la libertad de acción que los servicios y organismos estatales requieren para poder cumplir con rapidez y eficacia sus nuevas funciones, con un sistema de control jurídico que evite el riesgo de arbitrariedad de parte de ellos.<sup>17</sup>

La intervención estatal asigna también un mayor relieve a los estudios sobre responsabilidad jurídica del Estado dentro del ámbito nacional y, especialmente, frente a los particulares, tema que la doctrina jurídica tampoco ha logrado resolver satisfactoriamente.

Finalmente, otra novedad consiste en la aparición de la justicia administrativa, como jurisdicción diferente de la común y encargada exclusivamente de resolver conflictos entre el Estado y sus funcionarios o entre ambos y los particulares. Iniciada con el Consejo de Estado francés, se ha difundido a la mayor parte de las legislaciones.

## VI. *El Derecho Privado*

Ripert anota que el Derecho Privado favoreció el desarrollo de la gran industria, no obstante estar formado por leyes hechas para la producción agrícola y artesanal, porque el capitalismo supo aprovecharlo para sus fines, utilizando sus insti-

<sup>17</sup> W. Friedmann, p. 375, indica algunos límites aceptados por las doctrinas francesa y alemana al poder discrecional del Estado.

independiente, que debieran formar parte del Derecho común a su juicio.<sup>20</sup>

Todo lo anterior demuestra que el Derecho privado patrimonial ha sido la más insensible de todas las ramas del Derecho ante las exigencias y nuevas circunstancias de la vida social moderna.

Pese a todo, algunas pocas novedades pueden señalarse dentro de ese campo.

Unas se originan en los nuevos conceptos político-económicos relativos al derecho de propiedad privada, en cuanto lo relativizan, lo sujetan a limitaciones de interés general y lo declaran función social. De allí derivan en el Derecho Privado las nociones de derechos subjetivos relativos y de abuso del Derecho.

Otras obedecen a la comprobación de que la igualdad y libertad abstracta de los hombres en que se apoyaba la concepción individualista de las obligaciones civiles, está desmentida por la realidad, lo que hace necesario que el legislador contemple las diferencias humanas reales. La más importante consecuencia de esto fue el desgaje de todo lo relativo a contrato y relaciones de trabajo de la esfera del Derecho Civil, en la cual antes estuvo incluido y su incorporación al nuevo Derecho Laboral. También ha traído como efecto una ampliación del concepto de lesión como causa de nulidad de las obligaciones.

En otros casos se han revivido doctrinas antiguas, por ejemplo, la cláusula *rebus sic stantibus*, para conformar sobre su base las reglas de la moderna "imprevisión".

Uno de los aspectos de mayor importancia y trascendencia que se abre paso en la doctrina de Derecho Privado y ha llegado a determinar nuevas disposiciones legales, es la de responsabilidad objetiva. Se tiende a dejar atrás el concepto jurídico-moral de responsabilidad subjetiva, para imponer la responsabilidad a quien se beneficia con la actividad que origina el riesgo, sea él empresario —en caso de accidente del trabajo— o dueño del vehículo —en el caso de accidentes de circulación—, sin que interese si hubo o no culpa de su parte.

<sup>20</sup> G. Ripert, *Le régime démocratique...*, pp. 366, 369, 375 y 385.

trinarios en cuanto a su verdadera naturaleza jurídica. En todo caso, es necesario dejar constancia que con el contrato colectivo de trabajo se rompen absolutamente principios jurídicos tradicionales en materia contractual, que parecían infranqueables.

Es de esperar que el Derecho del Trabajo profundice en el futuro una materia que ha sido planteada hasta ahora en plano más bien filosófico. La cuestión consiste en si es posible a un hombre vender su trabajo, algo que es parte de su vida misma y que importa un tan profundo compromiso personal que podría estimarse que entra en el derecho de personalidad. A ello se suma que no hay realmente una equivalencia posible entre trabajo humano y dinero. Si a lo anterior se agrega que el contrato de trabajo afecta la vida entera del trabajador y lo coloca en una situación de subordinación ante otro hombre, podría pensarse que en el fondo no es sino una forma atenuada de esclavitud que el hábito nos hace aceptar sin mayor reflexión, pero que en un futuro podría ser rechazada como una forma social sobrepasada.<sup>25</sup>

### VIII. *El Derecho Económico*

Es la más joven y la técnicamente menos madura de las grandes ramas del Derecho moderno, pese a que su desarrollo cuantitativo adquiera proporciones impresionantes. Su sistemática dista mucho de estar acabada y todavía se discuten sus alcances y sus límites.

Pertenece por derecho propio al que hemos denominado Derecho Social, pues expresa la voluntad del Estado de organizar su intervención dentro de la economía con el fin de fortificarla, de velar por los intereses de los miembros más débiles de la sociedad desde el punto de vista económico, como son los consumidores, y de propender a una mejor distribución de la riqueza. Vemos aquí evidenciada claramente esa característica del Estado moderno que consiste en su preocupación primordial por el bienestar económico del pueblo.

<sup>25</sup> Ideas extraídas de las obras citadas de Dabin y Latorre.

tro de todos los países y visiblemente domina una tendencia a que la adquiera cada vez mayor. Es una especie de signo de los tiempos, que demuestra, por una parte, el fin del liberal-individualismo y, por otra, la aparición en mayor o menor grado de nuevas formas de organización socioeconómica destinadas a asegurar un mayor bienestar a las masas, a proteger a los sectores sociales más desfavorecidos y, en general, a impedir que el interés de lucro privado y la libertad económica continúen acentuando las diferencias y contradicciones económicas dentro de la sociedad.

En este último sentido y según cual sea la dirección de las ideas políticas preponderantes en el país, el Derecho Económico puede expresar una línea simplemente reformista o el inicio de una verdadera socialización económica.

### IX. *El Derecho Procesal*

Es declarado por Dabin "Derecho de acompañamiento" porque no regla ningún aspecto determinado de la vida social, sino que se limita a indicar la forma como se hacen efectivas las disposiciones del Derecho material en el caso de controversias.<sup>26</sup>

Radbruch cree que es en el procedimiento civil donde con más fuerza se destaca la forma individualista en el Derecho. Tanto, dice, es el individualismo el que gobierna el procedimiento civil, que el principio de libre disposición tiene en él amplia cabida, lo que convierte el proceso "en un libre juego de fuerzas entre las partes contendientes, como si los litigantes fuesen... dos adversarios ingeniosos, guiados por un egoísmo bien entendido, situados ambos en plano de igualdad y que no necesitan para nada la ayuda del juez".<sup>27</sup>

El individualismo imperante en él ha sido probablemente causa de que hasta ahora el Derecho Procesal no proporcione una fórmula adecuada y práctica que permita reclamar por vía civil la devolución del enriquecimiento injusto en los casos,

<sup>26</sup> J. Dabin, p. 88.

<sup>27</sup> G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, pp. 158 y 159.

cada día más frecuentes, en que una gran empresa comercial causa daños a innumerables consumidores de sus productos, siendo el daño particular de cada uno de éstos de tan escasa cuantía que ninguno se siente alentado a iniciar, por su ínfima cuota, una acción judicial civil de reparación, no obstante que la empresa culpable devengue beneficios ilegítimos enormes atendida la escala en que surte efectos su proceder. La falta puede consistir en defectuosa fabricación, calidad en desacuerdo con la oferta, materias primas diversas de las anunciadas, etc. Esto significa la indefensión civil del consumidor (o si se piensa en otros términos, de la comunidad en general) y la retención de facto de sus ganancias injustas por el mal empresario, pese a sanciones administrativas o aun penales que se le puedan aplicar.

También este Derecho debe abandonar su actitud teorizante y dedicarse a resolver un problema social que muy pocos países pueden sostener haber solucionado: el que todos los ciudadanos tengan acceso fácil y gratuito a una administración de justicia comprensiva de sus dificultades y activamente dispuesta a imponer soluciones rápidas y efectivas en las controversias y conflictos que surgen dentro de la sociedad.

## LOS RESABIOS INDIVIDUALISTAS EN EL DERECHO

1. *El individualismo intenta imponer un Derecho perdurable*

La Revolución Francesa se alza violenta en contra de las ya desfallecientes estructuras feudales. Sin embargo, triunfante la nueva burguesía, su "viejo espíritu revolucionario se convierte en serenidad conservadora" e implanta jurídicamente todos los mecanismos necesarios para establecer y hacer perdurar el individualismo. Esos revolucionarios tomaron al individualismo como un dogma intangible y definitivo, "siendo que no era sino un momento en la historia eternamente cambiante de las instituciones y de las ideas".

Y la verdad es que tanto se llegó a pensar que se había alcanzado el desideratum en materia de desarrollo político y social, que se adoptaron todas las medidas necesarias para que el Derecho emergente, destinado a consolidarlo, no pudiera quedar afectado por alteraciones posteriores. Esto se percibe, particularmente, en la esfera del Derecho Privado, el más importante para la configuración socioeconómica del individualismo, como tendremos oportunidad de verlo dentro de este capítulo.

Se creyó que con la codificación se había alcanzado un sistema legal perfecto, completo, cerrado, que debía permanecer indefinidamente a través del tiempo. Para esta tarea de conservación se obtuvo una colaboración espontánea: "las inclinaciones conservadoras y tradicionales de la mente de los juristas", y una inercia coadyuvante: la timidez del legislador, siempre receloso de que sus nuevas leyes pudieran perjudicar esa técnica, ese orden y ese sistema maravillosos instaurados por los codificadores.

Prevalecía siempre el temor de que proyectos "políticos" pudieran romper la armonía de esa elaboración técnica tan acabada. Para este fin, los nuevos problemas que se iban presentando en la vida social se resolvían, según lo hemos visto antes,

por medio de leyes sueltas, verdaderos cuerpos errantes ajenos al sistema codificado. Lo que se encubría o no se llegaba realmente a percibir, es que todo el sistema legal de los grandes códigos estaba al servicio de una concepción político-social bien determinada: la liberal-individualista.

Con el objeto de librar incontaminada a esa legislación codificada, se la mantuvo, como cuerpo, a resguardo de cualquier intento social progresista que quisiera meter manos dentro de ella.<sup>1</sup>

## II. *Las doctrinas jurídicas favorecen la permanencia de los textos legales tradicionales*

Las escuelas jurídicas de mayor éxito pregonaban postulados que no hacían peligrar a dicha legislación tradicional. La escuela de la exégesis buscaba la verdad jurídica exclusivamente dentro del texto legal y de la voluntad del legislador concreto que lo había sancionado. La escuela del Derecho Natural católica, revitalizada a partir de fines del siglo pasado, pese a sus declaraciones teóricas de contenido social, en los hechos se mostraba decididamente en pro de la mantención de esa legislación, elevaba al grado de "principios naturales" sus principios fundamentales (propiedad privada, libertad de contratación, etc.), y contribuía, por ende, al estancamiento del Derecho. La dogmática jurídica suponía en el legislador una inteligencia, un conocimiento jurídico y una coherencia que la experiencia práctica desmiente, idealizando también la ley para apreciar en ella textos autónomos, precisos, armónicos, capaces de preverlo todo. Todo estaba dispuesto (salvo una escuela histórica que nunca tuvo mucho arraigo en el Nuevo Mundo) hacia una veneración e intangibilidad del texto tradicional.

No faltaron quienes incluso teorizaron acerca de "la función conservadora del Derecho" (Renard). Se desarrollaron

<sup>1</sup> Hace excepción a esto el Derecho de Familia, en el que se han producido en muchos países, empezando por Francia, numerosas modificaciones de importancia y necesarias.

también, con gran amplitud, las tendencias jurídicas que ven a la justicia como el objeto central del Derecho, idea que Radbruch no vacila en calificar como de carácter liberal-individualista, pues presupone la existencia de conflictos y exige que el bien común soporte ser puesto en la balanza con los justos intereses del individuo.

Esa legislación codificada tradicional encierra instituciones de clara inspiración político-económica, que no solamente permiten poner en vigencia el esquema ideológico que las anima, sino que aspiran a perpetuarlo muy disimuladamente bajo la apariencia de "principios jurídicos".

Vamos a pasar rápida revista a las más importantes de ellas.

### III. *El derecho de propiedad privada con sentido absoluto*

Este derecho fue declarado "natural e imprescriptible" en las declaraciones revolucionarias de fines del siglo XVIII y recogido, con el carácter de absoluto, en el art. 544 del Código Napoleón, impregnado de un fuerte sabor romanista que denuncia el origen del concepto en el *imperium* y en el *dominium*.

Considerado este derecho en su alcance originario más antiguo como medio de permitir que el hombre pueda gozar y disponer de los bienes materiales que necesita para su vida, nada tendría de objetable. Pero cuando dentro de los códigos se le consagra con el carácter de absoluto, perpetuo y transmisible, cuando se oculta u opaca su vinculación con el trabajo personal productivo y cuando se deja que "hombres libres" decidan a su voluntad e interés sobre él, en virtud de preceptos individualistas que se limitan a obrar como meros espectadores del acontecer económico social, se olvida que a impulsos de la codicia y ambición humanas ese esquema ideal puede tornarse pronto en fecunda fuente de abusos individuales y de clase y no se prevé lo que en realidad se produjo: que la propiedad privada se concentrara en algunos pocos individuos que acumulaban para sí cantidades de riqueza que excedían en mucho lo que habrían podido necesitar para sí

mismos, al paso que otros quedaban prácticamente despojados de todo bien.

Es este derecho de propiedad privada absoluto en su contenido e ilimitado en su cantidad, el que se contempla en la legislación tradicional bajo formas de presentación que a veces difieren algo en la forma, pero que, en el fondo, ratifican el concepto individualista y lo imponen en los hechos.<sup>2</sup>

Fue, ciertamente, este concepto absoluto de derecho de propiedad el que llevó a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, ya dentro de este siglo, en 1904, a invalidar como inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que implantaba la jornada máxima de diez horas para los panificadores, fundada en que la enmienda 14 prohíbe intervenir en la vida, la libertad y la propiedad "sin el debido procedimiento legal", procedimiento que no es sólo formal sino sustantivo y prohíbe toda intervención en la libre disposición individual de la propiedad (*USA vs. Lochner*, 198, U.S. 45, 1904).

#### IV. *Limitaciones modernas al derecho de propiedad*

Corrientes ideológicas de avanzada, en esfuerzos que duran ya más de un siglo, han obtenido algunos progresos en restituir al derecho de propiedad privada su sentido original. Ellos se han traducido, dentro del campo del Derecho, en la introducción para él de restricciones que prevengan los abusos, principalmente mediante la noción de "derecho subjetivo relativo", las "limitaciones" al derecho de propiedad y el concepto de "función social" de la propiedad.

La noción de derecho relativo, estrechamente vinculada a la de "abuso del derecho", afirma que los derechos subjetivos en general, no permiten a sus titulares su ejercicio sino en tanto lo hagan en forma coincidente con fines sociales, pues ellos son reconocidos para fines sociales, y niegan particularmente que el titular tenga el derecho de ejercitarlos

<sup>2</sup> Ver Eduardo Novoa Monreal, *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Editorial Temis, 1979.

Debido a ello no se incorporan todavía sino en escasa medida a la atención de quienes hacen estudios científicos del Derecho o a la enseñanza fundamental universitaria. Y cuando se las incorpora, son tratadas en forma incidental, sin dedicarles mucho empeño teórico, mostrándolas más bien como excepciones o normas temporales que como instituciones jurídicas dignas de una sistematización científica acabada.

Para darse cuenta de la forma y medida en que el derecho de propiedad ha sufrido transformaciones universales en la época presente, basta comparar las declaraciones de derechos humanos de la Revolución Francesa con la de 1948. Mientras las primeras consagran un derecho de dominio absoluto, que ha traído todas las consecuencias señaladas, la segunda, en su art. 17, afirma "el derecho a la propiedad individual y colectiva". Con esto introduce dos alteraciones importantísimas en la garantía tradicional. Por una parte, el derecho amparado se modifica: deja de ser el derecho *de* propiedad, para transformarse en el derecho *a la* propiedad; lo que introduce una idea de mucho alcance y significación social, pues establece el derecho de todo hombre de *tener acceso* a la propiedad, lo que, implícitamente, envuelve una crítica a la posibilidad de que unos pocos lleguen a poseer enormes cantidades de bienes en detrimento de los demás. En segundo lugar, consagra que no sólo la propiedad privada, sino también la propiedad colectiva, propiciada por los regímenes socialistas, es plenamente legítima como forma de propiedad humana.

Interesa también subrayar que el segundo inciso del mencionado art. 17 altera fundamentalmente la regla tradicional de que en caso de privación de propiedad privada por causa de utilidad pública será necesario el pago de previa y justa indemnización. Ese texto se limita a prohibir que alguien sea privado "arbitrariamente de su propiedad", lo que, por cierto, es algo bien diverso en su contenido de la regla anterior.

#### v. *Deformaciones actuales del derecho de propiedad*

La forma individualista absoluta que la legislación codificada

implantó para el derecho de propiedad privada ha permitido una gran concentración de riqueza en pocas manos, con el consecuencial poder social considerable que ella otorga en la sociedad actual, y ha sido ocasión para que los favorecidos, como dice Radbruch, puedan "tener también en sus manos la palanca de mando sobre los trabajadores".

Y si bien el carácter absoluto de este derecho se morigera por la función social que se le impone actualmente, hasta el momento nada se aprecia en la legislación de los países occidentales que esté destinado a poner un tope a la acumulación ilimitada de riqueza por individuos o corporaciones privadas.

Friedmann y Ripert demuestran cómo este derecho de propiedad se ha deformado, además, por obra del individualismo y del capitalismo. La propiedad privada, de forma de empleo de los bienes para las necesidades del hombre, se ha ido transformando en fuente de poder y en fuente de ganancias, intereses y rentas, características ajenas a su finalidad original. Y ese poder no se limita únicamente a las cosas, sino que también a los hombres, con posibilidad de resolver el destino hasta de miles de trabajadores (celebrando contratos de trabajo, tomando y despidiendo a los trabajadores, etc.), lo que viene a constituir al gran propietario en una autoridad casi pública o semejante a la autoridad pública, con la diferencia de que el propietario, a diferencia de aquélla, no responde ante el pueblo.

El empleo de la sociedad anónima como medio de reunir enormes capitales para la explotación de grandes empresas, ha distorsionado todavía más los esquemas originales, según lo comprueban los mismos autores. Ahora el dueño de las acciones es un mero receptor de dividendos que ha proporcionado un capital mayor o menor para ello; es un propietario puramente nominal, que no tiene goce de los bienes sociales ni puede ejercitar actividad personal sobre ellos y que no incurre en responsabilidad más allá de su aporte; de esta manera, pasa a ser apenas diferenciable del que prestó dinero para la empresa.

En cambio, los que verdaderamente manejan la gran empresa y deciden sobre la suerte de todo su personal, son los administradores de ella, los que "jurídicamente" obran en

nombre y representación de los dueños de las acciones. Con ello la propiedad y el control del negocio se divorcian y facilitan que quienes poseen a veces una mínima parte de las acciones tomen el control total del negocio. El contacto humano se esfuma y todo facilita las decisiones frías y calculadoras.<sup>4</sup> Es de esta fuente de donde surgen las grandes transnacionales, capaces de imponerse a estados medianos y pequeños por su poderío y potencialidad económica.

## vi. *Los derechos subjetivos*

Estos derechos son, dentro del concepto tradicional, esferas de poder reconocidas y garantizadas por el Derecho. Según Radbruch estos derechos solamente pueden basarse en una norma facultativa, que es la que convierte a los bienes jurídicos en derechos subjetivos; el legislador opera de esta manera cada vez que el interés individual se halla situado en la misma dirección de la realización jurídica por él deseada.

Windscheid sostiene que el derecho subjetivo consiste en el "poder conferido por el Derecho a la voluntad".

Duguit critica a los derechos subjetivos porque ellos implican siempre dos voluntades, una frente a la otra: una voluntad que puede imponerse a otra voluntad por ser superior a ella, lo que implica una cierta jerarquía de las voluntades y una afirmación sobre la naturaleza y la fuerza de la voluntad.

Según Kelsen, la teoría pura del Derecho no admite el dualismo Derecho objetivo-derecho subjetivo, pues el Derecho no tiene necesariamente que instituir derechos subjetivos. Por el contrario, sostiene que dentro de su teoría el Derecho objetivo reduce y absorbe a los derechos subjetivos. Para Kelsen lo primario es, jurídicamente, el deber y no el derecho subjetivo. Duguit comparte este mismo criterio.

La impugnación o la crítica de los derechos subjetivos se acentúa en muchos juristas modernos, entre los que podemos

<sup>4</sup> G. Ripert, en *Aspects juridiques...*, pp. 142, 143, 278, 279; W. Friedmann, pp. 81, 86, 88, 90, 305 y 317. Ver también nuestra obra citada en nota 2.

señalar a Lachance, Dabin, Miaille y Carbonnier. Michel Villey ha declarado que la noción de derecho subjetivo es artificial, ligada al individualismo y no indispensable para un buen funcionamiento del sistema jurídico.

Radbruch, después de explicar la clasificación de los derechos en reales y personales, señala cómo el desarrollo de la economía a base del crédito y del capitalismo ha transformado al derecho personal, de simple medio que era, primitivamente, para la obtención de un derecho real, en un fin de la economía. Pues actualmente la inversión de capitales no adopta ya la forma de derechos reales, sino la de derechos personales, en acciones, obligaciones, títulos, cuentas bancarias, etcétera.<sup>5</sup>

#### VII. *Libertad de contratar y autonomía de la voluntad*

En igual medida que el derecho de propiedad privada, la libre contratación y la determinación del alcance jurídico de las obligaciones que emanan de un pacto conforme a la voluntad de las partes intervinientes, constituye otro de los pilares jurídicos del liberal-individualismo. A tal punto que Ripper establece una clara relación entre el carácter absoluto del derecho de propiedad privada y la autonomía de la voluntad. Es la máxima exaltación y consagración legislativa del poder de la voluntad individual. El mismo autor recién nombrado llega a decir que el contrato es superior a la ley como fuente jurídica vinculante, porque es aceptado por las partes y no impuesto, como lo es la segunda. Maine asegura que la civilización progresa desde el *status* (posición social) al contrato. Y Friedmann llama al contrato el símbolo jurídico *por excelencia* de la sociedad capitalista.

La teoría contractual individualista, concebida para hombres abstractos, supone la igualdad de todas las partes que intervienen en una declaración de voluntad bilateral. Por consiguiente, toda obligación contraída por personas jurídicamente capaces, sin la presencia de una coacción física exterior,

<sup>5</sup> G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 88.

es válida, salvo casos muy excepcionales en que se admite cuestionar su eficacia por vicio del consentimiento o, en medida aun más limitada, por lesión del reclamante o por razones de orden público.

· embargo, la realidad es otra. Los hombres viven en condiciones enormemente desiguales y tienen entre sí desigualdades de muchas clases; una de éstas, que de hecho afecta en forma considerable la real libertad para ligarse jurídicamente, es la desigualdad económica. Comparemos, por ejemplo, el significado vital que tiene para un gran empresario y para un obrero común la celebración de un contrato individual de trabajo: para aquél se trata de un episodio insignificante dentro del inmenso volumen de un negocio que ocupa a miles de obreros, no lo realiza personalmente sino mediante dependientes suyos que lo representan, muy probablemente ni siquiera está informado de él y no conoce sus términos; en cambio, para el obrero de ese contrato depende su vida futura y la posibilidad de subsistencia para él y su familia, lo que lo transforma para él en un compromiso trascendental que concentra todo su interés y en el que cifra sus esperanzas. Suponer, en consecuencia, que ambos celebran el contrato con igual libertad e idénticas posibilidades de influir sobre las cláusulas que en él se contienen, es algo enteramente ajeno a la realidad.

El sentido individualista de la libre contratación y de la autonomía de la voluntad queda exteriorizado con la forma como ellas han sido aplicadas para alguna jurisprudencia británica y norteamericana, según información de Friedmann y de Pound.<sup>6</sup> Se ha sostenido en ella que "el interés público exige, ante todo, que los hombres puedan contratar libremente y que los contratos que con toda libertad han celebrado puedan ejecutarse sin trabas" (3, K.B. 571, 593); que "es imposible sostener la libertad de contratación y el derecho de propiedad privada sin reconocer al mismo tiempo como legítimas las desigualdades de fortuna que son consecuencias inevitables de esos derechos. . . porque el contrato se celebra con el fin de que cada uno gane algo que necesita o que desea

<sup>6</sup> W. Friedmann, pp. 110-112 y 280; R. Pound, pp. 84-90.

nar una sociedad más perfecta, nada podrían en contra del pasado, simplemente porque éste ya ocurrió y se habría consolidado definitivamente. Fácilmente se aprecia el carácter conservador, de esta doctrina.

Cuando un hecho se produjo y se consumó totalmente bajo una ley pasada, nadie pretendería que fuera revisado para ajustarlo a una nueva ley, dictada con posterioridad y que a la fecha de los hechos no existía.

El problema surge con el derecho de propiedad privada, con otros derechos subjetivos o con las obligaciones y derechos derivados de un contrato, obtenidos o celebrados bajo una ley después derogada, en cuanto ellos se prolongan o pueden prolongarse en el tiempo y alcanzar momentos en los que rige ya otra ley diversa, que no los reconoce o que los modifica. El derecho de propiedad, tenido por perpetuo, puede ser adquirido, por ejemplo, conforme a una ley y luego derogarse ésta y ser remplazada por otra que no admite esa adquisición. Si suponemos, como es lo normal hacerlo, que una ley nueva tiene más probabilidades de interpretar las necesidades sociales actuales que la ley antigua derogada por ella, empieza a observarse que no tiene fundamento lógico ni social la proposición de mantener intangible una situación creada al amparo de la ley antigua.<sup>7</sup>

Juristas más modernos, como Roubier y Planiol, han hecho distingos interesantes en materia de retroactividad. Sostienen que el derecho adquirido bajo la antigua ley no se pierde bajo la nueva, pero que debe ajustarse a ésta en lo relativo al ejercicio de las facultades que ese derecho otorga al titular, pues éste sería un mero "efecto inmediato" de la nueva ley, que debe ser aceptado. Se trata de un paliativo a la irretroactividad absoluta, pero tiene una importante limitación, cual es que no se aplicaría a los contratos, por lo que las obligaciones

<sup>7</sup> Por manido que sea el argumento, no podemos dejar de repetirlo por su absoluta verdad: con respeto efectivo de la irretroactividad de la ley no habría sido posible abolir la esclavitud, puesto que los esclavos eran considerados cosas del dominio de sus amos, los cuales tenían sobre ellos derecho de propiedad. Estados Unidos no respetó tampoco la irretroactividad de la ley cuando en 1933 (caso Bondholders) eliminó unilateralmente la obligación contraída con tenedores de bonos públicos que estipulaban el pago de éstos en oro.

emanadas de éstos persistirían sin modificación bajo la nueva ley.

La doctrina de la irretroactividad de la ley escamotea un aspecto fundamental del problema. Partiendo del supuesto de que la cuestión surja únicamente cuando hay dos leyes consecutivas en el tiempo, con contenido diverso, que han regido sucesivamente en el lapso en que se desarrolla el ejercicio de un derecho que fue adquirido y constituido conforme a la primera, nos encontramos con que la segunda ley tendrá un efecto muy restringido respecto de tal derecho, porque no se le permite desconocerlo sino tan sólo (según la teoría civil más progresista) regular su forma de ejercitarlo. La solución se basa en que de aplicarse la segunda ley al derecho originado con arreglo a la primera, aquélla operaría retroactivamente. Pero lo que se omite señalar es que si no se rige íntegramente ese derecho por la segunda ley, a partir de la fecha en que ésta entra en vigencia y deroga a la anterior, esta última, pese a haber fenecido, seguiría actuando en contra de la voluntad del legislador que quiso remplazarla. Se trataría, por consiguiente, de un caso de "ultra-actividad" de un precepto ya extinguido, el que, al igual que el Cid, triunfaría después de muerto, en contra de los intereses colectivos representados por la ley nueva y vigente (figura 5).

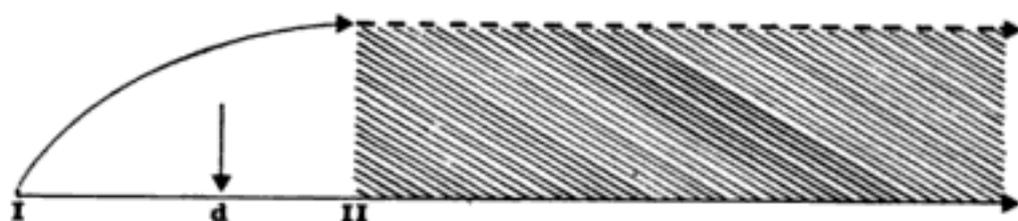


FIGURA 5

La línea recta horizontal representa el transcurso del tiempo (de izquierda a derecha). El punto I indica el momento en que se dicta una primera ley, que permite a los particulares la adquisición de ciertos derechos reales. El punto II indica el momento en que se dicta una segunda ley, que deroga la anterior y niega la adquisición de derechos de esa clase. La flecha vertical marca el momento en que un particular adquiere derechos (d) durante la vigencia de la primera ley y en conformidad con ésta.

Según la doctrina tradicional, la adquisición de derechos conforme a la primera ley (I), producida en el momento "d" impide en el futuro

que cualquier derogación posterior de ésta prive al particular de los derechos que adquirió legítimamente bajo la vigencia de aquélla. Esto significa que los derechos adquiridos son intangibles y, en principio, duran perpetuamente. Si tal privación operara en virtud de una ley posterior, según esa doctrina se habría producido una aplicación retroactiva de la segunda ley, pues ésta habría desconocido derechos ya incorporados al patrimonio particular en virtud de la primera.

Según la tesis que proponemos, la segunda ley (II) tiene fuerza bastante para derogar a la primera (I) y quitarle toda vigencia, si tal es la voluntad del legislador. Esto significa que la ley posterior puede, legítimamente según los principios jurídicos, desconocer derechos que se hubieren adquirido según una anterior, con tal que lo haga solamente a partir de la fecha en que entró en vigencia derogatoria. La segunda ley no sería retroactiva porque reconocería todos los efectos que correspondieron a la primera ley mientras ésta estuvo en vigencia (sector d-II). En el caso concreto eso significa que debe reconocerse que el particular adquirió los derechos reales de que se trata y que fue titular de ellos hasta el momento en que la primera ley dejó de existir. Pero si, como pretende la doctrina tradicional, se admitiera que también después de la dictación de la segunda ley (que es derogatoria) el sujeto continúa conservando los derechos que antes adquirió, resultaría que se está otorgando erróneamente a la primera ley una subsistencia que el legislador no quiere, puesto que se le reconocería vigencia en momentos en que no puede tenerla, porque ya dejó de existir (línea curva que parte de I hacia arriba y que al llegar al momento de la derogación se proyecta como sombra amparadora a todo el futuro). Esto es lo que se llama ultra-actividad de la ley, que es tan antijurídica como una genuina retroactividad.

Cabría agregar que en materia penal existe un consenso universal acerca de que la ley punitiva no puede tener efecto retroactivo, porque ello sería convertir *a posteriori* en delito, por ley, un hecho que en el momento de ser realizado era impune, lo que contraviene una garantía de libertad del sujeto. Por esta razón la Declaración Universal de los Derechos Humanos prohíbe expresamente las leyes penales retroactivas. Pero en otros ámbitos no hay esa limitación, lo que demuestra que el legislador es soberano para decidir.

#### IX. Seguridad y certeza jurídicas

Otro de los resortes ideado por los juristas para impedir hasta

torbellino en el que hoy vivimos. A lo que cabe agregar que entre sacrificar las necesarias y justas transformaciones sociales y aquella certeza, la elección en favor de la segunda opción no puede ser dudosa.

Aunque en ciertos casos sea de interés esa certeza, hay valores que están muy por encima de ella. Confirmémoslo con la proposición de Jefferson, que tiene claros antecedentes bíblicos, de entregar la tierra en usufructo de 19 años de duración, con el objeto de que el titular no pueda transmitirla ("los muertos no tienen sobre ella derechos ni poderes") y que cada nueva generación humana renueve el asentimiento que confiere al Derecho su fuerza vinculante.<sup>8</sup>

x. *Se trata de mecanismos políticos para impedir el cambio del Derecho*

Hemos conocido varias instituciones claves del Derecho burgués y hemos podido apreciar cómo están inequívocamente dirigidas a afianzar el *status* jurídico presente y a no admitir modificaciones en él. De lo que se trata, según su designio, es de que la estructura social vigente y algunos resortes primordiales del régimen económico no puedan cambiar. Se trata de doctrinas jurídicas que evidentemente exceden el plano del Derecho, pues no toca al jurista, como tal, ni propiciar cambios en el régimen político, social o económico, ni impedir que ellos se produzcan, pues ello concierne exclusivamente a la política.

"Existe una convicción muy difundida —reconoce Vinogradoff— de que los sistemas jurídicos actuales están perdiendo el contacto con las necesidades fundamentales de la sociedad moderna. No es necesario hoy día ser socialista para sentir que los sistemas vigentes de Derecho positivo, nacidos bajo el influjo de concepciones feudales y de teorías basadas en la libertad de contratación, tendrán que ser reformados a fondo para servir a las exigencias de la democracia ascendente."<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Citado por R. Pound, p. 20.

<sup>9</sup> P. Vinogradoff, p. 174.

En estas condiciones, cuando hoy "las fuerzas del cambio desafían violentamente a las fuerzas de la tradición" (Bodenhimer), cegar las vías jurídicas con razonamientos especiosos puede ser un muy grave error histórico.

LAS PERSPECTIVAS DE UN DERECHO MODERNO

1. *El Derecho a la zaga de los cambios sociales*

Ni el mundo permanece estático ni la vida detiene su curso tan sólo porque algunos hombres, ayudados por instituciones dispuestas para ello, quieran ahogar la dinámica de la historia. Una continua movilidad y cambio impulsan, más allá de cualquier voluntad conservadora, un proceso de creación cultural que pugna por expresarse en variaciones y revisiones de las formas de vida social, aun cuando para ello sea menester desbordar los marcos que quisieran contenerlo.

Nuevos valores y nuevas necesidades sociales azotan, ininterrumpidamente, ese Derecho petrificado e insuficiente, por inapto para adecuarse a las realidades emergentes. Y si las normas jurídicas no son capaces de latir al compás acelerado de la vida, no será el ritmo de ésta el que se retarde, aunque deba vencer obstáculos y por momentos parezca que disminuye su marcha.

No pretendemos negar que haya habido algunos progresos dentro de la ciencia jurídica y de las legislaciones, pero todos ellos han quedado cortos ante los requerimientos sociales. Muchas veces se ha tratado de meras reformulaciones de los añejos moldes; otras han sido novedades que miran más a lo formal o lo accidental que al fondo y a las esencias de las instituciones; no pocas veces los adelantos quedan en lo puramente teórico, sin posibilidad para enfrentar las nuevas realidades. A ello se debe que el Derecho, como ciencia y como legislación vaya quedando rezagado y que su desajuste con la evolución social vaya apareciendo cada vez más de manifiesto.

El Derecho, como instrumento para una vida social satisfactoria no debería tratar de conservarse a sí mismo ni de mantener pertinazmente sus posiciones tradicionales.

No obstante, considerado en su conjunto y especialmente en sus partes más decisivas e influyentes, no pasa de ser un conjunto arbitrario de reglas sociales que tienden a perpetuar un orden caduco, sobrepasado por la conciencia colectiva y con un designio socialmente paralizador.

Entre tanto, dentro del ambiente social ganan terreno cada vez más ideas divorciadas de aquellas que constituyen la inspiración del Derecho así considerado. Las tendencias que asignan preponderancia a la organización colectiva y a los valores del conjunto de la comunidad toman la delantera y conquistan la adhesión mayoritaria, aunque ello ocurra bajo diversos signos y denominaciones. Sea en la forma más radical del ideario socialista, aceptado y puesto en práctica ya por casi el 40% de toda la humanidad, sea como aquellas tendencias que en forma más cauta o tímida se llaman a sí mismas socializantes y que dominan ampliamente en los círculos intelectuales de nuestros países, sea en medios simplemente reformistas que declaran procurar la gradual modificación y mejoramiento de las condiciones de vida de las clases pobres, aunque en el fondo hayan nacido para combatir al socialismo, una mayoría abrumadora está en favor de cauces enteramente diferentes de los que inspiraron a los aspectos más primordiales del Derecho vigente.

Pero es evidente la ausencia de líneas directrices que puedan conducir al Derecho a una renovación o, cuando menos, a una conformación de sus instituciones y bases con las nuevas ideas imperantes. Mientras quienes lo estudian y enseñan permanecen aferrados a los viejos moldes, la imaginación de quienes quisieran verlo transformado se muestra, por su parte, incapaz de encontrar caminos inéditos de salida.

Haremos un intento audaz, aun cuando no presuntuoso, por la conciencia que tenemos en nuestras limitaciones, para sugerir ideas que nos parecen marcar una ruta de orientación para los esfuerzos de adaptación del Derecho a las necesidades actuales de las naciones latinoamericanas y a la conciencia dominante de sus pueblos.

Acometemos tan difícil tarea huérfanos de aportes ajenos que pudieran facilitárnosla o darnos esa confianza y seguri-

dad que se adquiere al transitar por sendas que otros recorrieron antes. Al menos, declaramos no conocer —y damos anticipadas excusas por nuestra ignorancia para el caso de que existan— teorías o doctrinas aptas para los países que ansían vivir en un ambiente social de solidaridad y de organización jurídica al servicio de todos. Solamente contaremos con el apoyo de algunas ideas aisladas que, sin duda, vamos a aprovechar.

## II. *Método seguido*

El concepto es el medio por el que el conocimiento resume en ideas cada vez más profundas lo que ha llegado a aprehender. Tiene por objeto delimitar mentalmente los objetos centrales que nos interesan dentro de un ámbito determinado. Mediante él se obtiene un conocimiento más acabado, aun cuando en forma abstracta, de la realidad, precisando las notas esenciales y diferenciales de los objetos que la componen.

Una ciencia que cambia, especialmente si es una ciencia social que intenta adaptarse a realidades nuevas o interpretadas en forma más verdadera, cuyo deber sería el caso del Derecho, debería crear conceptos nuevos que replacen los ya obsoletos.

Para alcanzar esa nueva conceptualización es posible usar diferentes métodos, pero, tratándose de ciencias sociales, habrá de tener predominio el método inductivo y experimental. Sin embargo, un método deductivo no puede ser excluido *a priori*, especialmente dentro del Derecho, disciplina que tiene importantes aspectos de abstracción.

Hace algunos años, haciendo un intento como el que en estos instantes nos proponemos<sup>1</sup> incurrimos en el error de tratar de agotar el estudio de los cambios que deben sobrevenir en un Derecho puesto al servicio de una sociedad solidaria, usando exclusivamente el método deductivo. El procedimiento

<sup>1</sup> Véase nuestro trabajo *La renovación del Derecho*.

nos permitió adivinar algunos aspectos de los cambios necesarios, pero quedamos flotando en un plano discursivo y abstracto, por falta del vivificante contacto con la realidad.

En aquella oportunidad nuestro plan se redujo a esquematizar mentalmente las líneas que el individualismo ha marcado en las instituciones del Derecho vigente, para luego, mediante una simple operación mental, poner al revés todos esos aspectos, al igual que se vira un guante volviendo su superficie interior al exterior. Los resultados, escasos pero importantes que así obtuvimos, serán también aprovechados ahora. Pero, indudablemente, con ellos quedamos muy cortos, por error de enfoque, frente a la vasta problemática de un Derecho nuevo.

Esta autocrítica y rectificación no indica, por cierto, que hayamos alcanzado ahora la solución plena. Confiamos, sin embargo, en proponer un conjunto algo más orgánico de ideas, que con la cooperación de otros estudiosos podría contribuir a la formulación posterior de un sistema bien estructurado.

Los dos descubrimientos "deductivos" fueron que si en el Derecho vigente encontramos todo un vasto conjunto de instituciones, doctrinas y postulados destinados a la defensa y protección del interés individual, a cuyo estudio, análisis y desarrollo los juristas tradicionales han dedicado multitud de obras y tratados, como ser, los derechos subjetivos, los derechos adquiridos, la autonomía de la voluntad, las obligaciones personales, etc., en la antítesis de esos esfuerzos tendríamos que hallar lo que hiciera falta para construir un Derecho de solidaridad, esto es, no individualista. Con ello llegamos a entender que un Derecho de esta clase debía girar en torno a dos polos principales: la primacía del interés colectivo o general por sobre el interés particular o privado y el desarrollo de la idea de los deberes sociales, como un equilibrio al sistema jurídico individualista basado en la exaltación desmesurada de los derechos individuales. Y esos fueron los conceptos que entonces desarrollamos.<sup>2</sup>

Magro o no dicho resultado, es el hecho de que ahora, con mayor meditación, queremos integrarlo con elementos que nos depara la misma realidad social y sobre la base de éstos

<sup>2</sup> *Ibid.*

atención para contener un peligro que es ahora más evidente y generalizado.

La necesidad de fiscalizadores activos, dotados de gran iniciativa propia y de un cierto grado de autonomía, que velen permanentemente por el recto desempeño de los encargados del servicio público, pasa a ser, ahora, cuestión vital para el éxito del sistema. Aparte de ellos, la existencia de sanciones expeditas y de medios legalmente adecuados para que los beneficios ilícitamente obtenidos por el mal funcionario retornen al patrimonio social, son igualmente indispensables.<sup>4</sup>

Una institución de origen escandinavo —nació en Suecia, pero se ha difundido ya a otros países, como Francia, Nueva Zelanda e Inglaterra, entre otros— la del “ombudsman”, ciudadano dotado de toda la autoridad necesaria para controlar los actos de administración del Estado y asumir la defensa de los ciudadanos desatendidos o atropellados, con poderes jurídicos amplios para realizar por sí mismos actos de fiscalización en cualquier organismo estatal y para recibir de los particulares o de otros funcionarios las denuncias o reclamaciones que demandan protección o impugnan decisiones o actos administrativos que lesionan la ley o los deberes de los reclamados, podría ser una solución apropiada, siempre que, a su vez, no se burocratice. Se trata, en el fondo, de la necesidad de que alguien realice esa función de “tribunos de la plebe” que constituyó una sociedad bastante más simple que la que hoy conocemos, la romana. La participación del pueblo en la función parece un resorte importante para el éxito de ella.

#### v. *La solidaridad como una actitud social*

Duguit, el gran teórico del papel central que le corresponde a la solidaridad en la vida colectiva y en el Derecho, nos la muestra como un hecho social evidente e insoslayable, derivado de la necesidad de unión que tienen los hombres entre sí.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Ver: Enrique Silva C., *El Control Público*, Caracas, 1976, pp. 25 a 50.

<sup>5</sup> L. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, pp. 8 y 9, y *Las transformaciones generales...*, pp. 41, 42 y 43.

La necesidad y el hecho de esta solidaridad fue observada por Ripert, pese a sus tendencias tan conservadoras, aun dentro del campo del Derecho Privado.<sup>6</sup>

Duguit sostiene que sin la solidaridad social sería enteramente imposible justificar las nuevas funciones del Estado en beneficio de una mejor vida del común de los habitantes.

El art. 57 de la Constitución de Venezuela de 1961 establece "obligaciones de solidaridad social" que incumben a los particulares, sin perjuicio de las "obligaciones de asistencia, educación y bienestar del pueblo" que competen al Estado y permite que mediante las leyes pueda ser impuesto el cumplimiento de todas estas obligaciones, en caso necesario. También, tratándose de ciertas profesiones, podrá imponerse legalmente el deber de prestar servicios temporales.

#### VI. *El trabajo como deber social*

Para Duguit una consecuencia inmediata y necesaria de su idea de la solidaridad social es que todo hombre tiene una función social que le corresponde llenar y que tiene el deber de cumplir. No le está permitido a un miembro de la sociedad permanecer inactivo ni dejarse dominar por la pereza. De ello deduce que la autoridad pública puede legítimamente imponer a todos el trabajo, dictando las normas que se lo exijan obligatoriamente; pues con ello no se hace sino determinar la obligación de cumplir la función social que les incumbe. No se refiere este autor a la imposición a todos de un trabajo determinado, sino del trabajo en sí, por no ser admisible a un miembro del cuerpo social no hacer nada en favor de éste.<sup>7</sup>

Concordamos en que en la vida social actual, dentro de un mundo en el que los bienes disponibles —y esto resulta particularmente dramático por lo que se refiere a los alimentos— no son suficientes para todos los hombres, corresponde al legislador exigir a todo individuo un trabajo útil a la comunidad,

<sup>6</sup> G. Ripert, en *Le régime démocratique...*, pp. 228, 252, 361 y 363.

<sup>7</sup> L. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, pp. 36 y 37, y *Las transformaciones generales...*, pp. 213 y 216.

sea él de naturaleza material, intelectual, artística o espiritual. Ello parece conclusión inexcusable dictada por la noción de bien público.

Atendida, sí, la variedad de gustos, aptitudes y disposiciones de los seres humanos, parece enteramente aceptable aspirar a que el Estado respete las vocaciones e inclinaciones personales de cada hombre, hasta donde le sea posible sin detrimento apreciable del bien colectivo.

La idea, que pudo parecer audaz a comienzos de siglo, empieza a hallar acogida no solamente en la legislación de países socialistas, donde el principio se reconoce, sino también en la de otros, nada sospechosos de serlo. Es así, por ejemplo, como en el art. 35 de la reciente Constitución española de 1978, se prescribe que "todos los españoles tienen el deber de trabajar", sin perjuicio de que también se reconozca en el mismo precepto el derecho al trabajo de libre elección y a una remuneración suficiente.

## VII. *Los deberes sociales*

Así como el Derecho de raigambre individualista pone particular acento en la afirmación de los "derechos" de los individuos, lanzando a los exégetas y jurisperitos a una torrencial producción de teorías sobre ellos y sus efectos protectores de la individualidad, un Derecho inspirado por principios de solidaridad social no puede menos de marcar la importancia de los "deberes" de los individuos.

Al hablar de los deberes sociales estamos muy distantes de la idea de "obligaciones civiles de índole personal" emanadas de las diversas fuentes de obligaciones que reconoce el Derecho Privado. Estas obligaciones personales no son sino el reverso de los derechos subjetivos, uno de los principales resortes de un Derecho que respalda al individualismo.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Eduardo García Máynez, en su obra *Introducción al estudio del Derecho*, observa que los juristas han descuidado el análisis del concepto de "deber" (p. 259), pero en su misma obra advierte que habla únicamente de las obligaciones personales privadas (p. 268.)

es lo primario en el Derecho, el cual, en cambio, no tiene que instituir necesariamente derechos subjetivos ya que pueden existir deberes y responsabilidades que no corresponden a un derecho subjetivo.<sup>11</sup> Por su parte, Olivecrona declara que los naturalistas, a diferencia de los metafísicos que parten del derecho subjetivo, lo hacen desde el deber.<sup>12</sup>

También Dabin concede importancia al deber jurídico cuando explica que “el rol del Derecho objetivo no se limita a crear y reconocer derechos subjetivos, sino que le corresponde también prescribir obligaciones o medidas de orden, sea en beneficio de otro, sea en beneficio del obligado mismo, sin la contrapartida de derecho subjetivo en el sentido propio del término, que implica por una parte una facultad de reivindicar y por la otra un titular determinado”.<sup>13</sup>

Que estas ideas comienzan a penetrar dentro de las prácticas internacionales lo demuestra el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en cuanto dispone que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

En la Constitución alemana de Weimar aparece, al parecer por primera vez, un capítulo especial con el nombre de “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”, dividido en diversas secciones en las cuales figuran: el deber supremo de los padres de educar a su descendencia (art. 120), el de aceptar funciones no remuneradas (art. 132), la obligación de proporcionar servicios personales al Estado y a la comunidad (art. 133), el deber de contribuir a las cargas públicas (art. 134), la obligación que impone la propiedad al servicio del interés general (art. 153) y la obligación escolar general (art. 145).

Las Constituciones de los países socialistas acostumbran a precisar los deberes que pesan sobre los ciudadanos. Principalmente señalan los de respetar la Constitución y las leyes, acatar la disciplina de trabajo, cumplir honestamente los deberes sociales, respetar las reglas socialistas de convivencia,

<sup>11</sup> H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, pp. 120, 121, 122, 123 y 124.

<sup>12</sup> K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*, p. 13.

<sup>13</sup> J. Dabin, p. 5.

proteger la propiedad colectiva socialista, cumplir el servicio militar y asegurar la defensa de la patria. Estos deberes se consignan en las Constituciones de Yugoslavia en 1946, de la República Popular China de 1954 y de Checoslovaquia de 1960 y también en las recientes Constituciones cubana de 1976 y soviética de 1977.

Cada día se difunde más la idea de los deberes sociales, también en el mundo occidental. En 1948 las naciones americanas aprobaron en Bogotá una Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La Constitución vigente en Venezuela, de 1961, trata de los deberes, derechos y garantías de todos los habitantes, e igual cosa hace la reciente Constitución del Ecuador, aprobada en 1978. Ambas constituciones dedican varios preceptos a determinar los deberes del hombre y no son actualmente las únicas que pueden señalarse en ese sentido.

### VIII. *El concepto de responsabilidad*

Conforme al sistema jurídico tradicional, la responsabilidad jurídica del hombre deriva principal, aunque no exclusivamente, de sus propias acciones y, con bastante frecuencia, de una exigencia subjetiva constituida por la culpabilidad.

En un Derecho de solidaridad social, destinado a regular la vida social de hombres que no solamente reclaman sus derechos sino que están dispuestos también a cumplir a cabalidad sus deberes hacia la comunidad, existe una mayor exigencia. No basta simplemente el no transgredir la ley o no lesionar derechos concretos de otros individuos, aspiración máxima del Derecho individualista; sino que es necesario que cada cual ponga todo de su parte para que la vida social se desenvuelva de la manera más favorable a la liberación y pleno desarrollo humano de cada uno de sus miembros. Esto impone una actitud atenta y diligente, que no puede ser colmada con la disposición puramente negativa de no violar la ley y no dañar a otros; es indispensable un ánimo positivo de parte de cada miembro del cuerpo social en orden a poner de su parte, afirmativamente, todo cuanto sea mejor para alcanzar los fines

de participación de todos los individuos en los beneficios sociales. Por ello es que se espera más de cada individuo y se exige poner un esfuerzo para rendir lo más posible conforme a las aptitudes personales, las que deben ser puestas al servicio de los demás y de la colectividad entera.

En consecuencia, lo que se exige es una disposición activa y llena de iniciativas de bien general. Basta el quedar atrás, el no rendir todo lo posible, el no participar a los demás de la propia capacidad, para que pueda originarse una responsabilidad.

Por esta razón, las omisiones originadas en el incumplimiento de deberes sociales y la falta de iniciativa para hacer derivar la actividad personal en provecho de la comunidad organizada, pueden constituirse en fuentes de responsabilidad jurídica.

El Derecho de la solidaridad social espera que cada componente del cuerpo social esté dispuesto a vivir de manera que su actividad sea fuente de bienestar, cooperación y creatividad en beneficio común, puesto que hay deberes que pesan sobre los individuos en tal sentido.

Tal criterio afecta a todos los órdenes de responsabilidades jurídicas, especialmente las penales (dentro de las cuales se apreciará un aumento de los tipos penales de omisión, de peligro y meramente culposos), administrativas, laborales y simplemente civiles.

No obstante, en lo relativo a la responsabilidad penal, siguen pesando siglos de identificación o de asimilación de ella a responsabilidades religiosa y moral. Con todo, se hace aparente un movimiento teórico interesante destinado a buscar un nuevo concepto de responsabilidad penal.<sup>14</sup>

En materia privada y laboral recibe cabida una responsabilidad puramente objetiva, que ensancha notablemente el marco de las respectivas responsabilidades tradicionales.

<sup>14</sup> Ver nuestra obra citada en segundo lugar en nota 15 del cap. IX, pp. 36 a 42.

### IX. *La primacía del interés general sobre el privado*

El principio de que el interés o bien colectivos predominan sobre el interés particular o privado debe constituirse en el eje central de todo Derecho moderno. Al igual que el de los deberes fundamentales, es un principio político, pero por su contenido tiene efectos determinantes en el Derecho.

Los antecedentes de este principio se remontan a milenios.

Las palabras de Cicerón "*salus populi suprema lex esto*"<sup>15</sup> y las reglas justinianas "*propter privatorum commodum non debet communi utilitati praeiudicare*" y "*utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus*"<sup>16</sup> expresan la verdad de que el bien colectivo ha de sobreponerse al bien particular.

En la Edad Media lo proclamó también Santo Tomás de Aquino y el principio mereció la preocupación de sus seguidores. Tal vez la frase más precisa que puede invocarse de este filósofo es: "Si hablamos de la justicia legal, es evidente que ésta es la más preclara entre todas las virtudes morales, en cuanto el bien común es preeminente sobre el bien singular de una persona." También puede recordarse la que dice: "Todos los que componen alguna comunidad se relacionan a la misma como las partes al todo: y como la parte, en cuanto tal, es del todo, síguese que cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo."<sup>17</sup>

No han faltado tentativas de tergiversar la opinión del Santo Doctor, utilizando pasajes tocantes a temas teológicos y que no conciernen a la organización política temporal, caso este último de los que hemos mencionado, pues proceden de los Tratados de la Ley y de la Justicia.

En tiempos modernos el principio ha sido aceptado por juristas tradicionales, aun cuando sea en forma incidental o limitada y sin concederle el relieve de un principio básico destinado a orientar todo el Derecho. Ihering insiste en el hecho de que la vida social supone la existencia de un interés colec-

<sup>15</sup> Cicerón, *De legibus*, III, 3.

<sup>16</sup> Codex, 12, 63, 3.

<sup>17</sup> *Suma teológica*, II, II, q. 58, a.12 y a.5. También se encuentran referencias al principio en la misma cuestión, a.7, ad.2 y en la cuestión 64, a.2 y en I, II, q.96, a.4.

sus más importantes preceptos, especialmente de los arts. 3 y 27. Dentro del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de México, el art. 836 lo acoge de manera expresa, tratándose de la propiedad de particulares, y su art. 16 es también una aplicación parcial de ese principio.

Estos serían los conceptos jurídicos y los elementos condicionantes de lo jurídico que podrían ser utilizados como base de una elaboración moderna del Derecho.

## EL PROYECTO CONCRETO DE VIDA SOCIAL, LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y LA REVOLUCIÓN

### 1. *El proyecto concreto de vida social*

Dentro de este capítulo vamos a presentar dos o tres temas que, como cabos sueltos, han ido quedando atrás en el desarrollo precedente, los que preferimos agrupar no por razones sistemáticas sino en obsequio a la brevedad.

Al terminar el capítulo VIII señalábamos que el legislador debe renovar el Derecho inspirándose en el proyecto histórico social de su pueblo.

Todo pueblo tiene, conforme a su medio ambiente, a su idiosincrasia, a su evolución cultural, a sus condicionamientos históricos y a su genio colectivo, una manera especial de concebir sus aspiraciones comunes como sociedad organizada. Tales aspiraciones conforman lo que algunos han denominado "proyecto de vida colectiva" y que aquí designamos "proyecto concreto de vida social". Este proyecto está constituido por las metas comunes que se propone una comunidad dada, en una etapa histórica determinada, sobre la base de una cierta visión del mundo y del hombre, en momentos en los que una minoría dominante no ahogue sus anhelos.

La legislación de cada pueblo, para constituir una normativa que encarne las exigencias de la conciencia colectiva y se amolde a lo que más conviene a su carácter propio, debiera inspirarse en tal proyecto. En otra forma, la legislación no corresponderá al sentimiento de la comunidad que debe regir y se reducirá a un artificioso conjunto de reglas impuestas por la fuerza que las implanta o respalda, pero resistidas internamente por los componentes de aquélla.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> No ahondaremos en esta materia, por ser propia de la sociología jurídica.

Con ello hemos expresado que una legislación que se aparte de ese proyecto concreto de vida social, constituirá un Derecho impuesto más o menos arbitrariamente, pero no algo sentido como la normativa natural que ese pueblo demanda, por acomodar mejor a sus aspiraciones más profundas.

## II. *Forma de determinar tal proyecto*

Ese proyecto concreto de vida organizada no es fácil de conocer, pero puede ser descubierto examinando tendencias y manifestaciones colectivas de cada pueblo en las que se exterioricen sus inclinaciones por ciertos moldes de organización o por algunos valores sociales.

Toca a la sociología determinar los métodos apropiados para investigar ese proyecto. Aquí solamente nos ocuparemos de mostrar algunos elementos que de ordinario son valiosos para indicarlo y que son: la historia de ese pueblo, en cuanto marca líneas que se proyectan a la exteriorización de un modelo de organización social generalmente acogido; el ambiente social actual de ese pueblo, en cuanto revela una tendencia presente en igual sentido (que puede modificar o perfeccionar la anterior) y, finalmente, lo que resulta de las manifestaciones legislativas de mayor jerarquía o expresividad del país, en cuanto puedan manifestar principios o ideas que ostensiblemente cuenten con un asentimiento general.

Por cierto que la determinación de ese proyecto de vida social tiene que hacerse separadamente para cada pueblo, aprovechando en cada caso los elementos de juicio más esclarecedores.

Como simple ejemplo, teniendo en consideración que este trabajo fue escrito en México, país que nos acogió entonces generosamente, propondremos algunos elementos de juicio que estimamos valiosos para configurar lo que podría proponerse como el proyecto concreto de vida social actual del pueblo mexicano.

### III. *El proyecto de vida social mexicano a través de su Constitución*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que podríamos considerar como la más natural y adecuada expresión de las aspiraciones nacionales en materia de organización social, nos muestra ciertas ideas dominantes que nos ayudan a perfilar algunas bases.

En forma puramente esquemática mencionamos, entre otras:

a] El Gobierno debe tener forma republicana, representativa, democrática y federal, con respeto de las autonomías locales (arts. 40 y 115).

b] El pueblo es el titular esencial y originario de la soberanía; de él dimana y a su servicio está todo poder; él conserva el derecho inalienable de alterar o modificar la forma de gobierno (art. 39).

c] La democracia es un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo (art. 3).

d] La meta de la organización social mexicana es el desarrollo de todas las facultades del ser humano, dentro de una mejor convivencia humana, en un ambiente de aprecio a la dignidad humana, a la familia y a la fraternidad entre los hombres (art. 3).

e] Existe un conjunto de libertades ciudadanas fundamentales que deben ser respetadas (arts. 1 al 26).

f] Debe procurarse una equitativa distribución de la riqueza, para lo cual se ponen límites a la propiedad rural, se instituye un patrimonio familiar y se permite dotar de tierras a núcleos de población carentes de ellas, tomándolas de la propiedad inmediata (arts. 27 y 123).

g] El interés general de la sociedad predomina por sobre el interés de particulares (implícito en los arts. 3, 4, 27, 28 y 131).

h] La Nación tiene derecho originario de propiedad sobre las tierras y las aguas y le corresponde el derecho de transferir el dominio de ellas a los particulares a fin de que se constituya la propiedad privada<sup>2</sup> (art. 27).

<sup>2</sup> Según A. Córdova, p. 227, la Comisión de Constitución de Querétaro pro-

i] El derecho de propiedad privada no es absoluto. El Estado puede privar de él por causa de utilidad pública sin necesidad de indemnización previa y pagando solamente el valor declarado para fines fiscales. Tiene también el derecho de imponerle las modalidades que dicte el interés público (art. 27).

j] Son deberes especiales del Estado la educación y la salubridad públicas (arts. 3 y 73).

k] Los ciudadanos deben cumplir ciertos deberes públicos (arts. 5 y 36).

l] La base de la actividad económica es la libre concurrencia, dentro de un ambiente de libertad de industria y comercio (arts. 4 y 28).

m] Sin embargo, se reconoce que la falta de medios económicos coloca al trabajador en condición desigual frente al patrón, por lo que la ley debe intervenir a fin de apoyar al más débil y restablecer la igualdad (art. 123).

n] Se acepta que la sociedad está dividida en clases: trabajadores y patrones. El Estado procura la armonía y la conciliación entre ambas clases (art. 123).

#### iv. *El proyecto mexicano a través de algunos códigos*

Para los fines de apreciar las aspiraciones colectivas de un sector muy importante y representativo del pueblo mexicano, vamos a considerar los códigos Civil y Penal para el Distrito y Territorios Federales. Sin embargo, tratándose del primero, dictado en 1928, nos parece más importante que su contenido mismo, para estos fines, la exposición de motivos de su Comisión Redactora, harto más avanzada que el texto mismo; tanto porque ella recibió el apoyo del presidente Calles cuando informó sobre el código al Congreso,<sup>3</sup> cuanto porque expresa en forma mucho más precisa que un texto meramente precep-

clamó el "derecho natural" de propiedad al elaborar el texto del art. 27 de la Constitución. Sin embargo, es manifiesto que, pese a tal deseo, el texto no apoya una fundamentación de la propiedad privada en el Derecho Natural, sino en la propiedad originaria del Estado y en la voluntad de éste de transferir el dominio a los particulares.

<sup>3</sup> *Los presidentes de México ante la Nación*, pp. 818-820.

tivo las intenciones y aspiraciones generales que intentaba satisfacer, aun cuando ellas no hayan sido plenamente alcanzadas.<sup>4</sup>

Dicha exposición de motivos señala el propósito de modernizar la antigua legislación civil considerando el desarrollo económico, la preponderancia del movimiento sindicalista, el crecimiento de las grandes urbes, los nuevos descubrimientos científicos, etc., y de transformar la legislación civil individualista, dominada por la pequeña industria, en un "Código Privado Social" que abandone los principios de la escuela liberal y permita "socializar el Derecho" acogiendo los anhelos de emancipación económica de las clases populares. Agrega el deseo de dar protección efectiva a "la clase desvalida o ignorante" modificando disposiciones inspiradas en "los clásicos prejuicios de la igualdad ante la ley y de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos", ya que "sustituye el principio fundamental de la autonomía de la persona (en las obligaciones) . . . por una norma menos metafísica e individualista cual es la . . . interdependencia y solidaridad social". Indica la conveniencia de dar cierto amparo al que trabaja la propiedad, aun cuando no sea el dueño ni obre autorizado por éste, "para estimular el esfuerzo productor". También insiste en la necesidad de velar por una mejor distribución de la riqueza.

Dentro del Código Penal citado, de 1931, encontramos en el Libro II todo un título, el XIV, destinado a sancionar los delitos contra la economía pública, cuyo contenido revela que la economía mexicana no acepta funcionar conforme a principios liberal-individualistas, sino bajo un concepto de Estado protector de los consumidores y del interés general mediante la regulación, restricción o prohibición de actividades económicas cuando éstas sean consideradas contrarias a tales intereses. Demuestra, asimismo, que se admiten limitaciones al derecho de propiedad privada y a la libertad de industria y comercio, en cuanto su abuso perjudique a la generalidad de los habitantes.

<sup>4</sup> Véase capítulo I, párrafo III.

nados en esta sección y en las dos precedentes, sitúa lo que nos pareciera ser el proyecto de vida social mexicano<sup>7</sup> en un plano teórico de considerables coincidencias con muchas de las ideas que hemos propuesto en los capítulos anteriores.

#### VI. *Importancia jurídica del proyecto de vida social*

Si, como lo sustentamos, el Derecho es un instrumento social de mera ordenación, cuyo contenido le es dado por los lineamientos políticos imperantes, no puede desconocerse la importancia que adquiere aquél proyecto de vida social, pues, normalmente, al menos según la teoría democrática, en él estará preponderantemente la inspiración del legislador.

Es posible suponer, por consiguiente, en tales condiciones, que la forma de organización que adopten las instituciones políticas y administrativas de un país y los marcos concretos de ordenación de la vida social que se hagan sustentar al Derecho, habrían de girar en torno de tal proyecto, el que vendrá a constituirse en la médula de contenido de las normas jurídicas que se dicten.

Hemos de agregar que, a nuestro juicio, atendido el carácter tan conservador del Derecho y su frecuente divorcio de las reales necesidades y aspiraciones colectivas, para descubrir las verdaderas líneas del proyecto concreto de vida social de un pueblo dentro de las normas jurídicas (en la parte en que dentro de éstas puede desentrañarse aquél) es preferible, como lo hemos hecho, rastrearlo en los textos y exteriorizaciones más progresistas del Derecho y de las ideas jurídicas, porque seguramente serán éstas, dentro del estancamiento habitual del Derecho, las que marquen más aproximadamente la tendencia actual de las aspiraciones colectivas. En esa forma se previene contra ese "enquistamiento del Derecho" que denuncia Soler, el cual hace que ante las nuevas exigencias de una realidad social siempre en transformación, el jurista aparezca

<sup>7</sup> Usamos expresiones dubitativas por considerar que la tarea de desentrañar ese proyecto está reservada a los estudiosos mexicanos y no a un extranjero.

“repitiendo un pensamiento cada vez más inactual, cada vez más perimido e inadecuado”.<sup>8</sup>

Basta lo expuesto para captar el interés del tal proyecto de vida social para los fines de una auténtica interpretación teleológica de la ley, interpretación tanto más necesaria cuanto que la ley resulta en definitiva el instrumento de una voluntad política. Lo cual nos trae al problema de la interpretación de la ley.

Advirtamos que Larenz señala la importancia que adquieren lo que él llama “los fines y las decisiones fundamentales político-jurídicas que han de ser realizadas por la ley” y las “circunstancias económicas y sociales que los autores de la ley tenían ante sí”, como elementos valiosos para una correcta interpretación legal.<sup>9</sup>

Por su parte, Kantorowicz llega al punto de afirmar que todas las mudanzas históricas del Derecho pueden ser miradas como una contraposición entre formalismo y finalismo. La tendencia formalista, dice, parte de una norma jurídica formulada y se propone interpretar su texto para ajustarse a la voluntad que lo formuló; en cambio, la tendencia finalista parte del sentido y no del texto y se propone manejar y modelar el Derecho para dar satisfacción a los fines de la vida. Y concluye: “El carácter de la tendencia formalista es siempre más verbalista, más teórico, más pasivo, más receptivo, más conservador; el carácter de la tendencia finalista, en cambio, es más realista, más práctico, más crítico, más progresivo y más creador.”<sup>10</sup>

Es en Friedmann donde encontramos ideas que parecen más próximas a las que hemos expuesto, cuando dice: “. . . en la interpretación de leyes el juez debe tomar nota de los grandes cambios de la opinión pública y de la política social, de manifestaciones suficientemente fundamentales para ser aceptadas por el consenso de la opinión pública y para ser expresadas por la tendencia general en la política legislativa. La formulación de esa actitud tiene que ser siempre algo vaga, porque los

<sup>8</sup> S. Soler, p. 12.

<sup>9</sup> K. Larenz, p. 262.

<sup>10</sup> Kantorowicz, en trabajo suyo que reproduce Radbruch en su *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 97.

### VIII. *La interpretación progresiva y sus límites*

Hemos explicado que la generalidad de la ley y su puesta en vigencia a futuro indefinido, si bien presentan ventajas sociales —garantía contra la arbitrariedad y aseguramiento de una certeza en las reglas que han de regir— tienen a su vez inconvenientes graves, entre los que se hallan su imposibilidad de proporcionar reglas que consideren las particularidades de algunos casos, en forma de ver satisfactoriamente resuelta en ella la especificidad de éstos, y la gradual obsolescencia de la regla que ella contiene a medida que pasa el tiempo.

Para el primer aspecto negativo se propone la epiqueya, la que consiste en una enmienda de la ley cuando se la aplica a un caso particular que escapa al sentido del mandato general que ella contiene.

El segundo no tiene otra forma de ser atenuado que la aceptación de una interpretación progresiva de la ley, que, en la medida de lo posible, intente ajustar ésta a las nuevas circunstancias de la vida social.

Esta interpretación progresiva tiene sus fundamentos, pero también sus límites. Veámoslos rápidamente.

Cuando el legislador dicta una ley sin plazo prefijado de vigencia, sabe que ella habrá de durar hasta que otro acto legislativo concreto la derogue o la modifique. Esto hace que el acto legislativo lleve envuelta una voluntad de que la ley perdure, pese a las posibles futuras alteraciones de la vida social —que el legislador puede anticipar genéricamente, pero no puede adivinar en sus detalles— hasta que una nueva ley la derogue o modifique. Esto autoriza a suponer que el legislador quiere que la ley continúe rigiendo, pero adaptada a las nuevas circunstancias que han de sobrevenir. Sin embargo, esta adaptación encuentra un límite en la falta de atribuciones del juez para modificar un texto legal. Por ello es que la adaptación puede hacerse hasta donde lo permita el tenor literal del precepto: dentro de éste el juez debe operar con la máxima latitud para cumplir esta adecuación de la ley a las cambiantes condiciones sociales.

Radbruch admite que la interpretación debe hacerse en relación con las exigencias siempre nuevas y cambiantes de cada

época histórica, pues tal posibilidad de adaptación obedece a la multiplicidad de sentidos que se le pueden dar al texto legal, en tanto se respete objetivamente el sentido del Derecho.<sup>12</sup> Larenz considera expresamente el efecto que en la interpretación tiene la modificación de las circunstancias reales con vistas a las cuales se dictó la norma y acepta que el cambio autorizaría a modificar la interpretación precedente que de ella se hacía, con tal que la nueva interpretación permanezca dentro del límite del sentido literal posible.<sup>13</sup>

El autor primeramente citado, en un esfuerzo por ensanchar este marco, que desafortunadamente no es muy amplio, agrega que "el intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor; es más, *tiene* que ser más inteligente que su autor".<sup>14</sup> Luego agrega que una interpretación permite descubrir gran número de significaciones insospechadas, con significados ajenos a la intención del legislador pero que corresponden, sin embargo, al sentido objetivo del Derecho. Ya hemos censurado esta forma de "idealización" de la ley y de los conceptos jurídicos; creemos que ella no alcanza a ser saneada por el elevado propósito de dar más apertura a una interpretación progresiva.

En cambio, nos parece correcta la posición del mismo Radbruch cuando propone que la interpretación jurídica no se reduce a pensar posteriormente algo que ya había sido pensado antes por el legislador, sino en llevar lo pensado por éste hasta el final consecuente del proceso del pensamiento, pues la interpretación ha de desarrollar y poner de manifiesto el contenido de sentido inmanente de una proposición jurídica.

Otro aspecto que el intérprete debe tener presente es que cualquiera nueva ley que se dicte está destinada a formar parte de todo un sistema de Derecho preexistente. En consecuencia, ella entra de inmediato en relaciones activas y pasivas con las demás disposiciones del mismo sistema. Esto significa que ella influencia a todo el sistema preexistente, lo que permite a Cronet afirmar que cualquier disposición introducida en la

<sup>12</sup> G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, p. 148.

<sup>13</sup> K. Larenz, p. 277.

<sup>14</sup> *Loc. cit.*

ley puede llegar a ser una fuente de rejuvenecimiento para el conjunto del Derecho.<sup>15</sup> A su vez, ella es afectada por el sistema en el que ella se incorpora. De este modo se producen corrientes comunicantes de transformación en uno y otro sentido.

En el capítulo I criticamos el estado de disociación en que la ciencia jurídica dominante mantiene a la nueva legislación en relación con la legislación codificada tradicional, lo que ha traído la consecuencia de que los profesores y tribunales hayan prescindido hasta ahora, en medida considerable, de los efectos recíprocos que una y otra deben ejercer y soportar.

### IX. *El jurista y la revolución*

Adivinamos ya la objeción de algún lector revolucionario ortodoxo a nuestras reflexiones: "Solamente una revolución que lleve al poder a los trabajadores y establezca un régimen económico-social nuevo, dirigido a abolir la explotación del hombre por el hombre y las alienaciones que produce y favorece la sociedad actual, capaz también de suprimir las diferencias de clase, podría, una vez producida como hecho social, originar la aparición de un nuevo Derecho. El Derecho es la consecuencia (superestructura) del régimen socioeconómico existente. Lo que se nos propone no pasa de ser una lucubración idealista carente de todo apoyo real, apta solamente para divertirse en elaboraciones tan teóricas como las que se critican. Ellas servirían, a lo sumo, para un reformismo que detenga el proceso revolucionario en marcha."

No impugnariamos tal observación. Porque efectivamente un cambio jurídico radical no puede derivar sino de una revolución que empiece por transformar profundamente a la sociedad conforme a bases nuevas y que, como consecuencia de ello, origine un nuevo Derecho desligado de las condiciones sociales que conocemos.

La norma jurídica no puede determinar por sí misma una

<sup>15</sup> Citado por S. Soler, p. 112.

transformación profunda de la sociedad. El Derecho, ni como doctrina ni como legislación, tiene aptitud alguna para determinar una revolución. Esto parece evidente.

Pero precisaríamos, al mismo tiempo, que la elaboración antes expuesta tiene utilidad en varios aspectos importantes. Ella muestra la insuficiencia del Derecho actual, muy distante de esa perfección que tan interesadamente se le atribuye; exhibe el mito de instituciones y conceptos que anidan dentro de él, y ayuda a pensar en las líneas generales que podrían caracterizar un Derecho apropiado para una nueva sociedad, mejor organizada. Pero, simultáneamente, puesto que la transformación profunda de un sistema socioeconómico requiere de condiciones objetivas que no en todos los países se dan, permite avizorar lo que realmente pueden ser reformas jurídicas "efectivas" que hagan menos dura la espera y que familiaricen al jurista con las instituciones que el porvenir muy probablemente instaurará en lo normativo. En fin, ella orienta el pensamiento jurídico a los puntos claves para superar la crisis del Derecho actual.

En esto quisiéramos ser claros: el jurista que quiera la revolución no tiene sino un camino directo: contribuir a que se abran paso en la sociedad la idea y la acción revolucionarias. En ello obrará no como jurista sino como revolucionario. Cuando la revolución esté ya producida como fenómeno social, irá surgiendo, como producto de la nueva sociedad y no como causa de ella, un nuevo Derecho con características revolucionarias, a cuya elaboración técnica el jurista debe concurrir. Solamente en esta segunda etapa habrá la posibilidad de una colaboración del jurista revolucionario como tal jurista.

## APARIENCIA, REALIDAD Y SUBJETIVISMO

### 1. *El necesario balance*

A través de un extenso y, por momentos, fatigoso recorrido, que se inició con el examen de la legislación positiva en sus rasgos más generales, que prosiguió con la consideración de problemas jurídicos teóricos y que procuró, finalmente, estudiar los contenidos del Derecho vigente a la luz de la influencia que sobre ellos ejercen las concepciones político-económicas y las nuevas formas de vida social, nos ha sido posible mostrar, desde ángulos bien diversos pero complementarios, que el Derecho que conocemos obstruye el cambio de la sociedad en que vivimos y, en muchas oportunidades, se convierte en ese pesado lastre al que nos referimos en palabras iniciales.

Toca ahora intentar algo que pueda parecerse a un balance conjunto de todo lo expuesto y que integre en una visión general los puntos particulares que fuimos desarrollando. Para este fin, más que limitarnos a resumir nuestras observaciones anteriores, preferiríamos proyectarlas en sesgo diverso, de modo que, si nuestras fuerzas nos lo permiten, resulten enriquecidas.

El Derecho que hoy domina, obra en nuestra vida social como un verdadero freno para transformaciones sociales que parecen indispensables. Y este efecto proviene no sólo de un procedimiento de formulación de normas carente de flexibilidad; escindido en diferentes tendencias y aspiraciones pero con clara preponderancia de sus estructuras más tradicionales; profuso hasta hacer casi imposible su cabal conocimiento; defectuoso en su forma; vastamente manipulado en sus teorías fundantes y en la inspiración de su contenido; avasallado por concepciones ideológicas reaccionarias en todo lo que concierne a sus reglas de más efectiva y frecuente aplicación, y transformado en instrumento de sacralización de graves distorsiones

del funcionamiento social. Porque la deformación del Derecho con el fin de que sea utilizado más fácilmente en su provecho por un reducido sector social que ha tenido y conserva su imperio sobre todos los restantes grupos mayoritarios, no se queda únicamente allí. Hay otros mecanismos sociales muchísimo más amplios, dotados de gran eficacia expansiva, que también se ponen en movimiento, los cuales consisten principalmente en la generación y mantenimiento de una falsa conciencia social, en la introducción subrepticia de mitos muy precisamente destinados a mantener en el error al pueblo y en el adiestramiento de un vasto equipo de aplicadores de la ley encargados de imponerla en forma concordante con los intereses de los dominadores.

Algunos de estos aspectos son tan dilatados y multiformes, que su análisis podría hacer excesivamente extenso este trabajo y sacarnos del plano de nuestra especialización. Consisten, principalmente, en la elaboración de toda una conciencia social deformada y aun en la formación de una cultura nacional viciada, mediante el empleo de los amplios recursos que puede proporcionar el manejo interesado de la educación y de todos los medios de comunicación social. Podemos identificarlos *grosso modo*, pero su tratamiento a fondo exigiría conocimientos de los que carecemos. Cuando el poder cae en manos de quienes cuentan con cuantiosos recursos económicos y con amplia ayuda externa para cumplir la voluntad de mantenerse en él / éstos pondrán en juego todos los medios y todas las técnicas, con la mayor eficacia. Porque todo eso lo permite el uso del poder.

Sin embargo, hay una parte de ese manejo que en alguna forma podemos diseñar, especialmente en aquello que de manera más directa se liga con los problemas jurídicos. Además, existe otro plano, el de la aplicación de la ley, que aun cuando no forme parte propiamente de este estudio, amerita una referencia que podría ilustrar bastante sobre su importancia práctica y sobre la forma en que es utilizada dentro del plan total al que hacemos referencia.

Con tal fin vamos a ocuparnos primero de los conceptos de Derecho y Estado, tanto en su apariencia como en su realidad sociales y, luego, de la aplicación que se da al Derecho en la

vida social, mediante un conjunto de observaciones de índole general que no se proponen un desarrollo exhaustivo del tema sino que apuntan apenas a señalar algunas contradicciones importantes que confirman e ilustran nuestras consideraciones.

Para terminar, hemos de presentar, así sea en forma de un mero boceto, porque nos parece útil y complementario a nuestro propósito, las reacciones más definidas que el cuadrivio sociedad-política-economía-derecho suscita dentro de la dinámica social y de la psicología humana.

## II. *El Derecho como apariencia y realidad*

La sociedad capitalista en la que nos toca vivir impone un sistema socio-económico en el que los menos (clase dominante) se reparten las riquezas naturales y aprovechan del trabajo de los más. El fruto económico de tal sistema, vertido casi exclusivamente en favor de aquellos que son menos, permite a éstos enriquecerse y, con ello, les concede medios eficaces para reproducir y perpetuar esa forma de organización social.

Todo está dispuesto en una sociedad de esta clase para que su sistema de organización, pese a lo injusto que es, sea presentado ante los dominados como un modelo social insuperable, que no podría ser cambiado sino al precio de desastres económicos y sociales y con sacrificio de "valores" trascendentales cuyo mero riesgo intimida a los que se dejan llevar por la ideología establecida.

Dentro de este sistema, la ley y el Derecho se convierten en instrumentos eficientes e irremplazables capaces de hacerlo perdurar. Mediante ellos no solamente se impone un orden social coercitivo destinado a preservar el dominio de los menos, sino que se introducen en la mentalidad nacional nociones que serán utilísimas para asignarle a dicho orden un carácter de sagrado e íntocable. El mito jurídico adquiere con ello una función bien precisa y se extiende a muchos aspectos generales de la organización social. De esta manera, la acartonada democracia representativa se confunde con participación directa del pueblo en el gobierno; la aceptación plena de los

mecanismos electorales establecidos, con respeto de la voluntad de las mayorías; la renuncia absoluta a la violencia, con el espíritu cristiano de amor y de paz; la sumisión al ordenamiento socio-económico que beneficia a unos pocos, con patriotismo, disciplina y sentido del orden; el Estado, con un ente abstracto superior, neutral, capaz de hacer respetar los derechos de todos por igual y de favorecer a los débiles; el monopolio de los medios de comunicación por los grandes empresarios, con libertad de información, etcétera.

El orden social que el Derecho favorece dentro de tal sistema es de verdadera atomización. Se procura disgregar a los seres humanos, dificultarles su unión y su asociación, salvo en planos que cooperen a la mitologización buscada; todo el empeño se dirige a impedir que pueda surgir un poder alternativo al de la clase dominante.

Cuando en dicho sistema se habla del Hombre (así, con mayúscula) ha de entenderse que se trata del hombre occidental que vive hoy dentro de él. Lo mismo sucede cuando se habla de Derecho, caso en el cual corresponde entender que se trata únicamente del Derecho occidental burgués.

En plano más directamente circunscrito por la ciencia jurídica, se proponen como principios y reglas universalmente válidos los que pertenecen exclusivamente a la inspiración bien determinada en la que se asienta el sistema. Y ellos adquieren corporeidad y prestigio, como únicas instituciones posibles para una vida social ordenada; es lo que sucede con la propiedad privada, con la autonomía de la voluntad en los contratos, con la libertad de industria y comercio y con el contrato de trabajo. La noción de persona (en su sentido jurídico restringido de sujeto de derechos) reviste desmedida importancia, porque será la que va a justificar la posibilidad de que el trabajo personal del hombre sea cedido a un empresario privado mediante un precio.

Esta interesada ideología penetra también en los más sublimes símbolos, religiosos, morales y nacionales que se proclaman y se ampara dentro de sus pliegues. En cualquier recoveco de la cultura occidental encontramos el apoyo al sistema socio-económico que en ella impera.

Con mucha razón y bastante ingenio, un jurista moderno

ha desmentido que el Derecho de la sociedad burguesa capitalista exprese un *deber ser*; la verdad sería que sus reglas y principios están destinados principalmente a consolidar y mantener lo que ya existe y constituye su tipo de organización socio-económica; es decir, reflejarían algo que ya es.

Todo eso envuelve una apariencia engañosa que hemos denunciado en páginas anteriores, pues el Derecho no es sino un instrumento de ordenación social. Sus reglas son apenas formas cuyo contenido se llena con las inspiraciones político-económicas de una sociedad determinada y carecen de significación por sí mismas, si se las quiere presentar aisladas de un contexto social concreto animado por las metas que le imprime el sector dominante. Por eso el empeño en evitar que se las considere como una pura técnica instrumental; de ahí el claro designio de incorporarles indebidamente el contenido ideológico liberal-individualista, al cual se lo presenta como algo inherente y propio de todo sistema jurídico que merezca el nombre de tal, siendo que apenas encierra un conjunto de postulados necesarios para sostener y defender el capitalismo burgués. Presentar el Derecho puesto al servicio de la burguesía y con el contenido económico social denunciado, como el único Derecho posible o, a lo menos, como el más desarrollado, perfecto y completo, ha constituido el principal éxito de la clase ahora dominante.

Esto nos explica las palabras de M. Miaille:

"... Creer que se pudiera estudiar un mundo de puras formas sin relacionarlas jamás con los contenidos socio-económicos de los cuales constituyen la expresión, es pura ilusión para los juristas más honestos o pura hipocresía para los juristas que conocen las realidades que ocultan las formas."<sup>1</sup>

Mientras los juristas renuncien a una profundización de la idea misma de Derecho, mientras no pongan sus principios al servicio de una sociedad más actual y mejor organizada, mientras no revisen la legislación anticuada que rige predominantemente para darle a la ciencia jurídica por lo menos la posibilidad de abrirse a concepciones sociales más justas y,

<sup>1</sup> M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, París, Maspero, 1976, p. 347.

muy en especial, mientras no renuncien a continuar al servicio de ideologías para las que la manipulación del Derecho es una de las más importantes armas dentro de su lucha política, económica y social, el Derecho persistirá como un obstáculo para el cambio social.

### III. *El Estado y lo que tras él se esconde*

En el Estado se concreta la forma de organización pública de una sociedad a nivel nacional y regional. Teóricamente, el Estado debe quedar sujeto a las normas jurídicas y de allí viene el concepto de Estado de Derecho. Pero, al mismo tiempo, es el Estado el que genera parte importante del Derecho por medio de un conjunto de mecanismos que se le atribuyen.

La teoría dominante en nuestro medio nos presenta abstractamente al Estado como la institución política suprema encargada de guiar a una sociedad humana a la obtención de sus fines. Estos fines se alcanzan con el otorgamiento a cada uno de sus miembros de los medios apropiados para que logren su más pleno desenvolvimiento humano y para que obtengan la mayor felicidad terrena. Con ello el Estado queda convertido en el tutor y custodio del "bien común", principio también abstracto, que se presta y se ha prestado a más de una manipulación en provecho de grupos minoritarios.

No existe, sin embargo, tal Estado dedicado exclusivamente a servir el interés general (bien común, según la expresión tomista), a defender los derechos de todos los miembros del cuerpo social, a evitar los conflictos entre ellos y a obrar como sumo armonizador en calidad de árbitro final. La pretendida neutralidad del Estado, su supuesta impersonalidad y la sugerida idea de que es apto para ponerse al servicio de cualquier ideología "que democráticamente conquiste el poder", son otras tantas fábulas destinadas a alentar vanas esperanzas, a apaciguar impaciencias y a quebrar rebeldías. Porque en la realidad el Estado y su acción se impregnan de los intereses, codicias y pasiones de los hombres de carne y hueso que los manejan.

El Estado, aun ese Estado más evolucionado que prevalece hoy en adelantados países del mundo occidental, no es en la realidad ese ente superior encargado de racionalizar la vida social para bien de todos, sino la organización más vasta, eficiente y fiel con que cuenta la burguesía económicamente más poderosa para aferrarse al poder que detenta. De ese Estado las clases mayoritarias no pueden esperar orden, paz y seguridad para ellas, porque su verdadera misión es la de proporcionarlos a la clase dominante.

El revestimiento del Estado con tan respetables atuendos, tendenciosamente realizado por los teóricos al servicio de la clase dominante, guarda estrechísima relación con la manipulación del Derecho que hemos denunciado antes. También él es una forma de perpetuar las condiciones socioeconómicas actuales en provecho de grupos plutocráticos a los cuales el Estado debe tales concepción, estructura y apariencias.

La clase dominante necesita de un Estado, de un Derecho y de una cultura que enmascaren los antagonismos y contradicciones sociales y que la ayuden a mantener determinadas relaciones de producción que la favorecen. Esta es la razón por la cual no se conoce una transformación radical del orden social imperante que haya sido alcanzada dentro de la institucionalidad existente.<sup>2</sup>

El Estado capitalista exhibe, no obstante, una extraordinaria vitalidad, capaz de reducir sus contradicciones más violentas y de asegurarle permanencia. Esta vitalidad se explica por la forma tan hábil en que la clase hegemónica integra dentro de él, en astuta combinación, la apariencia con la realidad. Pues en cuanto dicha clase quiere hacer creer que tal Estado

<sup>2</sup> Nuestra afirmación tiene sólido respaldo. Fuimos actores y testigos de ese insólito esfuerzo que tuvo lugar en Chile, desde noviembre de 1970 hasta septiembre de 1973, para modificar profundamente, en beneficio de las grandes mayorías y dentro de la ley, el sistema institucional chileno, con siglo y medio de vida democrática. La subversión violenta que en su contra promovieron las fuerzas tradicionales y también las reformistas (que nunca dejaron de llamarse a sí mismas "democráticas"), ante el temor de que desapareciera del país el régimen social burgués, determinó su fracaso y la más cruel y sangrienta de las represiones en contra de quienes procuraron el cambio social por vías pacíficas. Nuestra experiencia ha quedado transcrita en nuestro: *¿Vía legal hacia el socialismo?* (El caso de Chile 1970-1973), Caracas, Editorial Jurídica Vene-

es un órgano supremo apto para satisfacer las aspiraciones e intereses de todos, se ve obligada, para no perder credibilidad y para mantener viva la mistificación, a concederle formas democráticas y a asignarle algunas actividades de bien general que en alguna medida atiendan a los anhelos de las demás clases. Esto explica el carácter "democrático" que ella atribuye al Estado capitalista, el cual, aunque no sea verdadero en el fondo, la coloca en la necesidad de imponerle ciertas actuaciones concretas de sentido democrático. Pero éstas podrán ser aprovechadas, a su vez, por las mayorías nacionales en su lucha por su mejoramiento.

Todo esto origina una auténtica crisis dentro del sistema, porque ese carácter democrático, en razón de que exige algunas manifestaciones externas que lo hagan verosímil y permite algún margen de avance y progreso a las clases subordinadas, obliga al sector hegemónico a suprimirlo durante ciertos períodos, para que no se le vaya a escapar de sus manos el control social que mantiene. Por ello es que cada cierto tiempo brotan esas formas políticas aparentemente anormales, como son el bonapartismo, las dictaduras militares y aun manifestaciones de brutal gobierno fascista, que ensucian la cara buena del régimen. Tiene la razón, pues, Miliband cuando expresa:

"Que el capitalismo es incompatible con el autoritarismo o que constituye una garantía de protección en contra de éste, puede ser buena propaganda, pero es una triste sociología política."<sup>3</sup>

#### IV. *La aplicación del Derecho*

Al tratar de los derechos humanos (cap. VII, secciones VIII, IX y X) tuvimos oportunidad de dejar sentado que una cosa es un reconocimiento de ellos en el texto de declaraciones, tratados, constituciones y leyes, y otra muy diversa es su efectiva vigencia en la vida social de las naciones que emiten éstos.

Para la conciencia de buena parte de los juristas lo primero

zolana, 1978.

<sup>3</sup> Ralph Miliband, *El Estado en la sociedad capitalista*, México, Siglo XXI, 1978, p. 22.

pueden seguir cursos diferentes, alguno de los cuales pudiera coincidir con los intereses generales. De aquí la importancia que para la vida social de un pueblo tienen el equipo administrativo del Estado y los tribunales de justicia, que son quienes habitualmente se ocupan de imponer la norma al caso concreto.

Pues no faltan casos en los que la clase dominante, como medio para calmar exigencias sociales justas de otra clase, accede a emitir las leyes que parecerían apropiadas para satisfacerlas, con la seguridad de que en su aplicación serán desvirtuadas del modo que le conviene.

Lamentablemente, en las sociedades burguesas esos dos elementos esenciales del aparato estatal, administración pública y tribunales, están integrados preferente, cuando no exclusivamente, por individuos de formación conservadora, temerosos de cualquier avance social, custodios celosos de un orden tradicional y cancerberos fieles de los intereses de la clase dominante. Con ello, los efectos que pudieran alcanzarse con algunas escasas reformas legislativas positivas, se verán frustradas.

Los jueces principalmente, y también algunos altos funcionarios, dominan un arte especial que les permite cambiar las palabras y renovar los razonamientos sin que por ello lleguen a introducir variaciones en el fondo de sus conclusiones. Una ley nueva puede ser esquivada por ellos limpiamente, porque la estructura jurídica básica les ofrece material abundante para apoyar las tesis tradicionales. Y como, en definitiva, el juez podría ser tenido como el verdadero creador del Derecho en la vida social, porque es su decisión la que se impone de manera final y la que puede ser llevada a la práctica hasta con ayuda de la fuerza, basta con que los jueces estén modelados según el arquetipo que para ellos presupone la clase dominante: adustos, austeros e impenetrables en lo exterior, pero internamente inficionados por la mitología jurídica burguesa, contaminados por los falsos valores del capitalismo y conscientes de que su real papel es la preservación del *status* en el que viven.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> La actitud de los tribunales chilenos durante el gobierno del presidente Allende es una demostración de lo que puede rendir en favor de la contrarrevolución la plena entrega de ellos al servicio de un sistema que asegure el

Para ello han sido formados en escuelas de Derecho cuya tarea fundamental parecería ser la de ocultar la verdadera ciencia jurídica con el fin de que el Derecho siga siendo el más eficiente instrumento de reproducción y perduración de la organización social establecida.

#### *v. Interés de la posición subjetiva*

En capítulos anteriores procuramos mostrar la forma en que las concepciones políticas y económicas infiltran su contenido en el Derecho positivo de una sociedad concreta y cómo la ciencia y el ordenamiento jurídicos de la casi totalidad de los países occidentales están decisivamente influenciados por la vieja ideología liberal-individualista, porque así conviene a los intereses de las clases en ellos dominantes.

Ahora quisiéramos ocuparnos de otros aspectos, que permiten exhibir y discriminar variadas posiciones que adoptan los hombres en relación al Derecho, a la forma de organización social y a las ideas que los sustentan. Aun cuando es evidente que las reacciones humanas que vamos a analizar se verán exteriorizadas de modo más explícito y preciso en los conocedores del Derecho, ellas no son exclusivas de éstos; en mayor o menor grado ellas están presentes también, a lo menos de manera larvada, en todo ciudadano que tenga concepto de lo que es una organización de la sociedad humana.

Proponemos esta revisión de la posición subjetiva que el ser humano tiene ante el Derecho como manifestación genérica de organización social o ante ciertos fenómenos o manifestaciones jurídicas que él llega a conocer de modo más directo y que determinan esa organización, porque pensamos que ella puede permitirnos profundizar mejor en el efecto que las reglas jurídicas surten sobre la generalidad de los individuos y, asimismo, en el juicio y valoración que ellos se forman interiormente del ordenamiento jurídico que rige, en relación con aquél que ellos idealmente preferirían.

poder a la plutocracia. Ver sobre esto nuestra obra citada en nota 2 de este capítulo.

Si en el cap. VIII, ante la imposibilidad práctica de abarcar todas las concepciones políticas, sociales y económicas existentes, hicimos una reducción esquemática de ellas, proponiendo tan sólo tres principales líneas de pensamiento: la liberal-individualista, la socialista y la ecléctica, para el objetivo que vamos a desarrollar ahora habremos de emplear, de igual manera, un necesario procedimiento de simplificación de aquellas posiciones subjetivas, como única forma práctica de poder englobar todas aquellas que se manifiestan de modo más decisivo y distinto. Es indudable que con ello vamos a incurrir, otra vez, en manifiesta generalización, la que en algún caso podría conducir a afirmaciones poco precisas o sin los debidos matices y, por ello, no enteramente ajustadas a la realidad. Pero nos parece preferible este riesgo —harto menor por suficientemente advertido— que el de enredarnos en interminables especulaciones. Por ello nos limitaremos a tres actitudes subjetivas básicas ante la organización social y el Derecho, que serán: la actitud conservadora, la actitud reformista y la actitud revolucionaria.

Conviene dejar en claro que estas posiciones no tienen que coincidir siempre y necesariamente con las tres concepciones políticas y económicas esquemáticas a las que nos referimos en el cap. VIII, puesto que de hecho existen regímenes occidentales de diverso grado de avance social. Es así como junto a países en los que está viva la concepción liberal-individualista, hay algunos en los que el reformismo ha logrado imprimir su huella en alguna medida dentro de la legislación y existe también caso en que se manifiestan tendencias abiertamente revolucionarias. Es obvio que en países de mayor adelanto político, una posición de preservación del régimen existente podría indicar reformismo o, en el caso extremo, inspiración revolucionaria. Pero ante la subsistencia, dentro del plano jurídico, en la gran mayoría de dichas naciones occidentales, de principios jurídicos retrógrados que se hallan enraizados fuertemente en sus normas legales más trascendentes y desarrolladas, no podemos negar que, en la generalidad de los casos, se dará congruencia entre estas actitudes subjetivas y la respectiva concepción político-económica.

Tratándose de la actitud revolucionaria, dentro de nuestro

dualistas, asignan intensa valoración a la posesión de bienes materiales (siendo particularmente significativa la cuantía de éstos) y suponen que la vasta masa de los desposeídos debe permanecer sometida a su sujeción histórica.

En plano político y económico declaran reconocimiento a la igualdad entre los hombres y a la plena libertad de ellos, pero se trata de un reconocimiento abstracto, destinado a permitir un ámbito dentro del cual cada uno pueda demostrar sus aptitudes para desarrollar las actividades lucrativas que le atraigan dentro de la amplia libertad de industria y comercio que predicen. La capacidad personal de cada uno y sus condiciones de iniciativa, laboriosidad y ahorro, habrán de llevar al triunfo de los más aptos. Éstos se convertirán en conductores de la economía a través de sus respectivas empresas y en ellas engancharán para que trabajen a sus órdenes a los que carecen de aptitud u oportunidad para la competencia económica. El trabajo de los asalariados ha de ser valorado como un costo de producción de cada empresa y adquiere, con ello, el sentido de una mercancía cuyo precio se regula por las reglas de la oferta y de la demanda. La economía tiene sus reglas propias, según las cuales la mayor productividad y la mejor satisfacción de las necesidades de todos se regula automáticamente por el mercado. Cada cual puede obtener ganancias conforme a esas reglas, sin limitación en cuanto a su monto y con posibilidad de acumulación indefinida de riqueza. El Estado debe ocuparse solamente de resguardar la plena libertad de cada uno, mediante un aparato judicial y policial eficiente y, en especial, debe dar amparo a la propiedad privada y a los derechos adquiridos. No debe interferir el Estado en el libre juego de las leyes económicas mediante interferencia o regulación de ninguna especie.

El objetivo social más ansiado es la seguridad en el goce de lo que cada uno llega a obtener, por la vía de eliminar a toda amenaza que pueda atacarlo.

La pobreza es, generalmente, resultado del ocio, del dispendio, de la ineptitud o del vicio. Su base principal está formada por quienes fueron derrotados en la libre competencia económica.

En lo concerniente a principios jurídicos, este sector se

apoya en las nociones desarrolladas por los juristas del siglo pasado y de comienzos del presente. Los mecanismos legales más admirados, puesto que son los que mejor aseguran la reproducción y perpetuación del *status*, son una propiedad privada absoluta, la total irretroactividad de la ley, la más amplia libertad de contratación y una irrestricta autonomía de la voluntad.

### VII. *La actitud reformista*

El reformista, a diferencia de los que forman el grupo antes descrito, cree que en la organización actual de la sociedad hay injusticias que pueden y deben ser remediadas. Para ello se hace necesario introducir rectificaciones más o menos acentuadas a esa organización, sin que esto signifique llegar a una transformación total de ella. De este modo, los que poseen riqueza continuarán poseyéndola, aun cuando con subordinación al interés social en cuanto a su empleo; los que son pobres, probablemente seguirán siéndolo, pero su nivel económico será mejorado para suprimir la miseria y para que todos dispongan de un mínimo indispensable para su desarrollo físico, intelectual y moral. Una redistribución justa de la riqueza eliminará o reducirá muchas tensiones sociales.

Es frecuente que entre los sostenedores de esta posición se encuentren pequeños empresarios que no han logrado hacer fortuna o trabajadores eficientes que han logrado un nivel de vida mayor que el de otros asalariados, pero que aspiran a aumentarlo aún más. Ellos conocen o están cerca de la penuria que vive la mayor parte de la población y quisieran erradicarla, pero al mismo tiempo esperan que una reforma les permita mejorar su situación a ellos mismos.

La ideología de este grupo mantiene en alto el principio de la dignidad humana; se asienta en manifiesta sensibilidad social y en inclinaciones de piedad humana ante la injusticia y el sufrimiento ajeno; propone una elevación general de la producción de bienes y un progreso en su distribución (desarrollismo), y procura una conciliación entre las diversas clases

voluntades individuales al bien común no importa, sin embargo, el rechazo de las relaciones jurídicas privadas entre los individuos; éstos podrán tener entre sí todas las que quieran, a menos que una desigualdad notoria entre las partes constituya presión para la más débil. En este último caso, la ley prestará apoyo al débil para que alcance una relación equitativa. La riqueza y los bienes materiales que posean los hombres pueden ser mantenidos, con tal que el ejercicio del derecho de propiedad privada se someta a las exigencias del bien común. Puede aceptarse una cierta flexibilidad para modificar el ejercicio de los derechos legalmente adquiridos.

### VIII. *La actitud revolucionaria*

Otros, en fin, sienten que sólo una transformación radical de la organización social existente permitirá a sus miembros una vida realmente humana, que los saque de la alienación en que viven y que los libere de toda explotación y opresión. Sólo una auténtica revolución podrá satisfacer a quienes buscan una forma de vida enteramente diversa, capaz de hacer realidad la plena liberación del hombre y de permitir que éste logre su completo desenvolvimiento físico, intelectual y espiritual dentro de un ambiente social solidario y fraterno.

La meta final de este revolucionario es la total desaparición de las clases, después que la sociedad haya alcanzado una organización sobre molde colectivista. Para que esto se haga posible, las masas desposeídas deberán impulsar organizada-mente el proceso que lleve al derrumbe del régimen capitalista y a la instauración de una sociedad nueva para un hombre nuevo.

La organización social es una superestructura que está determinada en último término por el modo de producción. Cuando se elimine la explotación del hombre por el hombre, arrebatando a los capitalistas los medios de producción; cuando la economía sea articulada sobre la base de los intereses de los trabajadores y bajo la dirección de éstos; cuando el proceso productivo quede sujeto a una planificación central ba-

sada en el interés de toda la población; cuando sean las necesidades de los hombres las que regulen dicho proceso, se habrá alcanzado una forma de vida social efectivamente igualitaria para hombres efectivamente libres, a los cuales nada falte para su pleno desarrollo creador dentro de una sociedad sin tensiones ni contradicciones y, por ende, pacífica y armónica.

Para llegar a esa fase final, suprema aspiración de un revolucionario, se hace necesario un período de transición en el cual todos los medios de producción sean socializados, extinguiendo la propiedad privada sobre ellos, que es la base de la explotación humana. En ese período regirá una legalidad socialista destinada principalmente a terminar con el dominio de los capitalistas y a defender el proceso revolucionario. Dicha legalidad no reconocerá derechos privados sobre medios de producción ni tolerará acumulación privada de riqueza. Nadie podrá disponer para sí, a título de propiedad personal, sino de bienes de consumo, de comodidad personal y doméstica y de la vivienda. La base de esa propiedad personal estará en los ingresos provenientes del trabajo.

Una vez que se alcance la fase final de una sociedad comunista, el Derecho y el Estado desaparecerán.

### IX. *Cuadro sinóptico*

Terminamos desplegando ante el lector un cuadro sinóptico destinado a mostrar gráficamente la forma en que parecen relacionarse los intereses, las aspiraciones, las ideologías y el Derecho, sobre la base de los elementos subjetivos e ideológicos que los determinan e impulsan.

Este cuadro, aparte de precisar las explicaciones precedentes, facilita la relación entre las múltiples referencias, pues éstas aparecen descompuestas en sus elementos más simples y ordenadas en forma equivalente. Un simple entrecruzamiento de líneas permite, p.ej. comprobar que los satisfechos con el sistema económico-social imperante no pueden prohiar su cambio ni su corrección y que no prescindirán de un Derecho o un Estado que resguarde sus conquistas; también que la planifi-

cación central de la economía por el Estado no es compatible con la libre iniciativa empresarial ni con el imperio de la plena autonomía de la voluntad.

Esta simplificación permite la utilización de unidades simples para futuros estudios de profundización sobre la materia y facilita la transferencia a fichas apropiadas para ser incorporadas en cuadros más complejos.

Cuadros tan esquemáticos pueden llevar al estudioso a una petrificación de una vida social muy móvil y rica o inducir a un dogmatismo sobre relaciones que deben ser discutidas y reexaminadas críticamente. Creemos, con todo, que éste puede permitir un pequeño paso adelante en el estudio de problemas de esta clase.

#### x. *Palabras finales*

No dudamos que para muchos juristas formados en el ambiente social que hoy prevalece, nuestras ideas sonarán a exabrupto si no a sacrilegio. Es bien difícil que mentalidades modeladas por tan hábil sistema de deformación de ideas y de conciencias, puedan captar de buenas a primeras la verdad que se contiene en estas páginas. Algunos de ellos hasta podrán tornarse más recalcitrantes después de su lectura.

En cambio, estudiantes de Derecho o jóvenes estudiosos de otras ciencias sociales que recién se inician, y que por ello no están incorporados aún a la red de ataduras que más adelante los ligará con el *status*, sin haber internalizado todavía las distorsiones que gradualmente se les van a imbuir a través de la enseñanza y de otros medios de influencia social, podrán percibir, con limpia mirada, que el Derecho puede y debe ser fundado, pensado, desarrollado y hecho realidad como regla de ordenación social, de una manera muy diferente de la que hasta ahora se ha practicado en occidente, con gran provecho para el ser humano. Es de ellos de quienes podrá brotar principalmente una actitud crítica del Derecho que objetamos y una voluntad para depurarlo o aun para sustituirlo, en bien de la sociedad toda.

Es esa visión refrescante y esa fe en la juventud la que está en el fondo de todas nuestras esperanzas.

CUADRO SINÓPTICO DE LAS ACTITUDES SUBJETIVAS ANTE LA ORGANIZACIÓN ECONÓMICO-SOCIAL VIGENTE  
(con principal referencia a lo jurídico)

	ACTITUD CONSERVADORA	ACTITUD REFORMISTA	ACTITUD REVOLUCIONARIA
FINALIDAD PRIMORDIAL:	CONSERVAR EL STATUS	CORREGIR EL STATUS	TRANSFORMAR RADICALMENTE EL STATUS
QUIÉNES LA SUSTENTAN:	los satisfechos	los que también aspiran a satisfacerse	los desposeídos que nada esperan del sistema actual
VALOR PREVALECIENTE:	su propia seguridad	la reducción de las injusticias sociales	la plena igualdad de todos los hombres
BASES IDEOLÓGICAS GENERALES:	<ul style="list-style-type: none"> <li>—individualismo</li> <li>—tanto vale quien tanto posee</li> <li>—predominio de clase triunfadora</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>—sensibilidad social</li> <li>—conservación de estructuras básicas pero con valoración del ser humano</li> <li>—colaboración de clases</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>—abolición de la propiedad privada capitalista</li> <li>—masas desposeídas son motor revolucionario y eje de la historia</li> <li>—desaparición final de clases</li> </ul>
FUNDAMENTOS ECONÓMICOS:	<ul style="list-style-type: none"> <li>—libertad de industria y comercio</li> <li>—libre iniciativa empresarial</li> <li>—espíritu de lucro como impulsor de la economía</li> <li>—sentido competitivo de actividad económica</li> <li>—mercado regula actividades económicas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>—libertad de industria y comercio salvo casos excepcionales</li> <li>—Estado ejerce cierta función reguladora de actividades privadas</li> <li>—Estado moderada excesiva codicia de empresarios</li> <li>—la competencia económica tiene su límite en la intervención estatal</li> <li>—mercado regula actividades económicas pero Estado puede limitar sus efectos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>—Estado planifica centralmente las actividades económicas</li> <li>—Estado regula la producción y distribución de bienes</li> <li>—solidaridad humana domina la economía</li> <li>—colaboración social es la regla de las actividades económicas</li> <li>—necesidades humanas regulan economía</li> </ul>

## LAS DIFERENTES CONCEPCIONES JURÍDICAS

### I. *Propósito*

Este libro ha sido escrito no solamente para juristas y estudiosos del Derecho sino para toda persona culta que experimente una natural inquietud por la insuficiencia de la ordenación normativa que rige actualmente en la sociedad.

Comprendemos que muchos de estos últimos, por carencia de información especializada sobre las diversas doctrinas jurídicas, podrán desear conocer a lo menos los aspectos esenciales de éstas, para confrontar las diferentes posiciones sustentadas por el pensamiento humano acerca del Derecho con las tesis que aquí se presentan. Esto explica y justifica este Apéndice.

Al prepararlo cumplimos, además, un deber de reconocimiento de lo mucho que esas doctrinas nos han aportado en nuestro estudio.

Por consiguiente, este Apéndice está destinado a los no juristas y no pretende enseñar nada a los que ya conocen las teorías jurídicas. Habrá de servir solamente para orientar a quienes quieran iniciarse en el estudio de éstas, pues, obviamente, tal estudio deberá ser completado en las obras especializadas pertinentes.

Esta es la razón por la cual en este Apéndice se hace una exposición simplificada y suscita de las principales posiciones doctrinarias que tienen más influencia en el pensamiento jurídico latinoamericano.

### II. *La doctrina del Derecho Natural*

La doctrina del llamado Derecho Natural comprende a una

gran variedad de escuelas y teorías, desarrollados en el curso de más de dos milenios y que obedecen a concepciones diferentes en cuanto a su fundamento, contenido y características. El denominador común de todas ellas sería la idea de que existe, antes y por encima del Derecho Positivo, un conjunto de normas o principios rectores capaces de dar un contenido propio a las nociones de justo y de injusto, válidos por sí mismos y fundados en la naturaleza del hombre.

Supone el Derecho Natural un orden jurídico *a priori*, cognoscible racionalmente, anterior a todo legislador humano y de un rango tal que el legislador positivo no debe desconocerlo; por el contrario, corresponde a éste ajustar a este Derecho los preceptos que dicte y contribuir a que sean obedecidas sus normas.

En consecuencia, reconoce un dualismo en el Derecho. Por una parte un Derecho Natural, superior, verdadero modelo ideal de principios jurídicos para cualquier pueblo o época; por otra, un Derecho positivo que cada país dicta en un momento dado dentro de su propio territorio. Si las leyes positivas se apartan de las normas o principios de Derecho Natural, pasan a convertirse en simples mandatos ilegítimos, sin otro respaldo que la fuerza que los impone; ellos no pueden ser considerados, en tal caso, normas jurídicas, puesto que consumirían la injusticia.

Es una doctrina que se inició en Grecia clásica, que pasó de allí a Roma y que tuvo amplia aceptación en la escolástica de la Edad Media. En los siglos xvii y xviii fue reformulada bajo la forma de un Derecho Natural profano y de esta manera ejerció notable influjo sobre la Ilustración y los teóricos de la Revolución Francesa.

Por el prestigio de que goza dentro de parte considerable de los medios eclesiásticos católicos y porque continúa siendo en varios países el soporte básico de la filosofía jurídica tradicional que se enseña, expondremos aquí la que, tal vez, sea su más importante especie: la doctrina tomista del Derecho Natural, formulada por Santo Tomás de Aquino y desarrollada por sus seguidores, que es la variante que alcanzó mayor hondura filosófica y la que ha sido retomada en nuestro tiempo por un importante movimiento neotomista, si bien con

innovaciones que tienden a acentuar la variabilidad de muchos principios de ese Derecho.

Dios, Creador y Providencia del universo, crea y da existencia a las criaturas, las constituye según el plan de su inteligencia divina y les imprime el principio de acción que las conduce hacia su fin. El ordenamiento que da la sabiduría divina a la creación, disponiendo todos sus actos y movimientos, rige para todos los seres creados y recibe el nombre de ley eterna.

Todas las criaturas están sujetas a esa ley eterna de una manera pasiva, pues la reciben y soportan, quedando sometidas a ella. Pero el hombre, ser racional, capaz de conocer su propia naturaleza y el fin a que está destinado, y dotado de una voluntad que le permite dirigir los actos que libremente puede realizar, está en la posibilidad de conocer inteligentemente las normas de la ley eterna y aceptar su cumplimiento. Tomada en esta última forma, la ley eterna pasa a ser la ley natural.

Para el tomismo "*omne ens est bonum*": todo ser es bien (en cuanto todo ser expresa su propia naturaleza y contiene en sí mismo su fin) y "*agere sequitur esse*": la acción corresponde al ser. Esto significa que al conocimiento del ser corresponde el del deber, de donde se sigue el principio de que el hombre debe obrar conforme a su ser. Por eso es que los principios más generales del actuar humano pueden deducirse de las cualidades esenciales del hombre y de las relaciones que su ser guarda con los demás seres.

El fundamento último de la ley natural es la naturaleza misma del hombre, ya que ésta es la realidad de la cual aquélla emana, por expresar la sabiduría divina y la intención que ella tiene prevista para el ser humano. La expresión naturaleza se toma aquí en el sentido de aquello que caracteriza a un ser cualquiera en su especificidad, de aquello que lo constituye en propio; aquello sin lo cual ese ser pierde toda realidad y significación. O sea, la naturaleza de un ser es aquello sin lo cual no existiría como tal, realidad inalienable, que explica la estabilidad y permanencia de un comportamiento específico.

Para el hombre la ley natural que fluye de la naturaleza humana revela el proyecto divino respecto del ser humano y el lugar que Dios le ha asignado dentro de todo el universo; expresa la finalidad profunda del ser humano y la forma de su inserción en el orden divino.

El precepto fundamental de la ley natural es el que brota de la noción misma de bien, puesto que bien es aquello a que tiende un ser para realizar su fin. Tal precepto fundamental se expresa en las palabras "Hay que hacer y proseguir el bien y evitar el mal" (*Bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*), que equivalen a decir: obra racionalmente.

De las inclinaciones naturales del ser humano descubre Santo Tomás de Aquino el contenido ontológico de su naturaleza y la diversidad de valores de que el hombre es portador. Ellas son: la conservación de la

vida, la propagación de la especie, la vida en sociedad y el conocimiento de la verdad. De ellas dimanar, respectivamente, principios primeros, segundos y conclusiones, según su decreciente evidencia y mayor alejamiento del precepto fundamental. En la medida en que las deducciones que derivan del principio fundamental y de los primeros principios se alejan de éstos, las reglas se suavizan y deben ser consideradas en relación con las circunstancias del caso concreto. Por tal razón, solamente los primeros principios podrían ser tenidos como inmutables y de validez general.

La criatura racional participa de la razón eterna, pues cuenta con la luz de la razón, que le permite discernir lo bueno y lo malo, como una verdadera impresión de la luz divina en ella. Cabe distinguir entre *sindéresis* y conciencia. La primera es la condición innata del intelecto humano para conocer los primeros principios del Derecho Natural, mientras que la segunda es el ejercicio de esa facultad en sus dictámenes singulares, vale decir, mediante la aplicación práctica de los principios así conocidos a los casos concretos.

### III. *El positivismo jurídico*

Si el Derecho Natural contrapone a la legislación positiva normas, principios o reglas jurídicas superiores a ella y que pasarán a ser condición de su validez, el positivismo jurídico se vuelca enteramente en el extremo opuesto, ya que no reconoce otro Derecho que el impuesto por el legislador humano. En este sentido la doctrina del positivismo jurídico podría ser llamada también, en un sentido muy amplio, del formalismo jurídico, en razón de que basa el estudio del Derecho únicamente en los textos preceptivos dictados por el legislador.<sup>1</sup>

También esta tendencia admite muchos matices diversos, tanto a lo largo de su desarrollo como dentro de sus más conocidos cultores. Procuraremos agrupar bajo este nombre a todos aquellos que consideran Derecho tan sólo a la normativa proveniente del legislador positivo, por razones de simplificación

<sup>1</sup> Admitimos la posibilidad de una clasificación diversa de las teorías jurídicas. Hemos adoptado la que nos parece más sencilla para los fines específicos perseguidos en esta obra. Así, por ejemplo, hay quienes prefieren clasificarlas en doctrinas racionalistas y empíricas, desde un punto de vista diverso, lo que trae como consecuencia que las diversas teorías queden encuadradas conforme a marcos diferentes.

y dentro de nuestro reiterado propósito de limitarnos a los grandes trazos de un esbozo general del Derecho y de su actual crisis, sin acudir a clasificaciones o diferenciaciones más estrictas que para otro fin podrían tener utilidad. Por tal motivo incluiremos bajo este rubro a la Escuela de la Exégesis, a la Dogmática Jurídica y a la Teoría Pura del Derecho, que muchas veces se tratan por separado.

A. La *escuela de la exégesis* nace en Francia junto con la dictación de los grandes códigos, a comienzos del siglo XIX. El inmenso prestigio de esos códigos, especialmente del Código Napoleón (Civil), la idea de que ellos condensaban en forma racional y ordenada principios, reglas y conocimientos jurídicos acumulados durante siglos, el postulado político de que la ley es expresión de la voluntad del pueblo y de la razón, hicieron que se rindiera un verdadero culto al texto de la ley, obra de un legislador que aparecía como infalible y omnipotente. La ciega devoción y el respeto reverencial a los códigos se convierten en una sumisión incondicional a su letra. Se estima que el sistema legislativo forma la plenitud del orden jurídico, el que debe ser aplicado llanamente, evitando hasta donde sea posible la interpretación de los textos legales. Si se hace estrictamente indispensable esclarecer el sentido de un precepto oscuro, debe acudirse para ello a la intención del legislador que lo dictó. Al juez no le está permitido crear Derecho, pues tal facultad es exclusiva del Parlamento.

B. La *dogmática jurídica* se desarrolló principalmente en Alemania y propone el conocimiento racional y sistemático de los fenómenos jurídicos a través de la búsqueda de los conceptos generales que se contienen objetivamente en el ordenamiento jurídico positivo. Para ello se comienza por analizar las partes de ese ordenamiento, previamente aisladas intelectualmente; luego, mediante una abstracción de primer grado se procede a una síntesis, la que se efectúa con los resultados del análisis. Hallados los conceptos jurídicos generales, se les trata como partes de una estructura coherente más amplia, con el fin de elaborar, en una abstracción de segundo grado, una construcción jurídica que permite proponer las instituciones jurídicas correspondientes. Finalmente, esas instituciones u otras partes del ordenamiento jurídico que también han sido sometidas a ese proceso previo de análisis, síntesis y construcción, son sistematizadas en un conjunto que comprende toda una rama del Derecho o aun todo el ordenamiento jurídico. Éste es el aspecto teórico; junto a él se agrega un aspecto práctico constituido por la técnica de interpretación y aplicación de las normas concretas de un sistema dado.

La dogmática considera al Derecho positivo como un sistema cerrado que se basta a sí mismo, del que pueden deducirse soluciones para todos los casos determinados en que deba aplicarse (plenitud hermética), sin

solamente un medio. Para lograr esa inducción, sanciona toda conducta no deseada según el orden social que debe mantener.

La norma jurídica, desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado, origina los deberes jurídicos, los cuales no tienen ningún significado moral. Son los deberes jurídicos y no los derechos subjetivos, el elemento primario del orden normativo.

El orden jurídico tiene una estructura jerárquica, lo que significa que existen normas de diversos niveles, en las que las inferiores están subordinadas a las superiores. Así, la ley se subordina a la Constitución, y las normas administrativas (decretos del ejecutivo, reglamentos, etc.), se subordinan a la ley. La Constitución se regla por la Constitución anterior, y así sucesivamente, hasta que se llega a una primera Constitución, la que debe ser considerada con valor normativo. Pero más allá de ésta solamente se encuentra lo que Kelsen llama la "norma fundamental", una hipótesis básica que es solamente supuesta, porque la ciencia jurídica no afirma su validez.

La función jurisdiccional, al igual que la aplicación de la ley por la administración, crea Derecho. También los simples particulares crean Derecho cuando mediante sus actos jurídicos originan obligaciones. En todos estos casos se trata de normas individualizadas.

El Derecho tiene la característica de regular su propia creación y aplicación, tanto en forma como en contenido. Una norma es válida si es creada de acuerdo con las prescripciones de las normas de grado superior; pero solamente la autoridad competente puede verificar su falta de validez y mientras no la declare la norma ha de tenerse por válida.

El Estado no es distinto ni anterior al Derecho, ni crea a éste, pues hay una unidad entre Estado y Derecho.

Kelsen se opone absolutamente a todo intento dualista que intente colocar junto o por encima del Derecho otro criterio destinado a resolver el problema de la justicia de las normas. Tal pretensión solamente cabe si se supone una inteligencia que anima a la naturaleza. Rechaza el Derecho Natural porque identifica las leyes naturales con las reglas jurídicas.

El valor no es algo que exista en la conducta, sino algo que le es atribuido a ésta por la norma. Los únicos juicios de valor que acepta la ciencia del Derecho son los que comprueban la conformidad u oposición de un hecho con la norma, pero ellos tienen título para ser tenidos por científicos, porque son juicios de hecho, ya que la norma positiva es un hecho.

Así como rechaza los valores metafísicos y todo análisis del contenido de las normas, trata también de dejar fuera del Derecho los conceptos ideales, entre ellos el de persona y el de derechos subjetivos. La persona es un simple soporte imaginario para un haz de deberes, responsabilidades y derechos subjetivos; pero lo que al Derecho le interesa no son estos artificios, sino hombres y conductas. Los derechos subjetivos no son necesarios al Derecho objetivo.

#### IV. *El neokantismo*

A comienzos de este siglo se inicia un movimiento iusfilosófico, que, pese a lo variado de sus manifestaciones, se caracteriza en su conjunto por ser una reacción contra el positivismo y por profundizar el contenido y los fines del Derecho, aspectos que el formalismo, especialmente la teoría pura del Derecho habían abandonado, más aún, habían declarado ser ajenos a la ciencia jurídica. La reducción del Derecho a un simple medio deshumanizado, en presencia de corrientes políticas que se caracterizaban por su culto de la fuerza, decidió a muchos a internarse por la vía de una indagación de la "justicia material" de las normas jurídicas, procurando determinar los contenidos concretos de ella para vincularlos a juicios de valor. Muchas son las tendencias que se inscriben en este movimiento. Solamente por el importante papel que le corresponde desempeñar dentro de él, mencionamos al neokantismo.

El neokantismo comprueba que el concepto positivista de la ciencia se adecúa muy bien a aquellas ciencias que se sirven de los métodos de las ciencias naturales, basados en una investigación causal que usa de la observación, la experimentación y el acopio de datos y fenómenos; pero entiende que esos métodos no son apropiados para las llamadas ciencias de la cultura o del espíritu, a las cuales pertenece el Derecho. A menos que estas últimas ciencias, entre las cuales se encuentran también la filosofía, la historia del arte, de la literatura y de la filosofía, sean excluidas del ámbito de las ciencias reconocidas, debe admitirse que el concepto positivista de la ciencia no es válido para ellas.

El verdadero problema consiste en si se puede aprehender la totalidad de la realidad de la que se tiene noticia con los métodos de las ciencias naturales exactas. Si la respuesta fuere negativa, se habría demostrado la necesidad y la justificación de otra clase de ciencias y de otra clase de métodos, diferentes de los científico-naturales. Por esta vía argumentativa se restituye a las ciencias del espíritu o de la cultura, en relación con las ciencias naturales, la conciencia de su propia individualidad y de su diferente método.

Cultura es todo aquello que en virtud de su referencia a valores tiene sentido y significación para el hombre que reconoce estos valores como tales. Los valores, el sentido y la significación no los podemos "percibir", sino sólo —interpretando los objetos percibidos— "comprender". Por ello, si la naturaleza es, como libre de significación, meramente perceptible, la cultura es, en cambio, el ser lleno de significación, inteligible.

matización del ordenamiento jurídico existente lo que, con mayor razón, importa dejar de mano toda otra tarea de mayor profundidad intelectual. Lo único que interesa es la forma que revestirá la aplicación real del Derecho por los órganos jurisdiccionales, con toda la incertidumbre que ello significa, pues es necesario atenerse a lo único real, que son las determinaciones de los seres humanos designados para integrar el tribunal que emitirá sentencia y los factores que de hecho influirán sobre ellas. R. Pound ha calificado a esta corriente como del "culto de la decisión concreta".

En los países escandinavos se ha desarrollado en forma independiente, sin atenerse tanto a las decisiones judiciales, una tendencia realista de importancia, muy variada en sus diversificaciones, cuya inspiración común está en el deseo de eliminar del Derecho todo elemento alejado de las realidades objetivas y tangibles. Cualquier abstracción es tenida como algo metafísico e inaceptable. Se pretende tener en consideración únicamente hechos observables y mensurables, pues todo lo demás son elementos míticos o mágicos que solamente pueden enturbiar un correcto conocimiento científico.

En sus tendencias extremas, ese realismo constituye una especie de nihilismo, puesto que niega el Derecho como objeto existente en general; con ello niega los preceptos o reglas de Derecho, los deberes y obligaciones jurídicos, etc., y, en definitiva, la ciencia jurídica. A su juicio solamente es científico lo que tiene fundamento en la experiencia. El "método de justicia", basado en "ideología jurídica" y fruto de la superstición y fetichismo, debe ser sustituido por el "método del bienestar social", en el que lo único que interesa es si el mantenimiento de una ley puede asegurar el máximo beneficio a la sociedad.

## VI. *El marxismo*

Los padres del marxismo no suministraron en sus estudios doctrinales elementos que proporcionaran a sus seguidores, ni siquiera en esbozo, una teoría marxista del Derecho. Solamente se contienen en sus escritos algunas referencias a lo jurídico, que no tienen toda la extensión y consistencia necesaria como para articularlas en una verdadera teoría. En cambio, son más completas y sistemáticas sus referencias al Estado. Por esta razón no hay una teoría marxista del Derecho oficialmente reconocida ni generalmente aceptada.

Esto puede explicar, en parte, el poco interés de los marxistas en el estudio del Derecho.

Sin embargo, una doctrina como la marxista, que tanto relieve ha adquirido dentro del pensamiento moderno y que es puesta en aplicación dentro de numerosos Estados, que representan un porcentaje elevado de la población mundial, exige que se haga una tentativa por sistematizar lo que en ella se contiene acerca del Derecho, evitando, hasta donde sea posible, una reconstrucción "a mosaico" de una presunta teoría. Para ello nada más adecuado que exponer los datos esenciales del marxismo sobre los cuales podría ser estructurada eventualmente una teoría marxista del Derecho.

Según Marx, la estructura económica de la sociedad, constituida por la suma total de las relaciones de producción, forma la base real sobre la que se levanta una superestructura jurídica y política, a la cual corresponden determinadas formas sociales de la conciencia. En esta forma, el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida jurídico-política y el de la vida del espíritu en general. Al colocar, de este modo "de nuevo sobre sus pies" lo que había estado "puesto de cabeza", niega Marx que la evolución histórica tenga su raíz en el espíritu o en la conciencia de los hombres, como había sostenido Hegel. La verdad es al revés.

De aquí extrae Marx la consecuencia de que la sociedad no es plasmada por el Derecho sino, por el contrario, el Derecho es una forma plasmada que irresistiblemente se adapta a la estructura económica de la sociedad. De esta manera el Derecho pasa a convertirse en un producto totalmente histórico y sociológico, en la transposición o traducción de lo material.

Sin embargo, aun cuando el Derecho depende de la economía, se rige hasta cierto punto por sus propias leyes y puede llegar, incluso, a repercutir sobre su propio medio y sobre sus mismas causas. Engels reconoce que hay, por ello, la posibilidad de una interacción entre los hechos jurídicos y los económicos. Y hasta admite que las formas del pensamiento jurídico sólo en "última instancia" pueden ser reducidas a causas económicas. Esto se comprueba también por la circunstancia de que la superestructura jurídica suele prolongarse por más tiempo que su fundamento económico y mantenerse aun después de que éste ha sido superado.

Niega Marx que la ley sea expresión de la libre voluntad de un legislador, pues esa voluntad está determinada por su base real que son los intereses de la clase dominante. La noción de "bien común", tan extendida en la filosofía jurídica neotomista y neokantiana, le parece una ilusión, que en el fondo trata de ocultar que el Estado está al servicio de los intereses comunes de la clase dominante o que procura justificar las contradicciones insalvables de las clases en lucha. En su opinión, el Derecho no es más que una de las expresiones del poder del Estado

y el Estado es, a su vez, el instrumento de que se vale la clase dominante para cristalizar su poder.

El marxismo supone una posición positivista en el Derecho, porque considera tal solamente a lo que la ley aprueba. De allí que la explotación capitalista de los trabajadores no puede calificarse de injusta, puesto que está de acuerdo con las normas vigentes, que no pueden ser superiores a las estructuras económicas que rigen. Los conceptos de "justicia" e "injusticia" se acomodan al modo actual de producción y de cambio y carecen de valor absoluto. La idea de valores absolutos es supersticiosa.

Según Marx el futuro se desarrollará en dos etapas: una primera fase de transición, durante la cual seguirá dominando el Derecho burgués y durante el cual subsistirá el régimen de salariado, y una segunda en la cual, por fin, podrá "trasponerse el estrecho horizonte del Derecho burgués" y se aplicará el principio "de cada cual según su capacidad, a cada cual según sus necesidades".

La fase final concluirá con el hombre "alienado" de sí mismo o dividido contra sí mismo en su actividad productora, porque ésta siempre se ha desarrollado con un afán de acumulación y de codicia. Liberada la humanidad de su enajenamiento, vendrá la emancipación de la creatividad humana de toda codicia adquisitiva y la transformación del trabajo en ocio creador y autoexpresión artística. En ella, madurado el hombre, conseguida la sujeción de los poderes de producción, podrá éste expresar y perfeccionar su naturaleza como productor libre y consciente. Es la etapa del comunismo, en que la revolución ha abolido la explotación para siempre, en que triunfa el proletariado, en que desaparece la burguesía y en que termina la división de la sociedad en clases.

Transformado fundamentalmente en esa fase el modo de producción, se obtendrá la plena realización de la personalidad humana. Terminará el sentido odioso y esclavizante del trabajo y el hombre alcanzará la perfección en su función esencial de animal productor, expresándose como ser libre creador y dedicándose a múltiples actividades por la satisfacción estética que con ello obtendrá. Recobrada toda su estatura humana, el trabajo perderá su condición de subordinación odiosa y se convertirá no sólo en un medio de vida sino en la aspiración primera de la vida.

Los hombres poseerán de sobra para sus necesidades y quedarán descargados, en general, de preocupaciones materiales. Logrado ese pleno desarrollo humano, en una sociedad armónica y grata, el Derecho se hará innecesario.

## INDICE DE MATERIAS Y ONOMÁSTICO

- abuso del derecho, [22](#), [162](#)  
 afectividad, [104](#)  
 Ahrens, H., [122](#)  
 alteridad en el Derecho, [73](#)  
 anomia social, [46](#)  
 anticonceptivos, [41](#)  
 aplicación del Derecho, [218-221](#)  
 Aristóteles, [76](#)  
 autonomía de la voluntad, [167-179](#),  
     [214](#)  
 azar, [41](#)
- Bacon, F., [89](#)  
*Belle Époque*, [36](#)  
 Bentham, J., [122](#), [124](#), 174  
 Beudant, [127](#)  
 bien común, [61](#), [90](#), [119](#), [216](#)  
 biología, [40](#)  
 Bodenheimer, [32](#), [86](#), [127](#), [177](#)  
 Boissy d'Anglas, [124](#)  
 Bonnet, G., [39](#)  
 burocratismo, 185-186
- Capella, J. R., [14](#)  
 capitalismo, [21](#), [41](#), [121](#), [123](#), [133](#),  
     [165](#)  
 Carbonnier, Jean, [167](#), 190  
 Cathrein, V., [72](#)  
 causalidad, [41](#)  
 cerebro, [40](#), [45](#)  
 certeza jurídica, [173-176](#)  
 Chile, vía legal al socialismo, [14](#),  
     [131-132](#), [217](#)  
 Cicerón, [194](#)  
 ciencia jurídica, [68](#)  
 clase dominante, [70](#), [211-221](#)  
 clases, desaparición de, [227](#)  
 Código Civil, [19](#), [27](#), [28](#), [32](#), [49](#), 151  
 Código Civil mexicano, [21](#)  
 Código de Comercio, [27](#)
- Código Napoleón, [19](#), [22](#), [49](#), [161](#),  
     326  
 Coing, Helmut, 195  
 complejos psíquicos, [43](#)  
 computadoras, [40](#)  
 Comte, Augusto, 190  
 comunicaciones, [40](#), [41](#), [44](#)  
 conflictos psíquicos, [43](#)  
 conciencia, [41](#), [104](#)  
 conciencia social, [212](#)  
 conservadurismo político, 223  
 conservadurismo de los juristas, [32](#),  
     134, [135](#), [159](#)  
 contaminación ambiental, [43](#)  
 contratos, [124](#), 151-153, 154, 167-  
     170, [214](#)  
 contrato social, [97](#)  
 Cronet, [208](#)  
 cuerpo humano, su disponibilidad,  
     154
- Dabin, Jean, [72](#), [87](#), [89](#), [100](#), [119](#),  
     [128](#), 147, 153, [157](#), [167](#), [191](#)  
 datos de la naturaleza, [99](#)  
 deberes del hombre, [108](#), [181](#), 189-  
     191  
 Declaración Universal de Derechos  
     Humanos, [43](#), [107](#), [114](#), [115](#), [164](#),  
     [173](#), [191](#)  
 defectos de forma de la ley, [56-67](#)  
 Delos, J. T., 174  
 democracia, [26](#), [62](#), [131](#), [204](#), [216](#),  
     218  
 Derecho, apariencia y realidad, 213-  
     216  
 Derecho, su arcaísmo, [15](#)  
 Derecho, sus caracteres o notas, 84-  
     85  
 Derecho, su clasificación, [141-158](#)

- Derecho, su desaparición, [101-102](#), [228](#)
- Derecho, carece de fines, [90-92](#)
- Derecho, su inmutabilidad, [44-47](#)
- Derecho, sus mitos, [69-70](#), [81-82](#), [213](#)
- Derecho objetivo, [83](#), [123](#)
- Derecho, como principio de ordenación social, [73](#), [83](#), [86-88](#), [99](#), [102](#), [118](#)
- Derecho, su significado, [13](#)
- Derecho socialmente imperante, [29](#)  
[83](#)
- Derecho Administrativo, [29](#), [42](#),  
[149](#), [182](#), [185](#)
- Derecho Civil, [92](#)
- Derecho consuetudinario, [47](#), [84](#)
- Derecho Económico, [29](#), [42](#), [155-157](#)
- Derecho Fiscal, [42](#)
- Derecho Internacional, [75](#), [144-147](#)
- Derecho Laboral (véase legislación laboral)
- Derecho Natural, [34](#), [69-72](#), [74](#), [81](#),  
[96](#), [111](#), [121](#), [122](#), [138](#), [160](#), [204](#),  
[232-235](#)
- Derecho Penal, [27](#), [77](#), [99](#), [147-148](#)
- Derecho Privado, [141](#), [142](#), [150-154](#),  
[159](#), [189](#)
- Derecho Procesal, [157](#)
- Derecho Público, [141](#), [142](#), [149-150](#),  
[184](#)
- Derecho Social, [142-144](#), [154](#), [155](#)
- Derecho del Trabajo, [92](#), [154-155](#)
- derechos adquiridos, [170](#)
- derechos fundamentales del hombre (véase derechos humanos)
- derechos humanos, [43](#), [105-110](#), [146](#), [218](#)
- derechos humanos, su obligatoriedad, [114](#)
- derechos humanos, su violación, [114](#)
- derechos humanos sociales, [106](#)
- derecho a la imagen, [153](#)
- derecho al nombre, [153](#)
- derecho a la intimidad, [153](#)
- derechos subjetivos, [79](#), [123](#), [138](#),  
[166-167](#)
- dignidad de la persona humana, [102](#), [105](#), [131](#)
- disociación del sistema jurídico, [24](#)
- distribución de la riqueza, [15](#), [27](#),  
[133](#), [225](#)
- doctrina social de la Iglesia, [133](#)
- dogmática jurídica, [236-237](#)
- drogas, [41](#), [43](#)
- dualismo en el Derecho, [71](#), [74](#)
- Duguit, Leon, [101](#), [102](#), [127](#), [130](#),  
[153](#), [166](#), [188](#)
- eclecticismo político, [121](#), [133-135](#)
- ecología, [42](#), [148](#)
- economía, [42](#), [53](#), [85](#), [118](#)
- eficacia de la ley, [30](#)
- Ehrlich, Eugen, [29](#), [30](#), [36](#)
- electrónica, [40](#)
- emergencia, legislación de, [59](#)
- empresas, [41](#), [151](#)
- empresas del Estado, [42](#), [149](#), [184](#)
- energía, [40](#)
- Engels, F., [101](#)
- enseñanza del Derecho, [31](#), [32](#), [47](#),  
[164](#), [179](#)
- entes estatales autónomos, [149](#), [184](#)
- epiqueya, [207](#)
- escapismo, [43](#)
- Escuela de la exégesis, [236](#)
- especialidades jurídicas, [56](#)
- estado de necesidad, [99](#)
- Estado, [42](#), [53](#), [54](#)
- Estado, apariencia y realidad, [216-218](#)
- Estado de Derecho, [97](#), [98](#)
- Estado, sus funciones, [42](#), [54-55](#), [80](#),  
[90-91](#), [96-97](#), [119-120](#), [123](#), [133](#),  
[135](#), [138](#), [155](#), [156](#), [182](#), [185](#), [216](#)
- Estado, su unidad, [149](#)
- Estado de Bienestar, [42](#)
- Estado Gendarme, [42](#), [48](#), [54](#), [80](#),  
[136](#), [182](#)
- Estado interventor, [42](#), [54](#), [133-137](#),  
[149](#)
- explosión demográfica, [43](#)
- exterioridad en el Derecho, [73](#)
- familia, [43](#)

- fecundación *in vitro*, [41](#)  
 Fernández Concha, Rafael, [72](#)  
 formalismo jurídico, [205](#)  
 Friedmann, Wolfgang, [136](#), [146](#),  
[151](#), [165](#), [167](#), [168](#), [185](#), [205](#)  
 futurología, [46](#)
- generalidad de las normas jurídicas, [84](#), [85](#), [100-101](#), [206](#)  
 genética, [41](#), [45](#)  
 grupos de presión, [52](#), [59](#), [60](#)  
 Guerra Mundial I, [36](#), [37](#), [154](#)  
 Gurvitch, Georges, [142](#)
- \*
- Häring, Bernard, [72](#)  
 Hartmann, N., [103](#)  
 Heráclito, [81](#)  
 Hermenéutica jurídica (véase interpretación de la ley)  
 Hobbes, T., [121](#)  
 hombre, sus caracteres propios, [103-105](#)
- ideas o creencias, Derecho no puede regirlos, [100](#)  
 idealización de la ley, [64-65](#), [69](#), [160](#), [208](#)  
 igualdad de los hombres, [48-49](#), [121](#), [124](#), [224](#)  
 Ihering, Rudolf, [194](#)  
 inconsciente, [41](#)  
 ingeniería genética, [41](#), [45](#)  
 ingeniería social, [87](#)  
 inmutabilidad del Derecho, [44](#), [47](#), [178-179](#)  
 interpretación de la ley, [205-209](#), [219](#)  
 irracionalidad, [41](#)  
 irretroactividad de la ley, [170-173](#), [203](#)  
 inseminación artificial humana, [41](#)
- Jefferson, T., [176](#)  
 Jenkins, Iredell, [88](#)  
 Jéze, Gaston, [86](#)  
 jueces, [220](#)  
 jurista y su tarea, [93-95](#)
- justicia, [70](#), [76-80](#), [90](#), [120](#)  
 justicia de clase, [148](#), [220](#)  
 justicia conmutativa, [80](#)  
 juventud, [43](#), [229](#)
- Kant, Emmanuel, [97](#), [103](#), [122](#), [192](#)  
 Kantorowicz, E., [205](#)  
 Kelsen, Hans, [30](#), [71](#), [74](#), [81](#), [84](#), [86](#),  
[89](#), [102](#), [118](#), [145](#), [166](#), [190](#), [237](#),  
[238](#)  
 Keynes, J., [133](#)  
 Köhler, J., [120](#)
- Lachance, [167](#)  
*laissez-faire* [125](#), [139](#)  
 Larenz, K., [29](#), [205](#), [208](#)  
 Laski, Harold, [126](#)  
 Latorre, Ángel, [14](#), [89](#), [96](#), [102](#), [117](#),  
[183](#), [185](#), [240](#)  
 Legaz y Lacambra, Luis, [143](#)  
 legislación de avanzada social, [23](#),  
[25](#), [26](#), [30](#), [31](#), [32](#)  
 legislación de emergencia, [59](#)  
 legislación laboral, [25](#), [29](#), [92](#), [143](#),  
[153](#)  
 legislación tradicional, [24](#), [27](#), [30](#),  
[31](#), [32](#)  
 legislador, [33](#), [37](#), [58-60](#)  
 leyes, su profusión, [48-57](#)  
 ley, su retroactividad (véase irretroactividad de la ley)  
 leyes de la naturaleza, [99](#)  
 liberal-individualismo, [17](#), [25](#), [41](#),  
[48](#), [50](#), [79](#), [80](#), [92](#), [121-128](#), [152](#),  
[159](#), [161](#), [175](#), [221](#), [223](#), [224](#)  
 libertad, [39](#), [51](#), [79](#), [80](#), [104](#), [121](#),  
[122](#), [141](#), [152](#)  
 Locke, J., [121](#)  
 lucha de clases, [92](#), [154](#)
- Maine, S., [124](#)  
 Maltus, T., [122](#)  
 maquinismo, [40](#), [41](#)  
 Maritain, Jacques, [110](#)  
 Marx, Karl, [101](#), [120](#), [242](#), [243](#)  
 marxismo, [113](#), [128](#), [133](#), [135](#), [223](#),  
[227-228](#), [241-243](#)

Hasta ahora no se ha hecho una crítica del Derecho en profundidad. Rara vez se ha ido más allá de censurar algunas instituciones o normas concretas. Los cultores del Derecho, por su parte, al percibir el descontento generalizado que existe acerca de la normativa jurídica, han preferido asumir una actitud defensiva. Para esta posición se han visto favorecidos mediante su propia invocación del tecnicismo jurídico, la que les permite descalificar a los cuestionadores venidos desde fuera.

Novoa Monreal rasga el velo del santuario jurídico y lo hace desde dentro. Dotado de vasto conocimiento teórico y de una muy variada experiencia práctica, arremete decididamente contra la vetustez de los principios, la obsolescencia de las normas y la mitología jurídica. Las acusa directamente de tener por finalidad la preservación de un orden social que hace crisis y de contener ingredientes esenciales que reconocen una filiación directa en el individualismo decimonónico.

Este atrevimiento ha de valerle, de seguro, críticas acerbas. Su posición progresista en lo jurídico no ha de ser del agrado de los que él denomina "los sumos sacerdotes del Derecho".

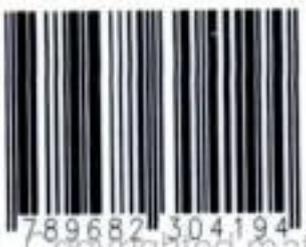
Las cáusticas palabras de Novoa Monreal tienen, no obstante, un aval poderoso. Su calidad de académico de número del Instituto Chile, la más alta corporación científica de su patria, su condición de profesor de teoría general del Derecho de la Universidad de Chile (antes lo fue de la cátedra de Derecho Penal, ramo en el cual adquirió renombre internacional) dan cuenta de su capacidad teórica. A ello se agrega que durante el gobierno del presidente Allende sirvió altas funciones de asesoría jurídica y mediante la observación de esa notable experiencia social que fue la "vía chilena al socialismo" pudo apreciar prácticamente la medida en que las doctrinas y las normas jurídicas constituyen un verdadero "obstáculo al cambio social".

De Novoa Monreal, Siglo XXI ha publicado también **Derecho a la vida privada y libertad de información.**

14ª. edición

 **siglo  
veintiuno  
editores**

ISBN 968-23-0419-9



9 789682 304194  
Copyrighted material