Introducción al Derecho del Siglo XXI

Por Carlos Aparicio

Una revisión de las ideas que hacen
a la definición del derecho
a principios del 3er. Milenio.

Contiene:
Enfoques Realistas/Sociológicos
Escuelas Críticas
Derecho Alternativo
Derecho Comparado
Sistemas Orientales de Derecho
Moral y Derecho
Sistemas y Culturas Jurídicas
Teoría de las Fuentes del Derecho
Valores

© Carlos Aparicio

El autor agradecerá comentarios o sugerencias sobre esta obra en esta dirección:
E-mail: aparicio@chasque.net
o
http://aparicio.edu.uy

3ª Edición Electrónica a cargo de
EDITORIAL TÉCNICA S.R.L.

Montevideo

2004

ISBN 9974-7629-1-X

Carta Consejo de Facultad de Derecho UDELAR 2 / abr. / 2002

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
Decana

Montevideo, 2 de abril de 2002

Prof. Carlos Aparicio

De mi consideración:

Por intermedio de la presente, envío a Ud. las felicitaciones pronunciadas por el Consejo de Facultad en sesión realizada el 21 de marzo del corriente, por la edición del libro electrónico "Introducción al Derecho del Siglo XXI" de gran importancia para los estudiantes de esta Casa de Estudios.

Los ejemplares, tan gentilmente donados, fueron destinados, dos de ellos, al Departamento de Documentación y Biblioteca y otro a la Unidad de Apoyo Pedagógico, encomendándose a ésta, propiciar la presentación del libro.

Asimismo, sería provechoso que Ud. pueda transmitir a otros docentes, las técnicas utilizadas, como forma de que esta experiencia pueda ser extendida en la Facultad.

Adhiriéndome a las felicitaciones del Consejo, lo saluda muy cordialmente

TERESA G. GNAZZO
DECANA

T.G./s.v.
Nota Nº 054/02
Exp. 050011-000571-02
Sección Secretaría

Tabla General de Contenido

Por temas concretos consultar índices temáticos al final del volúmen

CARTA CONSEJO DE FACULTAD DE DERECHO UDELAR 2 / ABR. / 2002 5
TABLA GENERAL DE CONTENIDO 7
INTRODUCCIÓN 13
CAPÍTULO PRIMERO 15
- Concepto de Derecho 15
- Teoría General y Aplicaciones Prácticas 15
- Concepción Estatal Formalista del Derecho 17
  - *Positivismo Jurídico Idealista* 20
- Historicismo en Teoría General. 23
- Concepción Sociológico Realista 24
- Realismo Europeo 28
  - *François Geny.* 28
  - *León Duguit* 30
  - *Juicio Crítico.* 31
  - *Hermann Kantorowictz* 34
  - *Eugen Ehrlich* 34
- Realismo Norteamericano 36
- Concepción Óntico Valorativa 40
- Concepción Trialista o Tridimensional 42
- Concepción Marxista 46
  - *El mundo del futuro en la visión marxista.* 49
- Derecho Alternativo 51
- Bibliografía sobre Concepto de Derecho 54

CAPÍTULO SEGUNDO 57
DERECHO SUBJETIVO 57
- El Derecho Subjetivo como Fundamento Ideológico de Derechos Particulares 57
  - *El Derecho Subjetivo Considerado como Instrumento de Descentralización Jurídica* 60
  - *Naturaleza del Derecho Subjetivo: Conclusión* 63
- El Derecho Subjetivo en las Distintas Culturas Jurídicas 63
- Culturas que se Fundan en el Derecho Subjetivo 64
  - *Ihering* 66
  - *Nuevos enfoques* 68
- Culturas que se fundan en Intereses Generales protegidos por el Estado 70
- Culturas que se fundan en la Moralidad Subjetiva 73
  - *Giri y Derecho Subjetivo* 77
  - *El Futuro del Giri* 78
- Instituciones Jurídicas y Derechos Subjetivos 79
- Dinámica y Cambios en las Culturas de Derechos 81
  - *El Camino de los Faraones* 81

La Cuenca del Pacífico: Kung Fu vs. Tom Mix 83
Nuevos Actores; Nuevas Incógnitas 86
Conclusiones 89
Una aproximación para el Futuro 92
Bibliografía sobre Concepto de Derecho y Derecho Subjetivo 93
CAPÍTULO TERCERO 99
MORAL Y DERECHO 99
Significados de la palabra moral 99
Antecedentes históricos de la distinción 102
Distinción entre Moral y Derecho 104
Funciones de la distinción 104
Efectos de la distinción y separación entre la moral y el derecho. 105
Argumentos conducentes a la separación entre la moral y el derecho 106
Interioridad y Exterioridad 106
Coercibilidad e Incoercibilidad 108
Unilateralidad de la Moral vs. 109
Bilateralidad del Derecho 109
Positividad y Reglamentarismo del Derecho 109
Distintos Esquemas de Pensamiento 110
Reglas Éticamente Neutras 110
Neutralidad ética de las normas administrativas y Comerciales 111
Reglas Objetivas 112
Responsabilidad sin Culpa 112
Efectos de la Integración entre Moral y Derecho 113
Argumentos conducentes a la integración 114
Fracaso del Derecho ante la Inmoralidad 114
Éxito del Derecho inmoral. 115
La ley injusta 116
Moralismo y legalismo en la confrontación moral y derecho 118
Conclusiones sobre Moral y Derecho 119
Función de la Historia del Derecho en el Tema de la Moral y el Derecho 121
Función de la Educación Jurídica. 123
El operador jurídico 123
Compromiso o neutralidad ética: 123
Efectos de la unificación o separación teórica entre Moral y Derecho 124
Necesidad y objetivos del cambio. 127
Couture: 127
respuesta a Josserand. 127
El Cambio en América Latina 129
Los instrumentos del cambio. 130
Derechos Humanos 130
Publicidad de los Juicios 134
Enseñanza jurídica. 134
Conclusiones Finales 135

Bibliografía sobre Moral y Derecho 138
CAPÍTULO CUARTO 141
FUERZA Y DERECHO 141
Sobre los Gobiernos de Fuerza. 144
Estado de Derecho 147
Teoría del Péndulo en América Latina 148
Conclusiones 151
La Fuerza como Componente Legítimo del Derecho 152
Penas y Sanciones 154
Bibliografía sobre Fuerza y Derecho 156
CAPÍTULO QUINTO 159
VALORES JURÍDICOS 159
Valores y derechos subjetivos 161
Valores y fines de la vida. 161
Valores y bienes económicos 161
Naturaleza de los valores 161
Teorías Subjetivas sobre los Valores 163
Teorías Objetivas sobre los Valores 165
Transmisión de los valores. 167
Valores personales 169
CONFLICTO AXIOLÓGICO 172
DECAIMIENTO AXIOLÓGICO. Anomia. 173
Igualdad 178
El Valor de la Igualdad en el Siglo XXI 184
JUSTICIA 187
SEGURIDAD JURÍDICA 192
JUSTICIA Y SEGURIDAD 195
BIEN COMÚN 197
Nuevos aportes 201
CAPÍTULO SEXTO 205
EL ORDEN JURÍDICO 205
Noticia Histórico Comparativa 206
Perspectiva Realista para la Comparación 206
Ser Humano e Instituciones 208
Orden Social y Orden Jurídico 210
Administradores del Sistema Jurídico 213
Coordinación de Órdenes Jurídicos Autónomos 216
Extensión y Penetración del Sistema Jurídico 219
Flexibilidad del Orden Jurídico 221
Vigencia y Efectividad del Orden Jurídico 223
Vigencia 223
Eficacia 224
Falta de efectividad y economía informal 225
Falta de Efectividad y Seguridad Ciudadana 226
La Administración de Justicia como Poder del Estado 229
Conclusiones 231
Bibliografía sobre Orden Jurídico 235
CAPÍTULO SÉPTIMO 237

EL ESTADO 237
Diversas etapas en la organización jurídico política de la sociedad 237
Problemas del Poder 240
La Teoría del Estado 243
Estado y Orden Jurídico 244
Expansión del concepto de Estado: regionalización y pluralismo 246
Estado y Democracia 250
Participación Ciudadana 252
El problema de la Nacionalización del Estado 252
Surgimiento y Desarrollo de la Concepción del Estado de Derecho 254
Transformación del Concepto de Estado de Derecho 255
Insuficiencia de la concepción de Estado de Derecho como mera legalidad 258
Una nación Turbulenta y Subdesarrollada. 261
Rupturas del Estado de Derecho y defensas que tiene la comunidad en tales casos. 262
Bibliografía sobre El Estado 264
CAPÍTULO OCTAVO 265
FUENTES DEL DERECHO 265
Introducción al tema de las Fuentes Jurídicas 265
Fuentes del Derecho 267
La Vida Social 268
La Sentencia Judicial 269
Fuentes Formales y Materiales 271
Fuentes Totales y Particulares 272
Relaciones entre fuentes totales y particulares del Derecho 274
Importancia del Estudio de las Fuentes Totales del Derecho 276
Relaciones entre las Fuentes del Derecho Totales y Particulares 280
Fuentes Particulares del Derecho 280
La Constitución como Fuente del Derecho 283
Divorcio en Argentina 283
Problema de la Constitucionalidad de las Leyes 284
La Ley como Fuente del Derecho 285
Antecedentes Históricos 286
Sistemas Contemporáneos 288
Las Lagunas de la Ley 291
Tendencias de Futuro 291
Derecho Positivo Uruguayo 292
La Costumbre como Fuente del Derecho 294
Requisitos Exigidos a la Costumbre para Valer como Fuente Jurídica 296
Un caso en América Latina 298
Sirvinacuy 298
Nuevas Tendencias del Derecho en América Latina 299
Juicio Crítico sobre la Costumbre 300
El reciente reconocimiento del derecho indígena y la costumbre como fuente jurídica. 302

Cuadro comparativo del Reconocimiento del Derecho Indígena en los Países Andinos 302
Derecho Positivo Uruguayo 307
Otra forma de ver las cosas: 308
Proyecto de Investigación sobre las Mujeres y el Derecho en el Sur de África 308
La costumbre como un hecho social: 310
Circuncisión Femenina entre grupos de Inmigrantes Africanos en Francia 310
Desuetudo 312
La Jurisprudencia como Fuente del Derecho 313
Fuente Jurisprudencial y Autoridad Judicial 314
Jurisprudencia en Uruguay 315
Jurisprudencia y Legislación 316
Dos Opiniones 316
Cultura Popular y Principios Generales del Derecho 322
Repertorios Jurídicos y Aforismos. 323
Casos Concretos de Principios Generales del Derecho 324
La Equidad 326
La equidad cerebrina 327
Convicción Moral y Convicción Cerebrina 328
Las reglas de Equidad 330
Las Llamadas XII Tablas de la Equidad 331
Nuevas Tendencias del Derecho Positivo 332
Doctrina 334
Conclusiones 335
Tendencias de Futuro 335
Bibliografía sobre Fuentes del Derecho 337
CAPÍTULO NOVENO 343
EL MÉTODO JURÍDICO 343
Introducción a la Metodología 343
El Objeto y el Método 343
La Gran División Metodológica: El Conceptualismo y el Sociologismo Pragmático 346
Conceptualismo y Dogmatismo 346
Realismo Jurídico 350
El Método Sociológico 350
Otros Enfoques Modernos 353
Lenguaje y Tópica 353
Enfoques Flexibilizadores (Tópica) 354
Método Funcional o Pragmático 357
Interpretación de la Constitución y las Leyes 361
Activismo y Limitacionismo Judicial 363
Consideraciones Finales sobre Métodos e Interpretación 365
Bibliografía 367
CAPÍTULO DÉCIMO 371
LA ENSEÑANZA DEL DERECHO 371
Modelos profesionales y enseñanza jurídica 371
Modelo Tocquevilliano o Jusnaturalista 373

Ingeniería social 374
El modelo tecnocrático 378
La demanda profesional 380
Los objetivos de la Educación Jurídica 382
Algunas diferencias en Educación Jurídica en distintos sistemas 384
Necesidad de Equilibrio, y dos anécdotas. 388
Bibliografía sobre Educación Jurídica (anotada) 389
CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO 395
EPISTEMOLOGÍA 395
..... 395
Idealismo y Materialismo en la Teoría Jurídica 396
El idealismo y el materialismo en casos concretos 402
Las Funciones Síquicas 403
Pensamiento 404
El Sentimiento 408
Conocimiento Enjuiciador 412
Los Tipos Particulares 413
El Punto de Vista Predominante 420
Intuición 423
Desarrollo y Represión de la Intuición 425
Intuición y el Objeto 428
Algunas Conclusiones 429
La Percepción 430
Bibliografía 434
CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO 437
DOCUMENTOS 437
Pluralismo Jurídico 437
Documentos sobre Fuentes del Derecho 440
Divorcio en la Argentina 440
La Costumbre como Fuente Derecho 448
COLOMBIA: Jurisdicción indígena – La sanción corporal dentro de la tradición indígena 448
SENTENCIA Nº T-523/97 448
Derecho Laboral. 466
Abuso de Derecho en el Despido. 466
Programa de Evolución de las Instituciones Jurídicas. 470
Programa de Evolución de las Instituciones Jurídicas 471
Unidad I 472
Unidad II 472
Instituciones Jurídicas 472
UNIDAD III 473
Concepto de sistema jurídico. Caracteres definitorios. Diferentes sistemas jurídicos. 473
OTRAS OBRAS DEL AUTOR 475
INDICE ANALÍTICO 477
Fin 481

Introducción

.

Una teoría jurídica es un conjunto de ideas sobre el derecho y sus operadores y un intento de interpretación de un conjunto de hechos que rodean el acontecer del derecho. Usualmente es además un programa de acción que contempla o debería contemplar las expectativas comunitarias y profesionales sobre el mundo jurídico.

Distintas definiciones de derecho llevan consigo, por tanto una serie de consecuencias que afectan a la vida jurídica y social, ya que su aceptación o rechazo conlleva consecuencias practicas de importancia, y no solamente para las personas vinculadas al quehacer jurídico en particular.

Las definiciones de derecho son muchas, y están dirigidas a propósitos científicos o a respaldar posiciones políticas de grupos mas o menos importantes de la población, pero dentro de esa multiplicidad de definiciones, tenemos al formalismo y al realismo como las mas importantes o al menos como de mayor difusión.

Carlos Cossio, un gran filósofo del derecho argentino, decía que en realidad el terreno de las definiciones jurídicas era como un puente que en uno de sus extremos tenía a Hans Kelsen (formalista y positivista) y en el otro a Jerome Frank (realista norteamericano).[1]

El realismo en Europa hasta la segunda guerra mundial, tropezaba con el hecho que el entorno socio legal adhería básicamente a las posiciones formales, y en los hechos el realismo europeo hasta mediados de siglo XX fue una teoría mas bien academicista que no tuvo gran aceptación en el foro y en la práctica. Las mismas tesis realistas en los Estados Unidos, en cambio, si bien planteadas originalmente en la academia [2], como sus similares europeas, tuvieron una aceptación casi total en el foro y estado norteamericanos.

El estado del pensamiento jurídico en América Latina de fin del siglo XX, es similar al europeo de entre-guerras, y el realismo jurídico, si bien tiene tímidos intentos académicos, es refractario a entrar en la práctica legal.

Este trabajo, presenta algunas innovaciones para una obra introductoria al Derecho:

Por primera vez en una obra sobre teoría general, se introducen notas sobre derecho en el Lejano Oriente. Las obras convencionales sobre el tema omiten este detalle, en la antigua opinión que estas sociedades eran carentes de interés desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, desde hace muchos años, las sociedades orientales, irrumpieron con mucho dinamismo en la economía, y llamaron el interés del resto del mundo no solo en lo económico sino también en otros aspectos culturales.

---

[1] Carlos Cossio, Teoría de la Verdad Jurídica. Buenos Aires. Losada (1954)

[2] El entorno académico de la Facultad de Derecho de Harvard en los primeros años del siglo XX, tuvo una especial relevancia en el planteo del realismo norteamericano.

El tema tiene aún mayor interés porque las diferencias son graves e importantes, y su comprensión no es posible sin hacer jugar institutos de teoría general y por una preocupación particular por los hechos jurídicos.

En segundo lugar, se presta particular atención a las teorías realistas, y a los enfoques críticos del Derecho que en América Latina, los que hasta ahora no han merecido la atención que merecen.

Hemos tratado de evitar específicamente el enciclopedismo, que llevaría a una obra de extensión inusitada, sin agregar mucho al aquí y ahora del momento jurídico que vivimos los latinoamericanos.

Si logramos dar una pauta de las grandes fuerzas sociales que conforman la idea jurídica a fin del siglo XX y sus respuestas culturales, cumpliremos con la finalidad que nos propusimos al escribirla.

Capítulo Primero
Concepto de Derecho

Teoría General y Aplicaciones Prácticas

Las concepciones teóricas generales sobre el derecho suelen tener mayor importancia sobre la práctica cotidiana de la que suele atribuírsele.

Como toda teoría, establece una trama de conceptos interrelacionados por operaciones lógicas, cuya validez general queda condicionada a la certeza de las premisas mas generales.

En un desvío de ferrocarril, un pequeño movimiento en el lugar indicado produce grandes distancias en el destino final, de la misma forma, una pequeña diferencia en el área de las premisas de la teoría general, conduce a grandes diferencias en las aplicaciones prácticas.

Las concepciones dominantes en América Latina, que ven al derecho como un fenómeno estatal prescriptivo y jerárquico, suponen la existencia de una práctica que responde a un progresivo estatismo centralizado con fórmulas adecuadas a sus fines.

El proceso de darle la espalda a las concepciones sociales del derecho, para ver exclusivamente el carácter estatista y elitista del mismo, supone una serie de instituciones en la enseñanza jurídica, y en la aplicación jurídica, cuya finalidad mas o menos reconocida el auto sostenimiento de un sistema que debe revisar en forma urgente su funcionalidad y operativa de trabajo.

No hay cosas nuevas en este tema, por el contrario, el mensaje liberador e igualitario del constitucionalismo que tiene ya dos siglos, no ha podido vencer una práctica jurídica que todavía defiende al juicio escrito, al juez de Instrucción, al Presumario Secreto, y a los juicios vitalicios.

Lo que ha cambiado son las demandas de la población por sistemas mas justos, y que permitan acceder a masas de millones de habitantes a las ventajas del desarrollo económico.

Figura 1 Daumier

Si el derecho fracasa en satisfacer esas demandas, otras vías serán ensayadas y posiblemente quepa esperar una notoria disminución del prestigio y la influencia de los juristas, y sobre todo, cambios sociales profundos y quizás muy dolorosos.

Las líneas que siguen están destinadas a revisar los supuestos teóricos de las practicas jurídicas y prestar de esa forma una contribución real y eficiente, a un cambio que a fin del milenio, todos queremos.

Concepción Estatal Formalista del Derecho

Las concepciones formalistas-estatales sobre el derecho, se encuentran de alguna manera vinculadas a una gran centralización del poder del Estado.

Una autoridad central, como la monarquía o parlamento, concentra en sí todo el poder político, y en uso del mismo legisla todos los aspectos de la actividad humana susceptibles de regulación jurídica.

Si hubiera algún aspecto no determinado por las leyes o ante manifiesta insuficiencia de éstas, se habla de lagunas de la ley o lagunas del derecho.

Históricamente, la concepción estatal formalista del derecho, está vinculado a la concepción de Estado y Derecho en las últimas etapas de la organización política Romana.

Esta organización fue destruida en Europa en la Edad Media y sustituida por otro derecho.

Los grandes cambios acaecidos durante el renacimiento y en los dos siglos que le precedieron, trajeron cambios a Europa inspirados en el derecho romano de la decadencia. Esta etapa alguna gente la llamó la romanización jurídica de Europa.-

Los Estados Nacionales europeos compitieron por una fuerte centralización del poder político y por consiguiente por una aplicación indiscriminada de las soluciones romanistas.

La codificación europea de los siglos XVII y XVIII, es una respuesta al principio de que la voluntad del legislador es omnicomprensiva, el derecho del legislador aparecía así como derecho puesto (positum) a diferencia del derecho dado proveniente de otras fuentes.

La palabra positivismo jurídico no proviene del lenguaje filosófico, como conocimiento pasible de comprobación por la experiencia, sino que proviene de la afición doctrinaria por el derecho "positum", en el sentido indicado precedentemente.

El positivismo tuvo gran auge en Europa entre los períodos comprendidos entre la Revolución Francesa y la segunda Guerra Mundial. [1]

[1] Debe tenerse muy presente sin embargo, que la escuela positivista de derecho penal italiana es en realidad una escuela realista con autores importantes como Lombroso y Ferri, entre otros. La palabra: "positiva"

En Inglaterra y posteriormente en Norteamérica, el positivismo fue muy resistido en base a las concepciones jusnaturalistas, y principalmente por la aspiración de los Jueces Ingleses de tener mayores responsabilidades en la evolución del derecho.

Las versiones positivistas inglesas, de la llamada Escuela Analítica Inglesa, nunca tuvo real influencia en el mundo anglosajón.

Betham[2] incluso, pasó los últimos años de su vida, haciendo proyectos de Código para algunos países de América Central.

Sin embargo, tanto Austin como Betham, fueron los precursores y maestros, del principal expositor teórico del positivismo que fue Hans Kelsen.

Junto a las particularidades de un autor o grupo de autores, el formalismo tiene una serie de características comunes que lo distinguen como una escuela de pensamiento independiente.

En primer lugar, todas las concepciones formales, ven al derecho como un fenómeno exclusivamente estatal. Las fuentes sociales o espontáneas del derecho solo son tenidas en cuenta en la medida que influyen en respuestas concretas del Estado.

En segundo lugar, las concepciones formales tienden a ver al derecho como un conjunto de normas, cuya definición varía de acuerdo con las distintas escuelas de derecho entre el Kelsenianismo, que ve en las normas hipótesis lógicas pertenecientes al mundo del deber ser y otras teorías que ven a la norma como comandos o declaraciones imperativas de voluntad del gobierno o el Estado según los casos.

En tercer lugar, las concepciones formales tratan de excluir los fenómenos sociales y sicológicos que rodean o integran el fenómeno jurídico, limitándolo al hecho normativo.

En cuarto lugar, existe una tendencia reglamentarista. Aquello que no está reglamentado legislativamente es "una laguna", con lo cual se señala un cierto carácter patológico.[3]

---

en el Derecho Penal y la Criminología se toma en una distinta acepción a la que lo hace la Teoría General y la Filosofía del Derecho.

[2] Jeremías Betham (1748 - 1832) filósofo inglés, economista y teórico del derecho. Uno de los principales expositores del utilitarismo.

La codificación del derecho fue una de las principales preocupaciones de Betham, y una gran ambición fue la preparación de Códigos para su propio país, o para algún país extranjero.

El derecho tiene un lugar particular para los intereses de Betham en la reforma del sistema penintenciario.

Ocupará un lugar permanente en la posteridad por sus contribuciones a la filosofía y la ética.

[3] Sin embargo para Kelsen, las lagunas no existen en base a postulados lógicos fundamentados del principio

En quinto lugar, el sistema de aplicación jurídica carece de autonomía y en definitiva tiende a hundirse en los oscuros mecanismos del derecho Justineáneo, de donde fue tomado. Se insiste muchas veces en que el poder judicial es independiente, pero al solo efecto de aplicar los comandos legislativos, en las palabras de Montesquieu, el Juez es: "la boca de la ley", algo así como el muñeco del ventrílocuo.

En sexto lugar, es frecuente la conexión entre los enfoques formales con los enfoques historicistas en la historia del derecho. Tiende a verse la historia del derecho como una apología del romanismo de la decadencia del imperio y particularmente su sistema procesal de derecho escrito y secreto, y el carácter inquisitivo del proceso penal.[4]

En séptimo lugar, es una constante en los enfoques formales una separación nítida entre moral y derecho.

En octavo lugar, puede también detectarse una conexión entre el formalismo, y ciertas posturas en materia de educación jurídica, en las cuales triunfa la clase magistral y el enfoque de impartir conocimientos excluyendo en forma expresa o implícita los enfoques críticos en lo científico y formativos en lo personal.

de que "lo que no prohibido está permitido".

[4] El proceso penal inquisitivo está fundado en fuertes poderes de investigación al Juez de instrucción, mientras que el proceso acusatorio tiene por base poner las partes en igualdad de condiciones, sin que interese que una de ellas sea el propio Estado para que la verdad surja de un contradictorio entre iguales.

Positivismo Jurídico Idealista

Kelsen

Cuando Hans Kelsen [5] comienza su producción científica, el positivismo sufría muy serios embates desde la escuela del derecho libre, la jurisprudencia de intereses, la sociología jurídica, y por último, pero no menos importante, la escuela realista norteamericana.

El primer aporte de Kelsen consiste en la elaboración de una Teoría Pura del derecho, así se llama uno de sus primeros trabajos.

Kelsen dice textualmente en dicha obra:

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método, es pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX Y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Mas aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica. [6]

Kelsen, alegando inciertas bases Kantianas, hace de la norma jurídica una categoría de conocimiento autónoma en el mundo de los objetos ideales; de allí la denominación de positivismo jurídico idealista.

Las normas integran según Kelsen un mundo distinto del mundo fáctico, del ser: su mundo es un mundo del deber ser que se rige por un principio diferente de la causalidad.

---

[5] Hans Kelsen, nació en Praga el 11 de octubre de 1881 en el seno de una familia judío-checoeslovaca.

En 1911 publica su primera obra de Derecho y en 1920 colabora activamente en la redacción de la Constitución Austríaca, la que estaba destinada a tener corta vida, interrumpida por el golpe de Estado Hitleriano.

Perseguido precisamente por el incipiente nazismo, en 1934 emigra a Norteamérica, donde reside hasta su muerte.

Kelsen fue profesor en Viena, Colonia, Génova, y en la Universidad Alemana de Praga.. Despues de radicarse en los Estados Unidos en 1940 enseña en Harvard y Berkeley.

Muere , en Berkeley (California) el 20 de abril de 1973.

[6] Kelsen, Hans. Teoría pura del Derecho. Eudeba. Buenos Aires (1981). Pag. 15 y ss.

Las normas tienen distintas jerarquías, según lo prescribe el ordenamiento máximo que es la Constitución, de la cual en definitiva extraen su validez. Siendo esta constitución una norma, debe fundamentar su validez en algún lado, que no puede ser sino la constitución anterior, hasta que en algún momento existe una ruptura de la regularidad constitucional. Ello se justifica con una nueva Norma Hipotética Fundamental, que diría algo así como: Comportarse de acuerdo a lo que indica la primera constitución.

Pero un Estado es protagonista del Derecho Internacional, y en alguna forma se inserta en un orden jurídico mundial.

Este orden internacional otorgaría validez a la existencia jurídica del Estado y por consiguiente de su norma hipotética fundamental.

En el orden internacional Kelsen acepta la costumbre como fuente de derecho y rechaza expresamente la norma "pacta sunt servanda" [7] como criterio de la aplicación de lo contratos, adhiriendo al "rebus sic stantibus" [8]

Las posiciones Kelsenianas en el área internacional, fundamentan la crítica que, en definitiva, la tesis positivista por excelencia funda la validez de todo su sistema, en un sistema, que quizás por ser rudimentario como el Derecho Internacional, se encuentra regido principalmente por la costumbre y el propio derecho natural.

Kelsen insiste en que la norma es un objeto ideal.

Así la norma no formula prescripciones obligatoria, sino sólo describe conductas hipotéticas y determina sanciones.

Frente a una norma tal, las personas ajustan sus conductas a la misma para evitar la sanción, y ajustan de ese modo su conducta a los requerimientos del derecho, pero esa obligatoriedad es en realidad una consecuencia del hecho fundamental que resulta de la norma; de allí que se habla de norma secundaria.

Ejemplo:

Norma Primaria:		
El que con intención de matar diere muerte	debe ser	Castigado con 10 años de peninteciaría
Norma Secundaria:		
No matar		

[7] Estése a la letra de lo pactado. Es una especie de ultra-positivismo aplicado al incipiente Derecho Internacional.

[8] El contrato se ajecuta mientras las condiciones de hecho que lo rodean permanezcan.

Este artificio de clasificación hace perder a la norma el sentido psicológico o imperativo para dejar al sistema normativo constituido por un rígido sistema lógico y jerarquizado de forma tal, que las normas con distintos grados de generalidad pueden representarse como una pirámide en cuyo vértice se encuentra la constitución y cuya base está constituida por millares de actos jurídicos individualizados como sentencias, resoluciones administrativas, contratos, etc.

El sistema hace base en la realidad de la vida, a través del concepto de imputación en base, y del concepto de norma hipotética fundamental en el vértice.

En el período norteamericano de producción Kelsen admitió el carácter fáctico y voluntarista de la norma hipotética fundamental, que pasó a llamarse norma fundamental.

Sobre el objeto de la ciencia del derecho dice Kelsen:

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta será regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz, cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Siendo un orden realmente eficaz, cuando una condición determinada en una norma se realiza es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, porqué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que puedan existir entre los fenómenos sociales.

En su trabajo Sociedad y Naturaleza publicado en 1943, el dualismo entre naturaleza y sociedad desaparece siendo sustituido por un dualismo entre ideología y realidad: "El Derecho (positivo) sería una ideología del poder, y la Teoría Pura una explicación sistemática de esa ideología."

La teoría pura del Derecho de Kelsen, sin duda constituye el mas elaborado y refinado profundizamiento del positivismo jurídico. La evolución de los propios conceptos de la teoría pura, ha terminado por poner de manifiesto el límite insuperable del positivismo jurídico formalista.

Este hecho es el que concede a la Teoría Pura, una importancia tan grande en la Teoría General.

Historicismo en Teoría General.

El historicismo jurídico es una corriente de pensamiento que toma forma académica en la Europa Post-napoleónica a través de sus maestros, principalmente von Savigny.[9]

La revolución francesa había propulsado cambios nunca visto antes en el pensamiento y el derecho. Poderes que se pensaban eternos e inmutables como la aristocracia y la iglesia, simplemente cayeron, y todas las jerarquías fueros puestas en discusión.

Napoleón, llegó a controlar militarmente toda Europa, incluso Alemania, lo cual fue una humillación muy grande para naciones que además de sufrir su espíritu nacional con una invasión extranjera, debieron ver sometidas todas sus jerarquías a la mirada escrutadora de una revolución.

Pasó Napoleón y los Franceses, más rápidamente de lo que se pensaba pero las huellas quedaron en la academia y en el pueblo Alemán, que en lo inmediato produjo una respuesta en las distintas artes y las ciencias, y en el derecho surge el historicismo.

Desde luego que el historicismo es refractario a las nuevas ideas democráticas y a la idea general de la ley como fuente de derecho, y a la codificación.

Todos estos fenómenos se veían como producto revolucionario, y ante ello se responde con una teoría jurídica relativamente armónica.

El derecho no es un producto de la razón pura, sino que el derecho es experiencia, y sobre todo experiencia histórica.

La historia de la humanidad es un fluir constante, donde en determinados momentos existen períodos brillantes en la producción y aplicación jurídica.-

Es a estos períodos donde hay que acudir a buscar inspiración y enseñanzas.

El derecho alemán no estaría preparado suficientemente para la codificación, a la fecha que dicta las clases Savigny, y por lo tanto debe recurrirse a la costumbre como fuente jurídica.

Los autores historicistas suelen señalar que el derecho tiene períodos de desarrollo particularmente interesantes, lo cual hace que se efectúe el estudio en

[9] Federico Carlos von Savigny (1779/1861). Nació en Francfort del Main, Alemania; profesor de las universidades de Marburgo y Berlín; autor de numerosos estudios sobre derecho principalmente derecho romano.

cortes históricos, fijando la atención precisamente en aquellos períodos de mayor desarrollo o florecimiento de la ciencia jurídica.

Pero cuando se presta la atención debida a estos cortes históricos, el método que se aplica no es en absoluto el método histórico, y mucho menos el realista sociológico histórico, sino que se aplica el método jurídico, deductivo y jerárquico.

Se comprende que la separación entre la realidad y el derecho puede ser muy grande, ya lo es en la teoría general cuando se trata en hoy, y puede ser inmenso cuando con el mismo método se va a estudiar la vida jurídica de los romanos por ejemplo.

Los realistas norteamericanos en general vieron con antipatía la escuela histórica del derecho.

Me permito citar un fragmento de la obra de Keyserling, titulada Objetivos Sociales en la Educación Jurídica: [10]

Dice Keyselring criticando los programas de Historia del Derecho, corriente materia optativa en las Facultades de Derecho Norteamericanas de esa época:

"El estudio histórico, en lugar de recibir su ímpetu y dirección de sentidas necesidades contemporáneas es usado como una herramienta para negar la posibilidad de crecimiento futuro.

Pound ha observado que la escuela analítica y la histórica, caminan de la mano, y que las teóricas históricas niegan "crecimiento y progreso en cualquier sentido efectivo a través de la creencia que finalmente ha sido descubiertas las líneas inmutables de crecimiento y se ha calculado de una vez por todas la órbita fija del progreso fuera de la cual ningún movimiento podría tener lugar[11]*.*

Un curso de estudio el cual es negligente en describir adecuadamente como el derecho trabaja actualmente hoy, fracasa en proveer la base necesaria para un examen de hasta qué punto el derecho trabaja como debiera. La jurisprudencia histórica y analítica, a través de aislar el derecho del resto de la vida, han prohibido toda consideraciones de los problemas sociales y económicos." [12]

En los últimos años de desarrollo de la escuela histórica, los historicistas van desarrollando un marcado fetichismo por los textos del Digesto, lo que lo hace que la escuela histórica al decir de Pound se convirtiese en un "museo de antigüedades".

Concepción Sociológico Realista

---

10 Keyserling, Social Objectives in Legal Education. Columbia Law Review (1933) pag. 437 a 461.

11 Roscoe Pound, Interpretaciones de Historia del Derecho (1923)

12 Keyselring. Op. Cit.

Si tomamos una definición de norma jurídica que dio el jurista romano Paulo, de la época clásica, podría ser suscrita por la mayoría de los autores modernos pertenecientes al realismo.

Dice Paulo al definir la norma jurídica:

"La norma (jurídica) es la que brevemente describe lo que las cosas son. El derecho no se extrae de la norma, sino de lo que el Derecho es, se hace la norma. Por consiguiente, por la norma se transmite una breve noción de las cosas."

El derecho antiguo, incluyendo al derecho griego, y al romano clásico, adhirió en general a las posiciones realistas [13] y el positivismo, al menos en las formas en que hoy lo conocemos es un fenómeno relativamente nuevo, muy vinculado a la separación radical entre el derecho y la moral.

Modernamente, Couture[14] en Uruguay, adhiere a definiciones de tipo realista cuando expresa:

En cierto modo él (el Orden Jurídico) es reflejo de los fenómenos sociales que aspira a regir. Refleja lo que proyecta y ordena. Acaso por ésto los juristas medioevales llamaban a sus obras Espejo: "Especulum Juris"; Espejo de Sajonia; Espejo Español del Siglo XIII. ¿Espejo de que? Espejo de la lucha del hombre por la Justicia y la Libertad. [15]

El realismo jurídico es una forma de pensar el derecho que ha tenido y tiene múltiples manifestaciones, bajo las cuales, existe el común denominador que está indicado en la precedente definición de Paulo, o sea en el hecho que el sistema normativo es meramente descriptivo de profundas realidades socio-jurídicas en las cuales realmente reside el fenómeno jurídico.

En todo caso, y como en todas las escuelas, junto a las particularidades de un autor o grupo de autores, el realismo sociológico tiene una serie de características comunes que lo distinguen como una escuela de pensamiento independiente.

En primer lugar, y como ya se señaló, en realismo piensa que el derecho no está en las normas, sino que éstas son solamente descriptores de procesos sociales mas profundos.

En segundo lugar: El derecho declarado pierde terreno frente al derecho aplicado. No interesan los textos muchas veces impecables que tienen escasa vigencia o que sencillamente no se aplican.

---

[13] Véase Massini. El Realismo Jurídico.

[14] Eduardo J. Couture, procesalista e Historiador del Derecho uruguayo. Autor de innumerables obras sobre los temas de su especialidad. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, y murió prematuramente antes de los 60 años en la década de 1950. Sin duda el jurista uruguayo de mas fama internacional, sus obras se siguen leyendo en el mundo entero.

[15] El Debido Proceso como Tutela de los Derechos Humanos. Rev. de Jur. y Adm. T. 52 pag. 182

En tercer lugar: Se amplía notoriamente el campo de interés en el tema de los hechos, y al ser así, cobran relevancia documentos demostrativos de la conciencia popular tales como la novela o la obra cinematográfica.

Ni una novela ni una obra de cine por sí solas son documentos sociales, pero en la medida en que tienen éxito y son leídas y compradas por miles de personas (a veces millones) son un indicador del estado de la cultura popular con relación al tema que tratan y la soluciones que se proponen, lo cual es desde luego aplicable al derecho y su aplicación cuando es el tema principal o aún lateral de la obra.

Figura 2 Las obras de Daumier son una fuente muy valiosa de crítica jurídica proveniente de un pintor excelente del realismo francés. Daumier: Tres Abogados.

El papel modesto y a veces negativo que el derecho representó en el siglo pasado ante las instituciones políticas de las democracias de América Latina, puede ser rastreado en forma cómoda, siguiendo la literatura. Miguel Hernández (Martín Fierro); Javier de Viana (Campo); Lucio Mansilla (Una excursión a los indios Ranqueles), son solo algunos de los testigos que nos ayudan a reconstruir la historia del derecho del siglo XIX. Algunas de las ilustraciones que se adjuntan a este trabajo son del pintor francés Honore Daumier. [16]

[16] Hijo de un cristalero marsellés, Daumier será considerado uno de los máximos exponentes del Realismo francés. En ese museo se interesó por Rubens y Rembrandt, llamándole también la atención la pintura de Goya. Años más tarde se inició como litógrafo y caricaturista gracias a Ramelet, realizando más de 4.000 litografías desde su juventud hasta 1872, año en el que su vista disminuyó considerablemente. A partir de ese momento se dedicaría al óleo, quedándonos unos 100 lienzos que fueron expuestos por sus amigos en 1878. Daumier ejecuta sus obras mediante masas de color, sin apenas interesarse por el dibujo, abriendo el camino a impresionistas y expresionistas. Sus temas favoritos se relacionan con la sátira social y especialmente con la crítica al funcionariado de la justicia.

En cuarto lugar, el interés puesto por los realistas en el derecho aplicado, lleva a interesarse en los dispositivos de aplicación jurídica y en las propias profesiones jurídicas. No se trata solo de los textos, sino de quienes los van a aplicar: jueces, abogados, escribanos, etc..

En quinto lugar, la definición del derecho como un fenómeno social-jurídico, impone matices a veces difíciles de determinar sobre la medida de la separación entre éstos y los meros fenómenos sociales.

Generalmente se recurre a un espiritualismo afinado, y consultas a la conciencia jurídica, masa de los espíritus (Duguit); espíritus normadores (Gray); o valores vigentes.

En sexto lugar, el realismo impone la consulta a métodos de las ciencias sociales, y pasan al derecho una serie de instrumentos como la encuesta, y la estadística.

Si bien este tema, debiera ser tratado con más detalle en el capítulo de métodos, debe ser señalado como una característica común de los movimientos realistas.

La aplicación de métodos de esta naturaleza, permite detectar por ejemplo la existencia de culturas jurídicas sumergidas, no estatales que persisten en las costumbres, y muchas veces son ignoradas por el derecho oficial, provocando irritaciones con notorias consecuencias políticas, sociales y económicas.[17]

En séptimo lugar, la enseñanza jurídica cambia, en el sentido que se procura formar juristas mas completos y orientados hacia los hechos.

Por ejemplo, en materia de derecho comercial, desde el punto de vista formal puede alcanzar con conocer un conjunto de códigos y leyes sobre la materia, pero para un jurista realista es impensable un abogado de empresa o comercialista que no sepa interpretar un balance, por ejemplo. [18]

---

[17] La existencia social real de estas culturas y su reconocimiento forman gran parte de un movimiento jurídico llamado pluralismo jurídico que aboga por una mayor descentralización, y muy vinculado al movimiento de derecho alternativo que se verá mas adelante.

Son numerosas estas culturas sumergidas en América Latina, generalmente en las zonas de radicación de las naciones precolombinas mas avanzadas. Los incas, en la zona de Perú, Bolivia, Argentina y Chile (Norte); los mayas en la zona de Guatemala y aledaños; y los aztecas en la zona de Chiapas en México.

Fuera de América Latina, una de las naciones sumergidas mayores en el mundo pertenece al pueblo Kurdo, cuyas fronteras penetran profundamente en lo que hoy es Irán, Irak, Unión Soviética, y Turquía.

[18] Christopher Columbus Langdell (1826-1906) un notorio realista, es un educador jurídico que introdujo y desarrolló el método de casos en la enseñanza jurídica, entre otras reformas durante su cargo como decano de Facultad de Derecho de Harvard de 1870 a 1895.

Realismo Europeo

En Europa surgieron varios movimientos y autores de derecho de particular brillantez, que sostuvieron con vehemencia las posturas del realismo sociológico.

Pueden señalarse en forma particular en Francia, Durkheim, Duguit y Geny, en Alemania Ihering, Ehrlich y Kantorowictz. En los países Escandinavos existe toda una escuela realista integrada por autores como Olivecrona, Alf Ross.

El realismo europeo tuvo como característica particular, una escasa influencia en la aplicación práctica del derecho. Los realismo europeos fueron fundamentalmente academicistas, a diferencia de los norteamericanos, que surgieron para su aplicación inmediata.

François Geny.

Posiblemente la única excepción sea el caso de Geny [19], que fundó una escuela particular de derecho (la escuela francesa del Derecho Libre), que tuvo particular influencia en la redacción de Código Civil Suizo[20] y en la Jurisprudencia de este país.[21]

El Código Civil Suizo, tuvo un proceso de redacción en el que se destacó la figura de Eugen Huber, a quien se le encargó en 1892, la tarea de redactar el Código Civil de la Federación Suiza que en definitiva fue aprobado en 1907.

Si bien la figura de Eugen Huber, no es muy conocida fuera de Suiza, el fue alumno de Ihering, amigo de Von Rumelin, y lector y admirador de François Geny.

---

[19] François Geny nació en 17/dic./1861 en Baccarat (Francia), y Murió el 16 de diciembre de 1959 en Nancy (Francia).

En 1901 fue designado como profesor de Derecho Civil y en 1919 Decano de la Facultad de Derecho de Nancy cargo que ocupó hasta 1925. En 1930 fue designado miembro de la academia nacional de Ciencias Morales y Políticas.

[20] Geny enfatizaba el elemento discrecional en el proceso de la decisión judicial y contradecía en forma directa la idea que las soluciones debían estar enteramente dentro de los Códigos Civiles. En su opinión los jueces son libres de hacer sus propias reglas cuando el derecho preexistente no cubre el caso claramente.

[21] Conf. Dominique Manaï. Le Juge entre la Loi et l'Equité. Essai sur le Pouvoir de Apreciation du Juge en la Droit Suisse. Payot. 1985.

Fue tan fuerte la influencia de Geny en la redacción de ese Código Civil que hubo quienes le calificaron de padre del Código Civil Suizo [22].

El entorno político de Europa del siglo XX, no ayudó tampoco, ya que la formación Europea desde principios de siglo, estuvo fuertemente influenciada por gobiernos de fuerza, que para 1940, dominaban toda Europa con excepción de Inglaterra y Suiza.

Estos acondicionamientos son tan fuertes, que el propio Geny, desconoció a la criatura cuya paternidad le adjudicaban, y llegó a decir del Código Civil Suizo de 1907, que no sería una experiencia aplicable a Francia:

el sistema simple y casi "buen chico" del Código Civil Suizo de 1907, que llama a la consideración de la justicia patriarcal de épocas primitivas, se puede justificar en un país que adhiere a la forma federativa donde la concentración de la vida social palia los peligros de una justicia muy laxa, no sería conveniente a los Estados de gran envergadura, constantemente amenazados de ser dislocados por fuerzas opuestas, y en los que la coherencia no puede ser mantenida de otra forma que mediante una centralización cerrada, en la que el principio esencial reside en una ley rígida y Fija. [23]

Todo esto cambia para la segunda postguerra, o sea la etapa posterior a 1945.

El triunfo de las ideas democráticas, y el comienzo de la guerra fría, que caracterizan la segunda postguerra, es un espacio adecuado para el surgimiento o resurgimiento de las ideas realistas en el derecho, y en efecto el movimiento realista se impone esta vez, con un fuerte contenido valorativo.

Gran parte de los juristas realistas habían emigrado para escapar de la prisión o de la muerte, volvieron en la postguerra, y algunos colaboraron efectivamente para el rápido desarrollo y recuperación europea de postguerra.

---

[22] Oscar Gouye, François Gény est-il le père de l'art. 1,2 du CCS? ZSR, 1973, 92, T.I, p. 279 nota 6.

[23] Geny, Methode d'Interpretación. T. II, p. 321, citado por Dominique Manai: Le Juge entre la Loi et L'Equité. Essai sur le pouvoir d'appreciation du juge en Droit Suisse.pp 43.

León Duguit

León Duguit [24] es un continuador del pensamiento sociológico de Emile Durkheim, quien desde el terreno de la sociología tuvo el mérito de destacar la naturaleza eminentemente social del derecho.

Se aproxima el derecho a la realidad, y se confiere una nueva orientación a las investigaciones jurídicas y se impone a los juristas la obligación de estudiar el medio social donde la norma nace, vive y muere.

El derecho pasa a ser el conjunto de normas obligatorias, determinantes de las relaciones sociales, impuestas siempre por el grupo al cual se pertenece.

Duguit parte de una crítica muy precisa al concepto fundamental de Durkheim sobre la idea expuesta por éste de una conciencia colectiva.

Duguit considera metafísica la idea de una conciencia colectiva popular, y ninguna explicación debería buscarse en la ciencia social que no parta del dato irreductible que los individuos son de carne y hueso.

No obstante, Duguit está alarmado por los excesos del derecho individualista, y su consecuencia el individualismo de su época.

Además la teoría de la conciencia colectiva nos llevaría quizás a una concepción transpersonalista del Estado. Esta concepción metafísica debe ser sustituida por un hecho social que es la solidaridad social.

Duguit insiste en que los hechos sociales deben ser estudiados como si fueran cosas, y en el estudio del Derecho debemos emplear los mismos métodos y procesos seguidos por las ciencias físico naturales.

La solidaridad, por lo tanto es un hecho social de primera magnitud y el centro de interés del derecho.

Distingue dos tipos de solidaridad: una mecánica y otra orgánica.

Solidaridad mecánica es aquella que establece cuando dos o mas personas con una misma finalidad practican la misma serie de actos. Solidaridad mecánica puede existir cuando entre varios individuos reunidos levantan una mole: un ejemplo mas interesante de solidaridad mecánica se da entre los miembros de un colegio profesional, como los médicos, abogados, militares, intelectuales en la

[24] León Duguit (1859-1928) un pensador original y creativo en el mundo del derecho europeo. Duguit estudió derecho en la universidad de Burdeos. Fue nombrado profesor en la Facultad de Derecho de Caen en 1883. Volvió a Burdeos donde fue elegido decano y permaneció allí hasta su muerte. Su principal interés fue el derecho público y uno de sus trabajos mas importantes es el Tratado de Derecho Constitucional en 5 Volúmenes publicado entre 1921 y 1925.

medida que el vínculo de unión entre ellos es el carácter homogéneo de sus prestaciones.

Solidaridad orgánica, se da cuando los individuos para realizar determinados fines, no practican los mismos actos sino actos distintos y complementarios. En base al principio de división del trabajo, los actos que se realizan pueden ser totalmente diferentes como la reunión de distintas profesiones para la construcción de una casa. Un conjunto de profesiones reunidas en una organización tipo Consejo de Economía, trabajaría o debería hacerlo en base a solidaridad orgánica.

Ahora bien, cuando una conducta viola determinados principios que constituyen la base misma de la vida social, o sea el "mínimo ético", (Duguit invoca este concepto que pertenece originalmente a Jellinek), la sociedad reacciona organizada y específicamente. Cuando existe la certeza de la posibilidad de reacción tenemos la ley jurídica.

La norma o ley jurídica se encuentra entonces caracterizada por una especial reacción de la sociedad. Cuando esa reacción no llega a tales extremos tenemos las leyes morales o económicas.

La intensidad de la reacción es lo que hace que una conducta se convierta en antijurídica . ¿Donde está el punto de ruptura?

Una regla moral o económica pasa a ser norma jurídica cuando la "masa de los espíritus" mases des esprits), siente la necesidad indeclinable de esa norma, por considerarla esencial a la convivencia y la solidaridad social.

Con el concepto de masa de los espíritus, Duguit revive la idea de espíritu del pueblo de Savigny y del Yo colectivo de Rousseau. Duguit diferencia su concepto de los presentes, recordando que no habla de conciencia de la masa, sino de la masa de las conciencias individuales.

Respecto al Estado, dice que el derecho surge fuera del Estado. El Estado que Duguit identifica como gobierno, solo presta el servicio público de defender aquello que la sociedad considera esencial a la mutua convivencia y la solidaridad social. El Estado no es sino un cuerpo de funcionarios, parte de cuyas funciones consiste en actuar y proteger aquellas normas que la masa de los espíritus desea que sean obedecidas como jurídicas.

Si bien Duguit rechaza categóricamente la idea de derecho natural por considerarla metafísica, admite que todo hombre alberga un sentimiento del Derecho, y el hecho de la solidaridad realizaría los valores sociales los cuales tendrían un estricto contenido sociológico y fáctico.

Juicio Crítico.

La teoría de León Duguit, marcó un hito culminante del naturalismo sociológico.

Algunas intuiciones geniales suyas fueron criticadas en su época, tal como la noción de la masa de los espíritus. Los aportes posteriores de la Escuela Guestáltica de psicología podrían corroborar muy bien su concepto en el sentido que existe una transmisión inconciente de unas generaciones da las posteriores, no por el cúmulo de enseñanzas técnicas, sino por una presencia real espiritual.

Freud definía la inmortalidad, como la vida después de la muerte en un conjunto de personas que no conocemos.

Ibsen decía: "... somos espectros todos. En nosotros no sólo corre la sangre de nuestro padre y de nuestra madre sino también una especie de idea destruida, una especie de ciencia muerte. Es algo que no vive aunque no por eso dejar de estar en el fondo de nosotros mismos y nunca conseguiremos escapar a su acoso. Si tomo un periódico y me pongo a leer, veo surgir fantasmas entre las líneas. Si me fijara que está poblado de espectros el país, que hay tantos como granos de arena en la playa.

Al señalar Duguit el hecho de la solidaridad social como un valor fundante del hecho jurídico, centró la atención de los juristas en uno de los problemas mas graves de la sociedad moderno: el individualismo y su relación con las instituciones jurídicas.

Couture afirmaba categóricamente que la crisis del derecho individualismo es evidente.

A pesar de la severa advertencia de Duguit, y de Couture en nuestro país, los estudios jurídicos no se han dirigido con la intensidad deseada a profundizar en esta idea y sus consecuencias.

El problema está en que la solidaridad, si bien da origen a las instituciones jurídicas, las mismas pueden estimularla o anularla en beneficio de la idea individualista.

En América Latina, casi todas las críticas que suelen lanzarse contra las profesiones, culpándola de las crisis o del subdesarrollo, tienen una connotación que apunta hacia este tema.

Todas las profesiones tienen una connotación moral que apunta hacia este tema, en el sentido que impone oriental al grupo profesional en una actitud de servicio hacia la comunidad global (solidaridad orgánica), tratando de evitar actitudes de explotación o complicidades basadas en la solidaridad mecánica.

Se comprende que la función del derecho en este tipo de actitud puede ser enorme y está particularmente vinculada con el valor del bien común, donde procede su estudio detenido.

Hermann Kantorowictz[25]

Este profesor alemán adhirió a la doctrina del derecho libre, y tuvo una decisiva contribución a la elaboración de la sociología del derecho.

Especializado en derecho penal enseñó en las universidades de Friburgo (1908-1929) y Kiel (1929-1933) hasta la subida de los Nazis al poder. Luego de ello, debió exilarse en Inglaterra, y enseñó en varias universidades en los Estados Unidos, Italia, y (desde 1935) Gran Bretaña.

Sus últimos escritos incluyen: Der Geist der englischen Politik und das Gespenst der Einkreisung Deutschlands (1929); El Espíritu de la Política Inglesa y el mito de la aislación de Alemania; Dictaduras (1935); Estudios sobre los Glosadores del Derecho Romano (1938); (con William W. Buckland); y La Definición del Derecho (escrito en 1938, y publicado recién en 1958), en el cual el elabora la afirmación que "el derecho es un conjunto de reglas que prescriben una conducta externa que se considera justiciable."

Kantorowictz, sigue a la doctrina del derecho libre de Geny en cuanto a la elaboración de la decisión judicial es un tipo de función legislativa. Los jueces deberían aplicar reglas legales preexistentes en la medida que los casos individuales lo requieran y debieran declarar nuevas reglas (derivadas de la costumbre y uso social) para llenar vacíos legales que surjan de los procedimientos judiciales. En la exposición de su doctrina, Kantorowictz tuvo fricciones serias con el positivismo jurídico entonces predominante en la práctica legal europea y alemana. En 1911, desdibujó una distinción entre las disciplinas complementarias de la jurisprudencia (una ciencia de valores) y la sociología (una ciencia de hechos).

Eugen Ehrlich[26]

Educado en Derecho en la Universidad de Viena, enseñó allí por varios años y entonces (1899-1914) sirvió como profesor asociado de Derecho Romano en la Universidad de Szernowitz. Como hombre joven se convirtió del judaísmo al catolicismo romano, pero en sus últimos años dedicó mucha atención a los problemas judíos. No pudo enseñar después de la primera guerra mundial en base a los prejuicios antijudíos.

---

[25] Hermann Kantorowictz nació Nov. 18, 1877, Posen, Alemania. Murió Feb. 12, 1940, Cambridge, Cambridgeshire, Inglaterra.

[26] Eugen Ehrlich nació Setiembre 14, 1862, Czernowitz, Entonces Imperio Austríaco [Ahora Chernovtsy, Ucrania]--murió Mayo 2, 1922, Viena, Austria). Es un académico austríaco y profesor a quien, con justicia se le acredita el hecho de haber contribuido a la fundación de la disciplina Sociología del Derecho.

Gran parte de la sociología del derecho de Ehrlich, estuvo basada parcialmente en las teorías del derecho libre formuladas en Alemania por Hermann Kantorowictz y en Francia por Geny.

El autor reconocía dos fuentes complementarias: la primera, la historia jurídica y la jurisprudencia (por ejemplo precedentes que parecen útiles y sus explicaciones escritas y en segundo lugar, el "derecho vivo", como esta mostrado en la costumbre social actual.

El segundo componente, era mucho mas novedoso y mas chocante para la cultura jurídica donde Ehrlich escribía, por lo tanto recibió mucho mas atención. Muchos lectores pensaban equivocadamente que Ehrlich rechazaba totalmente al derecho formal.

Su obra mas importante fue de 1913: Principios Fundamentales de la Sociología del Derecho.

Realismo Norteamericano

Las Instituciones Jurídicas del Common Law, tuvieron un proceso de adaptación a la revolución democrática norteamericana, que requirió conceptos prácticos de adaptación solo compatibles con enfoques realistas.

Sin embargo, en el siglo XIX, la interpretación jurídica evolución hacia un formalismo de tipo jurisprudencial muy particular, que fue visto como una barrera particular a una necesaria evolución de las instituciones jurídicas a incorporar la industrialización y el modernismo.

La famosa obra de Pound: El Sendero del Derecho[27], marcó el toque de arranque de la moderna escuela de jurisprudencia sociológica, o lo que es lo mismo la escuela realista norteamericana de derecho.

Los enfoques de Pound, formaron escuela en los Estados Unidos, y fueron defendidos muchos de ellos por alumnos brillantes del propio Pound como Karl Llewellyn.

Si bien hubieron diferencias lógicas entre los distintos miembros de la escuela realista, esta tuvo muchos puntos en común y marcó un rumbo claro en el pensamiento jurídico norteamericano y mundial. [28]

Ilustración 1 El caso

Notorios juristas integrantes de la escuela realista como Llewellyn, y Frank colaboraron activamente con las políticas del presidente Franklin D. Roosvelt llamadas como New Deal, que trataban de modernizar a los Estados Unidos, y enfrentarlo a crisis económicas de magnitud como la ocurrida en 1929.

---

[27] Nacido en 1870, Roscoe Pound fue decano de la Facultad de Derecho de Harvard en el periodo 1916 a 1936. Se destacó como filósofo del Derecho, e historiador. Su obra de fin del siglo pasado The Path of the Law (El Sendero del Derecho), es señalada como el punto de arranque del movimiento realista norteamericano en el Derecho.

[28] Ante el famoso caso de Sacco y Vanzetti, hubo opiniones encontradas: el Maestro Pound, que si bien no compartía la condena de los trabajadores no deseaba hacer campaña contra la sentencia porque entendía que disminuiría la credibilidad del sistema de justicia en cambio su alumno Karl Llewellyn (un notorio filósofo realista) se alineó claramente con los que entendian que era una sentencia injusta que debía ser revisada. Vease N. E. H. Hull,. Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence. The University of Chicago Press, 1997. 366 pp.

El enfoque histórico tradicional señala la época de Roosvelt (1932 - 1944), conducente a la nación a cambios sin precedentes y a un enfrentamiento con el poder judicial, que lleva al planteo del llamado Packing Plan, que termina con una capitulación de la Suprema Corte de Justicia federal en un nuevo orden jurisprudencial.

consideremos la siguiente historia de interpretación judicial de una cláusula de una póliza de seguros. No mucho después de la invención del aeroplano, a menudo se acordaba una cláusula de exclusión bajo la cual las compañía de seguros no eran responsables por daños o muerte provenientes de que el asegurado participase en "aeronáutica".

En los años 20 y tempranos 1930, decisiones judiciales aceptaron la inclusión de los pasajeros dentro de la cláusula de exclusión; un individuo en virtud de ser un pasajero, había participado en aeronáutica.

Sin embargo en los años siguientes, ocurrió un cambio en la jurisprudencia corriente sobre el punto.
El cambio de opinión se atribuye a que los tribunales estaban simplemente dándose cuente de la enorme expansión del rol de la aviación comercial, y, consecuentemente el mas amplio impacto social de las decisiones adversas en el estatuto de los pasajeros.
Un Tribunal en 1942 lo decía de esta forma:
"participar en aeronáutica en 1913 es muy diferente en su significada que participar en aeronáutica ahora o en 1929..... El derecho es algo viviente que debe mantener el ritmo con la gente y las condiciones que regula."

Ese nuevo orden se caracterizaba por:

- ✓Cambios significativos tendientes al crecimiento del ejecutivo, particularmente en el área de asuntos internacionales.
- ✓La creación de agencias administrativas.
- ✓La expansión del gobierno en la regulación económica.
- ✓La protección incrementada de la libertad de palabra y otros derechos civiles.
- ✓Cambios significativos en el rol del sistema judicial también se esperaban, de un rol tradicional de guardián de la constitución a la defensa de las minorías políticas.

Enfoques modernos sobre el problema tienden a disminuir la influencia política, y a señalar el hecho de que el cambio se encontraba ya en vías de realización incluso antes del llamado Packing Plan de Roosvelt. El propio New Deal parece ser una particular aplicación de concepciones modernistas del derecho y la justicia.[29]

[29] Vease Edward White. The Constitution and the New Deal. Cambridge, Ma: Harvard University Press (2000)

La Suprema Corte de esta época evoluciona además en los mecanismos de interpretación hacia una idea de aplicadora de principios constitucionales relativamente fijos, a la noción de la constitución como un documento vivo capaz de responder a través de la interpretación a las cambiantes condiciones socioeconómicas.

Aquí también debe hacerse notar que la noción de la constitución viviente, tiene precedentes tan antiguos como una sentencia de 1819 que se atribuye a Marshall (caso Macculloch v. Maryland), donde se expresa textualmente que: "La constitución se supone "adaptarse a las variadas crisis de los asuntos Humanos. [30]

Earl Warren, «Chief Justice» desde 1953, ante el edificio del Tribunal Supremo que él preside.

Las nuevas condiciones otorgan a la rama judicial un creciente poder en la resolución de graves conflictos, frente a los cuales debían tomarse urgentes decisiones.

El debate del derecho moderno, está influido además por la poderosa influencia de la corte Warren, que marcó todo un hito en la historia jurídica norteamericana.[31]

En realidad, si bien, la figura de Warren ocupó un lugar prominente en esa jurisprudencia, no fue única, y particularmente valiosa fue la figura de Brennan.

Se atribuye a Brennan [32] por ejemplo la definición del debido proceso legal en uno de sus últimos discursos:

"El debido proceso se pregunta hasta qué punto el gobierno ha tratado a alguien correctamente, hasta que punto la dignidad individual ha sido honrada, y hasta que punto el valor de un individuo ha sido respetado. Si los valores del debido proceso son preservados en el estado burocrático de finales del siglo XX, es esenciales que los funcionarios posean pasión, … que entiendan el pulso de la vida bajo la versión oficial de las cosas." [33]

---

[30] Morton Horwitz. The Warren Court and the Pursuit of Justice. New York: Hill and Wang. (1998.)

[31] Earl Warren, Ministro de la corte de Justicia de la Federación norteamericana, durante 1953 Y 1969. Natural de California, funcionario del Estado y candidato a vice presidente en las elecciones de 1948, finalmente desde el terreno de la función pública y la política fue nominado como miembro de la Suprema Corte Federal de Justicia Norteamericana, donde hizo una gestión memorable, con influencia dentro y fuera de los Estados Unidos.

[32] William J. Brennan influyente integrante de la Corte.

[33] Citado por Morton J. Horwitz: The Warren Court and the Pursuit of Justice, New York: Hill and Wang, 1998. (p.90) ISBN 0-8090-1625-7.

La corte Warren, hizo una interpretación creativa de los textos constitucionales que llevó la idea de ingeniería social más allá de los proyectos de sus diseñadores en aspectos prácticos de la vida norteamericana.

Particularmente famoso es el caso Brown vs. Board of Education, que es un Cerciorari de la corte que mandó reunir todas las reclamaciones sobre segregación racial que fueron decididas en 1954, en un proceso que todavía hoy tiene consecuencias.

El tema central era hasta que punto, la democracia debiera ser concebida en términos de procedimientos políticos formales o en términos substantivos sociales y económicos. [34]

Los éxitos de la Jurisprudencia de la Corte Warren, son hasta estos días muy visibles en la historia judicial norteamericana.[35]

[34] La corte Warren hizo un amplio uso del activismo judicial y las teorías interpretativas de la constitución viviente, y fue considerada por la mayoría del foro norteamericano como una continua convención constitucional. El mas grande tribunal desde el que presidión John Marshall.

[35] En realidad, gran parte de la jurisprudencia modernizadora, es el resultado de un atraso real de la jurisprudencia anterior, motivado en la excesiva vigencia del caso Plessy vs. Ferguson de la década de 1870 (Razas iguales pero separadas) que justificaba la segregación. Téngase presente que Tocqueville, en 1830, pronosticó con toda precisión las dificultades raciales como el único peligro para los norteamericanos, y dijo que la única solución al problema era una integración completa o total, o enfrentar la alternativa de una guerra civil de características particularmente crueles con peligro de la destrucción de una de las dos razas.

Concepción Óntico Valorativa

Desde muy antiguo se ve al derecho como orientado hacia el valor de justicia.

Hay una serie de autores y escuelas que tienen en común su orientación hacia este valor de justicia.

Son varias corrientes y autores que tienen en común:

- El derecho se encuentra orientado hacia el valor de la justicia, y el derecho es tal en cuanto es justo.
- Alto compromiso entre moral y derecho. El derecho es básicamente moral. El derecho inmoral es injusto y como tal no es derecho ni vale ante los tribunales.
- Muchas veces se encuentra vinculada hacia una concepción religiosa o a un derecho superior. En los hechos los primeros intentos teóricos de separar moral y derecho tuvieron una fuerte oposición de las iglesias protestantes en el Norte de Europa. [36]
- El valor de la seguridad jurídica muchas veces queda limitado en su alcance en la medida que viola principios de justicia.
- Algunos enfoques particulares, tienden a hacer notar problemas epistemológicos en el manejo de lo conceptos. Para determinar la idea de justicia resultan insuficientes las normas comunes de racionalidad y debe recurrirse a principios de retórica. El proceso judicial en definitiva no está destinado a demostrar algo, sino a convencer.
- Jerarquización del dispositivo judicial, ya que el mismo debe aplicar normas éticas al mismo tiempo que los comandos estatales y como surge de lo expresado, debe corregir a los comandos estatales en la medida que viola principios de justicia.
- Carreras judiciales acordes a lo anterior.
- Enseñanza del derecho formativa y participativa.

El caso de Gustavo Radbruch[37] es representativo del estado de la filosofía jurídica europea en el siglo XX.

---

[36] Conf. Welzel,H. "El Nacimiento del Moderno Concepto del Derecho." In: "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho", edited by Ediciones Pannedille and Comité Editor de Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa . Buenos Aires, Ediciones Pannedille (1970), p. 72-78.

[37] Nació el 21 de noviembre de 1878, Lubeck, Alemania. Murió el 23 de Nov. 1949, Heidelberg, Alemania. Filósofo del derecho y uno de los mas representantivos exponentes del relativismo jurídico y del positivismo jurídico. Radbruch sirvió como profesor en las universidades de Könisberg, Kiel, y Heildelberg. También préstó serivcios en el gobierno de Weimar como Ministro de Justicia (1921-1923).- Fue autor de numerosos libros en su especialidad, entre otros: Introducción a la Filosofía del Derecho de 1910; El Espíritu del Derecho Inglés (1946)

El surgimiento de los gobiernos de fuerza en Italia y Alemania, que luego se extendieron por toda Europa con excepción de Inglaterra, hizo pensar a muchas personas que el dispositivo judicial podría haber actuado en forma mas enérgica para prevenir la pérdida de las libertades, y ahorrar el baño de sangre que en definitiva significó la segunda guerra mundial.

Radbruch, adherido originariamente al positivismo legal, al cual adscriben sus primeras obras. Luego de la guerra cambió radicalmente su orientación filosófica hacia una filosofía del derecho natural que reconoce propiedades inmutable de justicia en el derecho, y que los tribunales deben acatar aún antes que a los estatutos gubernamentales.

Quizás pueda imaginarse que no es mucho lo que puede hacer un poder judicial organizado frente al surgimiento de super-estados con ejércitos sofisticados y cuerpos policiales y paramilitares particularmente entrenados. Sin embargo, esto no es así. Estos super-estados no surgen de un día para otro, sino que se van formando a través de una sucesión de violaciones a los derechos humanos y crímenes en los que elaboran un verdadero estado del miedo en las personas.

Generalmente, estos hechos, escapan por un medio u otro al dispositivo judicial, el cual si hubiera tenido la perfección necesaria en su organización, hubiera evitado, o al menos dificultado el ascenso de los gobiernos de facto.

Luego de la segunda guerra, se volvió entonces a las teorías de derecho natural, no solamente porque los gobiernos sobrevivientes del nazismo y fascismo, se basaban en estatutos y leyes que no eran válidas pero sí acatadas, sino porque se veía en la organización de la justicia una garantía para evitar la emergencia futura de este tipo de calamidades.

En realidad investigaciones posteriores llegaron aún más lejos, y ven que los sistemas legales, no solo no hicieron nada para evitar la emergencia de los gobiernos de facto, sino que, la abogacía y la justicia estaban en una situación deplorable durante el período de entreguerras (1918-1939), en base a la adhesión a métodos inadecuados del positivismo jurídico y a la creciente prescindencia del sistema judicial. [38] Esta situación fue muy aprovechada por el fascismo y el nazismo, sirviéndose de los profesionales jurídicos para sus fines particulares.

Un reciente libro de Jeffrey Gaab [39] dice textualmente: N

"En los hechos Bismarck había comenzado a fortificar el Estado después de la fracasada revolución de 1848 amoldando el derecho y sus practicantes en

[38] Estos fenómenos precisamente son respondidos en los Estados Unidos de la época con el realismo jurídico, y particularmente con el pragmatismo, que se estudia en métodos.

[39] Véase: Gaab,Jeffrey S. JUSTICE DELAYED: THE RESTORATION OF JUSTICE IN BAVARIA UNDER AMERICAN OCCUPATION, 1945-1949. New York: Peter Lang, (1999).

convenientes herramientas políticas. El positivismo jurídico nació como derecho, se convirtió en sinónimo de orden y los profesionales jurídicos comenzaron a identificarse con el Estado. Por otro lado, la creciente competencia causada por el comienzo de la industrialización en gran escala después de 1878, resultó en un campo jurídico superpoblado, acelerando el declive de la profesión jurídica.-" [40]

La monografía que comentamos, tiene como tema central en qué medida la profesión jurídica, formada por criterios no liberales, puede servir de sustento a un estado democrático, y comenta particularmente las dificultades casi insuperables que tuvo la administración norteamericana para evitar que la república de Bonn, no se convirtiera en otra república de Weimar.

En los hechos, la alarmante conclusión del libro, es que fue casi imposible lograrlo, y si en los hechos como resulta evidente Bonn no se convirtió en Weimar fue por cambios oportunos en la política de incentivos, y un cierto oportunismo planteado por el desarrollo de la guerra fría.

Latinoamérica de principios del siglo XXI, plantea problemas particulares, que deben ser resuelto a la luz de las nuevas conclusiones que se han ido elaborando para Europa, y particularmente, sobre la capacidad sus sistemas judiciales de un establecimiento duradero y relativamente definitivo de instituciones democráticas en el Continente.

Concepción Trialista o Tridimensional

Los enfoques monistas ven al derecho desde alguno de los aspectos normativos, fácticos o valorativos. De algún modo reconocen la existencia de fenómenos de interés en otras áreas. Kelsen se interesa por la axiología en su obra: ¿Qué es la Justicia? y admite además un objetivo definitivo y fines concretos a la sociología del Derecho. Duguit admite la existencia de un área valorativa y un sentimiento personal de justicia y los jusnaturalistas recurren a la sociología del derecho y a la sociología general.

El trialismo afirma básicamente la insuficiencia de la consideración separada de cada uno de los enfoques estudiados recientemente.

---

[40] Gaab,Jeffrey S. Op.Cit.

Admite que el fenómeno jurídico es un fenómeno complejo constituido por una estrecha trabazón de hecho, norma y valor, y que debe ser estudiado en forma unitaria ante el caso concreto.

Podemos señalar como trialistas a la gran mayoría de los autores contemporáneos. Radbruch; Wilhem Sauer; Manfred Rehbinder; Julios Stone; Jerome Hall (autor de la teoría integrativa); Recasens Siches; Miguel Reale; Pedro David.

En América Latina, se destaca la figura de Pedro David.

David expresa que la conducta jurídica forma parte de tres grandes órdenes que son:

a.)Las estructuras empíricos socio-jurídicas o el hecho.

b.)Las estructuras normativas socio-jurídicas o el plano del conocimiento.

c.)La estructura cultura socio-jurídica, o el plano del valor o la búsqueda de fines.

Continúa: La unidad de estos tres órdenes interrelacionados, pero irreductibles entre sí, es la conducta como marco de referencia. La estructura empírica socio-jurídica representa el análisis de los procesos de interacción y puede conceptuarse como una compleja red donde los actores participan con sus roles y sus posiciones personales y jurídicas.

Dice que en las estructuras normativas hay que recordar los procesos de adoctrinación de las normas, esto es, como se internalizan ellas en el proceso de socialización. Esta internalización es la que funda la conformidad (posición correcta de la escala de anomia) con la norma o la necesidad del aparato punitivo, el sistema de expectaciones negativas. Aquí surge la necesidad de proveer a los integrantes del proceso de interacción de motivaciones adecuadas, con el fin que cumplan espontáneamente los roles prescritos.

Agrega David que el rol de los jueces, en esta subcultura de administración jurídica, es de importancia central, por ser el portavoz ce la institución jurídica.

Como puede observarse, el Trialismo en la obra de David, supone el método sociológica, a tal punto que su obra se denomina sociología jurídica.

Insiste sobre que la ciencia socio-jurídica ha de organizarse integrativamente en torno al hecho, el valor y la norma, tomando al primero como centro, pero sin perder referencias directas con el segundo y el tercer términos.

Respecto a la crisis jurídico social en América Central y América del Sur, expresa:

La circunstancia de haberse impuesto originariamente en los países latinoamericanos sistemas jurídicos que no tomaron en cuenta las condiciones locales, determinó una disparidad entre "legitimidad" y "vigencia societaria". Entendemos aquí por legitimidad aquella cualidad de la expresión del soberano, y como tal debe ser obedecida, independiente de efectividad funcional al nivel de la conducta concreta de los que han de acatarla. Llama vigencia societaria a la circunstancia de la existencia de una norma, un valor y un hecho en la conducta efectiva de una comunidad.

Dice David que existe una fractura básica del sistema sociojurídico en la gran mayoría de las sociedades latinoamericanas. Entre ellas, la insularidad creciente de los sistemas represivos y preventivos de la conducta desviada; la función específica generadora de conductas desviadas en los sistemas encargados de generar conformidad, y un cambio en las concepciones vigentes de los valores jurídicos de personalidad y sociedad.

Concluye David que: "Hay que abrir la insularidad represiva de las organizaciones policiales y judiciales y lograr vías de internalización, protección y estabilidad de valores y normas que estructuren una justicia mas total, mas universal.

Dice que es posible que la guerrilla sea solamente un síntoma, como tantos otros, de un continuado proceso de autodestrucción de la cultura prevalente en Occidente y explotado y digitado muy hábilmente por concepciones de vida opuestas, que hacen carne en sociedades autodestrozadas. La contradicción entre valores y normas por un lado y conductas por otra, ha llevado a una pérdida casi total de espontánea adhesión, conformidad y apoyo a un sistema que victimiza permanentemente al hombre.

Agregamos nosotros, que el orden jurídico revestido de los caracteres que señala David, en muchos casos que son la gran mayoría de las sociedades latinoamericanas se convierte en un factor particularmente agudo de irritación cultural actuando incluso en temas que no son objeto particular de interés o pronunciamiento político.

Concluye David que: "El unilateralismo del positivismo jurídico en la perspectiva práctica de abogados y jueces, que ven solo en el derecho, la codificación y sus agentes, ha contribuido grandemente a tal estado de cosas.

No menos el tipo de educación jurídica prevalente en América Latina. Por ello la teoría integrativa, cuando pone el derecho en la conducta humana, y como producto y resultado a la vez de sus instituciones en un triple nivel fáctico,

normativo y axiológico, tiene al virtualidad de reinsertar al derecho en la sociedad y fundamentalmente en el hombre concreto, en el hombre histórico.

Concepción Marxista

La vida de Carlos Marx [41] fue relativamente modesta, y contrasta fuertemente con el inmenso éxito que sus teorías tuvieron luego de muerto.

Una influencia decisiva para ese éxito post mortem fue el ascenso al poder del partido bolchevique en Rusia, donde luego se fundaría la Unión Soviética, un inmenso estado creado sobre la base de Rusia, y que practicamente aceptó en forma oficial la filosofía marxista.[42]

Los avatares posteriores y sobre todo los resultados de la 2ª Guerra Mundial, hicieron que esta teoría tuviera aún mayor difusión y alcance, y muchos estados, inclusive en Europa Oriental, adoptaron la tesis marxistas, y también en el lejano oriente, notoriamente China Continental, que llevó al poder al partido comunista chino, cuya formación teórica aceptaba sin reservas la teoría marxista.

Parece muy claro entonces, que el alcance de este modesto filósofo germano-inglés-judío, parecía ser universal, y llegó a competir con el pensamiento cristiano en dar una visión y un comprensión del mundo.

Se comprende entonces que las opiniones marxistas sobre el derecho y el Estado, hayan influido pesadamente en la historia y en las concepciones jurídicas del siglo XX.

Para Marx, "la historia de la humanidad es la historia de la lucha de clases", y son las clases sociales los protagonistas de la historia, en base a las particulares relaciones de producción.-

---

[41] Carlos Marx (1818-1883) era un abogado alemán de procedencia judía, de familia liberal, que prontamente, a través de su actividad profesional y escritos periodísticos entró en conflicto con el gobierno alemán, y debió refugiarse pidiendo asilo en Inglaterra, donde vivió la mayor parte de su vida.

En Inglaterra se ganó la vida trabajando como periodista, actividad en que llegó a ser corresponsal de diarios norteamericanos y como escritor con una profusa producción.

[42] El lider del principal partido revolucionario ruso, Vladimir Illich Uslianov mas conocido por su pseudónimo de batalla: "Lenin", diría del manifiesto comunista escrito por Carlos Marx y Federico Engels: "En esta obra está trazada con claridad y brillantez geniales, la nueva concepción del mundo: el materialismo consecuente, aplicado también al campo de la vida social; la dialéctica, como la doctrina mas completa y profunda del desarrollo, la teoría de la lucha de clases y del papel revolucionario histórico-universal del proletariado, creador de la sociedad nueva, de la sociedad comunista."

Estas relaciones de producción, se establecen en base a criterios económicos, y es la economía la que establece la "infraestructura" productiva a la cual, el resto de los elementos culturales de sociedad deben adaptarse.

La relación entre la infraestructura económica y la superestructura cultural, no es una mera relación mecanicista unidireccional, sino una relación bidireccional de mutua interacción o "dialéctica". Sin embargo, la preeminencia o motor está establecido por la infraestructura económica.

El derecho, pasa a ser por tanto, un elemento dependiente de otros factores económicos y culturales, y por tanto de importancia relativamente modesta y siempre subordinado a los intereses económicos.

La importancia del fenómeno jurídico se trasladó a la praxis política revolucionaria, que prestó poca atención a la organización jurídica, y aplicación del derecho.

En los hechos, los estados comunistas dieron poco margen de actuación a los poderes judiciales de sus estados, los cuales actuaron siempre sometidos a estrictos contralores políticos.

La participación popular en la justicia, es ejercida a través de jueces legos por el sistema de escabinado, que son representantes legos en el tribunal, que no son independientes en sus funciones. Algo así como si en materia laboral, hubiese en el Juzgado representantes de los sindicatos de trabajadores (y/o de patronos).

El Estado y la burocracia estatal están practicamente fuera del control jurisdiccional y público, lo cual crea notorias dificultades de credibilidad, y eficiencia del propio sistema económico.

A pesar de los defectos del sistema judicial, fueron notorios los éxitos del sistema soviético que incluso tuvo una participación muy destacada en la 2ª Guerra Mundial y llevó a su nación a los primeros puestos del poder mundial.

Después de la 2ª Guerra Mundial, apareció una sorda rivalidad entre las potencias triunfadoras, fundamentalmente entre Estados Unidos y la Unión Soviética, a esta altura convertidas en verdaderas superpotencias militares y económicas.

Esta etapa llamada Guerra Fría, se caracterizó por sangrientos conflictos locales periféricos (es decir en naciones subdesarrolladas) y campañas de propaganda ideológica en la cual muchas personas vieron, que la estructura jurídica soviética era absolutamente insuficiente y que conformaba una debilidad particular del aparentemente invulnerable estado soviético. [43]

---

[43] Ver Charles S. Rhyne, The Law, Russia's Greatest Weakness." 45 A.B.A.J. 246 (1959).

Las tan citadas "relaciones de producción", como por ejemplo la propiedad de la tierra y medios de producción son conceptos económicos, pero son también y fundamentalmente conceptos jurídicos.

Si la propiedad privada de la tierra y las herramientas son instrumentos económico-jurídicos, con mucho mas razón lo son la máquina para un estadio mas desarrollado de producción, y aún más los derechos de autor, y propiedad intelectual en general para los últimos estadios productivos donde predominan los servicios, la computación y la robótica.

El mundo del futuro en la visión marxista.

En lo inmediato, no cabía esperar grandes cosas de una revolución, ya que resabios del régimen antiguo estarían potenciados en distintos sectores del poder político o económico. Lo mas que podía ofrecerse era una dictadura, y en lo específico una dictadura de una clase social particular, la dictadura del proletariado, en la jerga marxista, la dictadura de los representantes de los asalariados industriales.

Este fenómeno en realidad, debía ser algo transitorio, que a poco sería sustituido por el estado final del mundo del futuro. Si bien transitorio, muy importante y definitorio de la tesis marxista, que en este punto pretende en enfoque de "socialismo científico", por oposición al "socialismo utópico", de los grandes pensadores que le precedieron, particularmente Saint Simon.

En el enfoque marxista, el mundo del futuro sería de igualdad y justicia, con las necesidades básicas satisfechas, no habría incentivos para guerras ni violencia, y el propio estado caería siendo los gobernantes sustituidos por administradores de las cosas.

Existe una cierta ambigüedad en Marx sobre el futuro, ya que por un lado la evolución hacia ese estado de cosas parece practicamente inevitable e inexorable como un destino predeterminado de la humanidad, mientras que por otro, es un futuro a conquistar y es un deber moral conducir a la sociedad hacia ese venturoso porvenir.

Es casi un axioma de la ciencia política, que cuando alguien puede abusar de un poder, sencillamente abusa del mismo y en los hechos, la etapa dictadura del proletariado fue escrupulosamente cumplida.

Los apóstoles de la nueva doctrina, se organizaron bajo la forma de partido único, y organizaron inmensas burocracias con el cometido de hacer posible el gobierno integral de la sociedad.

En la Unión Soviética, a poco de la Revolución, toda la burocracia zarista fue recontratada por el flamante gobierno revolucionario, y el conjunto configuró el nuevo Estado Socialista.

Las nuevas burocracias vieron potenciados sus poderes por las aspiraciones múltiples del gobierno en materia económica, y legitimadas por el segmento de la teoría que establecía la dictadura (del proletariado) que aparece como un elemento central de la tesis marxista. Desde luego que esa legitimación y esos poderes fueron usados ampliamente por los flamantes estados socialistas.

Todo esto hubiera funcionado por mucho tiempo si no fuera porque el conjunto estaba en competencia con otras unidades políticas mas ágiles, mas propensas al cambio y mas respetuosas de la gente.

Las ideas de derecho aplicadas en la práctica por los revolucionarios respondieron a los conceptos tradicionales de autoridad, y el sistema en su conjunto respondió a los principios del derecho romano de la decadencia. [44]

Las cátedras de derecho romano en las universidades soviéticas estuvieron activas durante todo el período socialista y hasta luego de la caída del Estado Soviético. El Socialismo Real trajo nuevas ánforas, pero el contenido del viejo estado autoritario era el mismo y las mismas viejas heces en el fondo.

Conforme a la teoría marxista el derecho nunca pasó de ser un elemento secundario, y así lo fue en la praxis revolucionaria, con un amplio margen para la simulación y el doble discurso.

Así por ejemplo, en pleno período estaliniano, se decía que la unión soviética era el Estado Federal mas auténtico del mundo, porque no existía ningún estado en el planeta, cuyos estados miembros pudieran retirarse de la federación por su única y simple voluntad mayoritaria.

En efecto este derecho de secesión estaba en la constitución, pero no tenía vigencia práctica, ya que si alguien se le ocurría plantear la secesión, sería posiblemente arrestado en forma inmediata.

En general, en los estados soviéticos el poder judicial no era un verdadero poder del Estado, no tenía representatividad popular, ya que los jurados escabinados (jurados funcionarios) no eran independientes.

Desde luego que todo esto, se reflejaba en la sociedad quien no se sentía libre, y actuaba en consecuencia. [45]

---

[44] Es casi una constante en las revoluciones del siglo XX, que una vez que logran derribar a los poderes coloniales, que en sus últimas etapas llegan al máximo de centralización y prepotencia, no cambian el grado de centralización, sino que por el contrario declaran usar esa centralización para fines "revolucionarios", que en etapas posteriores se confunden con altos grados de corrupción administrativa. Esto no cambia cuando el derecho y el gobierno derribado pertenece al common law, entonces se cambia para el derecho codificado con lo cual se logra legitimar la nueva centralización de autoridad.

[45] Ver Charles S. Rhyne, The Law, Russia's Greatest Weakness." 45 A.B.A.J. 246 (1959).

Derecho Alternativo

La expresión "uso alternativo del derecho", se viene usando desde 1972, significando que el derecho puede ser usado, no solamente como un instrumento de opresión o de gobierno, sino que alternativamente el mismo derecho puede ser un elemento de liberación y descentralización.

Dice el jurista argentino Roberto Bergalli: [46] "El reconocido papel inmovilizador jugado por el Derecho en la sociedad latinoamericana, está caracterizada por relaciones sociales injustas y ha ocasionado que algunos juristas sensibles se hayan solidarizado con las afirmaciones de movimientos sociales que representan la voz de los oprimidos, para proponer un "uso alternativo del derecho". La expresión misma apunta a ofrecer nuevas bases de acción para usar el derecho para una profunda transformación estructural. Sin embargo, es extremadamente difícil remover los pesados formalismos con los cuales la tradición liberal ha cubierto la cultura jurídica de América Latina, impidiendo de esta vía, una tarea que solo puede ser realizada con ideas que suponen meros cambios en los métodos de las actividades jurídicas.

Continúa Bergalli:

El debate a desarrollar es epistemológico y por lo tanto relativo al terreno teórico relacionado con la creación e interpretación del derecho, el que, ciertamente no descarta un análisis socioempírico del trabajo de diferentes operadores legales debieran cumplir usando rutas alternativas.

Pero ciertamente este concepto, el que nació con la expresión "uso alternativo del derecho, desde Catania en 1972, requiere un marco socio político que difiere de aquel vigente en América Latina.

De acuerdo a este enfoque, entonces, habría un uso alternativo de ese derecho, al servicio de las libertades públicas.

Posiblemente la expresión en sí no sea muy feliz, ya que las bases tradicionales del derecho, principalmente en América y particularmente en América Latina, están al servicio de los valores mas populares imaginables. Si bien es cierto que históricamente esto no se ha dado, por razones que no están del todo claras, lo

[46] Bergalli, Roberto, ***Usos y Riesgos de Categorías Conceptuales: ¿Conviene seguir empleando la Expresión "Uso Alternativo del Derecho"?*** El Otro Derecho, 1992, 10, 4, 1, pp. 5-32

que mas bien habría que averiguar es porqué el derecho democrático liberal no pudo aplicarse como estuvo en algún momento proyectado. [48]

Así la constitución Argentina de 1853, establece juicio oral y por jurados en las causas penales y civiles, mandato que no ha podido aplicarse a 150 años de dictada la constitución.

En Uruguay, la constitución de 1830, entre muchas disposiciones, organizó la Alta Corte de Justicia que tendría responsabilidades fundamentales en la reforma judicial y política. El organismo recién fue creado en 1907.

Planteadas así las cosas, parece que el derecho creado para liberar, fue usado alternativamente para oprimir.

No obstante ello, la denominación parece imponerse, y crece la literatura destinada al estudio del derecho alternativo[49], también algunos centros de Estudios Jurídicos han introducido una materia de estudios que se llama Derecho Alternativo, como algunas academias de Jueces en Brasil, también en Oñatti, en Vasconia existe un centro de Sociología Jurídica que ha dedicado muchos esfuerzos al desarrollo del derecho alternativo.

En el núcleo de esta escuela, se encuentra un enfoque crítico de las instituciones jurídicas, principalmente en América Latina, y la necesidad de alcanzar ciertos valores a través del propio derecho y sus instituciones.

En ese sentido podríamos incluir esta teoría dentro de un enfoque jusnaturalista, o al menos tridimensional, siendo éstos últimos quienes realmente le abrieron el camino teórico.

Otra característica del conjunto de autores que sostienen al derecho alternativo, es una profunda atención a los hechos por sobre las teorías.

Se trata de sacar al derecho del gabinete para ir a la realidad, donde estudiar con preferencia a la figura del Juez, del abogado, y el Fiscal.

---

[48] Debiera leerse el manifiesto de los Constituyentes de 1830, y varios documentos jurídicos del ideario Artiguista. Estos documentos traslucen una claridad de enfoques sorprendente al servicio de las causas correctas y justas.

[49] Una sola editoria brasileña, la Editora Acadêmica de São Paulo, publicó recientemente los siguientes títulos: (a) Lições de Direito Alternativo nº l e 2, organizados pôr EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JR, (b) Magistratura e Direito Alternativo (agora em 2ã Edição pela ed. LUAM) e Direito Alternativo na Jurisprudência de Amilton Bueno de Carvalho; (c) Ministério Público e Direito Alternativo, de ANTÔNIO ALBERTO MACHADO e MARCELO GOULART; Revista de Direito Alternativo, vols. l a 3 (a partir de agora a ser editada pela Ed. Livraria do Advogado); (e) Juiz Alternativo e Poder Judiciário. de LÉDIO ROSA DE ANDRADE, (f) Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa, de EDMUNDO LIMA DE ARRIJDA JR, (g) Lições de Direito Civil Alternativo, organizado por SÍLVIO CHAGAS;(1) Ensino Jurídico e Direito Alternativo, de HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES; (m) Lições Alternativas de Direito Processual, organizado por HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES; (n) Lições de Direito Alternativo do Trabalho, organizado por EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JR. Pela Editora Sérgio Fabris foi publicado de ELISCIO DE CRESCI SOBRINHO, Justiça Alternativa. Pela Editora Livraria do Advogado foi publicada Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro, de LÉDIO ROSA DE ANDRADE.

Los autores afiliados a la Escuela de Derecho Alternativo, siguieron el mismo camino de los autores Tridimensionales, y de alguna forma profundizaron y sistematizaron el pensamiento crítico jurídico en América Latina.

El Derecho Alternativo, se caracteriza según algunos autores, por la búsqueda desesperada y urgente de un instrumental práctico-teórico destinado a profesionales que aspiran a fundar o refundar la democracia.

Uno de los temas recurrentes en el derecho alternativo, es por ejemplo la descentralización política territorial, y la crítica a las instituciones federales, que muchas veces establecen una federación casi perfecta en las normas y un estado centralista en los hechos.

En base a los estudios modernos se están logrando avances en materia de descentralización y pluralismo jurídico. Es decir se parte de la base de la existencia de multiplicidad de ordenamientos jurídicos, que no están subordinados sino coordinados por un ordenamiento central.

Debe tenerse también presente, que los enfoques críticos y alternativos, parecen provenir mas del foro y la práctica jurídica que de la academia.

El movimiento ya ha tenido algunos frutos como puede verse en el apéndice sobre los resultados de los movimientos constitucionales reformistas latinoamericanos, que casi todos han reconocido la pluriculturalidad, y el pluralismo jurídico, creando espacios de desarrollo que antes no existían, y poniendo en dificultades a la teoría jurídica simplista de origen kelseniano y positivista.

Bibliografía sobre Concepto de Derecho

🕮 Burton, Steven J. An Introduction to Law and Legal Reasoning (Little, Brown and Company 1985)

🕮 Calamandrei, Piero. Proceso y Democracia. (Conferencias en la Universidad Autónoma de México en Febrero 1952) (Ediciones Jurídicas Europa-América 1960)

🕮 Cavallero, Ricardo. Justicia Criminal. Debates en la Suprema Corte. 55-65 (Editorial Universidad) (1991).

🕮 Consultora Datos, Democracia Económica, 18 de abril El País.(1996)

🕮 Cossio, Carlos. Teoría de la Verdad Jurídica 1-332.(Editorial Losada S.A. 1954)

🕮 Couture, Eduardo J. Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo (Imprenta de la Universidad 1938)

🕮 Couture, Eduardo J. Vocabulario Jurídico (Facultad de Derecho 1960)

🕮 Hernando De Soto, Los Informales Presentan una Respuesta a Marx, 12 The Washington Quarterly.(1989)

🕮 Dinan, John J. Keeping the People's Liberties: Legislators, Citizens and Judges as Guardians of Rights. Lawrence KS: University Press of Kansas (1998) -259 pp.

🕮 Etcheverry Estrázulas, N La Ética profesional vista por la Universidad, mayo Estado de Derecho. 2-2 (1997)

🕮 Fernando Fueyo Laneri, Interpretación y Juez (Universidad de Chile 1976)

🕮 Adolfo Gelsi Bidart, Cuestiones de Cultura y Enseñanza -491(Amalio M. Fernández 1974)

🕮 Adolfo Gelsi Bidart, La Crisis del Derecho y Ortega, 1 Temas de Filosofía del Derecho. 75-104 (1984)

🕮 Adolfo Gelsi Bidart, VIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO PROCESAL 271-277 (Editorial Universidad) (1995).

🕮 Kelsen, Hans; Teoría Pura del Derecho. Ed. 17 Buenos Aires: EUDEBA (1981) -240 pp.

🕮 Hans Kelsen, Esencia y Valor de la Democracia -159(Editora Nacional 1974)

🕮 Hans Kelsen, Forma del Estado y Filosofía (Editora Nacional 1974)

🕮 Llambías de Azevedo, Juan. El Sentido del Derecho para la Vida Humana. In: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo. Curso Colectivo de Filosofía del Derecho. Buenos Aires: (1943) pp.5-19.

🕮 Dominique Manaï. Le Juge entre la Loi et l'Equité. Essai sur le Pouvoir de Apreciation du Juge en la Droit Suisse. Payot. 1985.

🕮 Julio B. Maier, Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal, 59 Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 45-90 (1994)

🕮 Nino, Carlos S. Introducción al Análisis del Derecho. Buenos Aires: Astrea (1984)

🕮 Nino, Carlos S. Ética y Derechos Humanos. Ed. 1 Barcelona: Editorial Ariel S.A. (1989) pp.1-478.

🕮 Reale, Miguel. Introducción al Derecho. Madrid: Ediciones Pirámide S.A. (1984) -286 pp.

🕮 Recasens Siches, Luis. Filosofía Jurídica integrada de Hall. In: Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX. México: Porrúa, (1963) pp.672-675.

🕮 Luis Recasens Siches, Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX 79-91 (1 ed., Editorial Porrúa S.A.) (1963).

🕮 Luis Recasens Siches, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX 3-10 (Editorial Porrúa S.A.) (1963).

🕮 Luis Recasens Siches, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX 279-302 (1 ed., Editorial Porrúa S.A.) (1963).

🕮 Luis Recasens Siches, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX 553-576 (1 ed., Editorial Porrúa S.A.) (1963).

🕮 M Rivacoba y Rivacoba, Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho 543-559 (Ediciones Pannedille) (1990).

🕮 Ross, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (1963) -375 pp.

📖 H. Welzel, Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho 72-78 (Ediciones Pannedille) (1970).

Capítulo Segundo

Derecho Subjetivo

El Derecho Subjetivo como Fundamento Ideológico de Derechos Particulares

Una primera posición ve en el derecho subjetivo una duplicación superflua de las instituciones de derecho objetivo pero al ser examinadas desde este punto de vista, estas normas tendrían una mayor estabilidad o cambiarían su consideración social. [1] Esta posición ha sido mantenida por Kelsen en su primera época (1911).

Se denuncia la existencia de intereses encubiertos en la teoría del derecho subjetivo, y particularmente el interés de algunas personas en quitar a la regulación jurídica comunitaria la posibilidad de reglamentar y limitar la propiedad. Detrás de la teoría del derecho subjetivo se escondería el interés egoísta en conservar la propiedad más allá de su alcance social y político explícito en la Constitución. Dicho en otras palabras, parecería mas fácil modificar el sistema de propiedad establecido en el derecho objetivo, que millones de derechos subjetivos de propiedad diseminados en el conglomerado social, que establecen expectativas muy sólidas y estables.[2]

---

[1] Peralta Mariscal, El abuso de los derechos subjetivos.

[2] Dice Kelsen textualmente: *Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto mas importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático. mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo - que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho - se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender porqué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reservado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.*

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El

Además del enfoque Kelseniano, una serie de autores ha estudiado con carácter mas o menos general el efecto de los derechos en el conglomerado social, o en el derecho objetivo.

Parece particularmente importante, el conjunto de derechos de protección a las minorías, llamados como derechos civiles, los cuales fueron vistos también como potencialmente peligrosos para la integridad del conglomerado social.

Este proceso se ha dado en llamar la revolución de los derechos, y ha encendido algunas críticas que afirman que es un proceso que altera y perjudica el sentido de comunidad.

Este es un tema de un libro reciente de Samuel Walker [3] que es una defensa clara y concisa de los derechos y libertades civiles que estamos tratando.

Según Walker, la revolución de los derechos ha contribuido al progreso, protegiendo la dignidad individual y los valores democráticos de la vida cotidiana, y sobre que los nuevos derechos y la intervención judicial que los ha hecho posibles no ha perjudicado el sentido de comunidad.

Los nuevos derechos, según Walker, no son puramente autointeresados o egoístas ni son debido a obligaciones de contribuir al bien común, sino, por el contrario, promueven una definición nueva y corregida del bien común que enfatiza en el valor de la diversidad con el de la comunidad, y nuevas obligaciones, particularmente de ser tolerante a creencias y modos de vida que a veces no son populares.

Se desarrollan las ideas que el primer bien que nosotros distribuimos es la membrecía (pertenencia a) en alguna comunidad humana y se examinan conjuntos de derechos como aquellos vinculados a la libertad de expresión como un elemento central para todos los demás.

No compartimos la idea que tras la teoría del derecho subjetivo se escondería una visión egoísta y limitada de derechos particulares.

---

hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad. Hegel llega a decir: "la idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aún impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a lo s que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho, y no las conciben en sus momentos determinados. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada."

Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires. B.A. 1977

[3] THE RIGHTS REVOLUTION: RIGHTS AND COMMUNITY IN MODERN AMERICA by Samuel Walker.

Derecho Subjetivo

Carlos Aparicio

Si el derecho subjetivo es la proyección del derecho objetivo, y no se entiende mucho por qué esos derechos estarán mejor protegidos considerados desde el punto de vista subjetivo que desde el objetivo.

En el caso de la propiedad privada, que Kelsen pone como ejemplo central, hasta el punto de confundir el derecho de propiedad con la noción de derecho subjetivo, nos sugiere los siguientes argumentos:

Es claro que la consideración subjetiva conduce a pensar que un sistema de propiedad, inmueble por ejemplo, diseminada en todas las clases sociales y cumpliendo los fines colectivos para los cuales fue instituida tendrá mucho mas posibilidades de permanencia y estabilidad que un sistema de propiedad latifundista como el de la Rusia pre-revolucionaria por ejemplo.

Pero en todo caso, no será la mera consideración subjetiva lo que haga mas estable el derecho de propiedad, sino las necesarias reformas a un derecho injusto y la internalización adecuada de las mismas en la población lo que logrará tales resultados.

No hay duda de que las proyecciones subjetivas de un sistema de propiedad injusto o ineficiente son negativas, pero precisamente, es allí donde es mas importante estar presente, para lograr que el derecho en su conjunto cumpla con los fines que le corresponden.

Finalmente habría que señalar, que la propiedad es un derecho entre muchos. Existen muchos derechos, inclusive los derechos humanos, que también están establecidos en el derecho objetivo y tienen proyecciones subjetivas y generan derechos subjetivos, frente a los cuales caben todas las consideraciones precedentes.

La idea del derecho subjetivo no implica una toma de posición sobre el carácter solidario o individualista del derecho objetivo, sino que diríamos que es neutral en este tema, los contenidos concretos los proporcionará la comunidad y el sistema judicial de aplicación jurídica.

En cambio, siempre la idea de derecho subjetivo implica un pronunciamiento sobre el caracter libertario y descentralizador que representa el hecho de que sea el interesado que ejerza la defensa práctica de sus derechos ante un sistema judicial eficiente y garantista.

Carlos Aparicio

El Derecho Subjetivo Considerado como Instrumento de Descentralización Jurídica

El derecho subjetivo implica descentralización jurídica al conferir al titular del derecho la exigibilidad del contenido de su derecho en forma directa mediante el uso del proceso judicial.

Kelsen evolucionó a esta posición en su Teoría General del Estado publicada en inglés en 1945 [4]

"...un deber jurídico de otra persona puede solo dar lugar a un derecho subjetivo mío, en cuanto que el deber de la otra persona es colocado a mi disposición por el precepto, o mejor dicho, cuando en el precepto jurídico se establece que para que el Estado realice contra el obligado un cierto acto coercitivo, precisa una determinada declaración mía: o sea, cuando entre los elementos que condicionan el precepto jurídico figuran como condición ciertos actos míos. Verbigracia: Se dice que cuando alguien recibió un préstamo y no lo ha devuelto a su tiempo, entonces si el prestamista presenta una demanda, el Estado quiere proceder ejecutivamente contra el prestatario. ***El precepto jurídico que establece el deber de la devolución puede ser considerado como un derecho subjetivo del prestamista, solo porque y en tanto que la voluntad estatal de proceder ejecutivamente se presenta como dependiente de la demanda del acreedor.*** [5]

Continúa Kelsen: "Cabe decir que al derecho subjetivo corresponde siempre un deber jurídico; pero no viceversa, pues todo precepto establece indefectiblemente un deber, mas no siempre un derecho, porque no es necesario que la voluntad estatal de castigar o ejecutar dependa siempre de un acto (demanda, querella, etc.) de otra persona. El deber es una consecuencia necesaria del precepto jurídico; el derecho subjetivo solo es una forma posible del precepto."

.....

"Un precepto jurídico que establece una actividad administrativa del Estado da lugar a un derecho subjetivo, cuando aquel precepto es colocado a disposición de otro sujeto. Si un precepto jurídico obliga a un órgano del Estado a construir escuelas no hay derecho subjetivo alguno, por parte de los súbditos: se dará solo, cuando presupuestas ciertas condiciones, se haga depender la construcción de las escuelas de un acto de ciertos súbditos, por ejemplo, de una solicitud de los habitantes del pueblo beneficiado por esta disposición.

"Cuando el Estado quiere de un modo absoluto e incondicionado imponer ciertas sanciones, no le hace falta conceder derechos subjetivos, esto es, hacerlas depender de una intervención de los súbditos."

Esta posición puede considerarse la básica mantenida por la doctrina moderna, y es un lugar común a la hora de tratar el tema.[6]

Dicho con otras palabras, muchos derechos implican la posibilidad de reclamar su cumplimiento de la autoridad judicial, y cuando esto es así, tenemos un derecho subjetivo. Cuando esto no se da, no tenemos un derecho subjetivo.

Ilustremos con un ejemplo lo expresado anteriormente:

En el caso que se produzca un homicidio no justificado, los seres queridos de la persona ultimada, tienen derecho a que el homicida reciba la sanción penal adecuada al delito cometido, pero no es un derecho subjetivo, es decir no pueden reclamar ese derecho ante los tribunales. El Estado es el único titular de la acción

---

4 Citado por Recasens Siches: Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX. Pag. 166. Vol.I

5 Énfasis agregado.

6 Véase Hart, H. L. A. Bentham on Legal Rights. In: Lyons, D. Rights. California: Belmont, (1979).

penal, y la víctima (o sus allegados en este caso) está inhabilitada para reclamar la aplicación de la sanción penal ante la autoridad judicial. Su única participación (permitida) consiste en la posibilidad de dar noticia del crimen ante la autoridad judicial o policial.

En condiciones normales, el homicida, si es identificado recibirá de todas formas su sanción en base a una actividad del Estado, pero sin embargo se le suele negar todo derecho de participación a la víctima o sus familiares sobrevivientes.

Los principios generales del constitucionalismo democrático parecen sugerir otra cosa, y en ciertos lugares se reciben principios del common law, mediante el cual se concede a la víctima el derecho de ejercer la acción penal en forma conjunta con la acción penal oficial. [7]

En materia de indemnizaciones civiles, en cambio, la situación es distinta. Aquí sí se conceden derechos subjetivos tendientes a obtener una reparación civil monetaria, pero esto no es posible cuando el victimario es insolvente por ejemplo. Además una declaración de inocencia en la parte penal, dificulta mucho la culpabilidad civil de la persona.

De la misma forma que las acciones penales, en América latina no dan lugar a la formación de derechos subjetivos, existen muchas situaciones de derecho administrativo que no dan lugar tampoco a derechos subjetivos.

Estas precisiones dejan claro que el derecho subjetivo no es en ninguna medida una duplicación invertida superflua de la idea de deber jurídico, sino que por lo contrario, existen derechos subjetivos que son derechos exigibles mediante el proceso judicial, y existen derechos no exigibles o nominales, cuya amplitud varía de acuerdo al tiempo y al lugar, y particularmente a las culturas jurídicas involucradas.

La idea libertaria y descentralizadora del derecho subjetivo consiste en que muchas de las funciones de vigilancia que usualmente se atribuyen al Estado pasan a ser ejercidas por los individuos. Este hecho normalmente va unido a un cierto grado de compromiso socio-político que tiende a ser muy saludable, particularmente en las democracias. Es por este motivo que conviene al estudioso la noción de derecho subjetivo en el sentido que hay un área de libertad que rodea a la posibilidad de actuar a través del proceso, y que es a esta área de

[7] Incluso en los Estados Unidos existe una constante preocupación por los centros de victimología de participar en el proceso, sea mediante prueba, sea con la posibilidad de interponer recursos y juicios de nulidad. Notoria actividad tiene en este sentido el centro de victimología de California. En algunos Estados como Kentucky, la víctima tiene derecho a designar un fiscal que comparte con el fiscal estatal la titularidad de la acción penal. Existen abogados especializados en ésto y constituye un rubro habitual de trabajo para la profesión jurídica. Se considera poco honroso para la familia de la víctima de un homicidio no aportar un fiscal privado a la persecusión oficial.

libertad que se dirige el llamado moral, que como el del Ihering, por ejemplo, convierte al individuo en el verdadero guardador de sus propias libertades.[8]

[8] El llamado de Ihering a una cruzada moral y jurídica basada en el ejercicio de sus propios derechos se comenta en el capítulo siguiente.

Naturaleza del Derecho Subjetivo: Conclusión

El enfoque subjetivo del derecho no implica una toma de posición sobre el carácter solidario o egoísta del derecho objetivo, sino que diríamos que es neutral en este tema, los contenidos concretos los proporcionará la comunidad y el sistema judicial de aplicación jurídica.

En cambio, cuando nos referimos a la naturaleza garantista del derecho subjetivo, casi siempre la idea de derecho subjetivo implica un pronunciamiento sobre el carácter libertario y descentralizador que representa el hecho de que sea el interesado que ejerza la defensa práctica de sus derechos ante un sistema judicial eficiente.

Este tema es importante, porque en el primer sentido la idea de subjetividad en el derecho, estaría justificando posiciones egoístas (lo cual es un seguro disvalor). Entonces la idea de derecho subjetivo, aparece como una justificación ideológica de intereses que muchas veces no merecen protección.

En la segunda acepción, en cambio, el derecho subjetivo aparece como un seguro valor, en la medida que es una idea libertaria y descentralizadora.

En ambos casos, desde luego, es el derecho objetivo y los valores vigentes de la sociedad real que configuran los contenidos concretos y una sociedad egoísta, dará un derecho egoísta cualquiera sean las opiniones que sobre el derecho subjetivo existan.

Los ideales de libertad que subyacen el conglomerado social necesitan de una configuración concreta para tomar realidad, y el ejercicio de derechos es uno de los mas importantes, y de allí que el llamado de Ihering para el cumplimiento del derecho a través del ejercicio práctico del derecho de cada uno, tenga hoy en día tanta vigencia.

El Derecho Subjetivo en las Distintas Culturas Jurídicas

El derecho subjetivo, considerado como una técnica descentralizadora e individualista, no es en forma alguna una institución universal, sino que por el contrario parece contingente y vinculado a ciertas culturas jurídicas de occidente.

Los países subdesarrollados (particularmente América Latina) tienden a minusvalorar una cultura de derechos, y los países del extremo oriente tienen una cultura jurídica tan distinta, que incluso desconocen la palabra derecho subjetivo, y algunos como en el caso de Japón tuvieron que inventar una palabra ***Kenri*** (derecho subjetivo) para referirse a este concepto que consideran típicamente occidental. [9]

Señaladas las diferencias quedaría por ver que camino señala la evolución actual del instituto, el cual de alguna forma podría estar señalando tendencias de futuro, y aún cual sería el camino mas adecuado para obtener los fines colectivos que plantea la economía y el derecho del tercer milenio.

[9] "... Los japoneses no tienen una idea clara del derecho subjetivo y como consecuencia el derecho objetivo se interrelaciona muy pobremente con el derecho subjetivo. No debiera olvidarse que el término jurídico kenri (derecho subjetivo) fue inventado solamente en los últimos días de período Edo, cuando el conocimiento de derecho occidental comenzó a adquirirse." Noda, Yosiyuki (traducida al Inglés Por Anthony H. Angelo). An Introduction to Japanese Law. Tokio: University of Tokio Press. (1976)

Culturas que se Fundan en el Derecho Subjetivo

Hay culturas jurídicas que conceden a sus tribunales un amplio grado de participación en el mantenimiento del orden y el control social, y éstos se basan en el principio de que sólo pueden actuar a requerimiento de parte.

La cultura occidente tiende a basarse en el principio precedente.

De allí se deduce que el sistema en su conjunto funcionará mejor en la medida que el proceso funcione mejor, y en la medida que población esté positivamente orientada hacia el derecho y el proceso.

Sin embargo no es necesariamente cierto que a través de la teoría del derecho subjetivo se introduzca el individualismo jurídico [10], y se proscriba la acción popular por ejemplo. [11]

El individualismo jurídico, parecer estar vinculado mas con las ideas básicas de moralidad y de derecho, que con la figura específica del derecho subjetivo.

No obstante, vimos que uno de los requisitos para la propia existencia y utilidad de la idea del derecho subjetivo es una moralidad básica basada en valores estables y uniformes. El individualismo jurídico, basado en el egoísmo no parece crear un clima proclive o fértil al derecho subjetivo.

Recientemente se ha planteado este problema para Gran Bretaña [12]. La autora considera hasta qué punto los derechos humanos pueden unir la brecha de moralidad de Gran Bretaña, y hay una conexión entre el montaje de apoyo para una Declaración de Derechos Humanos y el penetrante llamado para una cruzada moral. Ella pregunta si los dos son mutuamente incompatibles, como ha sido argumentado por algunos tratadistas y políticos, o si una Declaración de Derechos Humanos puede servir como medio de transmitir valores éticos reforzando cohesión social en Bretaña.

---

[10] La idea del individualismo jurídico es distinta: Cada persona debe velar por su propio derecho y no por el derecho de su vecino. Así por ejemplo, se exige para demandar la existencia de un interés personal y directo. Quedan excluidas directamente las figuras en que se reclaman derechos difusos en que necesariamente debe asumirse la representación de reclamantes indeterminados (acciones de clase) o ejercer derechos contra demandados indeterminados.

[11] Véase por ejemplo Peralta Mariscal, Leopoldo "Ejercicio Abusivo de los Derechos Subjetivos", IV: Jurisprudencia Argentina, 799 (1992).

[12] Authors Klug, Francesca. Can human rights fill Britain's morality gap? Political Quarterly. v. 68, Apr./June 1997, p. 143-52.

Ella considera el peligro a los valores morales representado por el relativismo; nota como una hebra importante en la discusión sobre valores morales culpa una cultura de derechos por crear un individualismo agresivo que arruina el sentido histórico de país de comunidad; discute hasta que punto es posible que, más bien que crear una declinación moral, la idea de derechos humanos podría ofrecer sociedad una base legítima común para valores fundamentales esa carencia de gobierno y religión; y examina el impacto que la adopción de los valores de derechos humanos podrían tener sobre valores que conforman la vida nacional Británica.

Ihering

En 1872, von Ihering [13] dio una conferencia en la Sociedad Jurídica de Viena; [14] a los pocos meses, el texto ampliado se publicó con el título La lucha por el Derecho.[15]

Según Ihering, el derecho personal de cada uno no es solamente una opción de ejercicio o no ejercicio es un imperativo moral, de donde la lucha por el derecho de cada miembro del conglomerado social, sería una lucha por la imposición del derecho general que Ihering identifica con la Justicia.

La lucha por el derecho, entonces, no sería la lucha por la imposición de las normas, sino la lucha por la vigencia de principios morales y jurídicos al mismo tiempo. Se infiere de la obra de Ihering una cierta identificación entre moral y derecho, y entre Justicia y Derecho.

Luchando cada uno por hacer valer su derecho, se hace regir el derecho general. Esta lucha está destinada al fracaso, a menos que sea general [16]. Esta lucha por el derecho y la justicia tiene dos planos, uno a nivel individual, y otro a nivel social. Ihering, dice que esto no cambia cuando los fenómenos son colectivos: entre dos pueblos, si a uno de ellos se le ocupa injusta y escandalosamente una legua cuadrada de territorio, si este no reacciona perderá

[13] Rudolf von Ihering (1818-1892). Abogado, profesor de Derecho y Romanista, Ihering fue un critico de la escuela conceptualista, y un precursor de los enfoques realistas modernos de derecho en Europa.

[14] Ihering diría después: "El propósito que me guió en la elaboración publicación del escrito era originariamente mas ético práctico que teórico, dirigido mas a estimular aquella convicción de la que éste debe tomar su última fuerza, que al conocimiento científico del derecho

[15] von Ihering, R. La Lucha por el Derecho. Perrot. Buenos Aires. (1977)

[16] Énfasis agregado.

en definitiva no solo ese territorio sino todos los demás, y si ese pueblo humillado no solo puede sino debe recurrir aún a la guerra para hacer valer sus derechos sobre una parte de terreno aún inculta, porque habrá de actuar diferente un campesino a quien se le ha violado su derecho?

"La gran cuestión - dice Ihering - no es la devolución del objeto, que muchas veces dona a un establecimiento de beneficencia, lo que puede moverle a litigar; lo que más desea es que se le reconozca su derecho. Una voz interior le grita que no le está permitido retirarse de la lucha, que no es solo el objeto, que no tiene valor alguno, sino su personalidad, su sentimiento del derecho, y la estima que a su propio valor se debe, lo que está en litigio: en una palabra, el proceso es, más que una cuestión de interés, una cuestión de carácter." [17] [18]

Ahora bien, acotamos nosotros que tanto en el nivel personal como en el social, una actitud positiva hacia los propios derechos implica una relación sana con el sistema normativo y sus instituciones de creación y aplicación. Un sujeto que se siente victimizado por el sistema, es posible que no desarrolle una actitud de lealtad hacia el mismo. [19]

El derecho considerado en forma objetiva puede serlo con fuertes connotaciones morales, estas se traducen en su consideración subjetiva, y el autor se incluye dentro de los que ven al derecho teñido de moralidad.

Llambías de Acevedo, profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Uruguay, ha efectuado una crítica a la tesis de Ihering, en el sentido que manifiesta que no es la lucha por las normas del derecho lo que da la personalidad de un pueblo, sino la lucha por los valores, a los cuales, las normas acceden. [20]

Orienta los enfoques trascendentes hacia los valores, de los cuales el derecho sería un mero auxiliar y servidor. Se compara en forma muy acertada al derecho con la religión y los valores sociales. Dice que no debemos olvidar que el derecho es un medio al servicio de los valores de la comunidad, y que en sus

---

17 La Lucha por el Derecho. Perrot. Buenos Aires. 1977. Pag.74 y ss.

18 Dice Ihering: Pero la experiencia nos enseña también que otros individuos colocados en situación semejante, toman una decisión contraria del todo, prefieren la paz a un derecho tan trabajosa y penosamente conquistado. ¿Como podremos Juzgarles? Bastará decir, ¿es una cuestión de gusto y de temperamento; este ama la paz, aquel la lucha y desde el punto de vista del derecho, ambos son respetables porque todo interesado puede elegir entre abandonar su derecho o hacerle valer? Consideramos esta manera de proceder que se encuentra frecuentemente en la vida, como perfectamente condenable y contraria a la esencia misma del derecho; si fuera posible suponer que llegase alguna vez a prevalecer, se destruiría el derecho mismo, porque predica la fuga ante la justicia mientras que el derecho no existe sino luchando contra ésta.

Por nuestra parte, oponemos el doble principios que vamos ahora a someter a la atención del lector. Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral; es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, mas que cuando es general.

19 Cf.Pedro David. Sociología Jurídica.

20 Llambías de Azevedo, Juan. El Sentido del Derecho para la Vida Humana. In: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo. Curso Colectivo de Filosofía del Derecho. Buenos Aires: (1943) pp. 5-19.

disposiciones puede no adecuarse a estas exigencias ideales. .... Por otro lado, dice, el grupo de los valores de la comunidad tiene también su jerarquía interna. Sin entrar en fundamentaciones que nos ocuparían demasiado tiempo, puede afirmarse que el valor más alto del grupo es la concordia. Siguen luego la paz, la justicia y la solidaridad. El orden y la seguridad ocupan un rango inferior.... En principio pues, el derecho podrá realizarlos a todos, pero en algunos casos deberá optar. Sería evidente que, en esos casos conflictuales, el derecho será un bien más alto o mas bajo según esté orientado hacia los valores de comunidad superiores o inferiores.

Ejercitar el Derecho nada más que para mantener la majestad impoluta de sus dictados, tanto valdría como usar el serrucho o la garlopa, no para hacer sillas o mesas, sino para que esas herramientas no se oxiden. No. La lucha por el derecho no es una exigencia absoluta. El deber es la lucha por los valores, y la lucha por los valores superiores a costa de los inferiores. Y por el derecho sólo en cuanto concuerda con ellos o no se opone a sus exigencias. Sólo, pues, será un deber ejercer un derecho, cuando lo que amenace su existencia sean los bienes inferiores o intereses bastardos de terceros. Pero quien sienta su propio derecho como una injusticia, o sea requerido por exigencias del amor al próximo o de la lealtad, podrá ejercerlo si quiere, pero no con el pathos de un deber.

En la medida que Ihering parte de una base de una equiparación mas o menos importante entre el derecho y la moralidad, la crítica precedente, pierde fuerza, y la misma tesis gana en claridad y concisión de planteos: Se trata de una lucha por la moralidad vigente y por la ley al mismo tiempo.

Nuevos enfoques

Parece claro que los ideales de Ihering, altamente positivos requieren un mínimo estado de confianza en las soluciones que el derecho objetivo establece y fundamentalmente en las personas y sistemas encargados de su aplicación.

Esto es difícilmente aplicable a la América Latina contemporánea cuyas principales soluciones, derivadas de la codificación dificilmente han tenido en cuenta las condiciones locales de implantación, y han ignorados las culturas indígenas y muchas veces las propias conclusiones del constitucionalismo democrático tradicional de todo el Continente Americano.

Las instituciones de aplicación jurídica, en su mayoría derivadas de la España Borbónica, y del Derecho Romano de la Decadencia, no ayudan a esta lucha por el derecho.

El proceso escrito y secreto, en las áreas civil, penal y administrativa[21] no ayudan en la tarea de lograr la internalización de conductas o un programa urgente de reformas que adecuen el derecho objetivo con el derecho subjetivo.

El derecho puede ser visto no como un fenómeno social, sino como un fenómeno individual psicológico y personal.

Todo ello es posible, en la medida que haya una cierta homogeneidad en las opiniones que justifique un tratamiento por separado.

En los hechos siempre la hay, aunque no siempre sean opiniones positivas.

Pero en general, se supone, que si todos han de tener alicientes para luchar por el derecho, deben tener opiniones positivas sobre los mecanismos de aplicación jurídica, y si en definitiva van a luchar por la Justicia, deben tener un convencimiento que a la larga la Justicia triunfará en sus planteos.

Es por eso que la integración del sistema judicial debe rodearse de tantas garantías, y que es necesaria e indispensable una imagen positiva del conjunto de la población.

[21] Debe tenerse presente que en 1990 comenzó a Regir en Uruguay el Código General del Proceso (C.G.P.) que establece en juicio oral y público (con limitaciones) en el área civil. Otros países de América Latina, han tenido recién en esta década y a casi 200 años de la independencia, avances similares.

Culturas que se fundan en Intereses Generales protegidos por el Estado

Los procesos de centralización política excesiva llevan consigo procesos culturales que suelen desestimar la existencia de derechos subjetivos.

La tendencia de la burocracia es a decir: "nosotros nos ocupamos" y se ve con recelo el otorgamiento de derechos a los ciudadanos que puedan contribuir a la edificación de una sociedad litigiosa y problemática.

En casos extremos, hasta la legítima defensa de los propios intereses se ve comprometida: Para eso está el Estado y si es necesario llegar a situación de legítima defensa, es que ese Estado falló, y es esas fallas que hay que arreglar, de ninguna forma recurrir a situaciones de violencia que puede representar la autodefensa y de esa forma alterar el orden social.

En general, cuando la participación del Estado en la vía jurídica es imponente, el individuo muy posiblemente verá restringido su posición subjetiva y aún ignorada.

Se considera que el individuo debiera tener solo intereses generales que estimulen la acción del Estado, es quien realmente debe velar por los intereses ciudadanos.

En principio el sistema político puede ser participativo y democrático, aunque es obvia la dificultad que representa la participación de millones de personas en un inmenso Estado que luego se ocupará de la protección de cada uno de ellos.

Los super-estados, aunque en algún momento sean democráticos tienden a evolucionar en regímenes autoritarios, e históricamente lo han hecho así.

Los imperios en fases centralistas decadentes, inclusive el romano después del siglo II (post-clásico), son ejemplos típicos de regímenes de derecho que rechazan con particular énfasis la idea del derecho subjetivo negando el principio descentralizador que la misma representa.

En nuestros días, el fascismo italiano y algunas formas de democracias autoritarias y son ejemplos claros en los cuales la idea del derecho subjetivo es rechazada frontalmente.

Podemos tomar como ejemplo de esta actitud, la posición de Alfredo Rocco: [22]

Dice Rocco: "... **para el fascismo el problema preeminente es el del derecho del Estado y del deber del individuo y de las clases**." [23]

...." **Los Derechos del individuo, no son más que un reflejo de los derechos del Estado y como todos los derechos individuales, también la libertad es una concesión del Estado**." [24]

El similar académico de estos exabruptos políticos en las ciencias sociales se encuentra en la afirmación que el individuo es nada y la sociedad es todo, ampliamente repetida por la sociología autoritaria.

Un entorno ideológico de ese tipo es muy difícil de ser penetrado por la idea del derecho subjetivo y el carácter libertario que el mismo representa.

La influencia del autoritarismo aún el democrático es patente en la América Latina contemporánea, y desde ramas íntegras del derecho no se simpatiza con la idea del derecho subjetivo.

La figura del estado se encuentra en crisis pero de ninguna forma la crisis parece conducir a un reexamen del papel autoritario del estado en el derecho penal en la economía y en el control jurídico.

Se habla de vender empresas estatales ineficientes y cambiar los modos de participación en la economía, pero devolver a los ciudadanos la participación que les corresponde a través del derecho subjetivo, parece un tema reservado, aún para las áreas vitales del derecho administrativo, y penal y procesal.

Quizás ningún tema de la teoría general jurídica tenga la inmensa relevancia de éste, sobre todo cuando los países ex-socialistas, inclusive China están definiendo su futuro perfil jurídico-político.

En América Latina, grandes y crecientes áreas del derecho se encuentran comprendidas fuera del área del derecho subjetivo.

En primer lugar, toda el área del derecho penal. La naturaleza inquisitiva que se suele dar al derecho penal latinoamericano, hace de este instrumento de control social esté fuera del control de la población y aún de las víctimas de los

[22] Alfredo Rocco (1875-1936). en su calidad de Ministro de Justicia redactó el texto de las leyes fundamentales de los años 1925 Y 1926 y contribuyó a la sustitución de los códigos penal y de procedimiento penal por otros, fuertemente penetrados del espíritu fascista, promulgados en 1930 que fueron obra sobre todo de su hermano Arturo (1876-1942). La obra de Rocco introduce el llamado tecnicismo jurídico que es una clara involución con respecto a la escuela clásica del derecho y al realismo penal italiano. El tecnicismo jurídico se ha convertido en el modelo legislativo penal de los países latinoamericanos, incluso el Uruguay.

[23] Alfredo Rocco. La doctrina del fascismo y su lugar en la historia del pensamiento político, en Escritos y Discursos Políticos. Milán 1938. III pág. 1109.

[24] Así en el texto original del discurso, Milán, 1925, pag. 15. Esta frase ha sido suprimida en la recopilación (póstuma) de las obras y discursos de Rocco.

delitos. Toda el área penal, está fuera y aún en contra de los principios del constitucionalismo democrático que inspirase a los países latinoamericanos desde su fundación, sin embargo y a pesar de las numerosas críticas y situación de permanente conflicto con derechos humanos universalmente reconocidos, se mantiene aún hoy, y después de casi doscientos años de vida independiente latinoamericana.

Los constituyente americanos, que incluyen a los argentinos y uruguayos configuraron un proceso penal francamente acusatorio, sin embargo la práctica penal en ambos países hasta los días que se escriben estas líneas es totalmente contradictoria, y violatoria por consiguiente a las ideas básicas occidentales implícitas en la idea del derecho subjetivo.[25]

En segundo lugar, áreas importantes en el derecho administrativo.

En el tema de la protección de los derechos al consumidor, se suelen crear enormes entes estatales encargados de dar permisos de funcionamiento a empresas de un rubro, dentro del cual, además suele estar rigurosamente prohibido el establecimiento de empresas similares. El público tiene derechos de petición ante las autoridades reguladoras que no son auténticos derechos subjetivos.

Esto está cambiando lentamente, y están surgiendo leyes de protección al consumidor, por ejemplo, y se establecen acciones de clase, tal como lo ha establecido, en Uruguay, el Código General del Proceso, art. 42.

El tema ha atraído el interés de la jurisprudencia de esta forma:

Una sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del año 1996, desestima el accionamiento de trabajadores dependientes en actividad por afectación en el futuro sueldo básico de jubilación y pensión, en base a la carencia de derechos subjetivos, y poseer solamente intereses generales. [26]

Otra sentencia del Juzgado de Familia de 13º Turno y Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno desestima la rectificación de partida que pudiera implicar un cambio de sexo en base a que solo existe un interés existencial

---

[25] Conforme Zaffaroni, Eugenio Raúl. Prólogo. In: El Plenario Oral en el Nuevo Proceso Penal. Buenos Aires: Editorial Abaco, (1995): "Las reformas que impulsa el poder ejecutivo (argentino) en el parlamento tienen un marcado tinte involutivo. La constitución de 1853 prescribe en tres oportunidades el juicio por jurados. Mas de tres décadas demoraron nuestros políticos en responder al requerimiento constitucional sancionando una ley procesal penal, pero cuando lo hicieron se inspiraron en el momento más inquisitivo de la codificación penal española y que, además, España había derogado años antes. Hasta hoy nadie logra explicar con un mínimo de coherencia porqué no se cumple la Constitución, y, menos aún, porqué no se adopta un modelo acusatorio cercano al que esta prescribe, o sea porqué desde hace casi un siglo y medio se hace exactamente lo contrario del mandato constitucional."

[26] Revista Tributaria Tomo 23. Nro. 135. Año 1996 - Jurisprudencia - Sentencia 532/96, 29/7/96 Almirati, Baldi, Bermúdez, Burella, Mercant

respecto del cual no existe reconocimiento normativo como **derecho subjetivo.** [27]

Ante una reclamación de funcionarios donde se alegaba desviación de poder, la Justicia administrativa se pronunció en forma negativa, ya que los reclamantes, carecían de derecho subjetivo o interés legítimo. [28]

Ante una reclamación de un funcionario público interino con una antigüedad de varios años, la justicia administrativa invocó la inexistencia de un derecho subjetivo a la permanencia en el cargo. [29]

Culturas que se fundan en la Moralidad Subjetiva

En las sociedades occidentales la palabra derecho se aplica tanto al derecho objetivo como subjetivo es decir tanto al conjunto de reglas de conducta como al hecho de la protección de intereses legítimos de los individuos.

En las sociedades orientales, las cosas son claramente distintas.

Allí el derecho objetivo[30] se encuentra limitado en su alcance, ya que los valores sociales dominantes no son proclives a resolver sus diferencias mediante el litigio judicial.

En los hechos, el sistema judicial se encuentra notoriamente reducido cuando se compara con el de una sociedad occidental similar.[31]

---

[27] La Justicia Uruguaya-Revista Jurídica --- Tomo 112. Pag.245 Año 1995 - Jurisprudencia - S. 12916 25/05/94 J.L.F. 13°. Sent. 50, Baccelli - T.A.F. 1°. Ficha 151/94, 5/4/95, Monserrat (r.), Battistella, Toscano

[28] 26/ 187 La Justicia Uruguaya-Revista juridica Tomo 107. Año 1993 - Jurisprudencia - Pag. 145. S. 12351 16/08/92 T.C.A. Ficha 1565/988, Pereira Nuñez, Galagorri, Diaz Romeu, Martinez, Burella (r.)

[29] Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político ---- Tomo 4. Nro. 19-20. Junio-Setiembre 1987 - Jurisprudencia - Pag. 99 T.C.A. Sent. 222, 17/8/87, Galagorri (r.), Folle, Torello, Diaz Romeu, Figueroa

[30] La palabra derecho en japonés significa derecho objetivo. (***ho*** u ***horitzu***, significa solamente el cuerpo de las reglas legales).

"El carácter chino (escritura ideográfica) correspondiente a ho (derecho objetivo) , tiene tres elementos:

Agua

un animal imaginario que sabe distinguir lo justo de lo injusto y

la acción de irse o desaparecer.

En la forma actual el elemento animal fue eliminado. El agua aquí significa imparcialidad porque la tranquilidad de su superficie. Por lo tanto la palabra ho significa un deseo de tener el gobierno de la justicia y que la injusticia desaparezca. **En Japón la justicia representada por Ho, es usualmente aquella de la clase gobernante.**

[31] Japón moderno tiene 150:000.000 de habitantes y tiene 17000 abogados. Estados Unidos con el doble

En las sociedades del lejano Oriente, la penetración del sistema jurídico es escasa, y en definitiva los conflictos sociales son resueltos de otra forma que por el uso de la legalidad.

Las fidelidades familiares y empresariales, y políticas, resuelven la mayoría de los problemas que en Occidente son resueltos por el dispositivo de justicia.

Como todas las sociedades del extremo oriente, era una característica de la sociedad Japonesa de postguerra, una franca hostilidad ante la litigación y el sistema judicial.

Se informa que un campesino que hizo una demanda tendiente a resolver una sociedad, fue condenado por los habitantes de su villa, y por tres generaciones, él y sus descendientes se le negó el derecho de tomar esposa entre los habitantes de la villa. [32]

Lógicamente, que esto se proyecta en la subjetividad normativa.

En los hechos en el Lejano Oriente es muy apreciado como característica personal el Giri Ninjo, que una sensibilidad particular para las relaciones interpersonales.

El Giri, es algo muy distinto del derecho subjetivo y en los hechos no tiene referencia alguna al sistema de derecho, pero sí al de la sensibilidad personal.

En cambio el complejo ideograma chino correspondiente a kenri (derecho subjetivo) : el primer carácter tiene el significado de balance o imparcialidad pero al mismo tiempo tiene un significado original de fraude; En tiempos modernos casi todos ignoran el sentido de imparcialidad que la palabra conlleva. ***Para el Japonés promedio esta palabra evoca algo relacionado al egoísmo."*** [33]

El Ninjo-Giri

La palabra giri proviene del japonés gi (justo o derecho) ri (conducta razonable).

Son reglas de conducta que se basan en la moralidad media, pero no en el derecho.

Aún los especialistas japoneses y del extremo oriente en general se niegan a definir el giri, por las dificultades que una conceptualización de este tipo plantea y el carácter polifacético que tiene en la sociedad, ya incluye nociones de deber vinculadas en forma necesaria al estatuto social de cada persona.

Nosotros seguimos en esto a la obra de Noda, quien afirma lo siguiente:

---

de población tiene 600000 (seiscientos mil). Véase: Aparicio, Carlos. El Orden Jurídico como Orden Social. Fundación de Cultura Universitaria.

[32] En resumen, y amplia discrepancia ha existido entre el estado legal y el sistema judicial de un lado, y la conducta social operativa por el otro. Kawajima: Dispute Resolution in Contemporary Japan. p.46.

[33] Noda. Op. Cit. pag. 159.

1. Giri es el deber o el estado de una persona que esta ligada a actuar de determinada forma a cierta otra persona. El contenido de esta tarea u obligación varía grandemente de acuerdo a la situación en la cual el sujeto del deber esta colocado, y a la persona hacia la cual la tarea es debida. Hay un giri de un niño hacia sus padres, del estudiante hacia su profesor, de un beneficiario hacia su benefactor, de un amigo hacia otro, etc..

2. La persona hacia quien la tarea es debida no tiene el derecho de reclamar el cumplimiento del obligado. El debe esperar que este la cumpla voluntariamente. Cualquiera quien no satisface su giri en forma deseada es seriamente deshonrado, pero la otra parte debe evitar aplicar presión para obligarle a cumplir su tarea. Si el beneficiario de la tarea aplica presión para el cumplimiento de la tarea, el está a su vez violando su giri. Usualmente el beneficiario de la tarea está a su vez ligado por otra relación de giri de la cual el contenido está determinada por el lazo especial que une a el a la persona relacionada en su enfoque, y los dos sujetos de las reglas están por tanto colocados en una condición de obligación recíproca. Este relacionamiento sin embargo no constituye un contrato sinalagmático sancionado por la exceptio non adimpleti contractus, como podría suponerse en la medida que las partes entraron al la regla por su propia y libre voluntad.

3. **Las relaciones del giri son perpetuas.** Ellas no se extinguen aún cuando un deber derivado del giri haya sido realizado o cumplido por el "deudor". Las relaciones de giri son mantenidas fuera de las limitaciones de tiempo y están continuamente dando nacimiento a deberes. Aún entre un comerciante y su cliente, la relación tiende a ser permanente. Si la relación de giri ha sido establecida entre ellos, el cliente quien compra de otro comerciante se considerada como faltando a su giri. A cambio el comerciante da a su clientes ventajas tanto en lo material como en lo general.

Lo mismo pasa en el contrato de trabajo, que se considera vitalicio en base a relaciones de fidelidad entre empresa y empleado.

Muchas veces los tribunales apoyan estas relaciones, y en el caso del contrato de trabajo una jurisprudencia muy firme apoyó reclamaciones abultadas por abuso de derecho al despedir.[34]

Incluso la prostitución sexual que en occidente tiene consecuencias tan crueles y negativas, en Japón es una actividad mirada como una carrera.[35] Esto es posible debido al carácter permanente de las relaciones de girí.

[34] Véase: David Kettler et al. Light from a Dead Sun: The Japanese Lifetime Employment System and Weimar Labor Law, COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL. 19 (1) (1997) pp.1-41

[35] Citado por Bertrand Russell. Matrimonio y Moral.

4. Las relaciones de giri están fundadas en sentimientos de afecto. Ellas tienen una calidad emotiva. La relación no debe ser concebida como tomando en consideración un interés o provecho que se anticipa, aunque en la práctica hay muchos casos donde los sentimientos del giri están mezclados con deseos egoístas. Los Japoneses sin embargo están acostumbrados a actuar, al menos en apariencia, como si actuaran por razones de afecto mezcladas con sentimientos de deber. Este sentimiento de afecto esta denominado ninjo (afecto humano natural). Los dos sentimientos de giri y ninjo están tan estrechamente relacionados que ellos a menudo son citados como el compuesto giri-ninjo. Nadie quiere ser mirado por otros como una persona que actúa solamente por su propio interés, y se dice de la persona que actúa de tal forma que "no conocer su ninjo" y es considerado anormal desde punto de vista social. Por esta razón pocas personas en Japón considerarían entrar en un contrato de matrimonio y tomar tiempo para pensar sobre los regímenes de propiedad matrimonial.

Todos piensan que las relaciones conyugales debieran ser exclusivamente gobernadas de acuerdo al ninjo y que ellas son por su naturaleza incompatibles con preocupaciones monetarias. Un prometido que pensara en regular la relación de futura propiedad matrimonial antes del matrimonio sería considerado por su futura esposa como Mizukusai, una persona que "huele a agua", una persona cuyos sentimientos parecen estar sumergidos por preocupaciones materiales. La fuerza de esta actitud está mostrada por el pequeño numero de contratos que han sido concluidos desde la promulgación del Código civil, y también por el número de artículos en el Código Civil Japonés que regulan los regímenes de propiedad matrimonial, el numero de los cuales es muy limitado en comparación con el Código Civil Francés.

5. Las relaciones del giri están imbuidas con los principios de un orden jerárquico característico del feudalismo. Los deberes del giri están derivados del status social del sujeto de la obligación y en la Jerarquía Feudal del Japón hasta la Restauración de 1868 la situación de la sociedad de cada persona estaba estrictamente determinada. Permanecer fiel in este bungen [36] era la principal virtud requerida de un japonés en la sociedad feudal. Se sigue de ello que el giri de una persona socialmente inferior hacia su superior no es el mismo, aún cuando hay una relación de recíprocos deberes, como aquellos del giri del superior hacia el

[36] " La desigualdad está organizada. Hay un número de rangos. Las relaciones de subordinación y superioridad son complejas y la noción que realmente caracteriza la estructura es aquella de la jerarquía. a existiendo en el período mas temprano, desarrollado con feudalismo a un punto en que en la era Edo, habían 360 divisiones, la jerarquía ha dejado muchas trazas en el Japón moderno. " Stoetzel. Jeunesse sans chrysantheme ni sabre. p. 53.

inferior. Por ejemplo, en las relaciones entre comerciantes y sus clientes, las que son gobernadas por los principios de la jerarquía, los clientes son siempre considerados superiores a los comerciantes por la sola razón que ellos son clientes. En el caso de una venta, por tanto, no hay solo una simple relación legal existiendo entre el vendedor y el comprador. Desde luego , el comerciante tiene el deber de enviar la cosa vendida al cliente, pero el no puede cumplir su deber de cualquier manera. El debe conformar a su giri. El debe mostrar hacia su cliente la deferencia apropiada para indicar su propia inferioridad. Una gran tienda en Tokio instruye sus empleados: "Nosotros, desde tiempos inmemoriales hemos llamado a nuestros clientes, señor y señor Zenshu (antiguo maestro) para expresar nuestros sentimientos de respeto hacia ellos. Esta manera de actuar en frente de nuestros clientes no puede ser democrática." El jefe de una compañía no cumplido totalmente con su giri hacia sus subordinados si el les ha dado solamente instrumentos, aunque sean perfectas, para su actividad profesional. Un buen jefe conoce su giri ninjo y siempre está preocupado por el personal y asuntos domésticos de sus inferiores. A cambio, estos inferiores deben estar prontos para ayudar a su jefe en sus asuntos privados. Por ejemplo cuando está involucrado en una operación de mudanza, deben asistirlo gratuitamente.

6.) Las reglas del giri no se imponen solamente por medio de un sistema de coerción pública, pero son sancionadas simplemente por un sentimiento de honor. Aquellos que fracasan en su giri son seriamente deshonrados en los ojos de aquellos que los rodean. Ellos pierden cara; ellos dirán: "no puede mirar el mundo en la cara". Todos en Japón son sensitivos sobre su honor; hay un esfuerzo para salvar la cara a cualquier costo. Es este sentimiento de vergüenza el que previene una persona de actuar inmoralmente o hacer cualquier acto contrario a su giri. La coerción es ejercitada porque es sabido, que si cierto acto es cometido un sentimiento de vergüenza seguirá.[37]

Giri y Derecho Subjetivo

La naturaleza de las reglas del giri no favorecen la invasión de su dominio por la noción de derechos subjetivos porque si esto sucede, las relaciones sociales

[37] Ruth Benedict distingue dos tipos de civilización: una fundada en la idea de vergüenza y la otra en la idea de pecado. En la segunda la no observancia de una regla moral está considerada un pecado. El sentimiento de pecado pesa fuertemente en la conciencia del individuo. Cada persona en este tipo de civilización trata de evitar actual mal, simplemente porque no quiere sufrir remordimientos de conciencia. Lo que los demas piensan no importa. En una civilización basada en la vergüenza, sin embargo, la gente se abstiene de hacer algo malo, para evitar ser criticado por otros. Consecuentemente, si no hay nadie para ver la comisión del hecho inmoral, una persona en este tipo de civilización lo hará rapidamente porque no sufrirá deshonor por ello. Por lo tanto, en estos lugares donde la idea de vergüenza domina, la gente está continuamente preocupada por la actitud de los otros, aun en cuanto a los eventos mas triviales de la vida privada. Es por esta sanción sicológica que las regla s del giri son observadas escrupulosamente.

serían regidas con precisión, por normas con una área definida de relevancia, y los deberes perderían su aspecto emotivo, ellos estarían cuantitativamente y cualitativamente delimitados, y su ejecución no dependería en el futuro de la actitud de la persona bajo la obligación.

La gente tomaría nota de la igualdad de todos los sujetos bajo el derecho y ese mismo hecho destruiría el orden jerárquico.

Es por lo tanto bastante natural que aquellos que están preocupados con el mantenimiento del orden social hagan lo que pueden para crear condiciones que favorecen la sobrevivencia de las reglas del giri.

El Futuro del Giri

Cabe finalmente hacer una consideración sobre el futuro de esta forma de control social basada en la moralidad subjetiva de una aristocracia poderosa.

Hoy parece perimida como forma de organización, y solo proyecta su influencia en algunas instituciones particulares (como el empleo vitalicio).

La juventud japonesa y de extremo oriente, muchas veces ignora el significado preciso del giri y parece orientarse hacia forma occidentales de responsabilidad jurídica y moral.

No obstante, debiera decirse que si la humanidad enfrentase una grave crisis institucional en su conjunto que implicase un aumento de la violencia a niveles insoportables (Véase: el Medioevo a nuestras puertas de García Bacca), en un caso así, muy posiblemente este sistema se introduciría silenciosamente por la vía de las mafias corporativas. En los hechos parece dirigirse en este sentido el comercio de la droga y ciertos grupos importantes de marginados en grandes ciudades de América del Sur.

Desde luego que casi nadie quiere este panorama para el futuro pero también aquí, la eficacia y calidad del proceso tienen un rol fundamental para cumplir.

Instituciones Jurídicas y Derechos Subjetivos

Es posible esquematizar lo expresado anteriormente, tratando de relacionar las instituciones jurídicas con las situaciones jurídicas subjetivas, sean estas de derechos subjetivos, de intereses generales o de moralidad subjetiva.

Una tabla comparativa no siempre se ajusta a la realidad, ya que los requerimientos de la geometría son diferentes de aquellos de la gente, pero hecha esta precisión la tabla siguiente puede expresar gráficamente el esquema de la situación:

TABLA COMPARATIVA
Algunas vinculaciones entre Instituciones Jurídicas y Situaciones Subjetivas de Interés Jurídico

Autotutela (área del Derecho Subjetivo) Países del Common Law, y algunos países desarrollados.	Tutela Estatal (área de intereses generales protegidos) América Latina, algunos países en vías de desarrollo, y ex-socialistas	Tutela no Estatal (área del girí) Japón, Los tigres asiáticos.
El derecho subjetivo determina la vigencia del orden jurídico y configura un principio de descentralización jurídica.	Las autoridades ejecutivas del Estado determinan la vigencia del orden jurídico y desestimulan la autotutela	El sistema jurídico es usado rara vez. La autoridad real se ejerce por los liderazgos empresariales, familiares y vecinales.
Amplio uso del proceso y las profesiones jurídicas	Amplio uso del Estado y burocracia estatal	Hegemonía de la clase aristocrática: industrial o terrateniente en su caso.
Proceso acusatorio. Las partes litigan en igualdad de condiciones. Incluso el Estado es titular de acción penal o derechos subjetivos comunitarios.	**Proceso inquisitivo.** El proceso penal no supone la igualdad de las partes. Funcionarios del Estado (justicia, policía y fiscalía) actúan investigando.	Cuando el proceso penal actúa asume la forma de **Proceso inquisitivo.**
Transacción Penal por el Estado está autorizada y es ampliamente usada para controlar la corrupción y la seguridad ciudadana.	Principio de Necesaridad. No está autorizada la transacción penal.	
Participación activa de la **víctima** en el proceso penal, con derechos de producir prueba y apelar.	Monopolio Estatal de la acción penal con prohibición a la **víctima** de actuar en etapas claves del proceso como producir prueba y apelar.	Autocomposición, Justicia conciliatoria.
Los **derechos del consumidor** son defendidos por el mismo consumidor mediante el proceso. A veces mediante acciones de clase.	Los **derechos del consumidor** son defendidos por el Estado, a veces mediante procesos sumarios y sin garantías adecuadas. Las acciones de clase son desestimuladas.	No se privilegia derechos del consumidor. La calidad del producto es responsabilidad organizaciones particulares entre el Estado y los Industriales
Legítima defensa: amplio uso del instituto en materias penal y civil	Se restringe su alcance: se supone que es el Estado el encargado de la defensa de los súbditos.	
Presunción de **legítima defensa**. Se identifica la situación como presunción de inocencia	La **legítima defensa** no se presume. Se supone (a veces incorrectamente) que el Estado es suficiente garantía.	
Historia: típicamente derecho medioeval; common Law; Derecho Romano Primitivo	Historia: Etapas decadentes de las civilizaciones; exceso de autoridad y proteccionismo. Derecho Romano Post-clásico; América Latina	Historia: Japón moderno. (los tigres asiáticos), posiblemente otros gobiernos de tipo aristocrático.
Policía: Diversidad y tecnificación.	Policía: Organización Central. Modelo Napoleónico	Policía: Organización Central reducida. A veces 1/4 de los efectivos normales.
Abogacía y Justicia: Relevancia Social de abogados y Jueces. Penetración Social del Sistema.	Abogacía y Justicia: Ubicación secundaria de abogados y jueces. Ocupan a veces posiciones en la jerarquía estatal.	Abogacía y Justicia. Notoria disminución debido a escasa penetración del esquema general de justicia. La relevancia social, para los pocos integrantes es elevada.
Proceso: Elemento fundamental para la salud del sistema global. Oral y participativo	Proceso: Se desestimula por inconveniente para la pirámide jerárquica. Es escrito, secreto, y muy lento.	Proceso: Se desestimula por perjudicar los liderazgos de hecho. Es escrito, secreto y muy lento.
Participación en la Justicia. Jurados populares	No existe participación, o la misma se reduce a un mínimo, cuando existe es a través de escabinos.	No existe participación. Luego del triunfo de las potencias democráticas en el Extremo Oriente se instauró el jurado y el sufragio universal.
Economía: Relaciones de Libre Competencia	Economía: Proteccionismo Estatal. Corporativismo	Economía: Monopolios y Oligopolios. Conzern en Alemania; Zaibatzu en Japón; Chaebol en Corea

Dinámica y Cambios en las Culturas de Derechos

La globalización ha enfrentado a distintas culturas jurídicas, y la fricción entre las mismas es un factor importante en la determinación del tipo de sociedad del siglo XXI.

Desde luego que el cambio social y no jurídico, no es de ninguna forma una característica exclusiva de finales del siglo XX. En los hechos, este cambio siempre existió, aun cuando asumió una forma muy particular, ya que una creciente centralización del poder es el camino de toda civilización hacia su propia destrucción y decadencia.

Lo que pasa es que la moderna globalización ha impuesto un ritmo de cambio muy rápido y ha hecho ingresar al intercambio sociedades como aquellas del lejano oriente que usualmente no se les consideraba con atención.

El Camino de los Faraones

La negación absoluta del derecho subjetivo, es decir el éxito en la separación entre el ciudadano y los tribunales conlleva la desvalorización de la participación del ciudadano y promueve el desinterés en la cosa pública.

El Estado tiende a crecer a expensas de las instituciones participativas, y una vez que se encuentran centralizadas es muy visible una marcada resistencia de la burocracia Estatal a devolver funciones participativas a los ciudadanos. Solamente una conciencia muy clara en la población, puede hacer posible que el individuo recupere el protagonismo que le fue quitado a veces en forma progresiva y silenciosa.

Este proceso, reiteramos, no es nuevo. Lo vivieron los romanos, que de un derecho clásico y una época de oro, evolucionaron al estercolero del derecho decadente del bajo imperio. Procesos similares parecen signar el fin de todas las civilizaciones imperiales conocidas.

Uno podría pensar que las modernas democracias están libres de tentaciones similares. No es así.

Ya vimos que las potencias nazi-fascistas, marcaron un avanzado movimiento en el sentido de la centralización absoluta, y surgieron en pueblos que llegaron a conocer la organización democrática.

Las causas de este proceso, son las mismas que llevan a centralizar el poder en otras áreas, y que de antiguo están señaladas por los autores:

> ✓Al ser los ciudadanos crecientemente iguales, están menos proclives a ayudar o proteger a sus pares. Ni desean ayudar ni pedir ayuda.
>
> ✓El establecimiento del poder social, surge con una notable fuerza en tales comunidades, precisamente porque las grandes tareas requieren la existencia de esfuerzos colectivos.
>
> ✓Los dirigentes o aspirantes a dirigentes del estado tienen la esperanza de poder dirigir el Estado o el poder social, por lo cual también son proclives a la centralización. [38]

Pero si bien en el pasado la dirección del cambio social es unidireccional (mayor centralización) menos participación, decadencia política y social, y sustitución por un nuevo ciclo, en las sociedades contemporáneas en cambio, no se puede indicar un área de cambio.

En Uruguay, por ejemplo, una ley de desabastecimientos de 1947, que por su naturaleza fue pensada para situaciones urgentes, sustituye las situaciones naturales de libre competencia comercial, por una participación estatal de urgencia, con poderes extraordinarios para resolver esas situaciones, con posibilidad a los ciudadanos de garantías mediante recursos y el que después sería el Contencioso Administrativo, un sistema al que los propios catedráticos de derecho administrativo, juzgarían como lesivo a garantías fundamentales de los ciudadanos.

Lo que sorprendió a todo el mundo, no es que el sistema perdurase y se hiciera definitivo, sino que además fuera adoptado como modelo para la gran mayoría de actividades del creciente intervencionismo estatal, y sobre el cual, se elaboró en definitiva el corporativismo limitacionista que conocemos los uruguayos.

Volviendo al ejemplo uruguayo, en el mismo momento en que se establecen normas corporativas, y se aleja al ciudadano de los tribunales en sectores

---

[38] Puntualiza Tocqueville sobre este tema: "Un pueblo democrático, no solamente es conducido por su gusto a centralizar el poder, sino que las pasiones de todos los que lo dirigen lo inclinan a ello sin cesar. Fácilmente se puede prever que casi todos los ciudadanos hábiles y ambiciosos que tiene un país democrático, trabajarán sin descanso para extender las atribuciones del poder social, porque todos esperan dirigirlo algún día. Se perdería el tiempo queriendo probar a éstos que la centralización extrema puede perjudicar al Estado. Porque ellos centralizan para sí mismos. "

Alexis de Tocqueville. La Democracia ...

puntuales de la economía se instaura en forma expresa las acciones de clase, con carácter general por el Código General del Proceso (1990) lo que sin duda marca una etapa positiva en el sentido de la libertad y la descentralización.

La Cuenca del Pacífico: Kung Fu vs. Tom Mix

Las culturas jurídicas de la Cuenca del Pacífico son las que presentan el mayor contraste, al enfrentarse los sistemas opuestos del constitucionalismo democrático norteamericano con el tradicionalismo conservador del extremo oriente. [39]

Se encuentra bien documentada la evolución de la institución del empleo vitalicio.

Las relaciones laborales de larga duración, y entre varias generaciones, son muy viejas en las sociedades tradicionales del extremo oriente, y responden a las reglas del giri que vimos precedentemente.

Desde luego que en la sociedad tradicional no existen sindicatos, ni poder alguno que sea oponible a la voluntad del empleador excepto las normas morales de la forma que sumariamente se han explicado.

Finalizada la segunda guerra mundial con la rendición incondicional del Estado Japonés, marco nuevas épocas para su población.

En la temprana post-guerra, principalmente después de un plan general de ajuste económico de 1949 llamado Plan Dodge se sintió un fuerte shock económico en todo el país.

Una consecuencia de este ajuste fue la existencia de numerosos despidos, los cuales se encontraban ampliamente justificados por el derecho vigente, principalmente el Código Civil de 1896 y la ley del trabajo de 1946 que establecía el modelo americano de despido a voluntad, con el solo requerimiento de aviso previo.

A medida que crecía la conflictividad laboral, se presentaron los casos de ocupaciones de fábricas por el personal y dificultades materiales para la recuperación del control por la policía, frente a lo cual, y luego de muchas dudas, los tribunales comenzaron a otorgar acciones de amparo, tendientes precisamente a recuperar el control patronal de las fábricas.

---

[39] En Japón un número suficiente de empresas, en una posición suficientemente dominante, se desvió lo suficiente de los principios del mercado de empleo, para formar una masa crítica capaz de cambiar el carácter del sistema como un todo. R. Dore, British Factory-Japanese Factory: The Origins of National Diversity in Industrial Relations 407 (1973)

Fue precisamente esta evolución, lo que permitió a los trabajadores despedidos, solicitar amparos similares para anular despidos.

En todo Japón se convirtió en algo rutinario el otorgar amparos ante despidos infundados o extemporáneos.

Si bien el amparo tiene una naturaleza provisoria, en los hechos durante este período de transición, solía tener un efecto casi definitivo, ya que la solución del amparo, era una anticipación de un probable resultado definitivo posterior, y además no resultaba cómodo para la empresa someterse a un proceso con una sentencia provisoria en su contra.

Según Kettler, el primer caso judicial en el cual aparece la palabra "empleo vitalicio" es de 1961 [40]

No obstante, el fondo del problema tomó cuerpo a partir de una sentencia de la suprema corte de 1975, que decía:

"El despido que no es objetivamente razonable y socialmente apropiado es mirado como un abuso del derecho de despedir y por lo tanto nulo e inválido." [41]

A pesar de que el sistema japonés no reconoce la jurisprudencia como fuente del derecho en forma expresa, los tribunales fundaron la aceptación unánime del abuso de derecho de despedir en una práctica de las relaciones industriales.

Una sentencia de 1987 de un Juzgado de Yokohama explicaba:

En nuestro país el sistema de empleo vitalicio es un principio de las relaciones entre gerencia y trabajadores. La premisa es que el trabajador tendrá un relación continuada de empleo hasta la edad del retiro. Es normal para la gente hacer planes de vida basados en esto. Así como la llamada racionalización de los despidos es totalmente justificada por la necesidad de operaciones sostenidas del lado de la gerencia, el resultado es una destrucción del modelo de vida del trabajador.

En esta decisión un conjunto de condiciones se especifican las cuales deben ser alcanzadas por las firmas japonesas antes que haya aún la posibilidad de que los despidos sean apoyadas en los tribunales Japoneses. Estas condición son, brevemente, como sigue:

Primero, la firma debe estar en una severa crisis financiera. **Segundo,** se deben haber hecho serios esfuerzos por la gerencia para evitar despidos. **Tercero**, los criterios para los despidos deben ser racionales. **Cuarto**, la necesidad y los detalles de la racionalización debe ser sinceramente explicados a los

[40] David Kettler et al. Light from a Dead Sun: The Japanese Lifetime Employment System and Weimar Labor Law, COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL. 19 (1) (1997) p.35

[41] Kettler, op. cit.

trabajadores y en un esfuerzo hecho a través de adecuadas deliberaciones para obtener el consentimiento de los trabajadores. En la práctica, las cortes raramente encuentran que todas estas condiciones estén satisfechas.[42]

La cultura de derechos en el tema laboral se ha impuesto en el Japón moderno, a condición de exhibir la suficiente flexibilidad para aceptar instituciones tradicionales y consuetudinarias.

A medida que la cultura de derechos gana terreno en el Japón moderno eclipsando a la moral subjetiva basada en el ninjo-giri en forma paradójica, las instituciones sustantivas del Japón tradicional parecen ganar terreno en el mundo globalizado.

No solamente el empleo vitalicio, sino el paquete de medidas que se ha dado llamar gerencia Japonesa o Japonización de la Economía que incluyen: mejoras en las relaciones con la gerencia; amplio margen para el trabajo en grupo; tareas rotativas; y capacitación a largo plazo de la mano de obra. [43]

---

[42] Kettler, op. cit. p.37.

[43] Se informa también un lado oscuro de la Japonización, en la medida que el trabajo de grupo, y el otorgamiento de poderes al grupo se convierte en una "herramienta sicológica sofisticada para extraer poder de trabajo adicional de los trabajadores por un incremente en los niveles de stress del grupo. Kettler, op. cit. p.40. También: Milkman, R. Japan's California Factories: Labor Relations and Economic Globalization (1991)

Nuevos Actores; Nuevas Incógnitas

De lo expresado parece inferirse una lenta hegemonía de los principios liberales, y el triunfo en definitiva de una filosofía de derechos de corte liberal.

Pero hay grandes actores que no han tomado posición aún en el tema, y cuyas ópticas particulares son de suficiente importancia como para influir en la suerte definitiva de la humanidad globalizada del tercer milenio.

Estos actores son: China Continental; los Países Socialistas; y los países Subdesarrollados.

El sistema político de China Continental, surge de una mezcla de filosofía marxista con sistema oriental de derecho, con un resultado de una revolución comunista sin abogados y con un muy pobre sistema judicial.

El número total de abogados de China (país que cuenta con casi 1000 millones de habitantes) era de once mil en 1986. Se estima que la administración constitucional de una democracia multipartido en China, requeriría algo así como un millón y medio de abogados.

China, como país comunista, tuvo una existencia relativamente breve. La revolución dirigida por Mao Tse Tung, tuvo el poder recién en 1949 y el mismo duró en su calidad de poder comunista hasta la apertura democrática en China cuarenta años después. Ese período de tiempo no llega a comprender a dos generaciones, lo que no es mucho tiempo cuando existe atrás de ello una tradición milenaria.

Hoy en día China enfrenta duras opciones:

> ✓La entrada en un sistema de apertura económica liberal o neoliberal con autoritarismo político, algo así como una pinochetización [44] revolucionaria. Un regreso al sistema social previo a la revolución comunista, y una evolución acorde al modelo japonés de desarrollo económico, lo que llevaría las riendas de la economía a los sectores mas conservadores.
>
> ✓O finalmente la evolución hacia un sistema de descentralización relativa con una cultura de derechos similar a occidente y una administración constitucional a cargo de sistemas judiciales ampliamente desarrollados. [45]

Es aún temprano para predecir cual será en definitiva la opción que tendrá el gigante asiático.

Los analistas económicos prevén que la estrella de la economía del siglo XXI, no será Japón, sino China, y muy posiblemente no sea aventurado predecir que la

---

[44] El término fue ampliamente usado por la prensa occidental durante los sucesos de Tianamen Square. No han habido nuevos hechos que justifiquen un cambio en el panorama.

[45] China es uno de los pocos países en el mundo que se encuentra expandiendo en forma conciente y voluntaria su sistema judicial. Existen numerosos programas de estudio de derecho en el exterior, y muchos funcionarios del partido han hecho cursos como Jueces, Fiscales o Abogados.

cultura de derechos que China adoptará en definitiva, será la más conducente al cumplimiento de este destino.

En el caso de los países socialistas occidentales, las cosas son bien diferentes.

Por tradición histórica pertenecen a culturas de derechos bien desarrolladas en forma previa a la transformación socialista.

Tributarios de la minusvaloración que desde la ideología marxista se hacía del dispositivo jurídico, el mismo quedó subordinado a las necesidades políticas de los revolucionarios.

Muchos derechos fundamentales pasaban a la categoría de "libertades burguesas" lo cual implica un cierto tono peyorativo.

El derecho, sea como ciencia o como praxis no fue objeto de una revisión profunda en sus supuestos fundamentales.

En los hechos un socialismo fuertemente juridizado y fundado en los derechos humanos, es algo que está aún por demostrar, en este sentido tiene razón Ed Sparer cuando dice:

Por ejemplo, hablando del "Academicismo Político Crítico" de orientación marxista, Kesselman arguye que: "el objetivo mas urgente (uno donde ha habido pocas contribuciones) es probar, ante una audiencia escéptica y bien informada que el socialismo democrático es posible." [46]

La investigación jurídica tendiente a hacer compatible el socialismo con la descentralización política y el pluralismo económico, está siendo llevada por las escuelas críticas del derecho, como el Critical Legal Studies, y la escuela de Derecho Alternativo.

En forma algo paradójica, el grueso de la investigación proviene de las perentorias exigencias de la práctica legal y no del academicismo oficial constituido.

Quizás sea algo pronto para aventurar resultados y efectuar pronósticos, pero se puede adelantar, que los logros espectaculares que se le auguraban al Critical Legal Studies norteamericano en las décadas del 70 y 80, a esta altura se puede asegurar que no se han alcanzado.

En cambio en el mundo subdesarrollado parece afianzarse muchas de las tesis de la escuela de derecho alternativo pero como el realismo europeo de antes de la segunda guerra, los consensos no parecen reflejarse en la práctica cotidiana.

---

[46] Ed Sparer. Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement. Stanford Law Review. Page 534. Vol. 36. Nos 1 y 2.

Lo único que se puede aventurar, es decir que debiera evitarse, el peor de los caminos, es el de esa mezcla de apertura económica con el desprecio de los derechos fundamentales, y una ultracentralización de la política que a la larga conducirán al enfoque napoleónico; a gobiernos autoritarios y a la decadencia cultural.

Conclusiones

El interrelacionamiento estrecho entre culturas que impone las circunstancias de hecho de fines del siglo XX y principios del Siglo XXI, en una serie de complejos procesos que se han dado en llamar globalización, nos conduce a una serie de conclusiones.

La primera de ellas, es que la cultura de derechos tan afín al movimiento constitucionalista occidental es solo una posibilidad entre otras, y de ninguna forma la única disponible.

Las áreas de derecho tradicional del lejano oriente, parecen estar dejando lugar a una cultura de derechos, pero muy particular, a la cual transfieren los contenidos sustantivos de esas culturas tradicionales.

El empleo vitalicio, puede ser ejemplo para otras instituciones similares y el conflicto que puede presentar con el derecho de fondo individualista puede ser diferente. El mismo caso del empleo vitalicio parece provocar distintas reacciones, pero siempre de acuerdo a las costumbres sociales. Dada una cantidad de dadores y tomadores de trabajo, el hecho de la permanencia por largos plazo en los puestos de trabajo y la rotación mas o menos rápida en los mismos no cambia el hecho en sí de la producción pero puede alterar el entretejido humano que rodea a la misma.

Generalmente el despido unilateral es mal visto aún en occidente, pero en contra de lo que generalmente se cree, la larga permanencia en las relaciones de trabajo a que conduce el empleo vitalicio, puede reforzar institutos tradicionales y estamentarios que no son bien vistos por las instituciones democráticas. Para Tocqueville, por ejemplo, la rotación en el empleo es importante para la democracia [47]

Sin embargo debe tenerse presente que algunas instituciones vinculadas a la llamada Japonización parecen estar destinadas a contrapesar las peores

[47] Vease Tocqueville, Alexis de; Cómo la Aristocracia podría tener su Origen en la Industria. In: Mayer, J. P.; La Democracia en América. Volumen 2. 2a. Parte. Influencia de la Democracia en los Sentimientos de los Norteamericanos. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, (1963) pp.514-516.: "Cuando un artesano se entrega de un modo exclusivo y constante a la fabricación de un solo objeto, acaba por desempeñar este trabajo con una destreza singular; pero pierde al mismo tiempo la facultad general de aplicar su espíritu a la dirección del trabajo: cada día se hace más hábil y menos industrioso, y puede decirse que el hombre se degrada en él a medida que el obrero se perfecciona. A medida que el principio de división del trabajo experimenta un aplicación más completa, el obrero viene a ser más débil, más limitado y mas dependiente. El arte progresa y el artesano retrocede. Con todo, este es la lado (la gran industria) hacia donde los amigos de la democracia deben dirigir con más inquietud su atención, porque si la desigualdad permanente de las condiciones y la aristocracia penetran de nuevo en el mundo, se puede predecir que lo han de hacer por esa puerta."

consecuencias de los empleos por largo lapso, siendo una de ellas notoriamente la rotación en los trabajos y la capacitación a largo plazo de la mano de obra. Por otra parte las relaciones de largo plazo, en el trabajo como en cualquier área, parecen mas aptas y conducentes para el éxito de las grandes empresas.

La segunda es que muy poco sirven los derechos declarados, cuando fracasan en la aplicación. El derecho subjetivo es derecho eficaz y aplicado, de allí, que es tanto o más importante que el derecho normado, la implementación dirigida a su aplicación inmediata. Esto es mas importante en áreas del planeta como América Latina que no tienen una tradición de gobierno judicialista, y donde la opinión pública no tiene en alta estima a los jueces y al poder judicial. De ello se deriva entre otras cosas la necesidad de perfeccionar una jurisprudencia basada en fines sociales y en la utilidad colectiva de las soluciones. La fosilización del derecho a través del formalismo debe desaparecer, para dar lugar a soluciones prácticas y creativas.

La función de los Tribunales como custodios de las libertades parece estarse reforzando inclusive en los Estados Unidos, donde el sistema judicial ha sido mas perfeccionado, y donde es utilizado con mayor entusiasmo, y que tuvo una participación protagónica en la elaboración de las soluciones del constitucionalismo mundial.

Un reciente libro de John Dinan [48], encara el tema de la institucionalidad en los Estados Unidos vinculada a la custodia de las libertades de los ciudadanos norteamericanos, y concluye dividiendo la historia norteamericana en tres épocas de acuerdo a las instituciones que constituyen el eje moral y político de defensa de las libertades:

> ✓ la primera la era republicana (Desde la revolución democrática hasta el fin de siglo XIX), en que el pensamiento dominante era que las declaraciones de derechos podrían ser mejor implementadas por las legislaturas [49];
>
> ✓La segunda, la era populista (desde principios de siglo XX hasta la segunda guerra mundial) es la era de las instituciones de democracia directa, particularmente de iniciativa y referendum que sustituyen a las legislaturas que habían caído en desprestigio [50]

---

[48] KEEPING THE PEOPLE'S LIBERTIES: LEGISLATORS, CITIZENS AND JUDGES AS GUARDIANS OF RIGHTS by John J. Dinan. Lawrence KS: University Press of Kansas, 1998. 259 pages. ISBN 0-7006- 0905-9.

[49] Allá por 1900, el público vio a las legislaturas (a menudo influidas por los ferrocarrilles y otros intereses corporativos) como instituciones antirrepublicanas, y obstáculos al éxito de las políticas populares.

[50] La democracia directa en los Estados Unidos demostró ser un arma de dos filos, como los votantes de Oregón mostraron cuando prohibieron todas las escuelas privadas del estado, a fin de evitar la educación católica. (esto fue anulado por la Suprema Corte en Pierce vs. Society of Sisters, 1925. Recientemente los habitantes de Colorado hicieron una reforma constitucional para discriminar a los homosexuales

✓y la tercera, la era judicialista (desde la segunda guerra mundial a nuestros días) donde se usa principalmente el dispositivo judicial y el proceso como custodia de las libertades. [51]

La tercera conclusión, es la total y actual vigencia del mensaje de Ihering. La lucha por el derecho solo tiene posibilidades de éxito cuando es general, y no podrá serlo cuando la población se siente victimizada por el derecho. Esa lucha no es solo una lucha por la ley sino además una lucha por los valores vigentes y la moralidad básica civil.

[51] Véase también **Bradley C. Canon**, Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Kentucky. LAW AND POLITICS BOOK REVIEW Vol. 9 No. 1 (January 1999) pp. 6-9. Periódico electrónico editado byThe Law and Courts Section The American Political Science Association

Una aproximación para el Futuro

Quedó establecido con muy poco margen de error, que en sectores críticos de la geografía universal, sus elecciones quedarán condicionadas por las posibilidades de acceso masivo de sus poblaciones al desarrollo económico y cultural que permitirá el siglo XXI. Estos sectores que abarcan todos los países subdesarrollados y China, comprenden mas de la mitad de la humanidad y no estarán en condiciones de elegir basadas en criterios ideológicos o estéticos.

El conjunto globalizado de la población del mundo, parece que se inclinará a seguir la cultura de derechos fundada en el derecho subjetivo y la supremacía judicial que ha florecido precisamente conjuntamente con el prodigioso desarrollo científico y cultural presente.

Esta cultura no es el único camino, ni siquiera el mas fácil. Requiere una constante vigilancia y perfeccionamiento de los dispositivos judiciales y métodos inteligentes y prácticos para la toma de decisiones y fundamentalmente una relación sana de constante relacionamiento entre el jurista y la sociedad a través de la publicidad de los procesos y la intervención del pueblo en las decisiones.

Por sobre todas las cosas requiere una llama viva que no está en el sistema de justicia, sino en las ideas de la población sobre sus derechos, valores y expectativas ante la Justicia, ese complejo de circunstancias que conocemos como derechos subjetivos.

Si esto triunfa, podemos asegurar que la gente del siglo XXI, será menos igualitaria quizás que en el siglo XX, pero mas tolerante y pacífica y seguramente mucho más próspera.

Bibliografía sobre Concepto de Derecho y Derecho Subjetivo

🕮 Dinan, John J. Keeping the People's Liberties: Legislators, Citizens and Judges as Guardians of Rights. Lawrence KS: University Press of Kansas (1998) -259 pp.

🕮 Fernando Fueyo Laneri, Interpretación y Juez (Universidad de Chile 1976)

🕮 Hart, H. L. A. Bentham on Legal Rights. In: Lyons, D. Rights. California: Belmont, (1979).

🕮 Kelsen, Hans; Teoría Pura del Derecho. Ed. 17 Buenos Aires: EUDEBA (1981) -240 pp.

🕮 Kettler, David and Tackney, Charles T. Light from a Dead Sun: The Japanese Lifetime Employment System and Weimar Labor Law. COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL. 19 (1) (1997) pp.1-41

🕮 Lubman, Stanley B. DISPUTE RESOLUTION IN CHINA AFTER DENG XIAOPING:" MAO AND MEDIATION" REVISITED. COLUMBIA JOURNAL OF ASIAN LAW. 11, N°2 (1997) 229

🕮 Dominique Manaï. Le Juge entre la Loi et l'Equité. Essai sur le Pouvoir de Apreciation du Juge en la Droit Suisse. Payot. 1985.

🕮 Noda, Yosiyuki; Japanese and the Law. In: Angelo, Anthony H.; Introduction to Japanese Law. Tokio: University of Tokio Press, (1976) pp.159-183.

🕮 Noda, Yosiyuki and Angelo, Anthony H.; Introduction to Japanese Law. Tokio: University of Tokio Press (1976) -252 pp.

🕮 Peralta Mariscal,Leopoldo. Ejercicio Abusivo de los Derechos Subjetivos, Jurisprudencia Argentina. IV (1992) 799

🕮 Olivecrona, Karl. El Concepto de Derecho Subjetivo en la Práctica Jurídica. In: El Derecho como Hecho. Buenos Aires: Labor Universitaria. Manuales, (1980) pp.179-206.

🕮 Olivecrona, Karl. El Concepto de Derecho Subjetivo en la Teoría Jurídica. In: El Derecho como Hecho. Buenos Aires: Labor Universitaria. Manuales, (1999) pp.133-178.

🕮 Reuter,. IBM de Japón abandona el empleo de por vida y despide a 4250 funcionarios, may/jun El Observador. (1995):

🕮 Ross, Alf. El Concepto de Derecho Subjetivo. In: Sobre el Derecho y la Justicia. Buenos Aires: EUDEBA, (1963) pp.164-183.

🕮 Rossi Baethgen, Luis R. Introducción al Estudio de las Situaciones Jurídicas. Fundación de Cultura Universitaria (1988)

🕮 Sparer, Ed. Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement. Stan.L.Rev. 36 Nos.1 & 2 (1984) pp.509-574

🕮 von Ihering, Rudolf; La Lucha por el Derecho. Buenos Aires: Editorial Perrot (1977) -150 pp.

🕮 Walker, Samuel. The Rights Revolution: Rights and Community in Modern America. New York: Oxford University Press (1998) -222 pp

🕮 Womack, J. P.; Jones, D. T.; and Roos, D. The Machine that Changed the World. (1990)

Derecho Subjetivo

Carlos Aparicio

Página blanca

Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Página blanca

Capítulo Tercero
Moral y Derecho

El problema del derecho y la moral no debe plantearse tratando de justificar lo que está pasando en la práctica, sino en el más fecundo terreno, de que es lo que la comunidad quiere y necesita, y que es lo que debiera pasar para cumplir con esos fines.

Significados de la palabra moral

La palabra moral en un primer sentido, se usa como sinónimo de psicológico o espiritual.

En este sentido se habla de daño moral, como un perjuicio espiritual sufrido por alguien, y que normalmente amerita una reparación o indemnización.-

"... También se admite en la doctrina y jurisprudencia uruguayas la reparación del daño moral, no obstante, discutirse el significado y alcance de la expresión." Para Ordoqui: "Se identifica con los dolores, las turbaciones psíquicas que derivan del quebranto padecido. Se refiere propiamente a la esfera psíquica del sujeto, al complejo que forman sus sentimientos y sus afectos."

Existen numerosos textos legislativos que usan la palabra en este sentido.

Así por ejemplo el Código del Niño reglamenta en el capítulo X la protección intelectual y moral de los menores (art. 73 Código del Niño). El mismo Código en la Sección 2a. del Capítulo XII, dicta una serie de disposiciones aplicables a menores abandonados moral o materialmente lo cual quiere decir, abandono psicológico o material.

Fuera de los textos jurídicos, es conocida alguna frase de Napoleón en que decía hablando de los ejércitos que "la moral es al armamento como tres son a uno", es decir que la fuerza psicológica o espiritual tiene mayor importancia que lo que hoy se suele denominar el armamento material o "hardware" militar.

El segundo sentido de la palabra es el que marca su significado etimológico.-

Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Dice Fueyo Laneri: [1]

"Del latín moralis, derivado de mos, moris, "modo de actuar determinado por las costumbres, en vez de la ley". Ya se aludió en este trabajo a la vinculación entre buenas costumbres y moral."

Siguiendo en parte a De Placido e Silva, puede afirmarse que: " buenas costumbres (del latín, Bonimoris) es el complejo de reglas y principios impuestos por la moral, o bien por la conciencia colectiva de un país en un momento determinado; los cuales trazan la norma de conducta de los individuos en sus relaciones domésticas o sociales para que éstas se articulen según las elevadas finalidades de la propia vida humana."

Un tercer sentido de la palabra se refiere a un adjetivo que califica a personas o costumbres, como buenas, sanas o adecuadas.

Es en este sentido que cabe citar la definición de Couture [2] de moral:

"En sentido positivo, valoración de las acciones humanas en orden a su bondad o maldad, con relación a las convicciones de una sociedad determinada." (Vocabulario Jurídico).

Así el art. 352 del Código Civil, establece, que son incapaces de toda tutela: Inc. 9º. El que no tenga oficio, profesión u modo de vivir conocido, o sea notoriamente de costumbres inmorales.

Los sentidos 2o. y 3o. usualmente están comprendidos en un o sólo en las numerosas referencias de los textos de derecho privado a la noción de moral y buenas costumbres que en forma un poco tautológica o redundante quiere expresar costumbres de comprobada eficacia a los fines a que están destinadas como la excelencia psicológica de las personas.

Quizás convenga estudiar la valoración moral del derecho en la parte de valores sociales y jurídico-morales, por razones de método y claridad expositiva.

Puede también encontrarse una cierta vinculación entre todos los sentidos de la palabra moral, en cuanto, a que tanto las costumbres como su valoración, inciden en forma notoria en cuanto al bienestar psicológico de las personas y por consiguiente en el levantamiento de su nivel moral.

Esto no es una verdad absoluta, fundamentalmente en época de cambio y conflicto valorativo donde más de una escala de valores pugna por obtener la preeminencia, pero puede establecerse como una verdad relativa de fuerte contenido, principalmente para aquellas áreas de la conducta donde se mantiene un

[1] (Op. Cit. pág.. 119)

[2] Eduardo J. Couture, abogado y profesor universitario uruguayo. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, y profesor de derecho procesal civil. Sus trabajos excedieron mucho su propia especialidad, y es el autor uruguayo mas leído internacionalmente. Uno de los mejores escritores de derecho de habla hispana. Couture murió a los 54 años, en la década de 1950.

importante consenso, como los delitos contra la persona humana, la propiedad y demás.

Antecedentes históricos de la distinción

La palabra moral, proviene de mores que significa a su vez costumabres. Cuando el derecho es esencialmente consuetudinario, puede observarse una total identificación entre moral y derecho. Los antecedentes griegos son similares en cuanto a que palabra griega ethos, que significa costumbres ha inspirado a nuestra moderna palabra ética.

La distinción entre moral y derecho como fenómenos claramente diferentes coincide con los intentos de imponer a la ley escrita como principal y eventualmente única fuente del derecho.

Los desarrollos teóricos que conocemos sobre la distinción entre moral y derecho se han elaborado en el período aproximado a fines del siglo XVII.

La obra principal de Pufendorf, de jure naturae et gentium apareció en 1672 y en ella trae con bastante precisión las diferencias entre el derecho natural y la moral.

No fue sin dificultades que se logró la aceptación de la época a esta teoría.

En efecto, hubo una fuerte oposición principalmente de las religiones protestantes, que vieron en esta distinción el intento de introducir la inmoralidad disfrazada en el mundo del derecho.

También Leibnitz[3] se opuso frontalmente a la distinción en los mismos orígenes históricos de la misma.

No obstante, las ideas inspiradas por la distinción entre la moral y el derecho, terminaron por imponerse.

En 1754, el emperador Alemán “Francisco I” [4] , dispuso que el sucesor del trono José fuera instruido sobre la base del Officio hominis et civis de Pufendorf.[5]

---

[3] LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm (1646-1716). Nació en Leipzing (Alemania). Se educó en la Universidad de Leipzing y recibió un doctorado en derecho en la Universidad de Nuremberg. Trabajó intensamente en los campos de la matemática, filosofía y derecho.

[4] “Francisco I” 1712 - 1786, emperador de Prusia, y déspota ilustrado. Famoso por sus ambiciones militares. Falleció en vísperas de la revolución francesa que redujo en forma definitiva el poder de las monarquías europeas y la alemana en particular.

[5] Samuel von Pufendorf, jurista alemán. Fue el primero en poseer una cátedra de derecho natural en una universidad alemana..

Posiblemente ha respondido a sentidas necesidades políticas, en cuanto a que se trata de un época de creciente centralismo, y decreciente moralidad, en base a la crisis moral de la aristocracia gobernante que llevaba ya algunos siglos.

En los períodos democráticos la distinción entre moral y derecho ha tenido altibajos, fundamentalmente en los países anglosajones, los que parecen inspirados preferentemente en una no-distinción entre moral y derecho, así como parecería que los países continentales, parecen inclinados preferentemente a hacer grandes diferencias entre los fenómenos.-

En los días que corren, el tema de la separación o unión entre la moral y el derecho es un tema abierto.

El profesor Welzel, de la universidad de Bonn, contemporáneo nuestro dice expresamente:

"La discusión relativa a ambas interpretaciones del moderno concepto del derecho aún no ha concluido. Una toma de posición no es posible dado los límites de esta contribución. Ella (la posición del Welzel) sigue el camino indicado por Pufendorf y Kant (separación entre derecho y moral), distingue derecho y ética, pero no los separa en sus raíces. Esto es lo que hace la teoría coactiva inaugurada por Thomasius, que mediante la radical separación de derecho y ética, involuntaria pero también necesariamente abre otra vez la posibilidad de convertir el derecho en instrumento de terror, de la anulación de la libertad de conciencia y de tortura" [6]

[6] Welzel,H. "El Nacimiento del Moderno Concepto del Derecho." In: "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho", edited by Ediciones Pannedille and Comité Editor de Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa . Buenos Aires, Ediciones Pannedille (1970), p. 72-78.

Distinción entre Moral y Derecho

Funciones de la distinción

La fuerza moral de los tribunales es muy grande, en todos lados y los gobiernos necesitan de su apoyo para poder establecerse en forma relativamente eficiente.

Los tribunales también pueden ser un obstáculo para las ambiciones de un Estado poderoso y sus burocracias.

De allí surge una primera necesidad de distinguir entre derecho y moral.

Al estar separados el derecho y la moral, el primero puede prestar su legitimación al estado, aún cuando éste se aparte en forma mas o menos importante y ostensible de la moral convencional.

Un estado totalitario no puede estar controlado por una Justicia moralizada, necesita por el contrario una justicia mas o menos sometida y a veces inmoral.

Es necesario a veces usar al sistema de administración de justicia, para neutralizar enemigos políticos mediante la delación o la tortura, a veces se trata de expropiar bienes de personas sospechosas de no cooperar con el gobierno, en casos extremos se trata de eliminar conjuntos de población mas o menos grandes, como se hizo con los Armenios en Turquía, o con los Judíos en la Alemania Nazi, y hoy día se viene haciendo con las poblaciones Kurdas en muchas partes del mundo.

En casi todos estos casos, se necesitó una cooperación activa del sistema judicial, que presta un ropaje de legitimidad, y honestidad a acciones inconfesables.

Pero esto es solamente el principio de una cadena de circunstancias, que imponen una filosofía de funcionamiento a la Justicia.

En el tema de la designación de Jueces, es fundamental las cualidades morales del magistrado, que deben primar sobre toda otra consideración. Pero si el derecho y la moral están separados, las cosas cambian. Una persona puede no ser honesta, pero puede ser muy competente a la hora de manejar los códigos.

El procedimiento de toma de decisiones también cambia, porque la moral y el derecho separadas exigen que el proceso se haga fuera de la luz de la opinión publica, de donde el proceso normalmente es secreto y escrito.

Por las mismas razones, la intervención de la opinión pública en el proceso es mal vista. Se restringe las facultades de la prensa, y se limitan o anulan los

jurados populares. Una de las primeras medidas de los gobiernos nazi-fascistas es la eliminación de los jurados populares.

También cambia la educación jurídica. Cuando el derecho y la moral son diferentes, el proceso y métodos educativos están destinados a convertir a los futuros juristas en tecnócratas normativos, y dejar la formación en valores.

Se trata también de evitar el necesario escrutinio crítico de las instituciones de derecho, que es fundamental hacer en el momento en que las mismas se estudian e internalizan.

Efectos de la distinción y separación entre la moral y el derecho.

El principal efecto de una distinción tajante entre la moral y el derecho es la destrucción de la expectativa de salidas morales en la aplicación práctica del orden jurídico.

Si la moral y el derecho son diferentes, no cabe esperar que el sistema jurídico cumpla con los mandatos morales, ni siquiera que sean morales sus agentes y formadores.

En lo humano, la figura del tecnócrata domina, y en lo técnico la aplicación automática de soluciones predeterminadas pasa a ser el objetivo buscado.

Debe buscarse para ello argumentos muy rebuscados, porque la legislatura debiera según la opinión pública estar sujeta a la moralidad básica, y además porque el resultado de la acción de la legislatura está sujeta a control de lo que prescribe la constitución, cuerpo jurídico en el cual están claramente establecidos los derechos humanos que son los pilares de esa moralidad básica, y que está confiada a los Tribunales de Justicia.

Aún así prosperan explicaciones que tratan de ver diferencias substanciales entre la moral y el derecho, que harían imposible la existencia de una expectativa seria de moralidad en la actividad de la jurisdicción y la legislatura.

Carlos Aparicio

Argumentos conducentes a la separación entre la moral y el derecho

La separación entre moral y derecho, tiene como argumento principal la pretendida neutralidad del orden jurídico y la separación de los fenómenos psicológicos y morales de aquello que se ha convertido en norma jurídica pura.

En segundo término, se encuentra diferencias radicales entre la norma jurídica (a la cual se le han extraído los fenómenos morales), y los fenómenos morales en sí mismos, donde surge el segundo gran argumento de la distinción entre el derecho y la moral, que es que la norma moral y la jurídica tienen diferencias esenciales.

Si esas normas son diferentes, luego podemos de alguna forma sistematizarlas y tendremos los grandes e imaginarios órdenes normativos.

Un análisis mas sereno sin embargo, de las presuntas diferencias ontológicas, nos demuestra que estas diferencias no son tales, y que las normas morales y jurídicas tienen la misma estructura y la misma composición. En la mayoría de los casos pueden encontrarse diferencias que nunca llegan a ser ontológicas sino solamente de grado.

Interioridad y Exterioridad

Se ha expresado que la moral se interesa en el ámbito interior de las personas, mientras que el derecho funciona desde el exterior. Esto sería tan así, que el derecho no toma interés en los elementos subjetivos que rodean al cumplimiento jurídico, sino que el interesa el cumplimiento objetivo en sí.-

> No es admisible la teoría que atribuye al Derecho la regulación de los actos externos y a la Moral la de los actos internos. Toda acción es interna y externa a la vez, presentándose ambos aspectos recíprocamente fundidos. Las llamadas acciones internas se manifiestan y revelan de modos varios, y el hecho de que sean más o menos ocultas o patentes, no puede servir de base a una distinción. Por otra parte, también una acción externa puede permanecer oculta, y no por ello se transforma en interna. Y tampoco puede concebirse una acción exclusivamente externa carente de sentido psíquico, porque si faltase tal elemento nos encontraríamos frente a un puro fenómeno físico y no frente a una acción humana. La no punibilidad de los pensamientos, y el que éstos no deban ser determinados por una norma jurídica, no implica que sean ajenos al campo jurídico.

En efecto, como el derecho tiende a establecer un orden externo de subsistencia, al jurista le interesa más la dimensión objetiva de la conducta, el comportamiento individual en lo que dice relación con los demás hombres. El moralista, en cambio, estudiaría en primer término la dimensión subjetiva de la conducta. El derecho mira las acciones, la moral se fijaría en las personas; el primero tiende a realizar los valores colectivos y ésta los personales.

Al derecho en general le es indiferente que el sujeto cumpla con las normas de buena o mala gana; lo esencial es que se respeten sus prescripciones.

Las obligaciones que impone el derecho, como consecuencia de lo expuesto pueden efectivamente ser cumplidas por terceras personas, co-obligados o fiadores; asimismo, también pueden ser cumplidas por mandatario sin participación efectiva de los mandantes, mientas que esto es imposible en lo que se refiere a la moralidad.

La moral supondría libertad en su cumplimiento, pues para que una conducta pueda ser objeto de un juicio moral, es preciso que el sujeto la realice por sí mismo.

Claro que estas diferencias no pueden tomarse en absoluto como definitivas, y en los hechos son negadas enfáticamente por muchas personas.

La moral no desdeña los actos externos y se dice comúnmente que de buenas intenciones está empedrado el camino del infierno. En los hechos es muy distinta la situación de alguien que daña a otro por habérsele escapado un tiro, que otro que dispara ese tiro intencionalmente. La diferencia entre las dos situaciones pertenece al mundo interior del sujeto.-

Si esto es cierto en el plano individual de casos, también es cierto en cuanto al fenómeno social que genera la aplicación jurídica.-

Es importante la interiorización del contenido del derecho, es decir que la gente cumpla con el derecho porque está convencida de su utilidad y su justicia.

Un orden jurídico que se preocupe solamente de la conducta exterior de los sujetos, sin contemplar su adhesión íntima, podrá obtener transitoriamente éxito y podrá proporcionar seguridad, pero tendrá sus pies de barro al depender de la fuerza material, en lugar de la legitimidad que da el consenso colectivo.

La sociología jurídica, ha estudiado con mucha precisión, la actitud meramente jurídica y ha encontrado una verdadera enfermedad social allí donde las normas de conducta no se interiorizan por la convicción, que es la anomia con profundas consecuencias en la disgregación social y personal.

La causa última de la anomia, se origina en la especial dificultad del individuo de alcanzar los valores que el propio grupo define, los cuales integran también la definición de derecho.

Si bien es cierto que el derecho puede funcionar sin tener en cuenta el ámbito interior de las personas y la realidad de los valores a los cuales accede la conducta práctica en los casos considerados, la conducta social así elaborada se vacía de contenido, se formaliza, pierde caracteres humanos, y el derecho que accede a tal sistema depende excesivamente de la fuerza material.

Coercibilidad e Incoercibilidad

A la incoercibilidad de la moral, suele oponerse la coercibilidad del derecho. Los deberes morales son incoercibles. Esto significa que su cumplimiento ha de efectuarse de manera espontánea.-

Unilateralidad de la Moral vs. Bilateralidad del Derecho

Las obligaciones que el derecho impone, no solamente se manifiestan en las relaciones recíprocas de los hombres, sino que son deberes de carácter exigible.

Tal exigibilidad es la que hace de ellas verdaderas deudas.

En cambio los preceptos morales, si bien tienen un acreedor, éste carece por completo de la posibilidad de obtener la satisfacción de su crédito moral en base a cualquier tipo de sanciones, incluso aquellas no estatales.

En el caso del hijo que planteamos anteriormente, es clara la existencia de un crédito del mismo contra su padre en lo que se refiere a los aspectos espirituales de su formación como persona, mas este crédito tiene solamente en la conciencia del obligado, su única garantía.

Podrá acudir (debidamente representado) a los tribunales para exigir una pensión alimenticia, una colaboración en su educación, etc., pero no podrá de forma alguna, reclamar una paternidad consciente y responsable.

Un aspecto de la unilateralidad moral y bilateralidad de la relación jurídica, lo constituye el hecho de que la relación jurídica es, por naturaleza, pasible de revisión y de enjuiciamiento.

La moral, en cambio, es hostil al juzgamiento. Dice al respecto el Evangelio: "No juzguéis, para que no seáis juzgados (San Mateo 7:1)".

Positividad y Reglamentarismo del Derecho

Suele señalarse como una diferencia esencial entre la moral y el derecho, la tendencia hacia la positividad y el reglamentarismo que tiene el derecho, así como las tendencias opuestas señaladas por la moral.

El reglamentarismo legislativo marca una tendencia que es señalada como lo peor en materia de política jurídica desde hace muchos años.

La obra de Risolía, denunciando esta tendencia reglamentarista y su necesaria sustitución marca no solamente que esta tendencia no es inevitable, sino que es una perentoria necesidad del derecho su inmediata reversión.

La existencia de un reglamentarismo excesivamente detallado, inspira la conducta de muchas personas que cumplen con las formalidades de la ley pero que atentan en contra de su espíritu.

Muchas veces las verdaderas marañas reglamentarias esconden el hecho sencillo que funcionan como un escudo de protección a favor de quienes están totalmente embanderados en la ilegalidad.

Distintos Esquemas de Pensamiento

Durante mucho tiempo se pensó que el método jurídico se encontraba impregnado del método estrictamente racional, deductivo y silogístico. Se establecían así, nítidas diferencias con la forma de razonamiento moral, claramente dirigido a valores, y donde el sentimiento tiene una función más destacada que el pensamiento.-

El trabajo de Chaim Perelman sobre la Argumentación, demostró en forma bastante fehaciente que el derecho participa de los elementos de retórica que inspiran la lógica, por lo cual el método deja de ser un elemento de carácter diferenciador entre ambas ramas del conocimiento.

En América Latina se destacó mucho un filósofo argentino Carlos Cossio, quien puso énfasis en el fenómeno de la fuerza de convicción de la sentencia como objeto del saber jurídico, y algunas voces se levantaron en forma clara para señalar que el terreno de la justicia participa más de la moral que de la pura lógica, y que el derecho y particularmente la sentencia dentro del derecho tiene la misión de convencer, mas que la de demostrar.-

Reglas Éticamente Neutras

La existencia de un cuerpo importante de normas éticamente neutras ha sido invocada como un elemento importante en la distinción de la moral y el derecho reforzando el argumento que existen diferencias básicas entre las dos disciplinas.

Son tales aquellas normas jurídicas que son tales por el solo hecho de estar dictadas con independencia de su contenido.El ejemplo típico es la regla de tránsito que establece que los vehículos circulen por la izquierda (estilo continental o americano) o por la Derecha (estilo inglés), o las normas técnicas para la televisión como los standards para color Pal, Secan o Ntsc.-

Se suelen incluir en este grupo gran parte de las reglas del derecho comercial.

En el caso de las normas de tránsito sobre la conveniencia de conducir vehículos a un lado de la calzada, es claro que es éticamente indiferente que se conduzca por un lado u otro de la calzada, con tal que todo el mundo la cumple y se eviten los accidentes. También parece claro, que una vez adoptada la regla, es éticamente relevante el cumplirla, ya que su no observancia puede dar lugar a

accidentes graves e incluso a la pérdida de vidas y agresiones a la integridad física de los usuarios de la calzada.-

Razones similares hacen que los standards deban ser cumplidos por razones económicas y para facilitar y bajar los precios de enormes instalaciones de alcance colectivo como los sistemas de televisión, radio y grabación.-

El tema de la seguridad jurídica se encuentra exaltado en estos temas frente a los otros valores u objetivos sociales competidores.

Neutralidad ética de las normas administrativas y Comerciales

Una mención aparte merecen las normas comerciales.- Parecen de recibo claramente los argumentos de Pound, en el sentido de que es muy importante el derecho comercial esté imbuido de consideraciones valorativas, y que esas consideraciones sean francamente compartidas por la comunidad.- Por ejemplo la protección a los accionistas minoritarios, o la democracia en el funcionamiento de las grandes sociedades comerciales, no tiene en absoluto un valor neutro sino que por el contrario, determina las grandes líneas de acción de la economía, y son fundamentales en un país subdesarrollado. También es importante que la población comparta las grandes líneas que el sistema establece para la canalización del ahorro y la inversión, inclusive el sistema bancario, así como que el sistema bancario comprenda las necesidades comunitarias de ahorro e inversión, tomando las decisiones adecuadas.- Si la comunidad no comparte las normas, estas deben ser modificadas.-

El tema crece en importancia en momentos de cambio y cuando hay grandes sectores marginados de la economía formal hacia la llamada economía informal.-

Mas que en otras cosas, en esto, vemos los resultados de la separación tajante entre la moral y el derecho.-

Reglas Objetivas

Responsabilidad sin Culpa

También se ve un argumento adicional que justificaría una aguda distinción entre el derecho y la moral, en la situaciones jurídicas de responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa, que existe en el derecho privado muy excepcionalmente y en la penalización creciente de conductas que previamente se pensaba que no eran censurables.

Un ejemplo del caso uno, es la responsabilidad por accidentes de tránsito en que algunos países ponen al automovilista o dueño del vehículo en una situación de tener que indemnizar sin tener en cuenta su culpa (Francia).

Otro caso se da, en ciertos casos en que la creciente penalización del derecho privado, a veces por la legislación de alquileres, o de derecho fiscal, ponen a las personas en situaciones de responsabilidad penal.

Ambas situaciones deben sacar su justificación de necesidades de la comunidad, y en base a esas necesidades se deben en definitiva imputar una responsabilidad, lo cual en todos los casos significa un pronunciamiento de hondo sentido moral.

Efectos de la Integración entre Moral y Derecho

Por el contrario, la integración entre moral y derecho, fortalece la expectativa a una salida correcta del dispositivo jurídico, fortalece la confianza de la población en el sistema judicial, y el mismo tendrá posiblemente un actitud expansiva en su actividad.

Ningún sistema judicial del mundo podrá evitar la injusticia en forma definitiva, pero sí podrá repararla cuando el daño se ha producido, prevenir las actitudes de corrupción y de abuso de poder, y permitir a la población el pleno desarrollo de sus posibilidades económicas y culturales con la mínima fricción posible.

Carlos Aparicio

Argumentos conducentes a la integración

Existen numerosas razones para una revisión del tema, y plantear una revisión que conduzca a una integración entre la moral y el derecho.

> En rigor, dice Ripert, "no hay entre la regla moral y la regla jurídica diferencia alguna de dominio, de naturaleza y de fin. Ni puede haber, porque el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral." Entre ellas existiría apenas una diferencia de carácter, pues la regla moral se convierte en jurídica, como dijo Gény: "gracias a una injunción mas enérgica y a una sanción exterior necesario al fin a ser alcanzado."

Todos los elementos críticos, que en América Latina particularmente denuncian corrupción en el gobierno, burocratización, centralización excesiva de la autoridad política y económica, desconfianza generalizada de la población en los dispositivos de justicia, falta de participación popular en los mismos, inadecuación casi absoluta de los sistemas penales a las condiciones locales, generalización de la violencia, y otros, son argumento que conducen a una revisión integradora entre la moral y el derecho.

Cabría no obstante destacar algunos:

Fracaso del Derecho ante la Inmoralidad

El fracaso del derecho al prohibir algunas conductas las cuales todo el mundo mira como inmorales o a la inversa, el derecho triunfa en imponer conductas que la comunidad mira como inmorales es presentado en algunos foros como un argumento final en el tema de las relaciones entre el derecho y la moral, en el sentido que la separación tajante y absoluta explica fenómenos que de otra forma no tendrían explicación.

El primer caso se ejemplifica por el fracaso del derecho en evitar la corrupción, las dificultades para perseguir los delitos de cuello blanco, y recientemente problemas severos para garantir la seguridad ciudadana. El segundo caso se representa por el hecho de la imposición de condenas inicuas a inocentes, o por los genocidios durante las guerras, (también en tiempos de paz), incluso por la reclusión en prisiones que todo el mundo conoce como no aptas para su función y verdaderas cubas de fermentación de futuros delitos y delincuentes.-

Son estos casos donde el derecho y el estado, están distanciados de la comunidad por valoraciones diferentes, a veces opuestas.-

Pero la solución a esta dicotomía no consiste en la resignación perpetua derivada de una presunta separación abstracta entre órdenes jurídicos abstractos, sino en ajustar las salidas de la producción jurídica, en el sentido de elevar su calidad, y desde luego en moralizar las soluciones jurídicas: es decir evitar la corrupción, perseguir los delitos de cuello blanco, tomar medidas eficientes para garantir la seguridad ciudadana, evitar las condenas injustas a inocentes, y elevar las condiciones en las prisiones en una medida compatible con la actuación judicial.

Siempre se vuelve a las soluciones típicas integradoras, en el sentido de estudiar el derecho con mas realismo, responder a los requerimientos de la comunidad mas que los del estado, algún grado de participación ciudadana en la justicia y en la policía, el carácter público de los procesos, y reformas radicales en la educación jurídica parecen imperativos, y respuestas adecuadas a los enfoques fatalistas que ven en la separación de la moral y el derecho un destino final (horrible) para la comunidad.

Hay desde luego mecanismos en los que debe enfatizarse en este proceso de ajuste entre el derecho y los valores colectivos vigentes. Uno de ellos, es la introducción del análisis realista, que permite ver el derecho aplicado.-

En efecto, cuando estudiamos el derecho declarado, estos fenómenos no se notan, porque la corrupción, los delitos de cuello blanco, la imposición de condenas de reclusión en condiciones antisociales y degradantes están sencillamente prohibidas por el derecho en todos lados. Sólo el análisis de la realidad social y del derecho realmente aplicado, permite detectar que en algunos lados el problema es mucho mas grave.-

Carlos Aparicio

Éxito del Derecho inmoral.
La ley injusta

El tema donde usualmente coliden las posiciones encontradas sobre la moral y el derecho, es en el tema de la ley injusta. Las posiciones jusnaturalistas sostienen que el sistema judicial debe abstenerse de aplicarla, mientras las posiciones positivistas coinciden con la expresión de Bergbohm citada en el tema anterior.-

Pero aún cuando se admita que es deber del jurista negarse a la aplicación de la ley injusta, queda pendiente el tema de si debe renunciar a su cargo y negarse a legitimar una situación de injusticia, o si por el contrario, debe estudiar hasta qué punto el orden jurídico le permite dictar la solución que en su conciencia corresponde y se indica como la más justa.-

El tema nos invita a una mirada sobre las fuentes jurídicas admitidas, aún en los países latinoamericanos, y reflexionar sobre si el o los órdenes jurídicos implicados tienen la suficiente flexibilidad para permitir una solución de justicia flexible, y que al mismo tiempo permita una razonable seguridad jurídica.-

Como en el tema de la moral, en el tema de las fuentes, encontramos una cierta tendenciosidad de la doctrina, muy influido por sus precedentes romanos de la decadencia, en el sentido de favorecer a la ley sobre el resto de las fuentes.-

Cabe puntualizar en este sentido, que la primera de las fuentes, no es la ley, sino la constitución, y este hecho muy importante no suele señalarse con la energía que merece.-
La ley, tiene una jerarquía muy inferior a la constitución, y sólo debe ser aplicada dentro de los principios constitucionales.

Pero esto es solo el principio del problema, ya que la constitución contiene una gran cantidad de principios generales del derecho, como los propios derechos humanos, en forma explícita e implícita. Incluso aquellos principios implícitos en la constitución, deben considerarse positivados y de jerarquía superior a la ley en base al texto claro del artículo 72 de la constitución uruguaya.-

Recientemente ha habido una concentración del interés de los filósofos del derecho en la naturaleza del razonamiento legal, y esto promete una revisión en el enfoque analítico al concepto de derecho. Es sabido ahora que razonamiento legal no puede ser propiamente descripto de acuerdo a un modelo deductivo-inductivo, sino más bien consiste en una mezcla de argumentos más o menos persuasivos, los cuales son peculiares solamente de la forma en la cual se interlinea una estructura de precedentes autoritarios con los tipos de criterios los cuales están en los cotidianos procesos de decisión moral y de prudencia. De esta manera, un estudio del pensamiento legal incluye o supone un renacimiento de las nociones clásicas de retórica. Un importante trabajo pionero en este campo ha sido hecho por los filósofos belgas Chaim Perelman y Olbrechts en su libro Tratado de la Argumentación. Estos estudios arrojan algunas dudas en la tradicional insistencia positivista sobre la elucidación del concepto de derecho primariamente en términos de una estructura de normas válidas. Si principio s y máximas más difusos juegan un rol vital a todos los niveles de elaboración de decisión del sistema jurídico, uno puede percibir hasta qué punto consideraciones de ética y política son construidas en las fábricas del sistema legal, más facilmente que en la tradicional posición positivista. La aguda separación entre derecho y moral, la cual ha caracterizado la posición positivista, deviene difícil de defender cuando las estrechas similaridades entre el razonamiento moral y jurídico se ponen de manifiesto. De esta forma, estudios contemporáneos del pensamiento legal, abrigan alguna promesa de superar la antigua división entre las tradiciones positivistas y jusnaturalistas. Diccionario de Derecho Graham Hughes.

Debe destacarse que al amparo de una disposición similar en la Argentina, la Suprema Corte Federal argentina dio andamiento a una demanda de divorcio, a pesar que estaba estrictamente prohibido por una ley de registro civil que tenía casi 100 años de antigüedad y aplicación pacífica.-Se consideró que esa norma no estaba de acuerdo con las valoraciones vigentes sociales, que contradecía derechos humanos implícitos en el texto constitucional y por consiguiente fue declarada inconstitucional.-

Esa sentencia de 1986, fue el ingreso al mundo del derecho privado del divorcio en la Argentina. Poco tiempo después, se dictó una ley en el mismo sentido que la sentencia.-

Moralismo y legalismo en la confrontación moral y derecho

Hemos dicho en paginas anteriores, que una parte medular de la discusión sobre la moral y el derecho consiste en determinar hasta que punto, la legislatura tiene poderes que le habilitan para actuar en contra la moralidad básica.

Kelsen ejemplifica claramente la posición de los partidarios de la separación estricta entre el derecho y la moral,

Invoca así la tendencia democrática a la centralización, observada ya por los clásicos, pero mientras que en éstos esa tendencia es un defecto que hay que corregir[7], en Kelsen, es una tendencia que hay que seguir[8]

Desde luego que en la medida que la posición no legalista triunfa, las diferencias entre el derecho y moral tienden a atenuarse, e incluso a desaparecer.

En nuestra opinión, parece clara la razón que asiste a los partidarios de la unificación de la moral y derecho, y de la aplicación prioritaria de los valores de justicia al derecho común.-

Parece evidente, que precisamente el legalismo, no solamente fomenta la existencia de fuertes desigualdades dentro del orden social, sino que además estimula a que estas desigualdades sean totalmente injustas e inadecuadas y gravemente irritantes para las grandes mayorías de la población.-[9]

---

[7] Véase por ejemplo Tocqueville, La Democracia en América (Edición Mayer)

[8] Dice Kelsen textualmente: Donde con más claridad se revela el carácter racionalista de la democracia es en su aspiración a organizar el orden estatal como un sistema de normas generales, preferentemente escritas, en las que los actos individuales de la administración y la jurisdicción se hallen determinados del modo más amplio posible, pudiendo considerarse como previsibles. A la democracia es inmanente la tendencia a situar en la legislación el centro de gravedad de las funciones estatales, convirtiéndose en Estado legislativo. El ideal de legalidad desempeña en ella un papel decisivo, así como la creencia de que los actos políticos individuales pueden justificarse racionalmente, por su legalidad. En la democracia, la seguridad jurídica reclama la primacía sobre la justicia, siempre problemática; el demócrata propende más al positivismo jurídico que al Derecho natural. La autocracia, por el contrario, desprecia esta racionalización del orden colectivo,; evita en lo posible la vinculación jurídica del imperante y sus auxiliares, los cuales actúan como representantes y servidores personales suyos, pero no como órganos del Estado a la manera democrática. Kelsen: Esencia y Valor de la Democracia.

[9] "El legalismo fortifica al estado, mediante el procedimiento aparente de limitarlo, porque la remisión a un sistema de reglas aumenta la legitimidad del estado moderno y por lo tanto su autoridad o poder efectivo. A medida que el estado liberal crece mas fuerte, el reduce a las otras fuerzas que se desarrollan en el mercado. Esto fortifica la posición de aquellos que controlan la propiedad.

La justicia formal es ventajosa para aquellos con poder económico, además mediante el énfasis formal como opuesto a los criterios sustantivos de decisión, se desestimula el uso del derecho como un instrumento de justicia social.

Conclusiones sobre Moral y Derecho

El alcance de la distinción entre la moral y el derecho, surge con claridad en cuanto a ciertos aspectos de la vida social que de alguna manera quedan mas iluminados o mas en las sombras.

Uno de los mas claros efectos, surge de la propia aplicación jurídica, que pasa a ser un fenómeno tecnocrático y desde luego ajeno a la moralidad corriente. Surge así el perfil del jurista que conoce a fondo la tecnología jurídica, pero que no tiene una conducta moral.

La infracción moral, y la picardía profesional, no son un producto de la separación entre el derecho y la moral, pero el atribuirle un carácter respetable a estas actitudes y establecer un doble standard de valoración y comparación entre moralidad y "técnica jurídica", esto sí se debe en primer lugar y casi exclusivamente al hecho de la separación entre el derecho y la moral.

Las limitaciones que introducen a la definición del derecho la concepción formalista del mismo, excluyen por ese sólo hecho los fenómenos morales del campo jurídico.

Si sólo pueden ser considerados como derecho aquellos fenómenos que cumplen con las formas jurídicas, es obvio que los fenómenos morales no cumplen con este requisito y por lo tanto serán un fenómeno distinto y ajeno al estudio del fenómeno jurídico.

De allí que la concepción estatal formalista del derecho, a través de sus escuelas como la positivista, como la escuela analítica del Derecho (Austin), o el positivismo idealista (Kelsen), se esfuerzan por demostrar diferencias esenciales e irreconciliables entre la moral y el derecho tendientes a demostrar no sólo que son

---

La justicia formal, no solamente es repugnante a los poderes autoritarios y reglas arbitrarias; sino que también se opone a los intereses democráticos. La justicia formal, necesariamente abstracta, no puede considerar los temas éticos que levantan tales intereses; tal abstención, por lo tanto, reduce la posibilidad de hacer realidad la políticas sustantivas defendidas por los grupos populares. Por lo tanto, ciertos valores democráticos y tipos de justicia social solo podrían ser alcanzados al costo de sacrificar el estricto legalismo."

Trubeck, Max Weber on Law and the Rise of Capitalism, 1972 Wis. L. Rev. 748.

fenómenos substancialmente diferentes, sino que ajenos entre sí, y que el fenómeno moral debe quedar fuera del interés y de la discusión del jurista.

La discusión sobre este tema, es en un principio académica, pero el alejamiento del área moral de la discusión jurídica, produce una panoplia de consecuencias, que trascienden ampliamente la vida forense, que se reflejan en fenómenos cotidianos de la vida social y de la propia educación jurídica.

Dicho con otras palabras, si el derecho por definición excluye fenómenos morales, la aplicación del mismo se convierte en un fenómeno tecnocrático de determinación lógico sistemática, como el agente puede tener otras convicciones, la designación del agente debe seguir ciertos standards tecnocráticos que eviten que estas convicciones puedan afectar la neutralidad necesaria en su trabajo, de la misma forma, la preparación del agente debe ser neutral, y evitar en lo posible entrenar para la valoración. La enseñanza memorística puede resultar lo más adecuado.

En caso contrario, es decir, en caso que se suponga que el derecho y la moral pueden ser fenómenos similares, o al menos no necesariamente separados, puede inferirse, que es importante designar agentes de primera jerarquía, cuyas valoraciones coincidan en lo posible con las definiciones más generales del sistema establecidas por la constitución, por consiguiente el perfil del agente jurídico debe ser ético y valorativo. En la enseñanza debiera entrenarse particularmente para esta función, y la función del propio profesor de derecho debiera ser ejemplificadora y modélica.-

Los efectos de esta distinción son muy importantes en muchas ramas vinculados con el derecho, he aquí algunas de ellas.

Carlos Aparicio

Función de la Historia del Derecho en el Tema de la Moral y el Derecho

La tradicional posición positivista y su alejamiento entre moral y derecho han conducido a graves consecuencias sociales que de muy antiguo azotan a los pueblos latinoamericanos.-

El estudio histórico podría en todos los casos haber arrojado luz y ayudado a rectificar rumbos en un proceso que ha abarcado siglos. Sin embargo, la historia del derecho, fuertemente influida por la escuela historicista usó su ciencia para prohibir cualquier tipo de cambio más que para facilitarlo. El método historicista ayudó en este sentido, ya que el corte histórico de épocas particulares (derecho romano, derecho medioeval), ha permitido acercarse al estudio de la historia con el método jurídico exegético, ante el cual se ha abandonado el método sociológico y el propio método histórico. Así es posible en pleno siglo XX, hacer un estudio en profundidad del derecho romano, sin estudiar la esclavitud, una institución que no solamente es el eje económico de la sociedad antigua, sino también su lastre que le impidió el desarrollo industrial y científico.

También se puede hacer un estudio en profundidad del derecho romano, sin decir un palabra del cristianismo, que surge en la época de oro del derecho romano, y constituye la mas formidable revolución moral de occidente de toda su historia, que entre otras cosas contribuye a eliminar la esclavitud de la sociedad antigua.-

Pero también se puede y se suele hacer un estudio a fondo del derecho romano, por ejemplo, confundiendo las influencias que inciden en su conformación. Así por ejemplo, se introducen instituciones bizantinas y orientales con el nombre de derecho romano, cuando en realidad tienen otro origen.

Casi todo el derecho de Justiniano, no es romano, sino bizantino, y las citas a los juristas romanos clásicos es sencillamente un adorno para la sociedad decadente bizantina que adopta ese derecho.- Así en los días que corren, resulta una tarea embarazosa y casi imposible una reforma racional del proceso penal en América Latina, destinada a contemplar derechos humanos fundamentales, y

conforme a nuestra tradición Americanista. La dificultad se origina, principalmente en la paciente tarea de los historiadores del derecho y sus conclusiones introducidas a sangre y fuego en generaciones enteras de juristas latinoamericanos a través de una apología de la organización bizantina, introducida en el sur de Europa en el siglo XIII por el fenómeno conocido como Recepción del Derecho Romano en Europa continental. El fruto de este proceso con relación a España, consiste en la Legislación de Partidas.

El legado jurídico español a América Latina no pudo ser cambiado por las revoluciones democráticas y liberales.

El primer intento de reforma judicial, constituye el movimiento constitucionalista de principios del siglo XIX.

A pesar de la claridad de sus enfoques y del énfasis puesto en sus objetivos, el movimiento de reforma judicial anexo al constitucionalismo democrático fracasó, como ha expresado el maestro Couture, América Latina, paso a hacer sus constituciones mirando al futuro y sus códigos mirando al pasado.-

Hoy al final del siglo XX, no se logra aún cambios sustanciales en la democratización de las instituciones jurídicas latinoamericanas, y la persistencia durante dos siglos de una ideología dominante democrática, de formas procesales centralizadas e imperiales, configura una verdadera proeza de los enfoques mas conservadores de la enseñanza del derecho y de la historia del derecho, sólo posible por la total exclusión de la valoración de los terrenos señalados, lo que a su vez sólo ha sido posible por una clara, nítida y absoluta distinción entre la moral y el derecho.

Función de la Educación Jurídica.

El operador jurídico

Compromiso o neutralidad ética:

El tema de la moral y derecho puede esquematizarse como dos formas de entender el derecho, con y sin compromiso moral del operador del derecho. Las teorías y opiniones que sostienen la conveniencia o necesidad de que el operador no se involucre, generalmente asociados con los enfoques formales y positivistas, representan un sector de opinión muy extendido en el área latinoamericana de derecho así como en Europa en el período comprendido entre las dos guerras mundiales [10].- Esta concepción llegó a afirmar que una de las virtudes mas nobles del juristas se revelaba en su capacidad de aplicar al derecho infame, ya que de esta forma se revelaba objetividad y ausencia de compromiso. En el otro extremo, se encuentra la tesis que aconseja el compromiso ético o estimativo del operador, una opinión muy extendida en el área anglosajona y en la europea de postguerra. El Juez debe actuar según sus convicciones y valores, y si las presiones emergentes del entorno le hacen fallar en un sentido diferente, debiera abstenerse o renunciar. Una notoria excepción a lo antedicho lo constituye la obra de Hart sobre Moral y Derecho, donde se infiere la concepción positivista a pesar que notoriamente este es un autor inglés. No representa el punto de vista predominante en su región, constituyendo un fenómeno similar a las obras de Bentham en favor de la codificación, que pese a su notoriedad no influyeron en su propio país.-

[10] Primera Guerra: 1914 a 1918; segunda guerra mundial: 1939 a 1945.

Efectos de la unificación o separación teórica entre Moral y Derecho

Los efectos de esta distinción son muy importantes en muchas ramas vinculados con el derecho, he aquí algunas de ellas.

Efectos de la Unificación Moral y derecho.		
Jusnaturalistas, valorativos, Jurisprudencia Sociológica Praxis Jurídica Angloamericana		
Etapa de Conocimiento o aplicación jurídica	Principal resultado o efecto de la unificación	Resultados o Efectos Secundarios
Aplicación Jurídica	Compromiso Personal con las Soluciones	Orientación Hacia los Valores Dominantes
Ley Injusta	Inaplicable	Fuentes Alternativas
Interpretación de Las Leyes	Métodos Creativos	Rechazo al Piedeletrismo
Designación de Jueces y Operadores	Acuerdo con Principales valores Sociales Perfil ético	Valores Personales Mayor Edad
Enseñanza Profesores	Valores Personales	Capacidad de Comunicación y Liderazgo
Enseñanza Alumnos	Enseñanza Formativa Desarrollo Personal	Facultades críticas
Enseñanza Métodos	Socráticos De casos	Estímulo a Enjuiciamiento Crítico
Historia del Derecho	Método Histórico	Enfoques Críticos
Investigación	Métodos Sociológicos	Ingeniería Social

Separación entre moral y Derecho.		
Positivismo Formalista, Escuela Analítica (Austin) Positivismo Idealista (Kelsen) Praxis Jurídica Latinoamericana		
Etapa de Conocimiento o aplicación jurídica	Principal resultado o efecto de la separación	Resultados o Efectos Secundarios
Aplicación Jurídica Fuentes del Derecho	Ausencia de Compromiso Personal con las Soluciones. La ley es la única fuente práctica	Orientación reglamentarista. Lo no reglamentado es una "laguna"
Ley Injusta	Dura lex Sed Lex	Descalifica fuentes Alternativas. Incluso la Constitución.
Interpretación de Las Leyes	Exégesis y Conceptualismo	Piedeletrismo
Designación de Jueces y operadores	Perfil tecnocrático	Carrera Judicial
Enseñanza Profesores	Perfil tecnocrático.	Carrera Docente
Enseñanza Alumnos	Conocimiento cuantitativo	Enseñanza Memorística
Enseñanza Métodos	Método magistral	Estudios Pasivos No-Críticos
Historia del Derecho	Historicismo	Enfoque conceptualista no-crítico
Investigación	Conceptualismo	Conservadurismo

Necesidad y objetivos del cambio.

Couture:

respuesta a Josserand.

En el ensayo de Josserand. Un Ordre Juridique Nouveau, se denuncia una tendencia hacia una pérdida de contenido moral en el derecho. No sería por el hecho de hacerse inmoral, sino por una sustitución de ideas progresiva, hacia la mera tecnificación.

Dice sobre esto Couture:

"Cabe preguntarse qué se entiende por amoralización del derecho.

Es evidente, por lo pronto, que no se ha manejado los conceptos derecho y moral en su sentido trascendental, ontológico. Ni el derecho es allí (en el ensayo de Josserand. Un Ordre Juridique Nouveau) otra cosa que el derecho positivo, escrito actual, localizado; ni la moral es otra cosa que la moral práctica convencional, la moral que dio leyes al irreductible derecho natural, cuya desvalorización se lamenta todavía en las páginas finales de Un Nouveau Ordre Juridique.
Su ideas (las de Josserand) son las de aquella distinción elemental, de primer plano, tan nítidamente revelada por Recassens: "la moral como dimensión de interioridad; el derecho como dimensión externa de la vida".

Y en ese campo, donde el mundo de los valores aparece como ceñido y apretando las cosas hasta sus más menudas proporciones, se nota la ausencia del enfoque fundamental.
¿En nombre de qué razón moral, se afirma que se "amoraliza" un derecho, cuya intención (lograda o no lograda, lo que es ajeno a esta consideración) es la de disminuir el desnivel y la angustia que las vigorosas coacciones económicas crean entre los individuos?

¿Podrá decirse acaso, que es lo moral la desigualdad y lo amoral, lo neutro en el orden ético el intento de aproximación;
¿No será acaso, la verdad, la honda verdad, la premisa contraria?

Se dirá entonces, que en la pretendida nivelación, no se realiza el bien a quienes lo merecen, a quienes la opresión vital desfibra

dolorosamente a pesar de todos los privilegios que el poder público quiera conferirles. Que, por el contrario, la legislación de excepción se hace para los grandes peces, expertos en escurrir por los gruesos claros de la trama de la ley. Que al amparo de esa legislación para los dolidos del dolor de vivir, halla protección la numerosa familia de los destinatarios impuros de la ley, de los que siempre tienen un medio de acogerse al bien que otros merecen y no Ellos. [11]

[11] Couture, Eduardo J. "Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo" Buenos Aires, Imprenta de la Universidad (1938).

El Cambio en América Latina

La situación en América Latina en general y en particular en Uruguay, parece evolucionar hacia un acercamiento progresivo de los conceptos de moralidad y derecho.

Uruguay fue un pionero en esta materia, ya que esta posición era fervientemente defendido por Eduardo Couture en un momento en las ideas Kelsenianas sobre el tema imperaban pacíficamente en América Latina.

Una aplicación creativa por parte de la jurisprudencia del art. 72 de la Constitución Uruguaya, que establece la existencia y vigencia efectiva de derechos humanos no establecidos en la Constitución, da un necesario apoyo de derecho positivo a la tesis que ha encontrado suficiente apoyo jurisprudencia, aún cuando el fondo del asunto continúa discutiéndose.

Para la selección y formación de magistrados parecen también haberse tomado en cuentas criterios unificadores entre el derecho y la moral. Así en un documento de la Facultad de Derecho se dispone:

"Declarar que ha de tenerse especialmente en cuenta para la dirección y enseñanza en el Centro de Estudios Judiciales a juristas que reúnan junto con la adecuada capacidad de conocimientos y comunicación de los mismos, una probada aptitud por sus condiciones psicológicas y éticas para el desempeño de la magistratura, en especial en cuanto a su conducta imparcial y valor personal y social, capacidad decisoria, respeto de las personas, comportamiento democrático, todo ello explicitado en su vida personal y profesional."[12]

.

[12] Resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de fecha 6 de diciembre de 1990, Boletín N° 48

Los instrumentos del cambio.

El entorno legal, principalmente en los países subdesarrollados está comenzando a cambiar, y puede avisorarse un cambio inminente en el buen sentido que conduce a una progresiva moralización del derecho y a una refundamentación de la democracia política en las naciones en desarrollo.

La atención puesta en los derechos humanos, y en los equipos de aplicación jurídica, así como los mecanismos de formación jurídica parece que conducen inequívocamente en esa dirección.

Derechos Humanos

La creciente atención puesta en los derechos humanos, es un poderoso instrumento hacia la moralización del derecho.

Muchas situaciones que hace 20 años podían considerarse como "meta-jurídicas" hoy se consideran que están violando derechos humanos elementales protegidos concretamente por la fuente jurídica constitucional.

Esto ha sido posible, no por el cambio del derecho objetivo, que básicamente sigue siendo el mismo, sino por cambios profundos en los valores sociales y en los esquemas de interpretación de las leyes.

La moralidad pura y separada del derecho tiene sus problemas, la idea de derechos humanos tiende a convertir en derecho vigente lo que antes era una idea puramente moral.

El caso de divorcio en la argentina citado en el apéndice es un ejemplo elocuente de una situación que fue creada hace un siglo, y que durante la primera mitad del siglo no llamó la atención como violatoria de derechos humanos elementales. En cambio en la segunda mitad del siglo, se considera que transgrede esos derechos humanos.[13]

El problema parece claro considerado desde el punto de vista de la necesidad de moralizar el derecho.

Pero recientemente se ha agregado un nuevo punto de vista, que es la necesidad de reformular los propios planteos morales alicaídos por la falta de cumplimiento de los mismos, y el efectivo triunfo de injusticia y la inmoralidad.[14] El mérito del planteo, es que tanto desde el mundo del derecho como del mundo de la propia moralidad, se ve la utilidad de la integración de ambas, y los derechos humanos, fuera de toda duda, son una efectiva herramienta para los juristas, que opera mediante la conformación de un orden jurídico más justo y que introducen

---

[13] Véase en el apéndice sentencia de la Suprema Corte de Justicia Argentina de 1986.

[14] Authors: Klug, Francesca Can human rights fill Britain's morality gap? Political Quarterly. v. 68, Apr./June 1997, p. 143-52. RESUMEN La parte de una sección especial sobre derechos humanos en Gran Bretaña. Al discutir hasta qué punto los derechos humanos pueden unir la brecha de moralidad de Gran Bretaña, el escritor considera si hay una conexión entre el montaje de apoyo para una Declaración de Derechos Humanos y el penetrante llamado para una cruzada moral. Ella pregunta si los dos son mutuamente incompatibles, como ha sido argumentado por algunos tratadistas y políticos, o si una Declaración de Derechos Humanos puede servir como medio de transmitir valores éticos reforzando cohesión social en Gran Bretaña. Ella considera el peligro a los valores morales representado por el relativismo; nota como una hebra importante en la discusión sobre valores morales culpa una cultura de derechos por crear un individualismo agresivo que arruina el sentido histórico de país de comunidad; discute hasta que punto es posible que, más bien que crear una declinación moral, la idea de derechos humanos podría ofrecer sociedad una base legítima común para valores fundamentales esa carencia de gobierno y religión; y examina el impacto que la adopción de los valores de derechos humanos podrían tener sobre valores que conforman la vida nacional Británica.

las herramientas y las modificaciones necesarias en el capítulo de las fuentes del derecho.

Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Es obvio que un mundo donde los derechos humanos fundamentales en el sentido que han sido declarados tales por las Naciones Unidas, será un mundo mejor y mas moral, pero para ello requiere que esos derechos se cumplan, y sean efectivamente llevados a la práctica por los tribunales, y no se queden en la parte programática de las constituciones y los discursos mas o menos bien intencionados de políticos y religiosos.

Las constituciones, además de documentos programáticos son poderosas fuentes de derecho, y en manos de juristas morales e inteligentes pueden ser una eficiente herramienta de cambio político y social.

Pero esto es muy difícil, en un entorno jurídico hostil, donde se sacraliza los códigos civiles y se desprecian las constituciones.

Couture, hablando de América Latina, dijo que aquí se hacen los Códigos mirando al pasado y las constituciones mirando al futuro.

La vigorosa introducción de los derechos humanos en el mundo del derecho práctico operada recientemente, puede y debe cambiar ese estado de cosas.

Publicidad de los Juicios

El primer movimiento constitucionalista que condujo a América Latina a la emancipación del imperio Español, estuvo ampliamente inspirado en el constitucionalismo democrático norteamericano, y las primeras constituciones latinoamericanas constituyen, sin duda, el primer intento masivo de reforma judicial internacional para América Latina.

Los constituyentes latinoamericanos establecieron casi sin excepciones la obligatoriedad de los juicios orales, y con cierto tipo de participación popular, como los jurados populares.

El siglo XIX, estuvo signado por la lucha entre el enfoque borbónico, del juicio escrito la legislación de partidas y la codificación, por un lado y el constitucionalismo democrático por el otro.

El triunfo correspondió a los primeros, y el proceso se estableció en los carriles romanistas del escrituralismo, en sus versiones mas secretas y extremistas.

Muy entrado el siglo XX, nos dice Couture: [15]

"Las ventajas de la publicidad no pueden ser puestas en duda. Cada tanto tiempo, cuando se debaten estas cosas, se repite el famoso aforismo de Mirabeau: no le temo a los jueces, ni a los mas abyectos, ni a los más depravados, ni a mis mismos enemigos, si es que su justicia deben hacerla en presencia del pueblo. Todos sabemos bien que el pueblo es el Juez de los Jueces."

Enseñanza jurídica.

La enseñanza jurídica en América Latina debe desempeñar un papel de mayor importancia en el cambio.

Vimos en líneas anteriores que el cambio de perfil del operador jurídico de agente del estado y la codificación, a un agente de derecho y el cambio moral, no se hace en forma automática, y en los hechos es muy difícil de lograr.

En ese entorno, la educación jurídica tiene particulares responsabilidades en cuanto formadora de los agentes u operadores jurídicos, y capacitarlos al menos para optar por un rol acorde a las exigencias comunitarias.

Es muy claro que la enseñanza jurídica tradicional, jerárquica y autoritaria, basada en la clase magistral y en la memorización, puede convertirse por sí sola en

[15] Eduardo Couture, La Justicia Inglesa, in Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. La Constitución y el Proceso Civil. pag. 153 y ss.

un obstáculo formidable para la viabilidad de cualquier nuevo enfoque en el área del derecho.

Desde el punto de vista opuesto, la enseñanza participativa, el método de casos aplicado con moderación e inteligencia, una atención firme al tema de los valores y un escrutinio crítico del sistema de derecho a medida que se estudia, parece que tendría la capacidad de formar profesionales con posibilidades de ocupar un rol de importancia en un nuevo estado de cosas.

Desde luego, que cambios de tal magnitud requiere de decisiones políticas de primer nivel, y el consenso del profesorado y estudiantes.

Todo esto sería casi imposible de realizar, si se partiera de un estatus económico muy elevado y de fácil manutención.

Pero las realidades económicas parecen ser las opuestas. Las profesiones jurídicas han sido duramente afectadas por las crisis económicas de fin del siglo XX, las que se han agravado por la virtual falta de funcionamiento del sistema judicial debido a regímenes de facto y a conflictos laborales y sectoriales.

A pesar de ello, la demanda de conocimientos jurídicos de la población en su conjunto crece en forma llamativa, y aparentemente con escasa vinculación a las dificultades señaladas anteriormente.

Una mirada a un futuro de mediano plazo, posiblemente indique la profundización de las crisis, y la difusión de la falta de empleo en la profesión jurídica.

El cambio, trae mucho mas trabajo. Alcanza con pensar que el juicio oral, implica mas plazas de trabajo para jueces y abogados, si se instituyeran los jurados serían aún mas los lugares.

El cambio trae mas posibilidades, y el creciente número de postulantes permite mejorar la calidad de los operadores.

Pero, este es un enfoque optimista, que parte de la base que los operadores particulares de la enseñanza del derecho estén atentos a los cambios que se están produciendo, y compartan las opciones valorativas adecuadas al momento.

Por ahora, esto, no está demostrado que esté sucediendo, pero el futuro mas o menos inmediato, se explayará en hechos concretos.

Conclusiones Finales

El entorno jurídico latinoamericano es uno de los últimos reductos del positivismo formalista y con un alto grado de centralización político-jurídica en un ambiente de aguda separación de moral y derecho.

Esta separación, no es una necesidad científica (el opuesto parece ser mas certero), sino que mas bien es un artilugio trabajosamente elaborado al compás de las necesidades de una ideología de la autoridad y jerarquía.

Las consecuencias, de la iluminación de estos aspectos pueden ser numerosas y provechosas, algunas:

A) La unidad entre moral y derecho conduce al carácter moral en el jurista como elemento esencial.

De allí se infiere:

La designación de jueces debe estar precedida por carreras jurídicas acordes.

Lo mismo la formación jurídica.

Este deberá estar regida por principios formativos para el estudiante y modélicos para el profesor.

B) En lo funcional, la unidad entre moral y derecho, tratará de no aplicar la ley inmoral o injusta, y aún aquella que sea moral, pero que aplicada a un caso particular conduzca a consecuencias inmorales o injustas, todo en base a criterios valorativos en vigencia para la comunidad.

C) También en lo funcional, se luchará por la vigencia del derecho en aquellas situaciones donde sea patente el fracaso del mismo frente a la inmoralidad.

Los terrenos de la corrupción, los delitos de cuello blanco, son amplios campos de acción practicamente vírgenes para los latinoamericanos.

Después de la segunda guerra mundial, muchas personas pensaron en Europa que si la actividad judicial de esos países antes de la guerra hubiese estado inspirada por criterios de moralidad y justicia, muy posiblemente, los caminos que condujeron al entronizado de los gobiernos de fuerza en forma previa a la guerra, no se hubieran comenzado a recorrer, y que la misma guerra quizás no hubiera sucedido.-

La introducción de la moralidad en el accionar cotidiano de la justicia lleva a poderes judiciales más fuertes, a un mayor compromiso del jurista con la comunidad y con la opinión pública y a un mayor control de la burocracia estatal y privada.-

Estas soluciones han demostrado, que pueden combinarse con el gobierno popular de las democracias sin levantar resistencias y por el contrario elevando el entramado social.-

Este estado socio-jurídico, ha surgido en su teoría y en su práctica en el siglo XX, sobre los flexibles esquemas del constitucionalismo democrático liberal.-

La moderna estructura de la democracia constitucional no fue tenida a la vista por el filósofo griego Platón (Siglo V A C).

No obstante, una de sus mas fuertes intuiciones estaban referidas a las formas que adoptaría el gobierno del futuro con una clara visión de la insuficiencia política de las fórmulas de la ciudad antigua.

En su obra "La República", el filósofo imagina al estado ideal como un gobierno de hombres sabios como la única fórmula posible para obtener un equilibrio pacífico entre los distintos estratos de la población.

Las modernas fórmulas del constitucionalismo democrático, de la ingeniería jurídica social y el gobierno de los jueces y la participación popular democrática en la justicia estaban muy lejos de las posibilidades de conocimiento del filósofo de la antigüedad. Sin embargo, Platón no podía imaginar una comunidad sin la primacía y el gobierno práctico de hombres sabios y experientes.

Hasta que esto no suceda, dice Platón, ... "las ciudades nunca descansarán de sus maldades ni tampoco la raza humana; y sólo entonces tendrá nuestro Estado una posibilidad de vida y contemplará la luz del día."

Bibliografía sobre Moral y Derecho

🕮 Couture, Eduardo J. "Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo" Buenos Aires, Imprenta de la Universidad (1938).

🕮 Calamandrei, Piero "Proceso y Democracia. (Conferencias en la Universidad Autónoma de México en Febrero 1952)" Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (1960).

🕮 Durant, Will "Historia de la Filosofía" Buenos Aires, Joaquin Gil - Editor (1961).

🕮 Hart, H.L.A. "Derecho y Moral. Contribución a su Análisis" Buenos Aires, Ediciones Depalma. (1962).

🕮 Recasens Siches, Luis "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX" México, Editorial Porrúa S.A. (1963).

🕮 Recasens Siches,Luis "Actual Filosofía del Derecho en el Brasil (Miguel Reale y otros pensadores)." In: "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX", México, Editorial Porrúa S.A. (1963), p. 553-576.

🕮 Kelsen, Hans "Esencia y Valor de la Democracia" México, Editora Nacional (1974).

🕮 Kelsen, Hans "Forma del Estado y Filosofía" México, Editora Nacional (1974).

🕮 Fueyo Laneri, Fernando "Interpretación y Juez" Santiago de Chile, Universidad de Chile (1976).

🕮 Finch, John "Introducción a la Teoría del Derecho" Barcelona, Labor Universitaria (1977).

🕮 Reale, Miguel "Filosofía do Direito" Belo Horizonte. MG, Saraiva S.A. (1982). Ed. 9

🕮 Fassó, Guido "Historia de la Filosofía del Derecho" Madrid, Ediciones Pirámide S.A. (1983). Ed. 3 pp. 3 v..

🕮 Burton, Steven J. "An Introduction to Law and Legal Reasoning" Little, Brown and Company (1985).

🕮 Nino, Carlos S. "Ética y Derechos Humanos" Barcelona, Editorial Ariel S.A. (1989). pp. 1-478.

🕮 Mosset Iturraspe, Jorge "El Valor de la Vida Humana en el Derecho" Santa Fé, Rubinzal Culzoni Editores (1990).

🕮 Cavallero,Ricardo J. "Casos Bazterrica y Capalbo. ¿El principio de respeto a la autonomía ética del art. 19 constitucional recorta el poder punitivo estatal en relación a la tenencia de estupefacientes para uso personal?" In: "Justicia Criminal. Debates en la Suprema Corte", Buenos Aires, Editorial Universidad (1991), p. 55-65.

🕮 Bentos Abad, María E. "Etica para el Operador de Derecho. Jueces, Abogados, Fiscales" Montevideo, Amalio M. Fernández (1992).

🕮 Maier, Julio B. "Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", 59: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 45-90 (1994).

🕮 Dourlen Rollier,A.M. "A lawyer's perspective." In: "Ethics and human values in family planning conference", (1995),

🕮 Gelsi Bidart, Adolfo "Un enfoque básico para la reforma del proceso penal." In: "VIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO PROCESAL", edited by Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Colegio de Abogados del Uruguay, Colegio de Abogados de Rocha and Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo, Editorial Universidad (1995), p. 271-277.

Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Capítulo Cuarto
Fuerza y Derecho

No es difícil la separación abstracta de los conceptos de fuerza y derecho. El caso más sencillo de separación de los conceptos, es el ejemplo de un asalto en la vía pública. La persona que se ve obligada a entregar sus pertenencias a alguien que lo está encañonando con un arma actúa motivada por la fuerza, no por el derecho. Actúa motivado por el temor de sufrir algún mal inminente, y de forma muy diferente a la que actuaría si tuviera que devolver un objeto que se le hubiese prestado.

Si tomamos cualquier sociedad primitiva, también vemos que la fuerza a través de relaciones de liderazgo o caudillismo actúa de forma no despreciable para resolver ciertos problemas de convivencia y adaptación sobre todo en épocas de guerras o conflictos colectivos.

No obstante aún en una sociedad primitiva, la violencia que es una forma de la fuerza tiene límites evidentes. No existe casi ningún luchador o guerrero que pueda enfrentar a una docena de similares sin ayuda, por mayor superioridad de que disponga. Para poder ejercer un cierto control sobre un grupo, aún primitivo, con carácter durable y permanente se requiere entonces de otra fuerza, que es la disposición de algún ascendiente permanente sobre un número grande de personas. .

> Muchas personas, al ver caer a los Estados democráticos en la anarquía pensaron que el gobiernos de estos Estados era naturalmente débil e impotente. La verdad es que, una vez que la guerra se ha encendido entre los partidos, el gobierno pierde su acción sobre la sociedad. Pero no creo que la naturaleza de un poder democrático sea carecer de fuerza y de recursos; creo, al contrario, que es casi siempre el abuso de sus fuerzas y el mal empleo de sus recursos los que lo hacen perecer. La anarquía nace casi siempre de su tiranía o de su inhabilidad pero no de su impotencia.
> …En las repúblicas democráticas, el poder que dirige la sociedad no es estable, porque cambia a menudo de manos y de objeto. Pero, en todas las partes donde se ejerce, su fuerza es casi insuperable.
> El gobierno de la confederación norteamericana me parece tan centralizado y más enérgico que el de las monarquías absolutas de Europa. No pienso, pues, que perezca por debilidad.
> Si alguna vez la libertad se pierde en Norteamérica, será necesario achacarlo a la omnipotencia de la mayoría que habría llevado a las minorías a la desesperación, forzándolas a hacer un llamamiento a la fuerza material.
> Se precipitará entonces la anarquía, pero llegará como consecuencia del despotismo.
>
> El presidente James Madison ha expresado los mismos pensamientos:
> "Es de gran importancia en las repúblicas, no solamente defender a la sociedad contra la opresión de quienes la gobiernan, sino también garantizar a una parte de la sociedad contra la injusticia de la otra. La justicia es la meta a donde debe tender todo gobierno; es el fin que se proponen los hombres al reunirse. Los pueblos han hecho y harán siempre esfuerzos hacia ese fin, hasta que hayan logrado alcanzarlo o hayan perdido su libertad." Alexis de Tocqueville. La Democracia en América.

Fuerza y Derecho

Carlos Aparicio

Desde luego que varias personas podrían asociarse uniendo sus fuerzas físicas, espirituales y económicas, pero aún así no podrían hacerlo sin el riesgo de inevitables querellas internas que disminuirían precisamente la fuerza de esa asociaciónDicho en otras palabras, la fuerza no alcanza para fundar ni un imperio ni un estado.

Se requiere entonces, alguna idea de legitimidad y de derecho, para construir cualquier organización política con cierto grado de sofisticación. Se requiere en definitiva convencer a las personas que el hecho mismo de la autoridad es necesario y conveniente para todo el grupo social, que es en definitiva correcto y justo. Se necesita la idea de derecho.

Esta distinción entre derecho y fuerza preocupó mucho a los metafísicos medioevales, y para ellos el derecho y el poder no sólo eran fenómenos claramente distintos sino que eran conceptos radicalmente opuestos.

Se veía en esto fenómenos sicológicos claramente diferenciados; el derecho está fundado en el respeto, la fuerza en el temor.

Desde luego que la fuerza pasó a ser junto al derecho, un elemento de gran importancia en la organización política.

La progresiva desintegración del consenso fundado en el orden aristocrático europeo a partir del renacimiento, tuvo como efecto un recrudecimiento de la fuerza en perjuicio del derecho.

Así Maquiavello [1], en su concepción política no otorga a la noción de legitimidad mayor importancia: "más vale ser temido que ser amado".

La idea de igualdad se transforma en pasión, hasta que surgen las grandes revoluciones democráticas.

Primero la revolución norteamericana y luego la francesa.

La asociación política y libre de millones de persona era en su momento un fenómeno absolutamente nuevo en la historia política de la humanidad, se ignoraba lo que pudiera haber más allá.

Muchas personas temían que un gobierno democrático no tuviese fuerza o capacidad suficiente para organizar la sociedad. En nota aparte ponemos las opiniones de Tocqueville [2] que fue un filósofo particularmente preocupado por estos

[1] Nicolás Maquiavello o Machiavelli (1469 - 1527) un escritor brillante del renacimiento italiano. Dedicó su vida a lograr la libertad y prosperidad de Florencia, su ciudad. Sus escritos son honestos y realistas, en un entorno de creciente centralización política, y de romanización de las instituciones jurídicas. De allí surge su crudo realismo y pesimismo, que en definitiva condujo a establecer el nombre del autor como sinónimo de cinismo, falta de principios e inescrupulosidad.

[2] Alexis de Tocqueville (1805 - 1859). Político y filósofo. Su padre fue funcionario del gobierno francés. Luego de la revolución de julio de 1830, solicitó y obtuvo permiso para ir a los Estados Unidos a estudiar la reforma carcelaria. Durante 1831 y 1832, estuvo 9 meses en los Estados Unidos viajando extensivamente y

problemas; concluye La fuerza de la democracia viene principalmente de la opinión pública y del manejo que los representantes hagan del cuerpo de funcionarios

Pero los representantes son transitorios, la misma opinión los cambia a medida que cambian las opiniones populares sobre los principales temas.

Los filósofos que estudiaron el fenómeno llegaron a la conclusión que la democracia tiene uno de los poderes más grandes del cuerpo social, pero que no es ilimitada.

Dicho en otras palabras, el pueblo como soberano también necesita del derecho y de la idea de justicia para poder mantenerse en el poder.

No alcanza entonces con un estado democrático, se necesita un estado democrático de derecho, o aún mejor, de justicia.

---

tomando contacto con todos los niveles de la sociedad americana. Luego de este viaje escribió su informe "La Democracia en América", que, es un estudio profundo sobre la naturaleza humana y la sociedad democrática (no solo la norteamericana). Menos conocidos son sus trabajos El Antiguo Régimen y la Revolución y el Informe sobre la Democracia en Suiza.

Toda la teoría de Tocqueville es pionera, y son famosas sus predicciones políticas, como por ejemplo cuando establece la futura formación de dos superpotencias que serían Estados Unidos y Rusia. Las obras de Tocqueville, fueron muy influyentes en su tiempo. Figuraron en lugar prominente en las listas nazis de material para ser quemado públicamente.

Hoy ha renacido un interés en sus trabajos, e incluso existe un instituto en la Facultad de Derecho de Yale, que tiene como principal finalidad, estudiar la vida y obra de este filósofo francés.

Luego de una vida muy agitada y de esfuerzos inmensos de los cuales surge una obra que figura en los primeros lugares del pensamiento mundial, Tocqueville muere en Cannes el 16 de abril de 1859.

Carlos Aparicio

Sobre los Gobiernos de Fuerza.

La fuerza es un componente necesario del derecho, en dosis mucho menores de lo que pueda imaginarse.

El resurgimiento de los gobiernos militares en la América Latina de los años 1970-1980, lleva a la reflexión de que hasta qué punto la fuerza es un componente exitoso del gobierno.-

En los hechos la presencia militar en la política latinoamericana en forma mas o menos abierta, es un hecho real desde la época de la independencia.

Si bien es cierto que esta presencia militar no reviste los caracteres de las temidas oligarquías militares salvajes de la antigüedad, es un hecho claro que el factor militar introduce elementos ajenos a la teoría democrática en la praxis política de Latinoamérica, y desvirtúa el contenido de organizaciones pensadas para la defensa exterior, en factores de poder interno.

> Si se estudiara atentamente lo ocurrido en el mundo desde que los hombres guardan memoria de los acontecimientos, se descubriría facilmente que en todos los países civilizados casi siempre se encuentra junto al déspota que manda un jurista que regula y coordina los deseos arbitrarios e incoherentes del primero. Al amor general e indefinido de los reyes por el poder, añaden los juristas el método y la ciencia de los detalles del gobierno que por naturaleza poseen. Los primeros saben obligar momentáneamente a los hombres a obedecer, y los segundos poseen el arte de doblegarlos casi voluntariamente a una obediencia duradera. Los unos proporcionan la fuerza; los otros, el derecho. Aquellos marchan hacia el poder soberano por la arbitrariedad; éstos, por la legalidad. En el punto de coincidencia se establece un despotismo que apenas permite respirar a la humanidad. **El que sólo tenga la idea del príncipe sin la del legista, no conoce, pues más que un sector de la tiranía. Es necesario pensar al mismo tiempo en los dos para concebir el todo.** Alexis de Tocqueville. El antiguo régimen y la revolución.

No obstante, apenas nos detenemos sobre la estructura de estos gobiernos de fuerza, vemos que los mismos tienen un importante factor jurídico legitimante, al que muchas veces no se le presta la debida atención.-

En los hechos, una democracia compleja como son las democracias

latinoamericanas no podrían ser gobernadas en forma alguna con el sólo recurso de la fuerza.--

No solamente es importante el componente jurídico de los gobiernos de fuerza, sino que de alguna forma, este componente jurídico trasciende a veces los marcos temporales del gobierno de fuerza proyectándose en los gobiernos democráticos de derecho. Esto sucede por ejemplo con la codificación.

De los más de 20 códigos puestos en vigencia en Uruguay, el único cuya iniciativa discusión y aprobación fue hecha por una Asamblea Popular, fue el Código General del Proceso, que establece el juicio oral en materia civil entre otras modificaciones.-

Si bien no ha entrado aún en vigencia, el Código del Proceso Penal marca otra excepción a la regla. [3]

Ambos códigos tienen el declarado propósito de introducir la oralidad en los juicios, lo cual significa un gran avance en el control democrático de la justicia, que llega a Uruguay republicano con 160 años de atraso con relación a su independencia y que explica el hecho del gran consenso generado en torno a estas modificaciones.

El Código de Comercio El decreto 823 de 8 de julio de 1865 del gobierno de Facto del General Venancio Flores pone en vigencia el Código de Comercio.

Código Civil: Un proyecto del Dr. Tristán Narvaja, fue revisado por una Comisión Revisora designada por el Gobierno (de facto) del General Venancio Flores.

Código Rural: 17 de julio de 1875 reformado el 28 de enero de 1879.- El Código indicado respondió al propósito del gobierno de facto de Latorre "de hacer habitable la campaña"

Código de Procedimiento Civil: Es puesto en vigencia por un decreto del Gobierno de Facto de Latorre de fecha 17 de enero 1878 (decreto No. 1379).

Código de Instrucción Criminal: Un proyecto del Dr. Laudelino Vázquez, fue corregido en parte sustanciales por una Comisión Revisora designada por el gobierno (de facto) Latorre. El Código se sanciona por un decreto con vigencia a partir del 1º de mayo de 1879.-

Código Militar, se pone en vigencia por decreto ley de 7 de julio 1884 del gobierno de facto del General Máximo Santos.

Código Penal. 1889

Código Penal. Se pone en vigencia por decreto 9155 de 4 de diciembre de 1933, dictado por el gobierno de facto del Dr. Gabriel Terra.-

Código de Organización de los Tribunales Civiles y de Hacienda.- Aprobado por decreto ley 9164 de 19 dic.1933.

Código del Niño. Aprobado por decreto del gobierno de facto Dr. G. Terra de 6 de abril del 1934.

Nuevo Código Rural. Aprobado por decreto ley 10024 de 14 de junio de 1941.

Código Penal Militar, Código de Procedimiento Penal Militar. Aprobados por decreto 1955 de 28 de enero de 1943

Código Tributario. Puesto en vigencia por decreto ley 14306 de 19 de nov. de 1974 por el gobierno Militar presidido en la época por el Dr. Alberto Demichelli.

Código de Aguas. Entra en vigencia el 15 de diciembre de 1978 (decreto ley 14859 de 15 de diciembre de 1978).

Código del Proceso Penal. Entra en vigencia ene enero de 1981, por un decreto del gobierno de Facto presidido por el Dr. Aparicio Méndez.

El mensaje de la codificación es un componente principal de la actividad jurídica, y eso no cambia cuando el gobierno pasa por su ciclo democrático.

Cuando se sobrevalora la coercibilidad como un componente necesario del derecho se le hace a la fuerza un homenaje que no merece, además se desatiende al factor legitimidad y consenso y por último pero no menos importante, también se

[3] A la publicación de esta segunda edición (año 2001) aún no se estableció el proceso penal oral en Uruguay, e incluso el proyecto que había se derogó. El juicio oral en materia civil, establecido por el Código General del Proceso en 1990, marcó un claro avance en la materia, aunque se encuentra en claro retroceso en la jurisprudencia práctica.

está violando una verdad histórica que hace que incluso en los gobiernos de facto el componente legitimidad sea mucho más importante de lo que parece a primera vista.

Estado de Derecho[4]

Como contraposición al gobierno de fuerza, se encuentra el Estado de Derecho, que significa un estado cuyo gobierno se encuentra regulado y controlado por el derecho.

Desde luego que el derecho es un producto social que implica la autodefensa de la comunidad, y por lo tanto, el gobierno de un estado de derecho, implica ciertas limitaciones, en favor de los derechos humanos de las personas.

En el estado de derecho, la posición de los Tribunales y el Poder Judicial que integran tiene gran relevancia, y el prestigio de los mismos es que marca las posibilidades practicas del propio Estado de Derecho como fórmula de organización.

El estado de derecho tiene dificultades de existencia y mantenimiento en los países subdesarrollados debido a altos niveles de corrupción que determinan una tendencia a la centralización y obviamente a evitar procesos jurídicos que puedan hacer perder el control de mecanismos económicos que benefician a las reducidas elites beneficiarias del subdesarrollo.

[4] El programa de la materia Evolución de las Instituciones Jurídicas, establece: EL ESTADO. Diversas etapas en la organización jurídico política de la sociedad, **y el surgimiento y desarrollo de la concepción del Estado de Derecho.** Problemas del Poder. Transformación y Rupturas del Estado de Derecho y defensas que ofrece el Estado en tales casos. Expansión del concepto de Estado: regionalización.

Teoría del Péndulo en América Latina

La política latinoamericana, desde la misma independencia, mostró particulares dificultades para ajustarse a la teoría democrática.

Si bien las constituciones latinoamericanas, al menos en su primera época, recibieron el impulso de las ideas democráticas constitucionalistas norteamericanas, no parecieron acompañar el espíritu democrático en la misma forma que acompañaron la letra constitucional que las inspiró.

Durante el siglo XIX, Latinoamérica vivió de una guerra civil en otra, y de un golpe de estado en otro. Incluso Uruguay, que suele ponerse como un ejemplo de estabilidad constitucional, en el siglo XIX, y hasta el gobierno Williman en 1907, solo tuvo dos gobiernos que transcurrieron en paz el tiempo de sus mandatos. El resto tuvo que luchar contra varias revoluciones, o golpes de estado, u otras circunstancias que alteraron profundamente la estructura constitucional.

En pleno siglo XX, la regularidad constitucional fue una rara avis en la política latinoamericana, y los estados de suspensión de garantías constitucionales y estado de sitio, practicamente se convirtieron en la regla mas que en la excepción.

Durante estos dos siglos de historia jurídica, algunos países llegaron a contabilizar 200 golpes de Estado, suele ponerse el caso extremo de Bolivia.

En cualquier caso, parece que el promedio de duración de un gobierno constitucional de una república latinoamericana ronda en los 15 años.

Allí es donde, alguien ha observado una cierta regularidad en estos ciclos de fuerza y derecho.

Los ideales jurídicos y constitucionales, conducen a un uso de las instituciones jurídicas liberales relativamente adecuado.

Determinados factores, particularmente en el área de la seguridad ciudadana, y la organización judicial, hacen que las libertades se conviertan en libertinaje, con un alto grado de violación del sistema jurídico, y consecuentemente dificultades particulares para la vigencia de normas elementales de convivencia, como atrapar a los ladrones y malhechores.

Estas circunstancias siguen empeorando, hasta que la opinión pública, enfrentada a una casi anarquía, comienza a pedir orden, y eventualmente un "hombre fuerte".

Finalmente, cuando se está frente al desastre, el hombre fuerte aparece, y sin mucho trabajo, se hace cargo de una inmensa burocracia que está esperando su turno.

Viene el gobierno de fuerza. Desaparecen los derechos humanos, la vigencia de las instituciones jurídicas, y demás garantías.

Se aceleran los ciclos de corrupción administrativa, estimulada por un altísimo grado de concentración de poder y creciente centralización política y administrativa.

El sistema judicial se convierte en una oficina de legitimación de la fuerza, al mismo tiempo que se establece toda una manía codificadora, que revela la sentida necesidad de legitimación.

Pero no es suficiente, la opinión pública, fuertemente educada en la democracia, y a veces la presión internacional, logran el restablecimiento del sistema de derecho, y se está pronto para otro giro del péndulo.

Esto seguiría por mucho tiempo, sino fuera, porque el conjunto el sistema tiende a una progresiva centralización y ante la carencia de legitimación, existen severas dificultades para el desarrollo de una economía sana de mercado.

En realidad, cada pasaje del péndulo, produce mucha pobreza, y subdesarrollo, y agrava la distancia que nos separa de los países desarrollados.

Obviamente el tema central es cómo se para este péndulo,[5] y que medidas habría que tomar para una razonable estabilidad jurídica y política en un estado de libertad, democracia y razonable participación popular, que son elementos fundamentales del consenso.

Dentro de las cosas que parecen claras, es que el motor del péndulo está vinculado a una defectuosa organización del poder judicial y de las agencias de seguridad, pero no es para nada claro, que una reforma de estas instituciones, por sí solo, logre resultados maravillosos. Posiblemente, habría que llegar un poco mas allá de esto, y estudiar las relaciones entre la moral y el derecho, y la influencia que ambos tienen en los valores de la población.

[5] Véase, por ejemplo Pastor, Robert, Ed. Democracy in the Americas. Stopping the Pendulum. New York: Holmes and Meier, (1989). En esta compilación se examina porqué el péndulo político en América Latina va de la dictadura a la democracia y regresa constantemente, y ofrece algunas ideas sobre cómo se puede evitar un retroceso a la dictadura en el futuro. El Apéndice el particularmente interesante porque incluye nueve estudios de casos concretos de ruptura y de transición democrática en América latina después de 1945.

Fuerza y Derecho

Carlos Aparicio

Conclusiones

La olvidada clasificación entre fuerza y derecho, deja de manifiesto la insuficiencia de la fuerza para la organización social, e incluso para explicar los propios gobiernos de fuerza, que disponen de inmensos dispositivos jurídicos de justificación sin los cuales es muy poco lo que pueden hacer.- Asimismo, deja en evidencia la urgente necesidad de mejorar el nivel de consenso alrededor de las instituciones jurídicas y su aplicación. La fuerza no es un componente fijo de la estructura socio-política, sino que está en relación inversa a la legitimación institucional. A mayor legitimación menos fuerza, y vice versa. Para una sociedad con un elevado grado de consenso y legitimación, la fuerza es un elemento despreciable del derecho, de la misma forma que para la moral.

El péndulo político entre democracia y gobierno de fuerza, que en América Latina ha sido tradicional desde la fundación de la democracia todavía no se ha detenido, y muy posiblemente no podrá hacerse hasta que se aclaren los aportes del dispositivo jurídico al proceso.-

La Fuerza como Componente Legítimo del Derecho

La fuerza es un componente legítimo del derecho, en cuanto a que le otorga el grado de coercibilidad, característica que suele ser incluida como un elemento esencial de la norma Jurídica. [6]

El componente coactivo es particularmente visible en la sanción penal, mediante la cual, la comunidad asume una función de autodefensa de actitudes agresivas de miembros del grupo.

La sociedad antigua y particularmente la edad media, era particularmente severa en materia de sanciones, que generalmente eran sanciones corporales, y frecuentemente la pena de muerte acompañada de tormentos. [7]

También eran conocidas las sanciones pecuniarias como multas y la exclusión del grupo social, como en el caso del destierro.

En general, el progreso de la igualdad, hace que el sistema penal se convierta en mas humano y racional, ya que los destinatarios de las penas, son los mismos que los aplicadores de las mismas, y nadie está libre en sufrir una pena en su persona o en la de sus seres queridos.

De allí que la tendencia a la dulcificación del sistema penal, vaya normalmente unida a las tendencias de la igualdad en materia política y jurídica.

Un estudio líder en el terreno de la racionalización del derecho penal, es el de Cesar Beccaria [8]. Su trabajo sobre los Delitos y las Penas, es el primer trabajo sistemático sobre el sistema penal, y es una fuerte crítica al sistema penal de su tiempo, basado en los juicios secretos y en las penas corporales, a veces totalmente desproporcionadas a la gravedad de la ofensa causante de la sanción.

La pena de privación de libertad existía desde la antigüedad para prisioneros políticos (prisiones famosa como la Bastilla en Francia y la Torre de Londres en Inglaterra, tenían como principal misión alojar opositores políticos).

---

[6] El programa vigente de la materia Evolución de las Instituciones Jurídicas de Facultad de Estado de Montevideo, establece: TRANSGRESIONES A LA NORMA. Ilicitud, sanciones, delitos y penas

[7] Se dice que en el Siglo VII antes de Cristo en Grecia, Dracón elaboró un Código Penal, que castigaba casi todos los delitos con la pena de muerte. Todavía hoy, se usa la palabra draconiano/a, para representar una actitud particularmente severa ante una conducta.

[8] Cesare Bonesana Beccaria (1738-94). Nació en Milán en Marzo de 1738. La publicación de su trabajo 'Dei delitti e delle pene' hizo de él una celebridad a la edad de 26 años. Fue educado en la escuela jesuita de Parma y recibió en 1758 un grado en Derecho en la Universidad de Pavia.

La pena de privación de libertad, como base del sistema penal común, es un hecho relativamente reciente, que surge en los Estados Unidos junto con la revolución democrática de 1786.

Las bases de un sistema penal moderno, son entonces:

Sanciones Proporcionadas.

Principio de reforma del delincuente, mas que de venganza social por el delito cometido.[9]

Elevada Eficacia del sistema penal.

Procesos modernos hacen que los sistemas penales hayan perdido eficacia relativa, con un aumento importante de la inseguridad jurídica, lo que ha provocado un aumento en la represión y la elevación del número de prisioneros a porcentajes sin precedentes.

[9] Sin embargo el sentimiento social de venganza ante delitos graves es inevitable, y un componente importante del sistema de sanciones.

Penas y Sanciones

A fin del siglo XX, asumió un tan grande papel la privación de libertad física dentro del sistema penal que a veces no se tiene una clara conciencia de la existencia de otras penas que pueden tener su importancia cualitativa o cuantitativa.

La primera y mas visible es la pena capital o pena de muerte.

En Uruguay, la pena de muerte fue derogada en 1907, y en general se mantuvo desde entonces un sano consenso social en contra de la misma.

En la mayoría de los países desarrollados, la pena de muerte se mantiene, si bien con fuerte oposición de grupos defensores de derechos humanos, y ciertos segmentos del sistema jurídico.

En los Estados Unidos, llegó a declararse por sentencia judicial la inconstitucionalidad de la pena de muerte, pero las presiones sociales fueron tan fuertes que debió cambiarse esta jurisprudencia.

En general los sectores mas allegados al foro no favorecen la pena de muerte, en base, sobre todo al carácter irreparable de los errores que todo sistema judicial necesariamente tiene.

Cuando existe la pena de muerte, se busca la aplicación de métodos incruentos, y que causen el menor sufrimiento posible al condenado, lo cual marca una clara diferencia con las sanciones anteriores a las revoluciones democráticas y que fueron objeto de las críticas del marqués de Beccaria citadas ut-supra.

Otras sanciones son el exilio, suspensiones en derechos de ciudadanía o familia, (pérdida de capacidad de ocupar cargos públicos o sufragio, pérdida de los derechos de patria potestad); multas, y fundamentalmente prisión en instituciones especializadas.

El aumento vertiginoso en el número de prisioneros [10] con el consiguiente costo social, y económico para el contribuyente, ha hecho necesario el replanteo de los sistemas penales, la aplicación de penas alternativas a la prisión, la aplicación de sanciones corporales (véase por ejemplo sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Colombia aceptando la constitucionalidad de una vieja costumbre indígena de destierro y azotes), también la despenalización de conductas que no afectan la moral y tienen un contenido penal discutible.

[10] Véase desarrollo de este tema en Orden Jurídico: Vigencia y Efectividad.

Fuerza y Derecho

Carlos Aparicio

Bibliografía sobre Fuerza y Derecho

🕮 Finch, John "Introducción a la Teoría del Derecho" Barcelona, Labor Universitaria (1977).

🕮 Reale, Miguel "Filosofía do Direito" Belo Horizonte. MG, Saraiva S.A. (1982). Ed. 9

🕮 Tocqueville, Alexis de "El Antiguo Régimen y la Revolución" Madrid, Alianza Editorial (1982).

🕮 Burton, Steven J. "An Introduction to Law and Legal Reasoning" Little, Brown and Company (1985).

🕮 Pastor, Robert, Ed. Democracy in the Americas. Stopping the Pendulum. New York: Holmes and Meier, (1989)

🕮 Cavallero,Ricardo J. "Casos Bazterrica y Capalbo. ¿El principio de respeto a la autonomía ética del art. 19 constitucional recorta el poder punitivo estatal en relación a la tenencia de estupefacientes para uso personal?" In: "Justicia Criminal. Debates en la Suprema Corte", Buenos Aires, Editorial Universidad (1991), p. 55-65.

🕮 Maier, Julio B. "Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", 59: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 45-90 (1994).

Fuerza y Derecho

Carlos Aparicio

Página blanca

Carlos Aparicio

Capítulo Quinto
Valores Jurídicos

> Ejercitar el Derecho nada más que para mantener la majestad impoluta de sus dictados, tanto valdría como usar el serrucho o la garlopa, no para hacer sillas o mesas, sino para que esas herramientas no se oxiden. No. La lucha por el derecho no es una exigencia absoluta. El deber es la lucha por los valores, y la lucha por los valores superiores a costa de los inferiores. Y por el derecho sólo en cuanto concuerda con ellos o no se opone a sus exigencias. Sólo, pues, será un deber ejercer un derecho, cuando lo que amenace su existencia sean los bienes inferiores o intereses bastardos de terceros. Pero quien sienta su propio derecho como una injusticia, o sea requerido por exigencias del amor al próximo o de la lealtad, podrá ejercerlo si quiere, pero no con el pathos de un deber. [1]

Ihering[2], comenzó a percibir la importancia de la axiología para la ciencia jurídica, en una monografía que no llego a terminar sobre el Fin del Derecho.

La traducción francesa llevo el título de la evolución del derecho, mas en esta obra no se trato del tema de la evolución del derecho sino la finalidad del mismo, mostrando la importancia del interés, como un engranaje propulsor de los individuos y grupos y a través del cual las mismas normas jurídicas toman sentido, abriendo las perspectivas de la llamada Jurisprudencia de los intereses en contraste con la tradicional jurisprudencia de conceptos.

En 1895, se publicó una monografía de Durkheim, sobre el tema del suicidio que se hizo famosa ya que una de sus tesis, era que ese fenómeno respondía principalmente a una especial inserción del individuo ante la sociedad. Se basaba

[1] Llambías de Acevedo, Juan, El Sentido del Derecho para la Vida Humana: Montevideo, 1943

[2] (1818-1892).

en observaciones sociológicas como la tasa relativamente homogénea de suicidios y al curioso fenómeno que en épocas de guerra, contra todo lo que se podía suponer bajaba notoriamente.

Si bien el estudio de los valores es de vieja data a través de la filosofía y la religión con su conocida tendencia a incursionar en todos los fenómenos importantes y misteriosos de la mente humana, estos estudios hicieron ver que era posible para la ciencia social el abordar con éxito, una parte oscura y muy importante de la conducta.

Como todo fenómeno que recién comienza a estudiarse, la teoría parece poco apta para abarcarlo en su totalidad, mas abarcar la totalidad de un fenómeno no es una aspiración de las ciencias sociales, ni de las otras. Alcanza con una comprensión útil, y lo más fidedigna posible, que puede ser perfeccionada.

A esta definición colectiva de bienes dignos de esfuerzo y consideración individuales llamamos valores.

Valores y Valores Jurídicos

Carlos Aparicio

Valores y derechos subjetivos

Los valores tienen una cierta relación con el derecho subjetivo en la medida que reflejan una aspiración individual, fundada en el interés, a tal punto que se ha dicho que el interés es en realidad la vivencia pragmática de un valor.

Mas aquí desaparece la semejanza.

Los valores son meta-normativos, no son facultativos sino que se imponen al sujeto, y si bien tienen una génesis colectiva ésta no es necesariamente estatal.

Valores y fines de la vida.

Deben distinguirse además los valores de los fines de vida individuales de las personas.

Las personas organizan sus vidas atendiendo a los valores. En cierto sentido éstos están por sobre los destinos individuales de las personas, aunque son inferiores a éstas» precisamente porque el valor más importante es aquel que se refiere a la personalidad y la vida.

Valores y bienes económicos

Los bienes económicos no son valores, aunque sí pueden serlo la significación que una acumulación de los mismos puede representar ideológicamente.

El utilitarismo puede llegar hasta tal grado que hace desaparecer a los demás a tal punto que el sociólogo Merton descubrió su escala de anomia sobre la base de este valor, como principio en la sociedad norteamericana.

A niveles mínimos el valor utilidad, se confunde con el mismo valor vida, y pasa a tener importancia suprema y primera prioridad en la organización. Sobre este fenómeno se elabora toda la doctrina de la seguridad social.

Naturaleza de los valores

Podemos distinguir varias teorías sobre la naturaleza del valor. Se ha otorgado a este tema una importancia quizás excesiva, ya que cualquiera que sea

la interpretación de la naturaleza de los mismos, la verdad es que los estudiosos de todas las escuelas han hecho aportes significativos.

Podemos agrupar las teorías sobre el valor en dos grandes tendencias:

Teorías Subjetivas sobre los Valores

> Si, por ejemplo, bueno quisiera decir inteligente, y virtud significara sabiduría, si se pudiera enseñar

Las teorías subjetivas establecen una visión relativista e instrumental del valor como una herramienta de felicidad en el largo plazo.

Las teorías subjetivas, no establecen la virtud absoluta como un fin último, sino que ven al valor como un elemento positivo y constructivo en la búsqueda de la felicidad personal.

Si bien es difícil convencer a la gente sobre las ventajas de la virtud sobre el egoísmo, es bastante fácil hacerlo con relación a las ventajas que para el propio involucrado tiene una cierta ponderación de actitudes y fines de vida que regulan la conducta.

Por ejemplo, para un joven estudiante es mucho mas interesante y divertido asistir a las fiestas que estudiar. Sin embargo en el largo plazo, ir demasiado a menudo a las fiestas se convierte hasta en aburrido, y estudiar, si se logra encontrar una vocación puede ser realmente la herramienta que conduce a una felicidad perdurable.

---

[3] Platón 428 - 348 Antes de Cristo. El filósofo antiguo mas influyente en el mundo occidental, y cuyas enseñanzas aún tienen vigencia. Su Principal obra "La República", discute la naturaleza de la justicia y las insituciones de la sociedad. Gran parte de la obra es un tratado de naturaleza ética y jurídica. Como muchos filósofos de la antigüedad, su vida fue un cúmulo de aventuras. Fue militar, y trató de poner en práctica las ideas de La República en ciudades que le convocaron para ello. En general se trataba de tiranuelos que desistían de su empeño, cuando se enteraban que para ser gobernante había que ser filósofo o al menos persona de particulares virtudes y conocimientos. Se dice que fue vendido como esclavo en dos oportunidades, y comprado y liberado por sus alumnos.

Desde luego que un enfoque de esta naturaleza es utilitario en sus fines, y normalmente va unido a una ética de situaciones o utilitario.

Es decir cuando se da el conflicto ético o jurídico, no se trata de encontrar el Bien, y combatir el Mal, sino mas bien en encontrar el camino menos dolorosa a una solución feliz y justa.

En una época de egoísmo desembozado, puede ser mucho mas fácil convencer a la gente de una ética situacional que de una ética normativa, mucho mas exigente, y en épocas de cambio social y político de ventajas mucho mas discutibles.

> No hay poder sobre la Tierra que pueda lograr que la creciente igualdad de condiciones no conduzca al espíritu humano hacia la investigación de lo útil y no disponga a cada ciudadano a encerrarse dentro de sí mismo.
> Es menester, pues, esperar que el interés individual se haga más que nunca el principal móvil de las acciones de los hombres, si no el único; pero nos resta saber de qué manera entenderá cada hombre su interés individual.
> Si los ciudadanos, al hacerse iguales, permanecen toscos e ignorantes, es imposible prever hasta que exceso de estupidez podría llegar su egoísmo, y no es fácil decir anticipadamente en que vergonzosas miserias se sumergirían ellos mismos, por el temor de sacrificar alguna parte de su comodidad al bienestar de sus semejantes.
> . Tocqueville. La Democracia en América. Ed. Cit. pag. 486.

Parece necesario destacar, que felicidad no es necesariamente la búsqueda de una cantidad de bienes y servicios, y feliz no es quien come demasiado, ni quien consume lo que no precisa.

Se atribuye a Martin Luther King, la famosa frase, que: "si mañana fuera el fin del mundo, yo igual plantaría mi manzano."

Se trata de un mensaje de fe y esperanza, pero también de felicidad práctica, después de todo, qué mejor cosa se le puede ocurrir a alguien enfrentado al fin del mundo en plazo tan breve?

Teorías Objetivas sobre los Valores

Las teorías objetivas, podrían subdividirse en sociológicas y ontológicas.

Fue la Sociología que descubrió que los valores son un hecho de la sociedad en su conjunto. Gabriel Tarde decía que son creencias o deseos sociales; Durkheim que son producto de la conciencia colectiva.

En los estudios sociológicos de Durkheim y sus continuadores es de primera importancia la existencia de una conciencia irreductible y superior a la conciencia de los individuos componentes. Así como el hidrógeno y el oxigeno se componen para formar el agua, las propiedades de ésta son claramente distintas de aquellas de sus elementos constitutivos.

En la última parte de su producción científica Durkheim vio la conciencia colectiva como un conjunto de valores y extrayendo la conclusión que los valores obligan porque representan las tendencias prevalentes en el todo colectivo.

Durkheim dice claramente :

El valor proviene de la relación de las cosas con los distintos aspectos del ideal, pero el ideal no pertenece a un más allá misterioso, él está en la naturaleza y es de la naturaleza.

Frente a la teoría sociológica, se enfrenta la teoría del ontologismo axiológico, representada por Scheller y Hartmann.

Según estos autores, los valores serían formas de deber ser, y como tales no pertenecen al mundo físico, sino que serian esencias espirituales de naturaleza propia, que integrarían el mundo de los objetos ideales.

Las criticas que pueden efectuarse a esta teoría son las comunes que soporta toda la teoría de los objetos ideales que supone la existencia de alguna forma de mundo no sensible que no existe en la realidad, pero que tampoco es una realidad sicológica común de las personas.

En el caso de los valores, el problema se ve agregado por el tema de la difusa obligatoriedad de los mismos.

La axiología de Hartmann es de una exquisita profundidad y algunos de sus apartes pueden considerarse definitivos, cualquiera sea la posición que se adopte sobre la naturaleza intrínseca de los valores.

Las teorías objetivas ontológicas de los valores, al contrario de las sociológicas y las subjetivas conducen a una ética más rígida, y a una persecución obsesiva de la virtud.

También conducen a diferencias sociales y económicas muy importantes, ya que quien no puede o quiere alcanzar los valores vigentes no es considerado persona de valor o interés.

Transmisión de los valores.

Los autores están de acuerdo, que los valores no son trasmitidos por vía racional como las normas o la tecnología.

El componente emotivo es muy importante en la transmisión de los valores, y también lo es la capacidad de convicción, de ejemplo y el modelo de quien intenta trasmitir esta enseñanza.

Existe una creencia muy extendida, que los valores se transmiten por vivencias familiares o personales, razón por la cual, la enseñanza de valores en los programas educativos sería por lo menos inútil.

En realidad esto no es así.

El análisis racional valorativo en la enseñanza tiene limitaciones evidentes. Una persona de mala índole difícilmente pueda cambiar radicalmente su naturaleza, por el hecho de escuchar algunas clases, y estudiar algunos temas.

Pero el análisis de los valores, mejora la comprensión del ambiente social y jurídico en el que las personas se desempeñan, y puede prestar una ayuda invalorable para las personas bien intencionadas que desean una formación y mejora personal a largo plazo.

En los hechos, quien está dispuesto a aprender una tecnología, también seguramente estará dispuesto a conocer y elegir las mejores opciones para trabajar a largo plazo con utilidad personal y social, y en ese sentido el conocimiento a distinto niveles de los valores es muy importante.

En definitiva, el objetivo es una enseñanza formativa, que ayude a las personas no solamente a conocer una técnica, sino a formarse como personas, como ciudadanos, y eventualmente como profesionales de derecho.

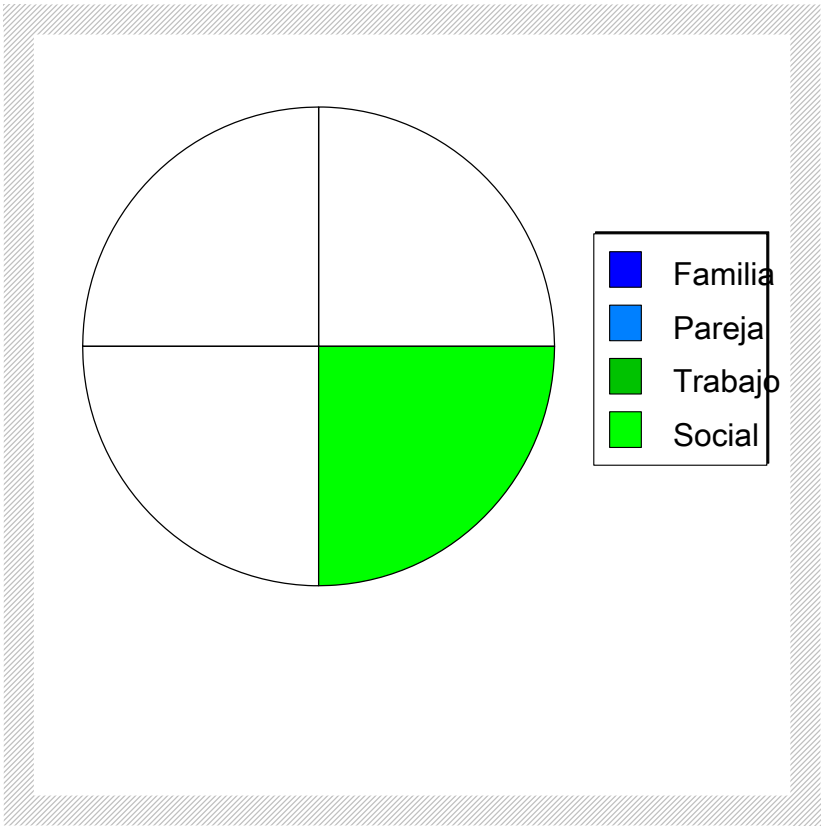
Valores y Valores Jurídicos

Carlos Aparicio

Valores personales

El mundo de los valores es particularmente complejo, y abarca practicamente todos los aspectos de la vida.

Así intentaremos hacer una clasificación que facilitará seguramente la comprensión de los aspectos mas importantes de los valores personales



La clasificación gráfica precedente, se basa en un equilibrio personal, de las áreas que las personas suelen invertir su tiempo sicológico, que no es algo igual al tiempo cronológico.

Los valores de familia, por ejemplo, marcan claras diferencias entre la familia anglosajona, basada en la pareja nuclear e hijos menores, que la familia latina, que es una familia extendida y que mantiene fuertes lazos con los hijos mayores.

La familia ha evolucionado, y los valores que la misma representa también. En Uruguay, se ha impuesto definitivamente la familia pequeña, matrimonio y dos hijos, quizás tres. Hace algunos años era muy valorada la familia grande con muchos hijos. El cambio, está motivado por un complejo cúmulo de circunstancias, donde la economía, en contra de lo que se piensa juega un papel secundario.

Los valores de pareja, se encuentran, como todos los demás determinados socialmente.

Una sana determinación de estos valores implica dejar un lugar importante para tendencias instintivas.

En realidad el núcleo de los valores de pareja, está determinado por la calidad de la descendencia.

Hace algunos meses presencié un debate en televisión sobre vida sexual en la pareja, con participación de numerosos sexólogos, sicólogos, religiosos, periodistas, y allí se trataron los temas mas variados, como la prostitución (femenina y masculina), la homosexualidad (femenina y masculina) desviaciones de todo tipo. A nadie se le ocurrió decir luego de varias horas de debate, que la sexualidad está para la reproducción, y que tiene mucho que ver con la calidad de la descendencia.

Lo mismo pasa con el trabajo y el éxito en la vida. De alguna forma es un valor que tiende a absorber a los otros valores. En los hechos, cuando Merton establece la escala de anomia, la hace pensando en el valor trabajo y éxito en la vida que se ha convertido en el principal.

Los valores sociales, referentes a nacionalidad, patria, y los jurídicos, integran también la sicología cotidiana de las personas, y los estudiaremos por separado.

Se suele poner en clasificación aparte los valores jurídicos, básicamente la igualdad, la justicia, la libertad, la seguridad jurídica, y el bien común.

Clasificación de García Maynez de los valores jurídicos:

Valores jurídicos fundamentales: Justicia, Seguridad Jurídica y el Bien Común.

Valores y Valores Jurídicos

Carlos Aparicio

Valores jurídicos consecutivos: Libertad, Igualdad y Paz Social.
Valores jurídicos instrumentales: Garantías constitucionales y de procedimiento.

CONFLICTO AXIOLÓGICO

Los intereses referidos a valores, entran frecuentemente en conflicto.

Como éstos abarcan un espectro importante de conducta y tienen un carácter difuso requieren un cierto orden de prioridades para su realización, es decir, la elaboración de una escala de valores.

Un conflicto muy conocido por Uds., es aquel del Estudiante que desea aprobar un examen, debe optar por prepararlo apresuradamente para aprobarlo, como lo requiere el valor utilidad, o tratar de encontrar los verdaderos fundamentos de su materia. como lo requiere el valor verdad.

Como una cosa requiere más tiempo que la otra, no se puede optar por la verdad, sin descuidar de alguna forma la utilidad, como posiblemente se lo pidan en su casa.

Pero si todas las materias y todos los profesionales optaran por el valor utilidad estarían posiblemente muy mal preparados y llevando el caso a extremos provocarían la irremisible decadencia de la República. Entonces también el bien común tiene injerencia en el conflicto.

Si el estudiante tiene que preparar su materia, debe optar, y en definitiva deberá hacer una escala de valores.

La característica principal del conflicto axiológico es que, al decir de Hartmann la elección es entre el pecado y el pecado, con un necesario saldo de culpa individual.

De allí que sea tan importante el desarrollo de una escala de valores para la salud mental. y el hecho anotado por varios autores que en épocas de gran movilidad axiológica, como la que vivimos, sean épocas de gran sufrimiento individual.

DECAIMIENTO AXIOLÓGICO. Anomia.

Como ya expresamos, las personas elaboran sus fines vitales y su destino siguiendo ciertos perfiles sociales de acceso a los valores.

La sicología social Norteamericana, estudió profundamente ese proceso, descubriendo la escala de anomia.

El individuo normal elabora' su propia vida atendiendo a los valores sociales más aceptados.

Así, constituir una familia (valores familiares); desarrollar una actividad productiva (valores de utilidad o éxito económico); insertarse como ciudadano en la sociedad (valores de nacionalidad y patria y bien común).

Para algunas personas, obtener estas cosas se encuentra dentro de las posibilidades de un esfuerzo razonable; para otras, será casi imposible, o solamente con un esfuerzo casi sobrehumano; o renunciando a parte de los valores establecidos.

El sistema casi puede exigir demasiado a los individuos que se encuentran en desventaja.

En realidad estos valores no se obtienen de cualquier forma, sino que para ello, existe un sistema normativo que establece las condiciones y manera de acceder.

Para muchas personas, el costo del reconocimiento de la imposibilidad de acceso a los valores es el suicidio, o varios tipos de desórdenes mentales.

En 1835, ya Tocqueville había anticipado:

"Cuando la desigualdad es la ley común de la sociedad, las más grandes desigualdades no causan ninguna impresión, y cuando todo esto está poco más o menos a nivel, las más pequeñas la producen. Por esta razón, el deseo de la igualdad se hace más insaciable a medida que la igualdad es mayor.

" A estas causas es preciso atribuir la melancolía que los habitantes de los países democráticos dejan frecuentemente ver en el seno de su abundancia, y ese disgusto de la vida que llega a apoderarse de ellos algunas veces, en medio de una existencia cómoda v tranquila.

"Nos quejamos, en Francia, de que el número de los suicidios es cada vez mayor; en Norteamérica el suicidio es raro, pero se asegura que la demencia es más común que en cualquier otra parte. Estos son síntomas diferentes del mismo mal."

Cuando la posibilidad de acceso a un valor es remota o aún se la juzga imposible, las personas adoptan actitudes especiales sea ante los valores, sea ante el sistema normativo en su conjunto que regula el acceso a los mismos.

El sicólogo social norteamericano Robert Merton [4] estudiando este fenómeno descubrió la escala de anomia.

Se descubrió una actitud es positiva y productiva, sólo cuando el valor social es aceptado, y el sistema normativo que permite acceder a él.

Estudia el valor de éxito en la vida, que en la sociedad moderna se ha constituido progresivamente como el principal.

Cuando los individuos no tienen ninguna posibilidad de alcanzar por caminos conformes con las normas las metas vitales definidas socialmente como dignas de esfuerzo, tienden por el contrario a la reacción anómica (esto es, anormativa o contra la norma, de la siguiente manera:

Desatendiendo las normas que establecen los medios legítimos e ilegítimos e intentando alcanzar por medios no permitidos la meta de vital o valor. Merton llama a esta actitud INNOVACIÓN.

Renunciando intimamente al valor y a la aspiración al éxito, pero acentuando para ello más las normas que establecen los medios legítimos, elevando directamente la estricta observancia de las mismas a meta vital, Merton designa esta forma de adaptación como ritualismo (más clara hubiese sido la designación de conformidad aparente o conformidad anómica).

Marginándose de la sociedad, es decir desechando tanto las metas vitales socialmente definidas como también los medios legítimos para sus consecución. Esta categoría la llamó Merton retreatism (esto es. apatía, regresión).

[4] Merton, Robert King (1910-), sociólogo contemporáneo estadounidense, realizó importantes aportaciones a la teoría social del funcionalismo.
Nacido en Filadelfia, se doctoró en Filosofía por la Universidad de Harvard en 1936. Fue profesor en Tulane y catedrático de sociología en la Universidad de Columbia.

Anhelando unas transformaciones de la sociedad, sea en el sentido de un cambio de las metas vitales y/o de otra distribución de los medios legítimos. Esta forma de adaptación llamadas por Merton: "rebelión"

, forma o debería formar el fundamento de la oposición política.

Ilustración 2.
Levantamient.
Daumier. La rebelión

Valores y Valores Jurídicos

Carlos Aparicio

Las formas de adaptación han sido tipologizadas en el siguiente esquema en el que al signo de + significa asentimiento y el signo - rechazo:

Forma de Adaptación	Valores	Normas
Conformidad	+	+
Innovación	+	-
Ritualismo	-	+
Apatía	-	-
Rebelión	- +	- +

Las actitudes anónimas, son posibles de colectivizarse, en un fenómeno que recientemente se ha comenzado a observar como el de "colectivización de tensiones anómicas".

Carlos Aparicio

Igualdad

> La augusta dignidad de que trato no es la dignidad de los reyes y los mantos, sino esa dignidad sobreabundante que no se reviste de ningún ropaje. La veréis resplandecer en el brazo que blande una pica o que clava un clavo; es esa dignidad democrática que, en todas las manos, irradia sin fin desde Dios, desde Él mismo, el gran Dios absoluto, el centro y circunferencia de toda democracia; ¡Su omnipresencia, nuestra divina igualdad!
> Entonces, si en lo sucesivo atribuyo cualidades elevadas aunque oscuras a los mas bajos marineros, renegados y proscritos; si en torno de ellos urdo gracias trágicas; si aún el mas lúgubre, y acaso el mas rebajado de ellos, a veces se eleva hasta las montañas sublimes; si pongo un poco de luz etérea en el brazo de ese trabajador; si extiendo un arco iris sobre su desastroso ocaso; entonces, contra todos los críticos mortales, ¡sostenme en eso, oh Tu, justo Espíritu de la Igualdad, que has extendido un único manto real de humanidad sobre toda mi especie! ¡Sostenme, oh Tú, gran Dios democrático, que no rehusaste la pálida perla poética al negro prisionero Bunyan; tu que envolviste con hojas doblemente martilladas del mas fino oro, el brazo mutilado y empobrecido del viejo Cervantes;
> ¡Tu, que elegiste a Andrew Jackson de entre los guijarros, que lo lanzaste sobre un caballo de guerra y que le hiciste tronar mas alto que en un trono! ¡Tu, que en todos tus poderosos recorridos por la Tierra siempre escoges a tus campeones mas selectos entre la realeza de los sencillos; sostenme en esto, oh Dios! . Melville [5] [6]

Es muy difícil en nuestros días, imaginar una sociedad totalmente desigualitaria como la proveniente de la aristocracia europea que dio lugar a las grandes revoluciones democráticas de fines del siglo XVIII.

La aristocracia de base territorial que gobernó a Europa desde finales del imperio romano, entró en una decadencia progresiva, que incubó en definitiva su final.

No entraremos en este trabajo en las distintas formas que la aristocracia pierde el poder que detenta, en una primera etapa, mediante la eliminación de instituciones intermedias, después por el abandono de las reglas mínimas de

[5] MELVILLE, Herman **"Moby Dick"** Barcelona, Editorial Planeta S.A. (1976) pag. 134.-

[6] MELVILLE, Herman (1819-1891). Novelista norteamericano, nacido en Nueva York. Autor de varios trabajos literarios, y la obra maestra de la novela Moby Dick, una alegoría de la lucha del hombre contra las fuerzas del mal, contada a través de los avatares de pescadores de ballenas del siglo XIX. Melville mismo llevó en su juventud una vida de aventuras que le llevó a participar reiteradas veces en las pesquerías que describe.

fidelidad hacia las clases inferiores, finalmente por el dominio definitivo del ocio y la corrupción.

Las nuevas sociedades que surgen de las revoluciones norteamericana y francesa, son sociedades básicamente igualitarias.

El primer constitucionalismo democrático, se basa en los principios Jeffesornianos: "Sostenemos como verdades evidentes, que todos los hombres nacen libres e iguales en derechos".

Nuestra primera Constitución (Uruguay) establece normas que rigen hasta hoy, que expresan textualmente: "Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes." [7]

Se establece a mayor abundamiento: "Ninguna autoridad de la República podrá conceder título alguno de nobleza, ni honores o distinciones hereditarias." [8]

La irrupción del turbulento siglo XX profundiza aún más el tema de la igualdad. Gran parte de la teoría marxista, se centra en el hecho que las normas comerciales y los detentadores de las herramientas mas productivas, inclinaban en su beneficio el aparato del estado, y que solo una sociedad donde no existiera la propiedad de los medios de producción, podría obtener la necesaria igualdad. No se explicita mucho, el tema que las economías estatistas producen enormes desigualdades, pero ello es parte de un rechazo de los críticos del capitalismo a entrar en detalles de futura organización (es decir organización post-capitalista), que se consideran "utopías".

La filosofía marxista, si bien establece un deber moral la contribución para la igualdad casi perfecta, parte de la base de una fe muy firme en el sentido del triunfo de una sociedad igualitaria y sin clases sociales.

El éxito del marxismo en la academia y en la política de gran parte del mundo durante el siglo XX, oscureció pronósticos mas pesimistas sobre el destino del igualitarismo, como el de Tocqueville y el de Spencer.

---

[7] Artículo 8º.

[8] Artículo 9º

Los autores citados veían que la industria, traía inevitablemente fuertes diferenciaciones y conflictos, que lejos de resolverse tendían a hacerse mas grandes en el futuro. .

> Cuando un artesano se entrega de un modo exclusivo y constante a la fabricación de un solo objeto, acaba por desempeñar este trabajo con una destreza singular; pero pierde al mismo tiempo la facultad general de aplicar su espíritu a la dirección del trabajo: cada día se hace más hábil y menos industrioso, y puede decirse que el hombre se degrada en él a medida que el obrero se perfecciona. A medida que el principio de división del trabajo experimenta un aplicación más completa, el obrero viene a ser más débil, más limitado y mas dependiente. El arte progresa y el artesano retrocede. Con todo, este es la lado (la gran industria) hacia donde los amigos de la democracia deben dirigir con más inquietud su atención, porque si la desigualdad permanente de las condiciones y la aristocracia penetran de nuevo en el mundo, se puede predecir que lo han de hacer por esa puerta.[9]

Las grandes guerras del siglo XX transformadas en guerras mundiales, pusieron del mismo lado a las naciones democráticas e igualitarias, en contra de las naciones del eje (Alemania e Italia) y Japón en el Océano Pacífico, donde otros valores prevalecían.

En los hechos la segunda guerra mundial fueron dos guerras: una en Europa donde toda Europa, trataba de intervenir la Unión Soviética e invadir a Inglaterra, y otra en la cuenca del Pacífico entre Estados Unidos y Japón.

La segunda guerra mundial marcó el triunfo definitivo de la libertad, la democracia y la igualdad, y ese espíritu es el que anima la declaración de los derechos del hombre de 1948 dictada por las Naciones Unidas y las propias Naciones Unidas.

La guerra fría, que marcó los años siguientes, no alcanzó para borrar el hecho fundamental que marcó el resultado final de esta tragedia mundial, que ha quedado conocida como segunda guerra mundial.

Pero la misma guerra fría marcó una etapa muy particular de ríspido enfrentamiento ideológico entre tendencias políticas mundiales, en el cual el tema de la igualdad era y continúa en parte siendo el factor central, así como suele citarse a la igualdad como el principal valor sobre el cual giran las tendencias políticas de "derecha" o "izquierda", que todavía hoy dominan en la discusión política mundial.

[9] Tocqueville, Alexis de, De cómo la Aristocracia podría tener su origen en la Industria, in La Democracia en América, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1963.

Terminada la guerra fría, reorganizada la Unión Soviética, y caído el muro de Berlín, nuevas ideas entran a la arena política y filosófica, pero sería un error pensar que la preocupación por la igualdad es menos fuerte que antes.

En los Estados Unidos, movimientos como el Critical Legal Studies, abogan por cambios que permitan enfrentar la prognosis pesimista sobre el tema de la igualdad hacen las ciencias sociales generales, y en efecto se han logrado éxitos en el campo del derecho en este sentido.

De la misma forma, solo en el último año, tres libros examinan las relaciones entre igualdad y ética y de alguna forma marcan el estado del tema en la sociedad moderna Postguerra Fría. [10]

Robert Foguel es un historiador de la Economía, quien por otras obras llegó a ganar un Premio Nobel.

La obra de Foguel, es muy ambiciosa y optimista en cuanto al futuro de la idea igualitaria.

Dice que el igualitarismo avanza en empujes de una duración aproximada a los cien años cada uno.

El Primer Gran Despertar, fue en la década de 1730-1740, a través del cual tomó impulso la propia revolución democrática igualitaria en Estados Unidos y en Francia.

El Segundo Gran Despertar, habría sido en la década de 1830 y 1840, que habría provocado la abolición de la esclavitud entre otras cosas.

El Tercer Gran Despertar, sería en la década de 1930 a 1940, y habría provocado el New Deal, la política del Presidente Roosvelt, y las propias tendencias de la segunda guerra mundial.

Hoy vivimos en el Cuarto Despertar, que marca la integración racial, las acciones afirmativas, el surgimiento de las culturas minoritarias, y derechos no tradicionales, como los gays, y otros.

Foguel, como muchos autores modernos buscan bases para un convergencia derecha-izquierda, que según el insiste todavía se mantiene en base a una insuficiente distribución de los recursos espirituales de la sociedad.

La importancia de estos recursos; un sentido de propósito, autodisciplina y devoción al trabajo, parece indiscutible. Es verdad también que la equidad material no trasladará a genuinas iguales oportunidad para llevar vidas interesantes si algunos individuos carecen de estos recursos espirituales cruciales. Si nosotros

[10] The Fourth Great Awakening and the Future of Egalitarianism. Robert W. Foguel. University of Chicago Press; If you're An Egalitarian, How Como You 're So Rich? G.A. Cohen. Harvard University Press; Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality. Ronald Dworking. Harvard University Press.

describimos una forma de vida que usa estos recursos espirituales como "Virtuosos"; (así es como Fogel usa el término), entonces el objetivo igualitario fundamental podría ser dicho que consiste en iguales oportunidades para una vida virtuosa.

Igualdad y Derecho Penal

Por ejemplo parece claro que existe un derecho penal igualitario.

En la Edad Media, era común la pena de muerte que usualmente era acompañada de torturas.

Esto tenía dos razones: en primer lugar, en la Edad Media, el derecho era de difícil vigencia práctica, y la mayoría de los delitos quedaban impunes. Se pensaba que la aplicación de sanciones ejemplarizantes mejoraría el grado de vigencia del sistema

La segunda razón, es que siendo la organización básicamente aristocrática, los que establecían las penas no eran los mismos que lo destinatarios del derecho penal. Esta circunstancia siempre tiende a hacer mas duro el derecho.

La igualdad tiende a hacer el derecho penal mas humano, por la sencilla razón que nadie queda fuera de sus principios.

Ese hecho hace que el derecho penal de las democracias tienda hacia la eficacia y a la humanización de sus penas.

En otro lugar veremos que la sociedad de nuestros días es víctima de una crisis de vigencia jurídica global, que si se sostuviera y se combinase además con la creciente desigualdad de condiciones que se ve crecer ante la vista, llevaría a nuestras modernas comunidades a cambios drásticos en el derecho, y también en el derecho penal en el peor de los sentidos posibles.

Igualdad y Cambio Social

Otra característica de la igualdad es el conservadorismo.

La sociedad igualitaria es muy conservadora, ya que al ser las personas iguales, son muy débiles comparadas con el conjunto social..

Una gran parte del discurso político y jurídico contemporáneo, gira en torno al concepto y alcance de la idea de igualdad, y sin duda la misma igualdad forma parte fundamental del valor justicia.

"Bajo el régimen de Castas, las generaciones se suceden sin que los hombres cambien de puesto; los unos no esperan nada más, los otros nada mejor. La imaginación se adormece en medio de este silencio y de esta inmovilidad universal, y la idea misma del movimiento no se presenta al espíritu humano. Cuando las clases han sido abolidas y las condiciones se hacen casi iguales, todos los hombres se agitan sin cesar, pero cada uno de ellos es independiente, aislado y débil. Este último estado difiere mucho del primero; pero es análogo en un punto: Las grandes revoluciones del espíritu humano son allí muy raras.

Más entre los dos extremos de la historia de los pueblos, se encuentra una edad intermedia, época gloriosa y agitada en que las condiciones no son bastante fijas para que la inteligencia repose pero sí bastante desiguales para que ciertos hombres ejerzan un gran poder sobre el espíritu de los demás, y puedan algunos modificar las creencias de todos. Entonces es cuando los poderes reformadores se elevan y las ideas nuevas cambian de repente la faz del mundo.[11]

El Valor de la Igualdad en el Siglo XXI

[11] Tocqueville, La Democracia en América pag. 714.

La introducción de los grandes cambios tecnológicos y políticos del siglo XXI, sin duda ha logrado una substantiva mejora en los niveles globales de vida, aunque en cambio afectó al valor de la igualdad, en el sentido que se han introducido desigualdades importantes y relativamente permanentes.

El derecho tiende a mantener los valores de igualdad, que por lo demás figuran en forma clara en las constituciones, aunque la sociología y las ciencias basadas en los hechos tengan sobre este tema un pronóstico mas bien pesimista.

También los Médicos.

Que pueden hacer los médicos para reducir las desigualdades en salud? [12]

1 Aceptar que las desigualdades en salud existen, y son un importante problema sanitario, tanto en el mundo desarrollado como en el subdesarrollado.

2 Aceptar que cualquier fuerza que afecta a la salud, sin tomar en cuenta su origen biológico o social está en el dominio profesional de la medicina.

3 Aceptar y reconocer la naturaleza complementario de sector sanitario informal y su rol en la complementación de las desigualdades en salud.

4 Desarrollar un práctica clínica sensible a los temas de clase social, género y raza, explorando como los principios de acciones afirmativas pueden ser aplicados a la práctica clínica.

5 Examinar como la práctica clínica y sus protocolos pueden reducir las desigualdades en salud, identificando medios de mejorar los efectos de las desigualdades en salud dentro de su práctica clínica.

6 Realizar investigación cualitativa para entender mejor en efecto de estratificación social en la salida de su práctica clínica.

7 Realizar investigación cuantitativa (pruebas estadísticas controladas) para determinar los efectos potenciales de intervenciones clínicas destinadas a reducir desigualdades en salud.

8 Participar en grupos destinados a producir entornos saludables, como iniciativas en ambientes familiares, escuelas ciudades y lugares de trabajo.

9 No olvidar que los médicos en su práctica pueden producir tendencias sexistas (mayores esfuerzos terapéuticos en hombres que en mujeres para el mismo problema de salud) aún inconscientemente.

10. Aprender a asociarse con los medios de comunicación para plantear el tema de las desigualdades en salud en las agendas políticas y sociales.

[12] Existe una creciente preocupación por el tema de la igualdad. Sirve como ejemplo este útil decálogo dirigido a la profesión médica, publicado recientemente dentro de un artículo de mayor importancia. Carlos Alvarez-Dardet Journal of Epidemiol Community Health 2001;55:449 (Julio)

Valores y Valores Jurídicos

Carlos Aparicio

JUSTICIA

Cicerón, definía la justicia como: "un hábito del alma que consiste en dar a cada uno su derecho, según su dignidad y respetando la común utilidad. Agregaba: "Es nula la justicia si no esta en la naturaleza.".

Ulpiano, definía la justicia como la voluntad constante y perpetua de dar cada uno su derecho. Deberían seguirse los típicos principios: "vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo."

La definición de justicia en Ulpiano, así como en la mayoría de los autores, coincide con los principios básicos de derecho natural.

El profesor de la universidad de Sao Paulo, Miguel Reale, llama a la Justicia en forma sugestiva como un valor franciscano, con lo que quiere significar que la Justicia es un valor de distribución, que asegura el acceso de las personas a sus valores personales y Sociales. [13]

Vimos anteriormente, que la comunidad establece los valores, y que además estos, una vez establecidos no son opcionales, sino que por el contrario, se ejerce una fuerte presión social en el sentido que lo integrantes alcancen esos valores.

También vimos que no es fácil llegar a los mismos, principalmente para los individuos que están en desventaja.

Es la idea de justicia, que facilita el acceso personal a los valores sociales, en el múltiple complejo entramado social.

La idea de justicia supone la existencia de los siguientes elementos:

1) Conflicto de intereses real o eventual (alteridad).

2.) Existencia de intereses sociales o grupales que inciden en las soluciones. "Las pautas valoradoras de que se hace uso para determinar en casos concretos, el contenido de las fórmulas de justicia, las establece cada sociedad, para un momento determinado, de acuerdo con las necesidades vitales que la opinión publica considera como orden de los bienes." (García Maynez - F. del D. pág. 475).

[13] Reale, Miguel (1910-), filósofo y jurista brasileño. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, ha realizado importantes contribuciones al estudio de las teorías del Derecho y del Estado. Ha resaltado el carácter ético de los conceptos jurídicos. Una de sus más importantes aportaciones teóricas es la denominada teoría de la 'tridimensionalidad dinámica', que establece una relación entre 'hecho', 'norma' y 'valor', y que aplica en sus análisis de los conceptos fundamentales del Derecho y del Estado. Reale ha ejercido también una notable influencia en la filosofía brasileña como director de la Revista Brasileira de Filosofía.

3.) Existencia innata de un instinto gregario que Kant, llama imperativo categórico y que reza: "Compórtate de forma tal que la máxima de tu acción pudiera convertirse en la máxima del obrar universal."

4.) Existencia de una igualdad básica.

5.) Existencia de una desigualdad relevante.

Las variables de la ecuación anterior están constituidas por los elementos uno y dos. El primero en cuanto proporciona el contenido del conflicto de intereses, el segundo en cuanto proporciona una escala de valores como elementos de comparación.

Alf Ross, nos señala algunos aportes de la ideología política, en cuanto al establecimiento de principios prácticos.

a.) A cada uno según su mérito. b.) A cada uno según su contribución. c.) A cada uno según sus necesidades. d.) A cada uno según su capacidad. e.) A cada uno según su rango y condición, principio aristocrático que carece de aplicación practica.

Según el jurista francés contemporáneo León Husson, debe incorporarse la idea de destino o destinación a la idea de justicia, con lo que se haría una tabla poderosa de todos los factores variables y relevantes explicados anteriormente.

Cada persona formula un plan de vida en base a valores sociales, y al principio de solidaridad. Ese plan de vida se encuentra frecuentemente inserto en el inconciente de la persona, y tiene la particularidad de generar una expectativa en las demás personas, lo que constituye una de las fuerzas más poderosas de la vida: la fuerza del destino.

Este destino humano, no existe en forma aislada, sino que se encuentra poderosamente vinculado con los de las demás personas con los cuales puede entrar en conflicto.

La persona tiene el derecho a cumplir con su destino en la medida que armonice con los intereses del grupo, e incluso a pedir ayuda a las demás personas para ello; tiene el derecho a ser considerado como un fin por los demás y no como un medio. Asimismo la humanidad tiene un derecho adquirido sobre este plan de vida.

Es muy conocida en pintura, en el arte del retrato, la capacidad del artista de insinuar en el rostro del personaje esta huella del destino.

El destino es la desigualdad relevante para la idea de justicia, en el esquema de Husson. Dice: Por eso. la justicia supone además una apreciación que determina el valor respectivo de esas reivindicaciones. Supone, por lo tanto,

criterios que trascienden la experiencia positiva y que encuentran su justificación ultima tan solo en nuestro destino.

La sicología moderna, y especialmente la escuela de California, a través de representantes de la categoría de Eric Beme y Claude Steiner. han profundizado mucho en esta idea de destino al que se define como una fuerza inconciente, fuera del control inteligente (al menos parcialmente).

Las fundamentaciones de Husson sobre la justicia, con mucho contenido religioso, pueden ser cambiadas por la explicación sicológica, más fecunda, en tanto que sirve para explicar mayor número de situaciones.

La idea de justicia puede explicarse como un sentimiento o un modo de conducta de vida

Santos Tomás, incluye el sentimiento de Justicia entre las cuatro virtudes cardinales, integrado además por la prudencia, la fortaleza y la templanza.

Cuando el derecho positivo entra en colisión con la idea de justicia, la posición jusnaturalista afirma que estas valoraciones son relevantes y como tal son derecho.

CLASIFICACIONES DE LA JUSTICIA

Tuvo mucho éxito la clasificación de Aristóteles sobre la justicia. Clasifica la justicia universal y particular. La justicia universal es una virtud total, en cuanto que comprende a las demás.

Hace alusión a los versos de Theognis: "la justicia nos parece a menudo ser la mejor de las virtudes; y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos".

La justicia particular es un desarrollo de los valores de la comunidad ante la idea de la igualdad de las personas.

Esta justicia puede ser: distributiva; rectificadora o sinalagmática.

justicia distributiva es atinente a la distribución de esas cosas comunes, por ejemplo las notas de un examen.

Justicia rectificadora o correctiva o sinalagmática. En esta formula se busca el mantenimiento de la igualdad en la diversidad. Dice Aguinsky: Es. precisamente para restablecer esa igualdad que debe presidir las transacciones, que se hace necesaria la intervención del juez, de ahí que la Justicia denominada como "judicial" se halle comprendida en esta segunda especie: "en consecuencia, el juez, procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia."

Sobre la equidad dice Aristóteles: "lo equitativo, si bien es mejor que una especie de justicia, es justo, lo que ocasiona la dificultad y plantea la aporía es que

lo equitativo es justo, pero no el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal.

JUSTICIA SOCIAL

La concepción democrática del estado y de la vida, parte del supuesto que el hombre libre se encuentra en condiciones de proveer ampliamente sus necesidades de subsistencia y desarrollo material y espiritual.

Por algunos motivos que estudia la economía y por otros motivos que estudia el derecho (Jerome Hall insiste: "no es solamente importante que exista un hombre económico, sino un hombre filosófico jurídico, como tipos básicos), grandes masas de población quedan excluidas de los beneficios de la tecnología y de la cultura y aún en casos extremos de la propia vida.

Este fenómeno es típico de los países subdesarrollados y en especial de América Latina.

Estos hechos son notoriamente injustos y como toda injusticia se difunde por toda la sociedad. Aun en aquellas personas que no se encuentran en tal situación porque siempre se encuentra latente la amenaza de pobreza y miseria.

Dice Bertrand Russell [14]: Para impedir que la competencia llegue a ser despiadada y nociva, el castigo por el fracaso no debe ser el desastre, como sucede en la guerra, o el hambre, como en la competencia económica no reglamentada, sino sólo la perdida de la gloria. El fútbol no seria un deporte grato si se condenara a muerte o se dejara morir de hambre a los equipos derrotados." [15] La justicia social, ha pasado a ser un ideal fundamental en la elaboración del derecho, y es una aspiración que su idea pueda acompañar al ser humano de la cuna a la tumba, según una frase muy extendida sobre el tema.

Es de fundamental importancia que la justicia social, no encubra injusticias sustanciales, en cuyo caso actuarla como un simple maquillaje totalmente inútil para curar una enfermedad.

Así por ejemplo, el otorgamiento de viviendas a los habitantes de los cantegriles, es un requerimiento evidente de justicia social. Sólo durará hasta que se formen nuevos cantegriles.

---

[14] Russell, Bertrand, (1872-1970), filósofo y matemático británico, galardonado con el Premio Nobel, cuyo énfasis en el análisis lógico repercutió sobre el curso de la filosofía del siglo XX.

[15] B. Russell. Autoridad e individuo pág. 71.

La investigación deberá entonces desplazarse a cuáles son los motivos e injusticias que hacen al trabajador agrícola abandonar su lugar de radicación para aceptar condiciones paupérrimas en una capital.

La justicia social, es un valor que los pueblos están en condiciones de exigir de sus gobiernos, o mejor dicho, en la sociedad democrática deben de exigirlo de si mismos, va que el gobierno es alguna forma de representación del propio pueblo

Yo diría que es la forma más elevada de la justicia, ya que requiere de la solidaridad.

SEGURIDAD JURÍDICA

El ser humano no sólo aspira a la realización de los valores, al punto de obtenerlos se le presente el problema de su conservación.

El orden jurídico, pues no sólo marca los caminos de acceso a los valores colectivos, sino que también garantiza su mantenimiento.

La seguridad jurídica, conlleva una importante medida de justicia.

Pero los valores, valoraciones y escalas de valor cambian constantemente y las normas jurídicas pueden tener dificultad para mantenerse a la altura de los tiempos, dificultad que de hecho existe.

Cuando dejan de coincidir con las valoraciones colectivas, comienza la irreductible oposición entre la idea de justicia y la seguridad.

Dice Carnelutti, en su famoso trabajo sobre la muerte del Derecho; "...la más pequeña ganancia en dirección de la justicia se paga en moneda de certeza y viceversa; esta, sin embargo no es todavía la crisis, si bien sea el drama del derecho, inherente a su naturaleza que está marcada por la contradicción. Pero si en cambio al riesgo en la dirección de la certeza no corresponde una garantía de justicia, o al riesgo en dirección de la justicia, una garantía de certeza, entonces, se sale de la fisiología para entrar en la patología del derecho. Entonces es la crisis.".

Siempre se vio en la concepción positivista idealista la mayor garantía en cuanto a certeza en base a la mayor precisión del texto legislativo y codificado con relación a otras fuentes del derecho.

El fenómeno de hipertrofia del mecanismo legislativo, hizo caer un poco en desuso también la ventaja señalada, ya que la enorme cantidad de leyes y decretos, convierte al derecho en algo difícil de acceder aún para los profesionales.

El mantenimiento de un rígido sistema de seguridad, sobre concepciones de injusticia o de anomia generalizada tiene un enorme costo material y espiritual para los pueblos.

El costo material proviene de la utilización de sistemas represivos basados en la fuerza, necesariamente más caros que cualquier modernización judicial.

El costo espiritual proviene precisamente de cualquier aspiración individual que se vea obligada a actitudes defensivas anímicas, se resiente en su capacidad creativa y laboral en grados muy importantes.

Esto quería decir Edmond Cahn (profesor de la universidad de Nueva York) cuando dice: "El derecho, se convierte en útil por ser justo, porque la justicia, crea y produce utilidad. Por el contrario, la injusticia es algo pernicioso y derrochador desde el punto «le vista práctico."

En el libro de Sociología Jurídica de Pedro David, se expresa:

"Hay que abrir la insularidad represiva de las organizaciones policiales y judiciales y lograr vías de internalización, protección y estabilidad de valores y normas que estructuren una justicia más total, más universal.".

... Vista desde, este ángulo, es posible que la guerrilla sea solamente un síntoma como tantos otros, de un continuado proceso de autodestrucción de la cultura prevalente en Occidente y explotado y digitado muy hábilmente por concepciones de vida opuestas, que hacen carne en sociedades autodestrozadas. La contradicción entre valores y normas por un lado y apoyo a un sistema que victimiza permanentemente al hombre.

Mientras esa contradicción profunda va destruyendo los basamentos mismos del orden jurídico social, es irrelevante tratar de contraatacar con medidas de índole local; el veneno que se ingiere en el cuerpo social, por decirlo así, a través de la contradicción profunda, flagrante y cínica entre sus estructuras valorativas, sus normas y sus conductas.

Debe descentralizarse en gran parte el sistema sancionatorio y ponerlo en manos de Instituciones no represivas y en la medida de lo posible crearse además un sistema pretoriano de soluciones amplias y simples, sin formalismo, ingenioso y creativo que podría ser la respuesta para el divorcio cada vez más creciente entre la vida social y el sistema proscrito normativo.

Esa insularidad y miopía de dicho sistema se debe en gran parte a nociones unilaterales de lo que el derecho es en la vida social.

El unilateralismo del positivismo jurídico en la perspectiva práctica de abogados y jueces que ven sólo en el derecho !a codificación y sus agentes ha contribuido grandemente a tal estado de cosas.

No menos el tipo de educación jurídica prevalente en nuestro país (Argentina) v en otras partes del mundo. Por ello la teoría integrativa (tridimensional), cuando pone el derecho en la conducta humana, y como producto y resultado a la vez de sus instituciones en un triple nivel, fáctico, normativo y axiológico. tiene la virtualidad de reinsertar el derecho en la sociedad y fundamentalmente en el hombre concreto, en el hombre histórico.

David continúa: "Hemos hablado de la ignorancia del derecho en los sectores mas desposeídos. Es una obligación de armonía y pacificación social realizar campañas masivas de conocimientos en todos los niveles.

Y sobre todo restaurar la confianza en el sistema socio jurídico a través de mecanismos no sancionatorios destinados a posibilitar el cumplimiento de sus prescripciones. Recoger las nuevas valoraciones con gran honestidad, sin pretensiones de imponer soluciones del pasado a un tiempo nuevo que las rechaza. Vivificar la justicia mediante el abandono de valoraciones perimidas y normaciones arcaicas.

Anticipar nuevas formas de contratación más simples y una revaloración de la buena fe en las transacciones. El excesivo tecnicismo de las normas ha creado trampas permanentes para el hombre equilibrado y justo, porque permiten al astuto violador de la ley ampararse en tecnicismos con muchas avenidas de interpretación. Además incorporar una dimensión universalisadora a todos los valores que debido a parcializaciones sectoriales, son usufructuados solamente por mínimos sectores de la sociedad.

En suma, sin animo de instaurar un programa utópico, revitalizar un corazón enfermo, el del derecho, en la sociedad de nuestro tiempo y sobre todo, planificar con la vista puesta en el impacto permanente del futuro sobre la estructura socio-jurídica." [16]

[16] Pedro David -Sociología Jurídica pág. 233-236

JUSTICIA Y SEGURIDAD

La doctrina política de la seguridad nacional, no es sino la continuación y aplicación política y extremista a realidades urgentes, de la vieja doctrina de la seguridad jurídica, con independencia de valores sociales.

Todo lo que se dijo de la seguridad jurídica, puede decirse con mayor visión de conjunto del orden y paz públicos.

La seguridad jurídica, cuando no tiene la justicia como principal brújula, puede conducir a un orden de cementerio, donde una apatía invencible subyace en la sociedad y una rebelión amenaza con la anarquía.

UN LECHO DE HIERRO Y UNA REGLA DE PLOMO.

Muchas veces se vio en el enfoque positivista del derecho, algo así como un verdadero lecho de Procusto para juzgar a cada situación, que en si es única e irrepetible, si bien pasible de sistematización.

Procusto según la Mitología Griega, era un bandido que habitaba las llanuras del Ática, y asaltaba a los caminantes para lo cual los tendía en su lecho de hierro que siempre llevaba a cuestas, y estiraba aquellos menores que el lecho, y le cortaba los pies, aquellos que lo sobrepasaran.

Se llama procustismo a la tendencia de medir con la misma vara a personas y situaciones claramente diferentes.

Procusto murió en manos de Teseo, quien previamente a matarlo, lo tendió en su mismo lecho y le cortó las piernas (era un gigante).

El jusnaturalismo formalista, admite vigorosamente la existencia de un derecho natural que de alguna manera forma corrige al derecho positivo. Mas al no admitir la equidad como fuente de derecho, (Kant define a la equidad como una deidad muda que nadie puede oír), sólo puede resolverse en alguna forma de resistencia a la opresión en caso que el orden jurídico en su conjunto deviniese injusto.

Esta es la posición de Del Vechio. Mas los errores de esta concepción parecen hoy en día evidentes.

La velocidad del cambio social en nuestros días es enorme, y las dificultades para el juzgamiento por un ciudadano del orden en su conjunto son casi imposibles de vencer.

Esto nos impone la concepción Aristotélico Tomista del derecho natural, que admite la equidad como una importante fuente del derecho.

Los jueces, al aplicar valoraciones colectivas directamente cada vez que la ley no es clara, están haciendo una importante tarea en la evolución del derecho.

Ante la gravedad del conflicto socio jurídico en América Latina se impone una mayor contribución de jueces y abogados a la evolución del derecho.

La mitología griega, nos proporciona también aquí una metáfora, constituida por una regla de plomo que usaban los arquitectos de la isla de Lesbos, que medía las distancias y se adaptaba armoniosamente a las diferencias e imperfecciones del terreno.

BIEN COMÚN

Ese es nuestro país.
Como todo pueblo que se organiza, el presenta cuadros los más opuestos.
Grandes y populosas ciudades como Buenos Aires, con todos los placeres y halagos de la civilización, teatros, jardines, paseos, palacios, templos, escuelas, museos, vías férreas, una agitación vertiginosa, en medio de unas calles estrechas, fangosas, sucias fétidas, que no permiten ver el horizonte, ni el cielo limpio y puro, sembrado de estrellas relucientes, en las que yo me ahogo, echando de menos mi caballo.
Fuera de aquí, campos desiertos, grandes heredades, donde vegeta el proletario en la ignorancia y en la estupidez.
La iglesia, la escuela, ¿donde están?
Aquí el ruido del tráfico y la opulencia que aturde.
Allá, el silencio de la pobreza y la barbarie que estremece.
Aquí, todo aglomerado como un grupo de moluscos, asqueroso, por el egoísmo.
Allí, todo disperso, sin cohesión, como los peregrinos de la tierra de promisión, por el egoísmo también.
Tesis y antítesis de la vida de una República.
Eso dicen que es gobernar y administrar.[17]

Dice García Maynez: "En su dimensión de profundidad, el bien común es una meta ideal hacia 1a que deben tender lo mismo la sociedad que quienes la forman. No se traía del estadio final de una utópica sociedad perfecta, sino del punto a que debe dirigirse la que se preocupa por su perfeccionamiento. El bien común es punto de orientación y medida del obrar social, y especialmente de la ordenación jurídica de los vínculos interhumanos". [18]

El bien común así definido puede encararse desde dos ópticas. Desde el Estado o del Derecho, que implica una idea paternalista e ineficiente.

En las democracias el derecho lo hacen los delegados populares, que no pueden tener una noción distinta del bien común que aquélla de quienes

[17] Lucio Mansilla, Una Excursión a los Indios Ranqueles. Un comentario del militar y político argentino de las campañas indias de 1869. Contiene también una exposición del pensamiento político-filosófico del autor. Casi al final de la obra el autor concluye: "Las calamidades que afligen a la humanidad, nacen de los odios de razas, de las preocupaciones inveteradas, de la falta de benevolencia y de amor. Por eso el medio mas eficaz de extinguir la antipatía que suele observarse entre ciertas razas en los países donde los privilegios han creado dos clases sociales, una de opresores y otra de orpimidos, ES LA JUSTICIA. Pero esta palabra seguirá siendo un nombre vano, mientras la lado de la declaración de que todos los hombres son iguales, se produzca el hecho irritante, de que los mismos servicios y las mismas virtudes no merecen las mismas recompensas, que los mismos vicios y los mismos delitos no son igualmente castigados.

[18] García Maynez, Filosofía del derecho pág. 486.

representan. Si la tuvieran. serán sustituidos apenas vencido su mandato. En otros tipos de gobiernos la acción estatal de bien común encubre normalmente otros procesos, o ajenos a la idea.

El enfoque correcto de bien común, debe efectuarse desde el punto de vista del elector o de las familias, y cuando lo encaramos desde este ángulo nos encontramos con uno de los fenómenos más importantes de la moderna sociedad democrática y su derecho.

Se trata de oposición entre el individualismo (noción atrofiada del bien común) y la solidaridad que en el fondo es una exaltación de la idea de bien común.

El individualismo no debe confundirse para nada con el liberalismo, aún cuando a veces se enuncian conjuntamente como "liberal individualismo".

> Si el pueblo ha fracasado allí, (Argentina) quizás las razones yacen en su personalidad cultural y en su sistema de valores y luego se cita a Garosa, cuando dice: Los argentinos son imitativos y habitualmente insatisfechos con sus compatriotas, sus actitudes mezclan la impaciencia y la inercia, la gente imprevisible, está llena de egoísmo y desconfianza. Detrás de la pose de cinismo y sofisticación hay inmadurez.[19]

En realidad el liberalismo ha sido el motor en el progreso de la humanidad. El individualismo ha sido y es una verdadera rémora social, y cuyos resultados pueden ser devastadores.

Dice Tocqueville sobre esto: "El individualismo es un sentimiento pacifico y reflexivo que predispone a cada ciudadano a separarse de la masa de sus semejantes, a retirarse a un paraje aislado con su familia y sus amigos; de suerte que después de haberse creado así una pequeña sociedad a su modo, abandono con gusto la grande.

El egoísmo nace de un ciego instinto; el individualismo procede de un juicio erróneo, mas que de un sentimiento depravado, y tiene su origen tanto en los defectos del espíritu como en los vicios del corazón.

El egoísmo deseca el germen de todas las virtudes; el individualismo no agota, desde luego, sino la fuente de las virtudes públicas; mas, a la larga ataca y destruye todas las otras y va en fin, a absorberse en el egoísmo."

La idea opuesta al individualismo es la solidaridad.

La solidaridad es una idea que reconoce las limitaciones del ser humano aislado, y promueve una actitud fraterna hacia el semejante.

---

[19] Lawrence Harrison,. El Subdesarrollo está en la Mente (Editorial Playor 1987)

El principio solidario es reciproco, y todas las personas que lo profesan saben que el interés fraterno en el bien común en los distintos niveles que pueda ejercerse es algo que beneficia a todos.

Se trata de la afirmación de la gran ley humana, que quiere encontrar en cada hombre a un hermano y en cada dolor el reflejo del propio dolor.

Couture expresaba frecuentemente que la crisis del derecho individualista era ya evidente en el momento que escribía.

Puede ser sorprendente el desbalance que puede formarse entre el bien común y el bienestar individual.

Cuando prima el bienestar individual, puede llegarse a tirar un cigarrillo encendido por la ventanilla del auto en condiciones de peligro de incendio forestal, para no ensuciar el cenicero del vehículo.

Los valores personales como patria y pareja quedan totalmente supeditados a la comodidad personal.

Además no sería correcto ni justo enfrentar el egoísmo personal, con el bien común en general. En este proceso de decadencia juegan un papel fundamental las entidades intermedias.

Así las burocracias tienden a medrar, y se forman complicidades clandestinas explícitas o implícitas, el Estado de Bienestar, presentado como una bandera social por gente a veces bien intencionada se convierte en el Bienestar de la Burocracia Estatal que lo administra.

El ejército pasa de ser una organización para la defensa exterior, en una para vigilar a los propios ciudadanos. La policía crece en forma desmesurada, las profesiones armada, tratan de desarmar a los ciudadanos comunes.

Quería expresar que de alguna forma las instituciones jurídicas pueden favorecer las tendencias individualistas o el bien común y la solidaridad.

Favorecen la solidaridad aquellas instituciones de participación en las decisiones, una de las más vigorosas son el sufragio, el referéndum, y los jurados en la administración de justicia.

Un correcto balance de las fuentes del derecho opera en el mismo sentido por las razones expresadas a tratar sobre la justicia y la seguridad jurídica.

Asimismo la descentralización territorial y el derecho de asociación.

La ciencia política moderna trabaja sobre la idea de la nacionalización del Estado. Se trata de integrar el Estado a la sociedad sobre la base de la participación, y la idea que el bien común debe ser enfocado desde la óptica de las personas y no del gobierno.

Los enfoques paternalistas del bien común han llegado al autoritarismo más desbozado encubierto con el nombre de transpersonalismo.

El transpersonalismo afirma que el bien común, y desde luego el Estado, único intérprete de este valor, tienen la responsabilidad de un valor que por ser colectivo es superior al de las personas individuales.

El estado fascista mantuvo oficialmente esta tesis.

Nuevos aportes

La Noción de Capital Social

En 1970 Italia creó 15 administraciones regionales en un esfuerzo para reducir el gobierno centralista y a veces remoto de Roma. Putnam y dos colegas, Robert Leonardi y Rafaela Nanetti, pasaron 20 años examinando como el experimento funcionó. Entrevistaron 700 consejeros regionales, tomaron encuestas de opinión, hablaron a líderes de negocios, sociales y comunitarios y compararon las performances legislativas de las nuevas instituciones regionales. Las conclusiones de Putnam ayudan a explicar las división entre Italia de norte y del Sur, y también presenta malos augurios para el bloque de naciones del Este en su evolución del comunismo a la democracia. Lo que la investigación de Putnam muestra es una relación directa entre el compromiso cívico de la población (algo que el autor en alguna etapa denomina como "Self-interest that is alive to the interest of others", y el suceso de sus instituciones democráticas. Agrega el autor que la prueba de las regiones Italianas demuestra que las regiones con menos civismo son las más sujetas a la vieja plaga de la corrupción política. Donde hay un fuerte sentido comunitario el poder es un concepto amplio y horizontal mas que un jerárquico o vertical, y todos los indices democráticos luces más sanos. Este compromiso cívico puede ser reflejado en medidas tan simples como membrecías en asociaciones culturales y deportivas. Donde la conciencia cívica existe, pragmatismo reciprocidad y confianza hace tierra fértil para el gobierno democrático; donde falta la conducta comunitaria tiende a ser una conciencia de dependencia, explotación y sospecha. Por ejemplo en Calabria , la última de las regiones italianas en materia de cultura cívica, hay un proverbio: "Chi ara diritto, muore disperato". [20]

La explicación rápida para el feliz Norte y pobre Sur (de Italia) es el dinero, el norte tiene mucho. Erróneo, dice Putnam, quien afirma que al fin del siglo 12 Sicilia era el estado más rico y mas avanzado en Europa. La fragmentación política, o polarización ideológica o conflicto social no pueden explicar el suceso o fracaso de los gobiernos regionales. Precisamente los más conflictivos son las regiones más exitosas mientras que los menos, son las tradicionales y atrasadas regiones del sur. El autor dice que se podría haber predicho el suceso o fracaso de los gobiernos

[20] Quien ara (se conduce) derechamente, muere desesperado.

regionales en Italia en los 80 con extraordinaria seguridad de modelos de compromiso cívico casi un siglo anterior. Si bien el no desarrolla el tema, el autor no puede resistir el paralelo con Norte y Sud América.

Hay algo depresivo en el hallazgo dijo un presidente regional en Italia al autor: "Nada que yo pueda hacer mejorará nuestras posibilidades de éxito. La suerte de la reforma fue sellada siglos atrás".

El autor es menos pesimista, pero el resultado empírico de su estudio lo lleva a esta conclusión: "Para la estabilidad política, para la efectividad del gobierno, y aún para el progreso económico, el capital social puede ser aún más importante que el capital físico o humano." [21]

Profesiones Jurídicas y Bien Común

En 1999, la Revista de la Facultad de Derechos de Texas del Sur, dedicó un número íntegro a un simposio sobre el tema: La tarea del Jurista de Promover el Bien Común.

Se destacó particularmente un trabajo de Randy Lee titulado ***"Lawyers and the Uncommon Good: Navigating and Transcending the Gray"***. [22]

En dicha obra se ve al profesional del derecho como un piloto que ve mas allá de las tinieblas sociales, y de alguna forma marca el camino que hay que recorrer. El modelo que se toma es la novela de Haper Lee "To Kill a Mockingbird" [23], que es un clásico de la literatura jurídica tan común en los Estados Unidos, para hacer una brillante reflexión sobre la positiva y necesaria tarea del jurista en la construcción del bien común.

---

[21] Véase también Putnam, Robert, Bowling Alone; America Declining Social Capital y Putnam Robert, The Strange Disapearence of Civic America. (La extraña desaparición del civismo Norte Americano.)

En ambos trabajos el autor extiende a los propios Estados Unidos de Norteamérica un creciente individualismo, que pone en peligro sus tradiciones cívicas. En el primer trabajo, aporta estadística en el sentido de una fuerte baja en los campeonatos y ligas de bowling, mientras que las tasas individuales se mantienen estables.

[22] Abogados y el Bien no Común. Navegando y Trascendiendo las Tinieblas. (Pp. 207-226)

[23] Para Matar a un Ruiseñor. La obra está muy vinculada a la discriminación racial. Muy superada esta discriminación hoy puede lucir algo anticuada. De la novela se hizo una película con el mismo nombre que fue durante muchos años, la insignia del cine jurídico norteamericano.

Valores y Valores Jurídicos

Carlos Aparicio

Página blanca

Capítulo Sexto
El Orden Jurídico [1]

En pocos temas, las diferencias de enfoque entre el derecho norteamericano con el latinoamericano son tan marcadas como este del orden jurídico.

El estudio del tema en América Latina, suele hacerse siguiente criterios exclusivamente formales, y se ve al orden jurídico como un conjunto de normas abstractas e inubicuas, impersonales, ordenadas por principios de jerarquía, derogación y competencia. Todo el tema, está gobernado por tratar de evitar los conflictos de normas jurídicas, y para ello se usa casi con exclusividad los enfoques lógico sistemáticos, teniendo amplia aceptación la Teoría de Kelsen sobre orden jurídico, y sus representaciones jerárquicas y piramidales.

Desde luego, que las normas son abstracciones o breves descripciones de las cosas. Recuérdese la definición de Paulo que advierte expresamente que el derecho no está en la norma, sino que de lo que el derecho es, se hace la norma. De la misma forma Couture nos dice que las normas sistematizadas son un espejo de la realidad.

Un enfoque realista del orden jurídico, se sentirá mas inclinado entonces por mirar, mas que a las normas, que en el fondo son abstracciones de los fenómenos, a los hechos sociales mismos, que es donde realmente está el derecho.

Entonces, cuando vemos en los enfoques formales solo normas, en los enfoques realistas vemos ademas de las normas y por sobre todas las cosas, Tribunales, agencias estatales, organizaciones policiales y militares, Municipios, culturas minoritarias, etc.

Sobre la base de lo que precede, se hace un estudio comparativo, entre los ordenes jurídicos norteamericanos y latinoamericanos, que a su vez, servirá fuertemente de introducción a lo elementos que se pasarán a tratar en el futuro, como fuentes y métodos del derecho.

[1] Este tema tiene como base la ponencia presentada por el autor a las Primeras Jornadas Uruguayas y Cuartas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social realizadas en Montevideo en el año 1988 titulada: El Orden Jurídico como Orden Social.

Noticia Histórico Comparativa

La colonización del continente americano que comenzó en el siglo XVI, fue efectuada por pueblos europeos con muchas semejanzas culturales y económicas entre si, más con importantes diferencias en cuanto a su tradición jurídica.

Los pueblos que posteriormente fueron conocidos como iberoamericanos traían una tradición jurídica romanista que correspondía a un sistema que estaba prácticamente completo en el siglo V, cuando fue compilado en la legislación por Justiniano. A través de los juristas medioevales lograría su sistematización y adaptación en la legislación de partidas y finalmente recibirla un fuerte impulso con la codificación en plena independencia.

Los pueblos angloamericanos traen consigo una tradición jurídica mas moderna que recién habla comenzado a elaborarse en el siglo XI, con fuertes Impulsos de cambio en pleno siglo XX, cuando el realismo jurídico y la jurisprudencia sociológica se introducen en la filosofía práctica del derecho.

Las diferentes instituciones jurídicas moldean de distinta forma la idiosincrasia del hombre del Norte y Sur América, en lo individual y en lo político. y condicionan su capacidad de adaptación a los valores democráticos que inflexiblemente se imponen en todo el mundo.

Perspectiva Realista para la Comparación

Este trabajo no está destinado a probar la mayor o menor utilidad de un cuadro teórico propuesto ni la mayor corrección de un postura epistemológica determinada.

Se parte de determinados presupuestos científicos que provienen del realismo jurídico.

Es necesario. no obstante. explicar. que vemos la noción de orden jurídico mucho más profunda. que las significaciones normativas a través de las cuales suele expresarse.

Si bien esta perspectiva del orden jurídico nos conducirá a través de este trabajo debemos aclarar que desde el inicio se presenten severas diferencias. Entre los académicos norteamericanos y latinoamericanos en cuanto a la misma idea de lo que debe entenderse por derecho y orden jurídico.

En América Latina. existe un claro predominio del conceptualismo jurídico claramente marcado por el éxito de la teoría interpretativa de Hans Kelsen. En los Estados Norteamericanos en cambio, predominan los esquemas interpretativos realistas. quedando un amplio margen para los enfoques de la Crítica Jurídica.

Un profesor latinoamericano, que enseña en la Universidad George Washington. en esta capital. hizo una pequeña encuesta entre estudiantes que habían terminado sus estudios. Entre las preguntas que se les hacía, se le preguntaba quien era Hans Kelsen. El profesor Claudio Grossman encontró que ninguno de los estudiantes encuestados sabía quién era este filósofo checoslovaco. No se trata de ninguna manera de falta de conocimientos indispensables, sino que el enfoque Kelseniano resulta insuficiente para explicar una organización jurídica mucho más descentralizada y flexible como la norteamericana. Dice John Finch, al comentar el positivismo conceptualista, enfrentado al realismo en la praxis jurídica norteamericana: "Seria una tarea gratuita y errónea empeñarse en buscar el soberano o cuerpo soberano en el sistema de Estados Unidos. Los complicados caminos a través de los que la cooperación entre las autoridades del Estado y las autoridades federales se logra desafían un análisis de ese tipo." [2]

A pesar que los enfoques realistas de Massini y Couture citados. son una posición minoritaria en América Latina, su punto de vista se comparte ampliamente en este trabajo.

[2] John Finch. Introducción a la Teoría del Derecho. Labor Universitaria. Pag. 226.

Carlos Aparicio

Ser Humano e Instituciones

Las instituciones jurídicas y políticas tienen una importancia central en la determinación del equilibrio social y personal del ciudadano.

Quizás existan factores aún mas profundos para determinar la idiosincracia popular como la difusión generalizada de una particular posición epistemológica.

Como se comprende la forma de administración del orden jurídico tiene una importancia central para el desarrollo económico y social.

He escuchado con insistencia. el argumento que la institución de los jurados populares, por ejemplo, no sería ampliamente aplicable a América Latina en base a presuntas diferencias de sicología social e idiosincracia.

Normalmente esos mismos autores sostienen posiciones de tipo formalista que impide que el fenómeno sicológico se infiltre. por así decirlo en la Teoría General. Como las ciencias sociales suelen detenerse ante el fenómeno jurídico, nos encontramos ante un círculo vicioso sobre un problema central de la democracia. que no tiene otra solución que un cambio en los modos mismos de pensamiento de los hechos jurídicos.

Un trabajo de Giorgio Del Vecchio. expresa: [3]

"Si existe alguna esperanza, y la esperanza constituye también un deber. de que el género humano evite la funesta suerte que podría estarle reservada como consecuencia de sus mismos progresos técnicos, verdaderamente enormes, esa esperanza no puede consistir en otra cosa como no sea en el desenvolvimiento y consolidación de una común conciencia moral y jurídica de la humanidad."

Advierte el maestro en su trabajo:

"... la comparación no puede realizarse como no sea partiendo del supuesto de una cierta homogeneidad en su objeto, homogeneidad que subsiste y que se reafirma incluso a través de la variedad de sus manifestaciones. De esta suerte no cabe dudar que la comparación jurídica presupone la Idea del Derecho. aún cuando no la contemple sub specie aeterni ni la analice tampoco en abstracto. ya que, antes bien, ha de considerarla en concreto. en su realización múltiple en los datos y hechos de la experiencia."

[3] LA UNIDAD DEL ESPÍRITU HUMANO COMO BASE PARA EL ESTUDIO COMPARATIVO DEL DERECHO, publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia en noviembre de 1953.

Orden Jurídico

Carlos Aparicio

Orden Social y Orden Jurídico

El hombre normal es esencialmente social, crea leyes y se somete a las mismas de buen grado y con naturalidad.

En las grandes democracias, desde luego, esto tiene sus limitaciones pues siempre habrá una minoría que deberá acatar los mandatos del poder aunque no se haya participado del mismo. Existen ademas límites a la obediencia del individuo frente al poder ya que es necesario un margen de libertad para conservar la identidad y creatividad. Es una idea pueril que una fuerza exterior al sujeto pueda dominarle y marcarle su camino vital en forma indefinida.

Todas las teorías realistas del derecho. al ver las manifestaciones meramente normativas como un epifenómeno del hecho jurídico, se encuentran con la común dificultad de encontrar elementos diferenciadores entre lo que significa un mero hecho social y un hecho social-jurídico. De hecho es imposible la diferenciación sin entrar a considerar elementos de hondo contenido espiritual. Así los historicistas hablan de conciencia jurídica popular. concepto que recibe Gurvicht. Duguit, lo sustituye con una intuición genial por la idea de la masa de los espíritus.

Lo que lo juristas ven desde el punto de vista de los valores, también lo ven los sociólogos desde otra óptica. Así surge el concepto de control social. Landis define el control social como

"una serie de procesos sociales, mediante los cuales el individuo se vuelve responsable ante la sociedad, la organización social se construye y se mantiene, la personalidad humana se elabora por la socialización y un orden social mejor puede ser logrado, pues no es posible construir una sociedad ordenada ni tampoco una personalidad equilibrada, sino sobre una base de valores incontestables". [4]

La aplicación del derecho por la jurisprudencia, con las condiciones y limitaciones emergentes de los mandatos de autoridad, constituyen sin duda alguna el principal medio de control social.

Roscoe Pound dice:

"El control social moderno es principalmente una función estatal. y es ejercido a través del Derecho. Su efectividad, en último término, depende de la aplicación de fuerza ejercida, por cuerpos, agencias y funcionarios elegidos para tal

[4] Social control: social organization and disorganization in Process (1939)

propósito. Opera principalmente a través del derecho, es decir, a través de una sistemática y ordenada aplicación de la fuerza por agentes indicados. " [5]

Recasens comenta a Stone y dice:

El Derecho es el medio compulsivo de control social ejercitado por la autoridad política. En parte, toma como fundamento y refuerza otros modos preexistentes de control social, que se dan en las convicciones imperantes, pero además, en parte, también llena intersticios dejados por los otros métodos de control social. Hay un conjunto de modoso de control social, los cuales, aunque ellos aún no son Derecho, sin embargo influyen sobre la elaboración del Derecho y la interpretación de éste. Pero el Derecho intenta constituir un control supremo, un control que se halla por encima de todas las demás instancias de control social, esto es, una especie de control de los controles.

Stone se plantea el problema de si el crecimiento del control social mediante el derecho resulta compatible con la democracia. Aún reconociendo los peligros que esa extensión del control jurídico trae consigo. Stone está de acuerdo con Mannheim en dar una respuesta afirmativa a esta pregunta. [6]

Un enfoque realista del orden social. necesariamente pondrá en primer término al orden Jurídico, considerado como una fuerza espiritual especializada en la represión, con elementos mixtos de orden espontáneo y de creación deliberada.

Una obra pionera en la materia "The Grounds of control" de E.A. Ross. dice que el orden social no es instintivo ni espontáneo sino que descansa en el control social. cuyo producto es, y el orden social seria mas bien fabricado que creado, es decir, un artefacto creado de manera unilateral por el control social.

No estamos totalmente de acuerdo con esta afirmación, ya que ambos se encuentran en una relación de interdependencia funcional. donde la capacidad de generar consenso sobre la propias bases del sistema constituyen uno de los motivos básicos de su existencia.

Encarado con esta óptica. el estudio comparativo de las relaciones entre el orden jurídico y social, necesariamente buscará, y posiblemente encontrará respuestas a los problemas más acuciantes que plantea la sociedad post-industrial.

---

[5] Pound, Roscoe. Social Control through Law. New Haven. Yale University Press. 1942.

[6] Recasens Siches. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. pag. 662.

Deja claramente de manifiesto la existencia de grandes diferencias en la administración del sistema jurídico. y que las mismas se encuentran estrechamente vinculadas con el consenso, la estabilidad institucional, y el grado de desarrollo económico.

Carlos Aparicio

Administradores del Sistema Jurídico

Quizás el resultado mas importante del análisis realista del orden jurídico consiste en centrar la atención en los agentes administradores del mismo.

En torno a la idea del orden jurídico surge un verdadera subcultura de administración jurídica. En este contexto la figura del Juez es de importancia Central, por ser el portavoz de la institucionalización jurídica.

La misma constitución política del orden jurídico tiene un substrato humano en las personas encargadas de su aplicación. Cuando los jueces desfallecen o tomen, en realidad esa constitución deja de existir.

En este punto es de importancia central. la vinculación de los administradores del sistema jurídico con la sociedad.

Pound afirma que "... es imposible que una jurisprudencia aislada. centralizada y exclusiva pueda mantenerse puesto que el orden legal no es sino un fase del control social, carente de sentido cuando está aislado de los demás fenómenos que constituyen el conjunto social integral. " [7]

En este tema de las relaciones entre la Jurisprudencia y la Comunidad. nos encontramos con dos tipos de problemas:

En primer lugar. el grado de participación necesaria en una democracia. para generar el consenso indispensable para que el orden jurídico cumpla con sus funciones primarias que son evitar la anarquía o la guerra.

En segundo lugar la necesidad que tiene el cuerpo social. de un elemento moderador con facultades suficientes y que siendo básicamente un poder de opinión sólo puede generar su autoridad en la fuerza de convicción de la sentencia

Ante ambos problemas nos encontramos con los temas de la oralidad y los jurados.

La fuerza de convicción de la sentencia, establece la naturaleza de las relaciones entre el jurista en la sociedad. y señala en forma principal e inequívoca casi todas las diferencias notorias de organización y procedimiento que notamos entre los países latinoamericanos y los estados de la Unión.

---

[7] (Sociologla y Jurisprudencia. en Gurvicht. op.cit. pu;. 30?).

Debemos hacer notar que existe, dentro de cada orden jurídico. una semejanza básica organizativa. Los tribunales. se dividen en cuatro escalones jerárquicos: el primero para las causas de menor cuantía. el segundo para los tribunales de primera instancia. el tercero para los tribunales colegiados de apelación y un cuarto y último para los tribunales supremos o de "last resource"

Mas ante esta semejanza, se desdibujan diferencias notables. que podemos sintetizar de la siguiente forma:

PRIMER0. Diferencias presupuestarias. El peso del sistema judicial en el presupuesto de gastos del estado es mayor en los Estados Unidos que en Latinoamérica. las diferencias son importantes mientras que en América Latina se destina a la organización judicial un promedio de un 5 a 9 por mil de los gastos del Estado a la administración de Justicia en los Estados Unidos ese porcentaje oscila entre un 10 y 90 por mil. Promedio 5%.

SEGUNDO. Diferencias procesales. Los juicios son públicos y orales. Entre el 30 y 50% de las causas civiles según el orden jurídico considerado se resuelven con le intervención de jurados Populares lo mismo casi todas las causas relevantes en el orden penal.

TERCERO. El eje de la jurisprudencia en el terreno de los hechos (que es la inmensa mayoría de los asuntos contenciosos y en los casos civiles incluye el propio importe de la indemnizaciones) queda determinado por los jueces de primera instancia y los jurados. A su vez. salvo en asuntos de competencia originaria, los tribunales supremos tienen la facultad de llamar para la consideración de un caso en base a circunstancias excepcionales, o llamar a su consideración casos en uso de competencias extraordinarias "Writ of certiorari".

La administración del sistema parece estar claramente mas descentralizada que en Latinoamérica.[8]

CUARTO. La duración de los procesos es considerablemente menor. Se estima insumen una duración promedio en primera instancia de 4 meses los casos penales y 9 meses los civiles. Un viejo principio de common law, dice: "justice delayed justice denied".

QUINTO. El dispositivo policial se encuentra considerablemente más descentralizado. Los norteamericanos tienen 40.O00 (cuarenta mil) cuerpos policiales que son independientes entre si. 50 de ellos pertenecen a la

[8] J. Lieberman en The litigious Society (1981), dice: Sin embargo. la extensión e impacto de la litigación en la sociedad Americana (norteamericana) no debiera ser exagerada. Poco menos que el 5% de todas las disputas "legales" llegan a tomar contacto con el sistema legal formal. De ellas, sólo 4% llegan tan lejos como para requerir el veredicto de un tribunal, y menos del 5% de éstas llegan a la apelación. Stanford Law Review. Vol 36:199. Pag. 202.

organización federal. Se calcula unos 2.3 policías cada mil habitantes que incluyen un 30% de personal no ejecutivo.[9] En Uruguay pasamos el 8 por mil y hay elementos para suponer que lo mismo sucede en otros países latinoamericanos, sin contar. además con la prestación de funciones Policiales por el ejército en forma alternativa o permanente.

SEXTO. En Norteamérica es muy común la elección popular de los Jueces. En América Latina. no se conoce esta modalidad de provisión de cargos de magistrados.

SÉPTIMO. Se ve con disfavor la excesiva especialización. En los hechos la mayoría de los jueces ejercen materia civil y penal al mismo tiempo, y cuando esto no es posible rotan entre ambas.

Lo precedente parece no aplicarse para el ejercicio liberal de la abogacía, principalmente en los estudios muy grandes que parecen imponerse, los que a veces tienen mas de cien profesionales.

En esos estudios una intensa especialización parece ser la regla.

Esto ha provocado intensas críticas en el ambiente judicial norteamericano, donde se ve que el abogado liberal representaba una forma de vida y una serie de valores que entra en crisis por su progresiva sustitución por las grandes firmas de abogados especializados

El excesivo interés por el dinero distrae a la abogacía de su liderazgo cultural natural y crea una subcultura que repudia los altos ideales de artesanía y justicia que subyacen en anteriores formas de ejercicio profesional. [10]

---

[9] José M. Rico, Sistemas comparados de Policía, in Policía y Sociedad Democrática 12-28 (Alianza Editorial) (1983).

[10] "The Lost Lawyer," Anthony T. Kronman (Belknap Press of Harvard Univ. Press 1993)

Se denuncia una crisis espiritual, atribuida al colapso del abogado individual que a su vez representa un conjunto de valores que estimulan el buen juicio sobre la competencia técnica y que premia el espíritu público de devoción hacia el derecho. El autor piensa que la especialización de las grandes firmas ha cambiado la naturaleza de las relaciones con los clientes, mas largas horas de trabajo y programas de mercadeo han hecho de ellas un lugar poco apto para el cultivo de la sabiduría deliberativa.

También se dice que si bien hacer dinero (mucho) es bueno para las grandes firmas, es malo para la sociedad, porque un enfoque estratégico en el dinero distrae a los abogados de las grandes firmas de convertirse en líderes culturales. La cultura de la gran abogacía, según Kronman, repudia los altos ideales de artesanía y cultura, y es menos hospitalaria al abogado como estadista.

Carlos Aparicio

Coordinación de Órdenes Jurídicos Autónomos

Cuando Tocqueville estuvo en los Estados Unidos en 1830. estudió en profundidad el sistema federal norteamericano viendo en su constitución una armoniosa distribución o coordinación entre entidades que conservaban parcialmente la soberanía comentó textualmente que:

"... se atribuyen una gran parte de las miserias en las que están sumidos los nuevos Estados de la América del Sur a que han querido establecer allí grandes repúblicas, en lugar de fraccionar en ellas la soberanía. " [11] Hablando de la constitución mexicana en particular, dice:

"***Los habitantes de México, queriendo establecer el sistema federativo, tomaron por modelo y copiaron casi íntegramente la constitución de los angloamericanos, sus vecinos.[12] Pero al trasladar la letra de la ley. no pudieron trasponer al mismo tiempo el espíritu que la vivifica. Se vio se estorbaban sin cesar entre los engranajes de su doble gobierno. La soberanía de los Estados y la de la Unión. al salir del círculo que la constitución había trazado, se invadieron cada día mutuamente. Actualmente todavía, México se ve arrastrado sin cesar de la anarquía al despotismo militar y del despotismo militar a la anarquía.[13] [14]***

Llewellyn dice que: (sería una tarea gratuita y errónea empeñarse en buscar el soberano o cuerpo soberano en el sistema de Estados Unidos. Los complicados caminos e través de los que la cooperación entre las autoridades del Estado y las autoridades federales se logra. desafían un análisis de este tipo.... no es sorprendente que a lo largo de esa multiplicidad de Estados puedan encontrarse algunas variaciones notables en las condiciones sociales, políticas y económicas. Williston decía en 1929 que (cada Estado está desarrollando una jurisprudencia

[11] La Dem. en América. F.C. E. pag. 156.

[12] Las mismas observaciones que Tocqueville hace de la constitución mexicana, cabe hacer de la Constitución Argentina de 1853, vigente hasta nuestros días con muy pocas modificaciones, y con los mismos avatares que Tocqueville señala para México.

[13] op. cit. pag. 159.

[14] Tocqueville escribió este comentario en 1835, no obstante hoy México no ha encontrado su destino en el tema de la organización federal. Véase la opinión de García Maynez transcripta en el este mismo trabajo.

propia que tiende a resultar cada vez mas independiente del derecho de otros Estados.[15]

De la misma forma, el Juez Jackson en "D'Oench. y otros c/ F.D.I.C., dijo "si nos privan del Common Law. nuestro sistema federal sería impotente."

Las instituciones judiciales. tienen en Norteamérica una gravitación en la administración de las instituciones federales que desconocemos los latinoamericanos.

A pesar de las naciones federales latinoamericanas tienen constituciones que hasta en sus detalles .son similares a la Norteamericana, en su organización práctica han sufrido una verdadera implosión organizativa. reflejada claramente en un centralismo, del cual el macrocefalismo urbano es apenas su faceta más visible.

Norteamérica es en realidad un mosaico de órdenes Jurídicos que se encuentran desde luego coordinados por un orden jurídico global en el cual tiene la última palabra la Suprema Corte Federal

Junto a los ordenamientos estatales y federal, se encuentran los órdenes jurídicos municipales, descentralizados de los Estados y los ordenamientos jurídicos indígenas descentralizados de la federación.

No podemos dejar de señalar aquí, que América Latina enfrenta en estos momentos una particular coyuntura histórica, económica y cultural, que hace más que nunca en su historia que la integración sea ineludible.

Los intentos de integración realizados hasta el presente han fracasado claramente por muchas razones, pero la principal de ellas ha sido la tradicional dificultad en el fraccionamiento de la soberanía y la armonización de diferentes órdenes jurídicos.

No cuesta mucho ver las diferencias de puntos de vista que separan a ambas Américas cuando se trata de la organización de poder federal.

Como dijimos mas arriba, los fundamentos teóricos y los textos constitucionales son practicamente idénticos en Norteamérica y Sudamérica, y responden a los mismos fenómenos político sociales, sin embargo es muy distinta la interpretación y aplicación de esos mismos principios:

Véase por ejemplo, lo que dice García Maynez, tratando el mismo problema en México:

Página 105, Introducción al Estudio del Derecho. Edición número 32: [16]

---

[15] Citado por Finch. Op.Cit.

[16] García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México, Editorial Porrúa S.A.,1980, pagas.

"INDIVISIBILIDAD DEL PODER POLÍTICO. Hemos dicho que el Estado constituye una unidad; de aquí deriva, como consecuencia necesaria, el principio de la indivisibilidad de su poder. El principio de la indivisibilidad aplícase tanto a los Estados soberanos como a los no soberanos. La soberanía, atributo esencial de los Estados del primer tipo, no es susceptible de aumento ni de disminución. No hay soberanía limitada, compartida o dividida. Varios Estados soberanos pueden coexistir uno al lado del otro, pero nunca como titulares del mismo poder."

Pueden verse claramente las diferencias de interpretación de los mismos textos constitucionales en las expresiones citadas de un autor de prestigio en México, y otro como Llewellyn en los Estados Unidos.

Toda creación de un orden supranacional supone un fraccionamiento de la soberanía con una posición muy particular de la jurisprudencia en la administración del sistema.

Nuestro país, por razones históricas evidentes es muy sensible a un fenómeno al cual debe su propia existencia como nación independiente. El ideario artiguista fue el pionero de la idea federal en Latinoamérica. La misma nación uruguaya prefirió la soledad de la independencia a adscribirse a las grandes soberanías centralistas en formación. El tema federal es pasado, es historia viva para los uruguayos. y es futuro ineludible para todos los latinoamericanos, ya que, sin pasar por la cooperación de los distintos niveles de órdenes jurídicos y revisar la aplicación que de esa idea han hecho los norteamericanos no es posible una integración exitosa.

Extensión y Penetración del Sistema Jurídico

Podemos definir por extensión del sistema jurídico a la cantidad de personas que el sistema jurídico rige efectivamente en una sociedad determinada. y la penetración, su capacidad de determinar en profundidad los diferentes planos de la conducta humana.

Un sistema inextenso se encuentra limitado en su sustrato humano en forma tal que deja numerosos sectores marginados de hecho y fueros especiales de derecho. Un sistema de poca profundidad afecta solamente planos mayores de conducta como los delitos graves, quedando reservada la mayoría de las responsabilidades a las lealtades familiares o políticas. que se constituyen así en la alternativa básica disponible.

La justicia japonesa conoció un caso referente a una piscina construida en zona residencial sin precauciones reglamentarias de seguridad. Un niño pequeño del vecindario cayó en ella muriendo ahogado. Los padres del pequeño plantearon una demanda exigiendo una abultada indemnización y ganaron el juicio. Los demandantes victoriosos. comenzaron a recibir tales presiones del vecindario y el trabajo, que tuvieron que devolver la suma cobrada.

La tradición de los sistemas jurídicos occidentales es de una gran extensión y profundidad. y dentro de ellos. sin ninguna duda es el norteamericano el más extenso.

Ya expresamos que en Norteamérica ejercen la mitad de los abogados del mundo, y el sistema se encuentra en plena expansión: 35.000 abogados por año ingresan en las matrículas judiciales y el proceso afecta nuevas áreas de conducta

Un ejemplo claro de crecimiento en profundidad y extensión del sistema jurídico. lo representa el tratamiento del problema de las minorías raciales.

La tradición en el tema estaba representada por una sentencia de 1896 dictada por la Suprema Corte Federal en el caso Plessy vs. Ferguson se reconoce la igualdad de razas pero esa igualdad era compatible con la segregación (razas iguales pero separadas)

El 17 de mayo de 1954 la Corte dictó un fallo resolviendo varias causas pendientes. Se modifica la jurisprudencia anterior en forma radical. y se concluye

que la segregación privaba de oportunidades prácticas de educación a los grupos minoritarios. Se establece el derecho a la integración.

A partir de 1965 se dicta una serie de leyes de derechos civiles, en base a las cuales no solamente queda prohibida la segregación racial, sino que se establece la integración, en base al hecho que la segregación privaba de oportunidades prácticas de empleo y educación a las minorías.

En algunos casos los empleadores y educadores deben seguir un sistema de cupos para conferir cargos y matrículas de enseñanza.

En un caso planteado ante los Tribunales recientemente la Universidad de California había tomado exámenes de ingreso cuya nota mínima era tres. Del resultado del examen surgió que había quedado para carrera de medicina una plaza libre en el cupo de la raza negra. La universidad debía optar entre aceptar el estudiante negro siguiente con una nota de 2.7 o aceptar a un blanco con mayor nota, pero que había quedado fuera de su cupo. Eligió la primera alternativa. El estudiante blanco no aceptado planteó juicio a la universidad alegando que se estaba discriminando en contra de la raza blanca. El caso (Baake VS. Universidad de California' fue resuelto absolviendo a la Universidad demandada. en base al argumento que la raza minoritaria merecía un handicap limitado dentro del cual la decisión universitaria se había movido legítimamente.

Esta nota sumaria sobre el tratamiento jurisprudencia del fenómeno racial en los Estados Unidos, responde a la necesidad de ejemplificar sobre un tema central de la organización social de los norteamericanos.

Cuando Tocqueville estuvo en los Estados. en 1835 observó la gravedad del problema racial. y las dificultades de convivencia entre las razas blanca y negra:

"Cuando se busca la causa de las dificultades presentes y de los peligros futuros de la Unión, se llega casi siempre a ese primer hecho. de cualquier punto que se parta."

Luego de estudiar prolijamente cada una de las soluciones posibles concluyó que fuera de la esclavitud la única posibilidad era una integración completa y total: "los términos medios, dijo, parecen ir a dar a la más horrible de las guerras civiles, quizás a la ruina de una de las dos razas." [17]

[17] (La Dem.. F.C.E. Pag. 326 a 342)

Carlos Aparicio

Flexibilidad del Orden Jurídico

Todos los hombres son diferentes entre si, y éstas diferencias son útiles e inclusive deseables para la sociedad.

Todos los hombres son iguales ante la ley, porque la igualdad es uno de los más firmes valores de la sociedad democrática.

Mientras los latinoamericanos hemos tratado de resolver esta antinomia mediante la elaboración de leyes y códigos detallados al extremo con la esperanza de poder comprender en los mismos todas o casi todas las situaciones vitales. los angloamericanos han concedido a sus tribunales amplias facultades de decisión en los casos particulares sometidos a su decisión.

Los Códigos Penales Norteamericanos, establecen en general una pena máxima para cada delito, quedando a cargo de Tribunal la graduación precisa de la misma.

Los fiscales norteamericanos pueden transar las pretensiones penales sin otra limitación que la del interés social que representan y la aprobación judicial del acuerdo, en la institución que denominan plea bargain.

Se admite a la equidad. la costumbre y la jurisprudencia como fuentes de derecho.

Cuando se examina de cerca tanto a la costumbre como a la jurisprudencia como fuentes del derecho se observa que ambas determinan un mucho mayor margen de libertad para el juzgador. Como contrapartida, existe una notable diversidad jurisprudencia para el tratamiento de casos aparentemente similares. Este es un hecho que preocupa a muchas personas.

En estos momentos se está reuniendo en el Ministerio Federal de Justicia Norteamericano una Comisión que estudia el problema de la uniformación de la jurisprudencia. desde luego a nivel del orden federal.

Las soluciones que se manejan varían entre un instructivo a los fiscales federales para apelar las sentencias que superen ciertos márgenes en mas o en menos, hasta la solicitud a los jueces para llenar ciertos formularios de uso estadístico y sobre todo comparativo.

El recurso de casación contradice de tal forma la práctica legal norteamericana que no tiene ninguna posibilidad práctica de aplicación.

A mi juicio el sistema se encuentra suficientemente garantido de las aplicaciones cerebrinas de las potestades judiciales a través de la publicidad de los procesos y la misma institución de los jurados. Un abogado de Ohio me decía que si en la agenda de un Juez, aparecen los jurados en forma mas frecuente de lo normal. posiblemente estaríamos ante un juez demasiado indulgente o demasiado severo.

Las concepciones positivistas idealistas de derecho predominantes en América Latina llevan al polo opuesto de la excesiva rigidez jurisprudencial.

Una reciente investigación realización en la cárcel de mujeres de la ciudad de Lima en Perú. demostró que el 80% de las presas eran campesinas que, ante dificultades económicas iban ocasionalmente a la ciudad a vender pasta básica de coca como micro comercializadoras. Habían sido sorprendidas con cantidades inferiores a un gramo y la mayoría lleva más de dos años esperando sentencia definitiva de la justicia peruana

En el mismo sentido y en casi todos los países andinos la Justicia no reconoce la institución indígena del Sirvinacuy o matrimonio a prueba, que persiste en las costumbres desde la época del incanato Las derivaciones civiles y penales son resueltas aplicando los respectivos códigos.

Vigencia y Efectividad del Orden Jurídico

Vigencia[18]

La vigencia del derecho, en los enfoques formales estadísticas es sinónimo de validez.

Una norma es válida cuando es elaborada por el órgano o funcionario competente para su creación, y no ha sido modificada ni derogada.[19]

En enfoques positivistas prekelsenianos, el tema de la vigencia, aparece vinculado a la voluntad actual, real o presunta del órgano estatal que genera una expectativa de cumplimiento del precepto.

[18] El programa actual de la materia Evolución de las Instituciones Jurídicas, establece expresamente como puntos sobre los que debe prestarse atención:. Derecho positivo, Derecho Vigente y Derecho Eficaz

[19] Reale distingue distintos tipos de validez de una norma de Derecho: el de la validez formal o técnico-jurídica (vigencia), el de la validez social (eficacia o efectividad) y el de la validez ética (fundamentación)

Eficacia

La eficacia o efectividad, corresponde al cumplimiento real de la norma por la población.

La norma consuetudinaria, por razones obvias, resulta siempre de efectividad necesaria, porque el día que la costumbre cambia, la norma deja de ser tal.

En cambio la norma proveniente de otras fuentes, puede dejar de aplicarse por distintas razones, algunas derivadas de la misma norma, como su escasa adecuación a la realidad, o difícil cumplimiento, como las normas hiperreglamentarias, o porque cambios sociales hacen su cumplimiento difícil o imposible, como las normas que penalizan situaciones de aborto o por dificultades en los mecanismos de aplicación como las normas penales de eficacia relativa.

Cabe expresar que muchos autores, ven aquí la necesidad de profundos cambios en el derecho latinoamericano.

El surgimiento de poderosas economías informales, que a veces compiten exitosamente con las economías formales, surgen de formas larvadas de inefectividad del derecho.

La inseguridad jurídica a nivel penal, surgen de mecanismos fuertemente inefectivos de aplicación jurídica que deben ser urgentemente revisados.

Véase en este sentido los trabajos de los Tridimensionalistas como Pedro David y otros.

Nos propusimos entender qué se necesita realmente para entrar en el comercio, no para una corporación grande y establecida, sino para un pequeño empresario.
Comenzamos con un simulacro. Tratamos de establecer un pequeño taller en las afueras de Lima. Contratamos un abogado y cuatro asistentes que, con un cronómetro, fueron a todas las oficinas de la burocracia estatal con el fin de registrar una pequeña fábrica de ropa con dos máquinas. Trabajando ocho horas diarias, llevó un total de 289 días poder iniciar las operaciones legalmente. Hicimos el mismo ejercicio en la ciudad estadounidense de Tampa, Florida, donde la mayoría de los asuntos legales se podía arreglar por correo y nos llevó tres horas y media iniciar el negocio. En la ciudad de Nueva York nos llevó cuatro horas. En resumen, a un empresario peruano le lleva 700 veces más tiempo abrir un pequeño negocio que a su contraparte de los EUA.
Repetimos el ejercicio en la industria de la construcción. Quien esté familiarizado con las ciudades latinoamericanas conoce los cinturones de viviendas de inferior calidad que las rodean y que a menudo albergan a la mitad o más de la población de la ciudad. ¿Por qué tanta gente termina en chozas cuando, en la mayoría de los países latinoamericanos hay un proceso de adjudicación legal por el cual un grupo de familias puede unirse y presentar el reclamo sobre un médano o una parcela de tierra para construir una nueva aldea? Nuestro instituto examinó los "formulismos" (procedimientos engorrosos que provocan demoras) implicados en este proceso. Un individuo que represente a 100 familias y que trabaje ocho horas diarias requiere 6 años y 11 meses para obtener el permiso necesario, que exige el cumplimiento de 207 declaraciones oficiales distintas y visitas a 52 oficinas gubernamentales. ¿Es sorprendente que en Perú se produjeran 282 invasiones de tierra y sólo tres adjudicaciones legales en 1985?
Hernando de Soto. Op. Cit.

Falta de efectividad y economía informal

Se estima que más del 50% de la población latinoamericana trabaja ilegalmente a tiempo completo, es decir integran el llamado sector informal de la economía.

Desde luego, que hay que pagar un precio por estas torpezas, y las respuestas no se hacen esperar. Una de ellas es el constante aumento del sector informal que se puede asegurar que supera el 50% de la economía latinoamericana en conjunto. Cuando un gobierno de la región habla de economía, en realidad está significando el otro 50% de la economía formal.- [20]

[20] Pasamos tres años afinando nuestros métodos empíricos e identificando, buscando y aprendiendo de los informales en Perú. Esto es lo que encontramos:

- En vivienda, de cada 10 edificios que actualmente están en construcción en Lima, siete se construyen ilegalmente. En general, el 37% de la vivienda limeñas son informales e ilegales. Lo sabemos porque las contamos una por una. Esto representa 9000 millones de dólares en viviendas en la capital. En todo Perú el total es de 18000 millones de dólares, lo cual es más que el total de nuestra deuda externa pública y privada. Con respecto únicamente a la vivienda para la población más pobre, el gobierno ha construido una de cada 50 casas; los informales edificaron las otras 49. Estos construyeron a dos tercios aproximadamente del costo y alrededor de seis metros cuadrados más por habitante.-

En transporte, encontramos que el 87% de los autobuses de Lima son operados ilegalmente. Si agregamos los taxis, el 95% del transporte público de Perú es informal. El valor de la flota de autobuses e infraestructura informales de Lima es de 1000 millones de dólares aproximadamente. Está dirigida sin pérdidas. El otro 5% del transporte público operado por el gobierno tiene un déficit de 12 millones de dólares por año.-

Además contamos 90000 vendedores ambulantes en Lima. Son esenciales para distribución de comestibles en la ciudad.- ...

En suma, el sector informal es un sector muy poderoso en términos económicos. Aunque se compone de

Falta de Efectividad y Seguridad Ciudadana

Otro caso de falta de efectividad notoria del sistema jurídico es el estado lamentable de la seguridad ciudadana en las principales ciudades, fundamentalmente en los países subdesarrollados, dentro de los cuales, nuevamente el panorama latinoamericano dista de ser alentador.

Incluso el Uruguay, un país tradicionalmente seguro y famoso internacionalmente por su baja tasa de delincuencia, está siendo asolado por este mal continental.

La delincuencia obviamente atenta contra el orden social constituido, no solamente contra el Estado o determinados sectores sociales. Produce pobreza, porque muchos sectores no están en condiciones de enfrentar los costos de la seguridad privada que necesitan para subsistir y deben retirarse del comercio. Produce en definitiva la disgregación del grupo social, que queda a merced de otras fuerzas mas organizadas, ya que difunde actitudes anómicas y el desánimo generalizado.

El ejemplo del delincuente enriquecido pasa a ser un paradigma juvenil, y solamente personas con una personalidad muy fuerte, o familias muy bien organizadas pueden resistirlo. El grupo adquiere actitudes típicas de disgregación: emigración masiva, en lo colectivo en lo personal, actitudes anómicas, incluso el suicidio, o la delincuencia.

El problema de la delincuencia no es exclusivo de los países subdesarrollados, sino que afectó en medida importante a los mismos países desarrollados.

Una de las principales víctimas de este proceso de desjuridización, los Estados Unidos, tuvo particular éxito en la lucha contra el flagelo, pero tuvo que pagar un precio por ello, en el sentido que todavía en la actualidad es el país que tiene mas prisioneros en su sistema carcelario. El número de prisioneros pasó en el año 2000, la cifra de dos millones, y un número relativo a los 720 prisioneros por cada 100000 habitantes, cuando el normal es aproximadamente de poco mas de 100.

No obstante, la política fue muy efectiva los Estados Unidos en pocos años se convirtieron nuevamente en un país “seguro”, lo que en los términos que

---

empresarios relativamente pobres, resulta significativo. Estos empresarios pobres producen, según nuestros cálculos, el 38% del producto nacional bruto. Esto implica que el PNB de perú es aproximadamente 27% más alto de lo que informan las estadísticas oficiales.

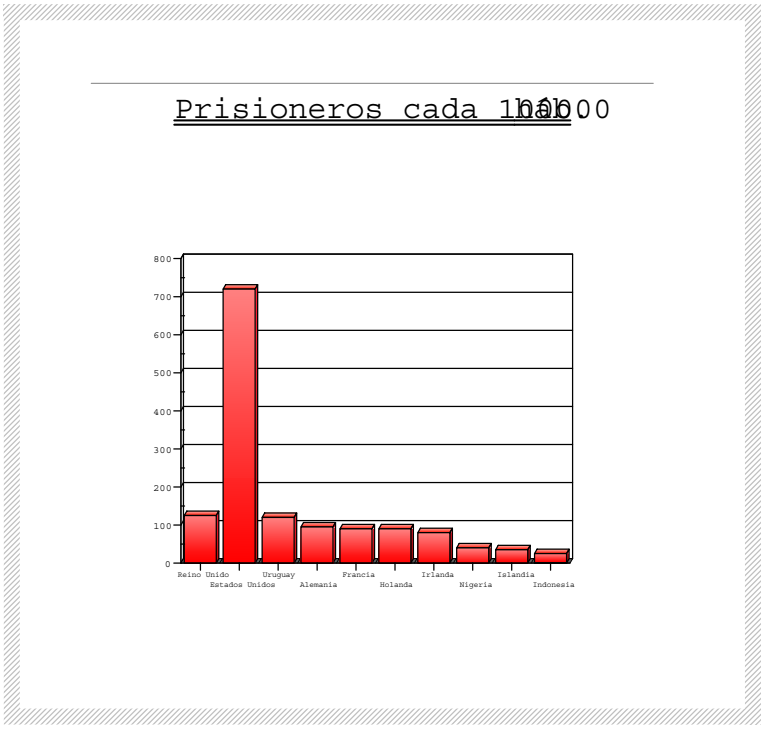
Hernando De Soto.- Los informales Presentan una Respuesta a Marx.

estamos expresando en el discurso principal, el orden jurídico luce un alto grado de eficacia.

Detrás del auge de la represión, dos teorías parecían justificar lo actuado.

La teoría de la exclusión, que expresa que la única prevención contra el delito, es la exclusión de los delincuentes. Se aboga por mayores penas en general, y mejor organización policial.

La Teoría llamada de la Ventana Rota,[21] expresa, que la falta de vigencia del orden jurídico, aún en pequeñas infracciones, estimula delitos mayores. El estímulo se produciría a través de dar una impresión que la comunidad no está controlando, y le enviaría mensajes confusos a los delincuentes que les estimularía a mayores violaciones.[22] [23]



Esta última teoría es particularmente proclive a un policiamiento agresivo, y a aumentar notoriamente los procedimientos policiales por infracciones menores, como exceso de velocidad en el tránsito, conducir vehículos en condiciones de intoxicación alcohólica u otra, orinar en público, etc.

La teoría de la ventana rota, establece el arresto por infracciones que podrían ser solucionadas por la advertencia u otro tipo de sanciones.

Debe ser distinguida de otros estilos de policiamiento como el que surge del caso famoso de John Royster. Este sujeto fue acusado de golpear y matar una comerciante en Nueva York, así como varios ataques brutales a mujeres. Royster fue identificado después de haber sido arrestado por saltar por sobre una barrera

---

[21] La teoría de la venta rota, es llamada así porque una infracción menor como una ventana rota, puede estimular infracciones mayores como violación de domicilio y otras. La teoría, en sí errónea, motivó un revolución en el derecho de las faltas menores y el policiamiento ciudadano, también llamada como la Revolución Azul (en base al color mas común del uniforme policial).

[22] James Q. Wilson, thinking about Crime (New York: Basic Books, 1975), 209

[23] Banfield, Edward C., The Unheavenly City Revisited (Boston: Little Brown, 1974), 270

de subterráneo. Después del arresto, una computadora descubrió que sus huellas digitales coincidían con aquellas de los delitos mas serios que se le imputaron.

Carlos Aparicio

La Administración de Justicia como Poder del Estado

Cuando Carlos Cosslo estudió las diferencias entre el Juez angloamericano y el hispanoamericano llegó a la conclusión que se trataba de dos formas diferentes de trabajar Para obtener la misma finalidad.

Dijo textualmente que ambos jueces eran como dos hermanos mellizos. (Teoría de la Verdad Jurídica. Introducción).

la tesis fue reiterada por insignes representantes de la Egología, quizás sin un reexamen profundo y predomine hoy en el derecho comparado.

Sin embargo. cuando se empieza a conocer de cerca los diversos órdenes jurídicos norteamericanos, nos encontramos con una realidad muy diversa.

Hay más abogados con relación a la población, se dedican mayores sumas proporcionales de dinero a la Administración de Justicia, es distinta la inserción del dispositivo judicial en la sociedad principalmente a través de la institución del jurado. Los diarios y la televisión dedican espacios a la administración de justicia que serian inimaginables en cualquier país latinoamericano, los jueces tienen mayores responsabilidades en la evolución del derecho. Hay proporcionalmente mas abogados y menos policías.

El mismo titulo de una conocida obra de Pound. da la pauta para el sistema anglosajón de lo que se espera de jurista: The lawyer as a social engineer.[24]

En América Latina la tendencia es ver a la administración de justicia como un servicio público especializado en la resolución de controversias. Es decir que no existe una pretensión de control social como en el sistema Anglo sajón.

Si tuviéramos que resumir estas diferencias diríamos que en Norteamérica la administración de justicia es un verdadero poder del Estado, mientras que en América Latina, esta calificación nominal no corresponde a una realidad práctica

Un trabajo del Dr. Pratt sobre la Teoría de la Separación de Poderes cita la opinión de Benoit sobre la separación de poderes en Francia que es aplicable a América Latina con solo cambiar la referencia. [25]

---

[24] J.Publ. . Emory Law School. Georgia. 1954.

[25] Publicado en el tomo I de "Estudios de Derecho Administrativo" pag. 344 (Univ. de la Rep. Montevideo, 1979.

Dice Benoit: "Ausente en la obra de Montesquieu pero afirmado por aquellos que han deformado su pensamiento, cabe preguntar si existe o no un Poder Judicial en el derecho positivo francés. Sólo cabe una respuesta absolutamente clara al respecto: en el derecho positivo de Francia nunca ha existido Poder judicial alguno dado que la función de juzgar no ha sido nunca erigida en una función equivalente a las funciones legislativa o gubernamental. ni aquellos que la ejercen en un poder análogo a los poderes políticos.- El Poder judicial no ha sido nunca (un poder) fuera del terreno de las visiones artísticas y de las especulaciones intelectuales mas o menos desinteresadas; no ha sido nunca una realidad del derecho positivo -"

Conclusiones

Cuando se comparan los Estados Unidos con los Estados de América Latina (desunidos todos y demasiado centralizados algunos) se notan diferencias notables en cuanto a desarrollo económico y capacidad de consenso. Los historiadores han tratado de encontrar la causa principal de estas diferencias en el área de la religión. Pienso que es un error. ya que es al derecho donde debe mirarse.

El gran objetivo de la administración de justicia en cualquier nación democrática. es el de señalar limites entre el fuerte y el débil. entre el rico y el pobre, entre la mayoría gobernante y la minoría gobernada. De esta forma se sustituye la idea de la fuerza y el temor por la del derecho y el respeto que subyace al mismo.

El resultado del éxito en la consecución de este objetivo es que la energía que se derroche en la actitud de enfrentamiento, se utiliza en la unión para enfrentar la naturaleza.

Si se enfrentan dos hombres en un desierto. quizás gane uno de ellos o quizás pierdan ambos. Lo seguro es que tiempo después seguirá habiendo desierto. Si esos hombres unen sus fuerzas frente a la naturaleza. algún tiempo después encontraremos una granja. quizás una ciudad

Cuando Couture regresó de su viaje por Estados Unidos, donde dictó un curso de Proceso Civil en la Universidad de Tulane. expresó la idea de una especial ventaja comparativa de los uruguayos en el campo del derecho.

En esos momentos la Facultad de derecho de Montevideo. gozaba de un claro liderazgo en los estudios jurídicos en todo el continente latinoamericano. cosa que alaba el Maestro.

Exhortó públicamente a los profesores uruguayos a que se interesen por el derecho angloamericano y dijo además:

"Nuestra formación europea se une además, a nuestra "condición de americanos. Esta doble situación concilia. en cierto modo. las dos grandes ramas de la civilización occidental en el campo del derecho. La crisis de comprensión que existe entre el pensamiento de Europa y de los Estados Unidos, que en el campo del derecho es recíproca y sustancial. puede ser superada desde este vértice sur del triángulo geográfico en que nosotros nos hallamos. Desde aquí podemos no sólo comprenderlos a los dos, sino en cierto modo, por nuestro

antecedente europeo y nuestra condición de americanos, fundir ambas concepciones en una sola. [26]

La comparación deja de manifiesto que, más allá de los signos aparentes, el derecho es una enorme fuerza espiritual del inconsciente colectivo especializada en la represión. Su papel es similar a la idea de super-yo para la persona individual.

En las personas individuales los desajustes y disfunciones entre la represión inconsciente y el yo consciente producen la mayor parte de la enfermedades del espíritu, la rigidez, pesadez, falta de profundidad y extensión a través del orden jurídico producen y causan en forma directa la mayor parte de los males jurídico-sociales por cuya amplia puerta penetra el totalitarismo y la pobreza colectiva.

Siendo la función principal del orden jurídico prevenir la anarquía y la guerra no es una hipótesis aventurada suponer que cuando las instituciones no logran establecerse que es la administración de ese orden la que no esta funcionando

No ignoro que existen sociedades a las cuales lo precedentemente afirmado parece no aplicarse. En el caso de Japón, un orden jurídico anticuado, basado en la codificación, de notoriamente escasa profundidad y extensión produce una floreciente y próspera nación.

Mas debe tenerse presente que las sociedades capitalistas del lejano oriente están firmemente asentadas en relaciones de fidelidad de varias generaciones, donde los contratos de trabajo entre particulares son vitalicios[27] y un rígido sistema moral les asemeja a un nuevo tipo de aristocracia industrial, que a las democracias occidentales basadas en el constitucionalismo. el feminismo y el cristianismo.

La posibilidad y el peligro de una aristocracia basada en la industria de formas muy diferentes al capitalismo clásico está señalada por Tocqueville desde 1835 por Spencer y en la conocida obra de Nietzsche.

---

[26] (Algunas observaciones preliminares sobre la Enseñanza del Derecho en los Estados Unidos. Ed. Panedille. Montevideo. 1955.

[27] Esto puede estar cambiando en los tiempos posteriores a la guerra fría, véase David Kettler; Charles T. Tackney. Light from a Dead Sun: The Japanese Lifetime Employment System and Weimar Labor Law, 19 (1) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL.(1997).

También: Reuter: IBM de Japón abandona el empleo de por vida y despide a 4250 funcionarios, may/jun El Observador.(1995)Notes: Las exigencias de la competencia obligan al gigante del hardware a una gran reestructura que afecta al 28% de los empleados, y el despido de 4250 funcionarios. La plantilla total de la firma es de 25000 empleados. Esta disminución de gastos refleja la drmática modernización de IBM en sus oficinas centrales de Estados Unidos que han despedido a decenas de miles de trabajadores en los últimos dos años para equilibrar sus cuentas.

Dice Tocqueville: "Sea lo que fuere. pienso que la aristocracia industrial que vemos surgir ante nuestros ojos es una de las más duras que haya podido aparecer sobre la Tierra; pero. al mismo tiempo, una de las más limitadas y de las menos peligrosas. Con todo, ese es el lado hacia donde los amigos de la democracia deben dirigir con más inquietud su atención, porque si la desigualdad permanente de las condiciones y la aristocracia penetran de nuevo en el mundo, se puede predecir que lo han de hacer por esa puerta." [28]

Mas recientemente y con mas precisión. nos dice Spencer: [29]

"Cuando de la regulación del trabajo por la burocracia volvemos la vista a la misma burocracia y nos preguntamos cómo seria regulada, en verdad que no hallamos respuesta alguna satisfactoria -... En estas condiciones deberá elevarse una nueva aristocracia. para el sostén de la cual trabajarán las masas, y que al ser así consolidada. se hará dueña de un poder mucho mayor que el de cualquier aristocracia de los tiempos pasados."

Spencer no estudia a fondo el papel de administración de Justicia en la sociedad democrática como verdadero ingeniero social y mucho menos el alcance que han dado a los norteamericanos a la supremacía judicial ante la sociedad en su conjunto. La protección de intereses difusos y la legislación y jurisprudencia antimonopólico encierran un interés muy especial por su proyección futura.

La humanidad enfrenta un camino que nunca ha recorrido antes, donde la distinción entre utopía y realidad pierde sentido, porque cada etapa del futuro ha de ser construida mas que descubierta.

La tecnología puso en manos del hombre herramientas que pueden liberarle definitivamente de la pobreza y la opresión. Pero por una paradoja trágica estos medios han abarrotado los mercados y desplazado mano de obra e intelecto hacia nuevas actividades que antes no tenían rendimiento económico.

La ley de las ventajas comparativas ha dejado de funcionar en el mercado internacional y aquellos bien intencionados que esperan que el proteccionismo económico de los países super-productores desaparezca, posiblemente mucho antes de ver reducidos o anulados los aranceles verán plantaciones de productos tropicales en Canadá y Siberia.

---

[28] (op. cit. paq.516).

[29] Herbert Spencer (1820 - 1903). Filósofo Inglés nacido en Derby (Inglaterra) siendo su padre un maestro de escuela. Autodidacta que trabajó muchos años como ingeniero de ferrocarriles. Publicó libros muy influyentes en las áreas de sociología, psicología y filosofía. Murió en Brighton en 1903.

Carlos Aparicio

Mientras la tecnología parece marchar en una sola dirección, las ciencias morales, sobre todo el derecho, enfrentan posiblemente el mayor desafío de su historia.

El de encontrar respuestas que permitan conciliar las necesidades de la producción masiva robotizada. con los valores tradicionales de igualdad. democracia y justicia que pertenecen a occidente.

La filosofía jurídica norteamericana emite signos numerosos y visibles en busca de respuestas al desafío.

Las propuestas oscilan entre un socialismo democrático y un liberalismo solidario con amplia descentralización, en todos los casos con una amplia supremacía judicial

Existe una clara conciencia que esta tarea si no la realizan los juristas y principalmente los filósofos del derecho no será efectuada por nadie y fundamentalmente, que cualquiera sea el tipo de soluciones que triunfen el jurista tendrá un papel central en la nueva sociedad, para el bien de todas las personas

Bibliografía sobre Orden Jurídico

🕮 Ricardo J. Cavallero,. Justicia Criminal 75-83 (Editorial Universidad) (1991).

🕮 Fernando Cruz,. La función acusadora en el Proceso Penal moderno (ILANUD 1991)

🕮 Pedro R. David,. Sociología Jurídica. Perspectivas fundamentales. Conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual. (ASTREA 1980)

🕮 John Hooper,. Los Españoles de Hoy (Javier Vergara Editor 1987)

🕮 Instituto Interamericano de Derechos Humanos,. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Ediciones Depalma) (1986).

🕮 José M. Rico,. Policía y Sociedad Democrática 12-28 (Alianza Editorial) (1983).

🕮 T. J. Samuel et al. Community policing in Canada (1995)

🕮 Eugenio Raúl Zaffaroni,. El Plenario Oral en el Nuevo Proceso Penal (Editorial Abaco) (1995).

🕮 David Kettler et al. Light from a Dead Sun: The Japanese Lifetime Employment System and Weimar Labor Law, 19 (1) COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL.(1997) VOLUME 19, NUMBER 1, FALL 1997

🕮 Reale, Miguel. La Validez de la Norma jurídica, in Introducción al Derecho. Pag. 97-101.

🕮 Banfield, Edward C., The Unheavenly City Revisited (Boston: Little Brown, 1974)

🕮 Bennet William J. Et al, Body Count: Moral Poverty... And How to win America's War Against Crim and Drugs (New York: Simon & Schuster, 1996)

🕮 Harcourt, Bernard E. Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing

🕮 Harcourt, Bernard E. Policing Disorder Can we reduce serious crime by punishing petty offenses? Boston Review. 04/ 2002.

Capítulo Séptimo
El Estado

Diversas etapas en la organización jurídico política de la sociedad

La sociedad primitiva se organiza alrededor de la familia, generalmente entendida en una noción amplia que abarca la parentela, ayudantes y servicio.

La sociedad prehistórica también conoce a la tribu, que son agrupaciones de familias con el cometido de facilitar la economía o la defensa del grupo.

En los albores de la historia se producen profundas modificación en la composición de la familia y la tribu.

La introducción de la escritura y la agricultura hace cambiar a los grupos primitivos a un tipo de sociedad patriarcal, donde la institución del pater familias ocupa un lugar de relevancia en el grupo integrado usualmente por familias ampliadas llamadas clanes.

El grupo clánico o gentilicio tiene elementos de unidad y solidaridad, que se hacen evidentes cuando un miembro del grupo es atacado o dañado.

La venganza y ciertos rudimentos de control como la ley del talión tienen su lugar mas destacado, aun cuando no se trata de elementos exclusivos de esta época, ya que algunos se provienen de lo mas profundo de la prehistoria y la organización matriarcal y

continúan hasta etapas relativamente modernas de organización jurídica.

Sin embargo, interesa que es el equilibrio entre los grupos clánicos coaligados que promueven la paz social, y esta organización conduce a liderazgos y religiones que en definitiva serán conocidas como Estado.

Si bien es posible, no se ven grandes ventajas en llamar Estado a las primitivas formaciones prehistóricas, aunque en todo caso es un tema de convencionalismos lingüísticos y jurídicos.

El Estado primitivo, entonces, surge en la etapa conocida como civilización, y tiene como principales funciones, la protección exterior de la comunidad a través del ejército, y la autodefensa de la comunidad a través de la Justicia funciones que todavía hoy, siguen siendo las primarias e indelegables del Estado.

En el Estado primitivo, normalmente se encuentra implícito el concepto de servicio a la comunidad, aunque muchas veces esta idea no se institucionaliza como democracia jurídico política.

Los jefes civiles y/o militares del incipiente Estado, hacen normalmente todo tipo de juramentos de fidelidad en forma previa a la toma del mando.

Siempre existe un consejo de ancianos o religiosos, o directamente Asambleas Populares que hacen recordar a los líderes los términos de sus juramentos.

Los visigodos, por ejemplo cuando elegían a un rey, le hacían proferir un juramento que era largo y minucioso y abundaba en promesas de apoyar y defender los intereses de sus súbditos. Cuando investía con la insignia de la realeza, era advertido: ""Rex ejus cris si recta facis; si autem, non facis, non cris." Tu serás rey, en tanto actúes bien; pero sino, dejarás de ser rey.[1]

El Estado suele ser víctima de sus propios éxitos.

[1] Véase Derecho Medioeval in Historia del Derecho (ps. 108 y 109), Editorial Técnica, Montevideo, (2004)

El Estado

Carlos Aparicio

A medida que el Estado crece, con sus cortes y burocracias, el poder se centraliza, y el Estado pasa a ser el principal proveedor de empleos, y el principal instrumento para conseguir riquezas fáciles.

“El principio de gobierno de Roma es la destrucción del individuo en provecho del Estado, la destrucción de las provincias en provecho de Roma, la destrucción de todo en provecho del Emperador.” [2]

Casi todas las civilizaciones presentan un punto de inflexión, en el cual el Estado y su gobierno dejan de estar al servicio de la comunidad para poner a la comunidad en su conjunto al servicio del Estado.

Esto pasó en Roma en la época de Augusto, en Egipto de los Faraones, incluso Israel, un pueblo con particulares tradiciones de libertad, algunas de las cuales provenían de su largo cautiverio en poder de los Egipcios, vio amenazada su libertad durante el reinado de Salomón, aunque una serie de revoluciones posteriores a su muerte dejaron libre al pueblo de un parasitismo estatista centralizador.

[2] Peyrefitte, Alain El Mal Latino, citado por Aparicio, Carlos Derecho Romano in Historia del Derecho, p.69 (2004)

Problemas del Poder

El poder que reviste el Estado, es normalmente delegado por la comunidad que normalmente ve sus ventajas con total claridad. Lo difícil es establecer límites a este poder que muchas veces tiende a crecer en perjuicio de la comunidad.

Las relaciones entre Estado (gobierno y sus ayudantes) y la comunidad, es uno de los temas mas interesantes y que preocupan mas a todo el mundo.

Un Estado expansivo que crece en perjuicio de sus comitentes, es un mal que debiera ser evitado.

Un estado respetuoso de los derechos y tímido en el desempeño ejecutivo o judicial, corre el peligro de ser desbordado por las agrupaciones intermedias y factores de poder como las burocracias, las religiones, los grupos armados, legítimos e ilegítimos, los sindicatos, etc.

Se comprende el interés de la democracia en un Estado equilibrado que asuma dimensiones adecuadas y sea fácilmente financiado por sistemas productivos acordes a las dimensiones estatales.

Lamentablemente, la tendencia a la centralización es muy fuerte, y marca en cierto sentido ciclos históricos en las diversas sociedades.

En etapas tempranas del desarrollo vemos a Estados proporcionados y equilibrados, soportados por poblaciones numerosas y predispuestas.

A medida que las tendencias a la centralización crecen también crece la burocracia estatal y los gastos gubernamentales en lo militar y otros aspectos.

La sociedad comienza a resentirse en lo económico y humano.

El Estado

Carlos Aparicio

En lo económico, los gastos del gobierno pasan a quedar fuera de las posibilidades del grupo, en forma algo paradójica una economía que no puede financiar un Estado, recurre precisamente a este Estado y sus empleos, con lo cual el ciclo económico se agrava.

Una vez que el Estado ha pasado ciertos límites, sólo puede mantener por la inmoderada aplicación de la fuerza contra la misma comunidad.

El Estado, creado por la comunidad para su defensa y prosperidad, pasa a ser un inmenso parásito que vive de una comunidad alicaída por los impuestos y las injusticias.

Entramos en esta etapa en la decadencia de las civilizaciones.

Se pierde la participación ciudadana, la autoridad pasa a ser lejana, muchas veces autocrática, las ideas de las instituciones se pierden, y seguramente pierden representatividad, la comunidad se empobrece en lo material y en lo espiritual.

Cuando llega este estado de cosas, todo gira en torno a la autoridad, y el Estado pasa a ser un inmenso agujero negro, que a similitud de la astronomía, consume todo lo que entra en su órbita y tiene una densidad tal que no permite siquiera salir a la luz.

La sociedad está en estado de ser conquistada o quizás borrada de la faz de la tierra.

Carlos Aparicio

Tocqueville: 1830:
La influencia de los Empleos en Ciertas Naciones Democráticas

Cuando los empleos públicos son pocos, mal dotados e inestables, y por otra parte las carreras industriales son numerosas y productivas, hacia la industria y no hacia la administración se dirigen los nuevos e impacientes deseos que hace nacer a cada instante la igualdad.

Pero al mismo tiempo que las clases se igualan, si las luces continúan siendo incompletas, o los espíritus tímidos, o el comercio y la industria están detenidos en su vuelo, no ofrecen sino medios difíciles y lentos de hacer fortuna. Es entonces cuando los ciudadanos, desesperando de mejorar por sí mismos su suerte, corren en tropel hacia el Jefe del Estado a pedirle protección. Gozar mas comodidad a costa del tesoro público les parece, si no la única vía, al menos la mas fácil de todas para salir de esa condición que no les satisface, y los empleos son la industria mas concurrida.

Así debe suceder, sobre todo, en las grandes monarquías centralizadas, donde el número de las funciones retribuidas es inmenso, y la existencia de los funcionarios se halla bien asegurada. Entonces nadie desespera de tener un destino y gozar pacíficamente de él como de un patrimonio.

No diré que este deseo universal e inmoderado de las funciones públicas, es un gran mal social, que destruye en cada nación el espíritu de independencia y derrama en todo el cuerpo social un humor servil y venal y que sofoca en él las virtudes varoniles. No señalaré tampoco que una industria de esta clase, no crea más que una actividad improductiva y agita al país sin fecundarlo, pues todo esto se concibe fácilmente.

Quiero, si, hacer ver que el gobierno que favorece una tendencia semejante, arriesga su tranquilidad y pone en gran peligro su existencia.

Sé que en un tiempo como el nuestro, en el que se ve extinguirse gradualmente el amor y el respeto que en otra época se tenía al poder, puede parecer necesario a los gobernantes encadenar más estrictamente a cada hombre por su interés, y servirse de sus mismas pasiones para conservarlo en el orden y en el silencio; mas esto no puede durar largo tiempo, y lo que parece en cierto periodo un elemento de fuerza, se transforma con el tiempo en una causa poderosa de trastorno y de debilidad.

En los pueblos democráticos, como en todos los demás, el número de empleados públicos acaba por tener un límite; pero el de los ambiciosos no lo tiene y crece sin cesar por un movimiento gradual e irresistible, a medida que las condiciones se igualan, y no se limita sino cuando faltan los hombres.

Cuando la ambición no tiene más punto de vista que los empleos, el gobierno encuentra una oposición permanente porque se ve reducido a satisfacer, con medios limitados, deseos que no tienen límite. Es preciso convencerse de que, en todos los pueblos del mundo, el más difícil de contener y dirigir, es el que se compone de solicitantes. Por muchos esfuerzos que hagan los jefes, no pueden jamás satisfacerlos y debe temerse siempre que echen por tierra la constitución del país y logren conmover al Estado sólo con el fin de que haya empleos vacantes.

Los príncipes de nuestro siglo, que se esfuerzan en contentar y en atraer hacia ellos solos todos los nuevos deseos que suscita la igualdad, acabarán, si no me equivoco, por arrepentirse de semejante empresa: descubrirán un día que han aventurado su poder al quererlo hacer tan necesario, y que hubiera sido mas razonable y seguro enseñar a cada uno de sus súbditos el arte de satisfacerse por sí mismo. [3]

[3] Tocqueville, Alexis de, **La Influencia de los Empleos en Ciertas Naciones Democráticas,** in La Democracia en América. (Prefacio, notas y Bibliografía de J.P. Mayer) 583 a 584. Fondo de Cultura Económica, México, Buenos Aires (1963)

Carlos Aparicio

La Teoría del Estado

La determinación exacta de la naturaleza y límites del complejo estado moderno son objeto de discusión por la doctrina, y los mismos son el centro de lo que suele denominarse Teoría del Estado.

> "Se necesitan siempre esfuerzos para arrancar a los hombres de los países democráticos de sus negocios particulares y ocuparlos en los comunes: su inclinación natural es abandonar este cuidado al solo representante visible y permanente de los intereses colectivos que es el Estado."
> (Tocqueville, La Democracia en América, Op. Cit. pags. 617 y 618)

La teoría del Estado muchas veces está dominada por preocupaciones de tipo político sobre el alcance mayor o menor del Estado en determinada sociedad concreta, y por grupos con intereses en esta definición, particularmente la burocracia estatal y sus asociados o aspirantes. De allí que los enfoques en teoría del Estado pueden parecer un tanto místicos, dentro de los estudios de derecho constitucional.

No obstante ello, nosotros diremos que un enfoque realista del Estado, básicamente comprende un estudio de el Gobierno en sentido amplio, es decir todos los poderes políticos del gobierno, particularmente los tres poderes clásicos, y las burocracias a través de las cuales estos poderes se expresan.

Esta es la definición de Duguit, y en general de las escuelas realistas.

Estado y Orden Jurídico

El estado, usualmente es comparado con un concepto muy similar, que es el orden jurídico.

En el enfoque Kelseniano, Estado y Orden Jurídico, son entidades abstractas como todos los elementos de la lógica Kelseniana, pero además son sinónimos.

Mirado desde una óptica realista, estamos también ante entidades similares, solamente que miradas desde distintos puntos de vista.

El orden jurídico, aparece como la administración del orden constitucional y legal, a través de agencias especializadas , y el Estado suele presentar mas énfasis en el poder ejecutivo y la burocracia cívico militar que lo acompaña.

También se presenta el problema de la soberanía.

En la teoría democrática, la soberanía, es decir el poder en definitiva, radica en la Nación, o sea en el pueblo.

La soberanía a su vez el pueblo la delega transitoriamente en el Estado, pero en forma fraccionada en el Estado Federal, así que suele hablarse de soberanía del Estado Federal y del Estado Miembro.

Esto puede parecer algo anticuado en la medida que los órdenes jurídicos se superponen sobre la misma población y territorio. A los órdenes ya mencionados del Estado Federal y Estado miembro, deben agregarse los gobiernos locales y municipios, sociedades indígenas o grupos minoritarios que a veces integran verdaderas naciones sumergidas.[4]

Debe considerarse además como fenómeno moderno, el surgimiento de grandes organizaciones supranacionales, como la

[4] Las naciones sumergidas son inmensos grupos humanos que tienen una cultura y un derecho y un idioma que no aparece en los mapas políticos, y muchas veces carecen de reconocimiento oficial. Una de las naciones de este tipo mas grandes en el mundo son los kurdos, una nación que ocupa grandes territorios de Irán, Irak, Rusia, Turquía. Las culturas americanas indígenas sucesoras de los Incas, Mayas y Aztecas forman naciones de estas características.

Unión Europea, que han realizado en base a procesos de naturaleza jurídica proezas que eran impensables incluso con sangrientas guerras hace no mas de 50 años.

No se ven grandes ventajas en marcar grandes diferencias entre Estado y Orden Jurídico, pero, si se desea precisar los conceptos habría que señalar la multiplicidad de ordenamientos jurídicos, frente a la limitación de los Estados y el mayor énfasis en la administración del sistema legal que trae implícito la idea de orden o sistema jurídico.

Ante este tema de técnica jurídica, se presentan problemas humanos de honda dimensión como el respeto a las culturas minoritarias o no influyentes. Así se ha reconocido como una política particularmente estimulada por las Naciones Unidas, el respeto a estas culturas, que en derecho adopta la forma de pluralismo jurídico.

El Estado

Carlos Aparicio

Expansión del concepto de Estado: regionalización y pluralismo

Una gran parte de los cambios de la moderna teoría del Estado, parte de la base del respeto a la diversidad cultural y jurídica y a las minorías raciales y culturales que existen dentro de una nación.- Este respeto parece inconciliable con las teorías verticalistas y formales del Estado autoritario, y deriva hacia la autoridad judicial gran parte de la administración de ordenamientos jurídicos no soberanos, como los ordenamientos indígenas o municipales.

Muchos países de América Central han vivido durante los últimos 50 años verdaderas guerras civiles larvadas, con cientos de miles de muertos, y desde luego con suspensión absoluta de garantías.

Una gran cantidad de cambios han sucedido en la década de los noventa e incluso un movimiento constitucional que ha reconocido derechos indígenas modificando constituciones prácticamente en toda América Latina.

Que las constituciones estén reformadas no es garantía que haya cambios efectivos, pero existe una voluntad política bastante clara para llevar estos cambios a la práctica cotidiana.

Ejemplo:

El Decreto Número 19-2003 fue publicado en Guatemala el 26 de mayo de 2003. Constituye un avance muy importante en el reconocimiento del uso de los idiomas indígenas en Guatemala tanto en esferas públicas como privadas, obligando a la comunicación pública en dichos idiomas (traducción de leyes, educación, servicios públicos, etc.). Esta norma permitirá/obligará a desarrollar un modelo de gestión de la justicia directa en idiomas indígenas, antes limitado a la traducción judicial mediante intérpretes.

A la semana de este decreto se expidió otra norma reconociendo al Chalchiteko entre los idiomas mayas, con lo cual ahora suman 22 (antes sólo reconocía 21).

Nota: Se trata de un documento público (facilitado por la Academia de las Lenguas Mayas de Guatemala a través de Víctor Ferrigno) .

DECRETO NÚMERO 19-2003

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que el idioma es una de las bases sobre los cuales se sostiene la cultura de los pueblos, siendo el medio

principal para la adquisición, conservación y transmisión de su cosmovisión, valores y costumbres, en el marco de las culturas nacionales y universales que caracteriza a los pueblos mayas, garífuna y xinka.

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a su identidad cultural de acuerdo con sus valores, su lengua y sus costumbres, siendo deber fundamental del Estado garantizar esos derechos.

CONSIDERANDO:

El Estado

Carlos Aparicio

Que a través de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo por parte del estado de Guatemala y otros convenios Internacionales, así como en el Acuerdo de Paz Firme y Duradera, Guatemala ha asumido el compromiso de adoptar disposiciones para preservar los idiomas mayas, garífuna y xinka, promoviendo su desarrollo, respeto y utilización, considerando el principio de unidad nacional y carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la nación guatemalteca.

CONSIDERANDO:

Que el Decreto Número 65-90, Ley de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala, establece la promoción, el conocimiento y la difusión de las lenguas mayas y ordena la investigación, planificación y ejecución de proyectos para tal fin, por lo que el Estado y sus instituciones deben apoyar y hacer realidad esos esfuerzos.

POR TANTO:

En el ejercicio de la facultad que le confiere el Articulo 171, literal a) de la Constitución Política de la

República de Guatemala y con fundamento en lo que establece el articulo 66 del mismo cuerpo constitucional.

DECRETA:

La siguiente.

LEY DE IDIOMAS NACIONALES

CAPITULO I

PRINCIPIOS

ARTICULO 1. Idiomas nacionales. El idioma oficial de Guatemala es el español. El Estado reconoce, promueve y respeta los idiomas de los pueblos maya, garífuna y xinka.

ARTICULO 2. Identidad. Los idiomas maya, garífuna y xinka son elementos esenciales de la identidad nacional; su reconocimiento, respeto, promoción, desarrollo y utilización en las esferas públicas y privadas se orientan a la unidad nacional en la diversidad y propenden a fortalecer la interculturalidad entre los connacionales.

ARTICULO 3. Condición sustantiva. El reconocimiento, respeto, promoción, desarrollo y utilización de los idiomas nacionales, es una condición fundamental y sustantiva en la estructura del Estado y en su funcionamiento, en todos los niveles de la administración pública deberá tomarlos en cuenta.

CAPITULO II

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 4. Objeto. La presente ley tiene por objeto regular lo relativo al reconocimiento, respeto, promoción, desarrollo y utilización de los idiomas de los pueblos mayas, garífuna y xinka, y su observancia en irrestricto apego a la Constitución Política de la República y al respeto y ejercicio de los derechos humanos.

ARTICULO 5. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se define como:

a) Idioma: Lengua específica de una comunidad determinada, que se caracteriza por estar fuertemente diferenciada de las demás.

b) Comunidad lingüística: Conjunto de personas que poseen, reconocen y utilizan un idioma común, ya sea en un espacio territorial, social o cultural específico.

c) Espacio territorial: La circunscripción geográfica en la que se identifican los elementos sociolingüísticos comunes y/o históricos.

ARTICULO 6. Interpretación y aplicación. La interpretación y aplicación de esta ley debe realizarse en armonía con:

a) La Constitución Política de la República.

Los tratados o convenios internacionales ratificados por Guatemala.

c) Las demás leyes que integran el sistema jurídico guatemalteco.

ARTICULO 7. Responsables de su ejecución. Es responsabilidad del Organismo Ejecutivo y sus

instituciones, en coordinación con las entidades autónomas y descentralizadas, la ejecución efectiva de la política de fomento, reconocimiento, desarrollo y utilización de los idiomas mayas, garífuna y xinca, contenida en la presente ley.

Aquellas competencias y funciones que sean descentralizadas, como producto de la aplicación, de la Ley General de Descentralización, deberán observar, en lo que corresponda, lo contenido en la presente ley.

CAPITULO III

PROMOCIÓN, UTILIZACIÓN

Y DESARROLLO DE LOS IDIOMAS

ARTICULO 8. Utilización. En el territorio guatemalteco los idiomas mayas, garífuna y xinka podrán

utilizarse en las comunidades lingüísticas que correspondan, en todas sus formas, sin restricciones en el ámbito público y privado, en actividades educativas, académicas, sociales, económicas, políticas y culturales.

ARTICULO 9. Traducción y Divulgación. Las leyes, instituciones, avisos, disposiciones, resoluciones, ordenanzas de cualquier naturaleza, deberán traducirse y divulgarse en los idiomas mayas, garífuna y Xinca; de acuerdo a su comunidad o región Lingüística, por la Academia de Lenguas Mayas.

ARTICULO 10. Estadísticas. Las entidades e instituciones del Estado deberán llevar registros, actualizar y reportar datos sobre la pertenencia sociolingüística de los usuarios de sus servicios, a efecto de adecuar la prestación de los mismos.

ARTICULO 11. Registros. Las normas de escritura propia de cada idioma indígena Maya, Xinka y Garífuna, referentes a nombres propios y de lugares, deberán ser atendidas y respetadas en todos los actos registrales por los funcionarios de instituciones públicas y privadas, entidades autónomas o descentralizadas del Estado. La Academia de las Lenguas Mayas de Guatemala deberá proporcionar información lingüística pertinente a este efecto.

ARTICULO 12. Dignificación. Las expresiones idiomáticas mayas, garífuna y Xinca deben usarse con respeto, decoro y dignidad; debe evitarse su uso peyorativo, desnaturalización y como medio de discriminación. Todos los usos peyorativos, desnaturalizados y discriminatorios de los idiomas indígenas y de sus expresiones son objeto de las sanciones previstas en la legislación relativa a la no discriminación.

ARTICULO 13. Educación. El sistema educativo nacional, en los ámbitos público y privado, deberá aplicar en todos los procesos, modalidades y niveles, el respeto, promoción, desarrollo y utilización de los idiomas mayas, garífuna y xinca, conforme a las particularidades de cada comunidad lingüística.

ARTICULO 14. Prestación de Servicios. El estado velar á por que en la prestación de bienes y servicios públicos se observe la práctica de comunicación, en el idioma propio de la comunidad lingüística, fomentando a su vez esta práctica en el ámbito privado.

ARTICULO 15. De los servicios públicos. Facilitar el acceso a los servicios de salud, educación, justicia, seguridad, como sectores prioritarios, para los cuales la población deberá ser informada y atendida en el idioma de cada comunidad lingüística, sin menoscabo de la incorporación gradual de los demás servicios, a los términos de esta disposición.

ARTICULO 16. Calidades para la prestación de los servicios públicos. Los postulantes a puestos públicos, dentro del régimen de servicio civil, además del idioma español, de preferencia deberán hablar, leer y escribir el idioma de la comunidad lingüística respectiva, en donde realicen sus funciones. Para el efecto, deben adoptarse las medidas en los sistemas de administración de personal, de manera que los requisitos y calidades en las contrataciones contemplen lo atinente a las competencias lingüísticas de los postulantes. En el caso de los servidores públicos en servicio, deberá promoverse su capacitación, para la prestación de servicios tenga pertinencia lingüística y cultural, en coordinación con la Academia de las Lenguas Mayas de Guatemala.

ARTICULO 17. Divulgación. Los medios de comunicación oficiales deben divulgar y promocionar, en sus espacios, los idiomas y culturas mayas, garífuna y xinca y propiciar similar apertura en los medios privados.

ARTICULO 18. Utilización en actos públicos. El Estado, a través de sus instituciones, utilizará los idiomas mayas, garífuna y xinca en los actos cívicos, protocolarios, culturales, recreativos; asimismo, en la identificación institucional e información sobre los servicios públicos de su competencia, favoreciendo la construcción de la identidad nacional, con las particularidades y en el ámbito de cada comunidad lingüística.

ARTICULO 19. Fomento. El Estado debe estimular y favorecer las manifestaciones artísticas, culturales y científicas, propias de cada comunidad lingüística, tendientes a revalorizar las expresiones de los idiomas nacionales. A efecto de desarrollar, promover y utilizar los idiomas de cada comunidad lingüística, el Estado, a través de los ministerios de Educación, Cultura y Deportes, fomentará el conocimiento de la historia, epigrafía, literatura, las tradiciones de los pueblos mayas, garífuna y xinca, para asegurar la transmisión y preservación de este legado a las futuras generaciones.

ARTICULO 20. Registro y actualización de toponimias. Las comunidades lingüísticas, en coordinación con los gobiernos municipales respectivos, harán las gestiones para la adopción oficial de los nombres de los municipios, ciudades, barrios, aldeas, caseríos, cantones, zonas, calles, colonias, lotificaciones, fincas y parcelamientos en idiomas mayas, garífuna y xinca. A este efecto, en un plazo no mayor de seis (6) meses, a partir de la vigencia de esta ley, el Ministerio de gobernación, en coordinación con las entidades vinculadas al tema sociolingüístico, convocadas por éste, deberá emitir un reglamento en donde se definan todos los requisitos y situaciones que hagan procedente los cambios y la oficialización respectiva, en función de una administración más eficiente del territorio y de la organización política y administrativa del país.

CAPITULO IV

FINANZAS Y PRESUPUESTO

ARTICULO 21. Recursos financieros. El estado asignará anualmente en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Nación, los recursos necesarios para el desarrollo, promoción y utilización de los idiomas Mayas, Garífuna y Xinka, en las dependencias que estime pertinente, incluyendo a la Academia de Lenguas Mayas.

CAPITULO V

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

ARTICULO 22. Censo Sociolingüístico. A efecto de la planificación del desarrollo y administración del territorio de las comunidades lingüísticas y en cumplimiento del contenido de esta ley, el Instituto Nacional de Estadística contemplar á el desarrollo de censos sociolingüísticos específicos.

ARTICULO 23. Idiomas en peligro de extinción. Para aquellos idiomas que se encontraren en situación de riesgo de extinción, el Estado de Guatemala, a través de instituciones vinculadas a la materia lingüística y con participación de los interesados, tomarán las medidas adecuadas para su recuperación, utilización y desarrollo.

ARTICULO 24. Reconocimiento. El reconocimiento o fusión de los idiomas mayas, que se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley, se hará previo dictamen técnico de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala y mediante decreto del Congreso de la República.

ARTICULO 25. capacitación lingüística. El Estado de Guatemala, a través de sus entidades, en coordinación con la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala, deberá dar capacitación lingüística para el personal que presta servicio público en las comunidades lingüísticas.

ARTICULO 26. Reglamento. El Presidente de la República, dentro de un plazo de noventa (90) días, emitirá el reglamento respectivo.

ARTICULO 27. Derogatoria. Se derogan todas las disposiciones que se opongan o contravengan a la presente ley.

ARTICULO 28. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia el día de su publicación en el diario oficial.

REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL DÍA SIETE DEL MES DE MAYO DEL AÑO DOS MIL TRES.

JOSE EFRAIN RIOS MONTT, PRESIDENTE; HAROLDO ERIC QUEJ CHEN, SECRETARIO

Estado y Democracia

El Estado refleja la forma de gobierno de la comunidad. Si bien el Estado no necesariamente es el gobierno comunitario.

Así por ejemplo una sociedad aristocrática tendrá un estado con tal característica, en donde ciertos cargos solo podrían ser ocupados por ciertas personas, en cambio la sociedad democrática tendrá características propias e inconfundibles.

Las sociedades modernas desde las grandes revoluciones norteamericana y francesa, han adoptado al menos en forma nominal el gobierno democrático.

Los principios básicos del gobierno democrático consisten en la premisa que el Estado está al servicio de la comunidad; que los gestores, electos o designados, deben rendir cuentas a esa comunidad; que la burocracia está al servicio del Estado y sus fines y no a la inversa.

Estas cosas están, dichos quizás con mucho más precisión y energía, en las declaraciones de derechos humanos y en documentos famosos como la declaración de la Independencia norteamericana redactada por Thomas Jefferson.

El éxito del principio democrático en la organización del Estado, ha sido abrumador, y prácticamente sin discusiones ha informado la totalidad de las constituciones mundiales a partir de la mitad del siglo diecinueve.

No obstante, muchas veces detrás de las instituciones formales se esconden organizaciones elitistas o aristocráticas de importancia, en las que la democracia pasa a ser mas una formalidad que un hecho central de la vida constitucional.

De allí que sea muy importante las instituciones de participación efectiva de la comunidad en el Estado.

Una de las mas importantes formas de participación es el sufragio, pero el mismo tiene limitaciones evidentes.

En los hechos, la vida de una comunidad tiene una enorme cantidad de facetas y matices, las cuales requieren respuestas concretas.

Por razones obvias, no pueden someterse a la participación electoral y al control ciudadano, nada mas que una pequeña parte de los problemas de la vida social, quedando la inmensa mayoría fuera de las posibilidades de la mayoría.

Si el proceso electoral está conducido por políticos capaces, todavía existe la posibilidad que los pronunciamientos electorales respondan a problemas generales de carácter filosófico que podrían llegar a transformarse en un gran número de acciones concretas.

De allí la necesidad de formas de participación mas concreta o mas enérgica, tales como la participación en la administración de justicia o policía.

Recientemente fue aprobado el Jurado popular en la provincia de Córdoba en la Argentina, con jurisdicción sobre delitos graves, corrupción y tráfico de influencias.[5]

[5] El jurado en la Argentina, establecido como una institución importante de aplicación urgente en la Constitución de 1853, no fue aplicado nunca y sustituido por nociones romanistas de absolutismo político jerárquico.

Carlos Aparicio

Participación Ciudadana

El problema de la Nacionalización del Estado

> Como en los siglos de igualdad ninguno está obligado a prestar auxilio a sus semejantes, ni nadie tiene derecho a esperarlo, todos son a la vez independientes y débiles. Estos dos estados, que no deben jamás considerarse separadamente ni confundirse, dan al ciudadano de las democracias instintos muy contrarios. Su independencia lo llena de confianza y de orgullo en el seno de sus iguales, y su debilidad le hace sentir, de tiempo en tiempo, la necesidad de un socorro extraño que no puede esperar de ninguno de ellos, porque todos son débiles e indolentes.
> En esta difícil situación, vuelve naturalmente su vista hacia ese ser inmenso que se eleva solo en medio del abatimiento universal: hacia él lo dirigen sin cesar sus necesidades y sobre todo sus deseos, y acaba por mirarlo como el único y necesario apoyo de la debilidad individual.
> (Tocqueville, La Democracia en América, De. Citada pags. 617 y 618)

Una campaña electoral, por bien llevada que sea, no alcanza a cubrir mas que un pequeño porcentaje de los problemas que rodean al Estado.

En el acierto o el error, el cuerpo electoral toma posiciones claras y definidas pero solamente sobre un pequeño puñado de problemas.

El grueso de los problemas gubernamentales se esconde a menudo en los despachos burocráticos, y a veces rodeado de secretos impenetrables incluso para la prensa.

Estos procesos hacen que muchas veces los gobernantes y las burocracias que manejan partes importantes de la economía se conduzcan en forma alejada de la comunidad a la cual no se toman el trabajo de rendir cuentas de su gestión ni de la marcha de sus empresas.

Esta creciente separación entre la burocracia y la población o entre el Estado y la comunidad es mirado como un defecto que la

teoría jurídica debe corregir, si es que se desea la integración y la paz sociales.

Recientemente se han sancionado (incluso en Uruguay) leyes anticorrupción que establece la publicidad de documentos que no han sido formalmente declarados secretos.

El derecho procesal administrativo debiera también cambiar hacia un derecho democrático, y perder el carácter autoritario y secreto que actualmente reviste.

En Uruguay, recientemente se dio un gran paso adelante estableciendo la oralidad de la administración de justicia civil, sin embargo el proceso penal y el proceso administrativo, entre otros, continúan secretos.

También debe avanzarse mucho en el tema de la participación de hombre común en los temas estatales incluso en los jurados en la administración de justicia.

Mucho puede lograrse también en el tema de las acciones de clase y asociaciones de defensa de consumidores incluso de productos financieros o políticos, que si bien están expresamente establecidas por el Código General del Proceso no han tenido aún una jurisprudencia que ilumine los caminos a seguir en este importante tema.

Carlos Aparicio

Surgimiento y Desarrollo de la Concepción del Estado de Derecho [6]

En la sociedad primitiva el Estado surge dentro de la sociedad, y dentro del derecho de esa sociedad. Es en etapas posteriores de evolución que el Estado se convierte en centralizador, autoritario e incluso absolutista. Un Estado de esta naturaleza hace incluso poderosos esfuerzos en estatizar el derecho, e incluso llega, como los romanos de la época del Corpus Iuris Civilis a ver todo el derecho como una manifestación particular del Estado.

La posibilidad de extralimitar los poderes del Estado en perjuicio de la población y su derecho es una realidad permanente de todas las épocas, y particularmente de la época contemporánea.

La idea de Estado de Derecho, surge precisamente por esta necesidad de poner límites a la autoridad Estatal, y al mismo tiempo brindar difíciles garantías a los administrados.

El tercer considerando de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre señala que es esencial que los derechos fundamentales del hombre sean protegidos por un régimen de derecho.

Muchas constituciones modernas como la española, y la de Ecuador se definen como "…. estado democrático y social de derecho."

Al hablar de Estado de Derecho sin referirnos a épocas históricas o doctrinas determinadas, nos referimos al Estado de

[6] Parte de este tema proviene del discurso celebrado el 14 de junio de 1988, con motivo de darle el nombre de "Sala Estado de Derecho Francisco Lavandeira", a una sala de la Facultad de Derecho UDELAR en Montevideo. El Dr. Francisco Lavandeira (1848- 1875) abogado y periodista, fundador y editorialista del diario La Democracia, y corredactor del primer programa del partido nacional (en ese entonces Club Nacional). El programa estaba fuertemente inspirado en los enfoques de Alexis de Tocqueville. Lavandeira falleció siendo muy joven el 10 de enero de 1875 en un acto electoral, bajo las balas del General Gregorio Suárez.

legalidad cuyo derecho realiza el valor de la seguridad jurídica y de aquella libertad que a la seguridad es consecuente. Esta concepción del Estado de Derecho es afín a la concepción del derecho como un conjunto cerrado de normas válidas, de aplicación casi automática, con amplia aplicación de los métodos racionales, inductivos, deductivos. En lo político resulta justificador de un amplio grado de centralización en la toma de decisiones.

La concepción tradicional de estado de derecho, al exclusivo servicio de la seguridad jurídica, y encarado como un "gobierno de leyes", es pasible de las mismas críticas de los enfoques formales monistas.

Transformación del Concepto de Estado de Derecho

La concepción realista de Estado de derecho es mas flexible y humana y sobre todo mas verdadera. Se ve al Derecho ante todo como un hecho y el hecho mas visible es el momento de la aplicación. Todo sistema normativo tiene como única utilidad su capacidad de predecir la conducta futura de los tribunales.

> Rule of Law (Estado de Derecho). Un principio jurídico, de aplicación general, sancionado por el reconocimiento de las autoridades, y usualmente expresado en la forma de una máxima o proposición lógica. Es llamado una regla, porque en casos dudosos o imprevisibles es una guía o norma para su decisión. Rule of law, a veces llamado la supremacía del derecho establece que las decisiones debieran hacerse por la aplicación de derechos o principios conocidos sin la intervención de la discrecionalidad en su aplicación. Black Law Dictionary. Abridged Fifth Edition.

En la concepción realista el Estado deja de ser concebido como un Estado de legalidad para un Estado de legitimidad cuya autoridad radica básicamente en el consenso de los gobernados y en el equilibrio de las silenciosas fuerzas sociales que estructuran la sociedad en su conjunto. Una idea dinámica del Derecho y el Estado, sustituye al viejo concepto legalista del Estado de Derecho.

Esta idea del Estado de Justicia tiene dos raíces: por un lado la doctrina italiana de post guerra que sostiene la existencia de un principio ético, además de la mera legalidad, que inspira el accionar

del Estado, dado fundamentalmente por los principios generales de Derecho de origen constitucional. Y por otro lado el realismo, que busca fundamentalmente en las garantías procesales y en la organización judicial, los hechos determinantes de los valores de justicia y seguridad jurídica que exige la Nación. En esta segunda vertiente encontramos principalmente a la jusfilosofía norteamericana.

En el Derecho angloamericano la noción de Estado de Derecho (Rule of Law) es una idea compuesta de las tradiciones basadas en el debido proceso legal y en la regla de Derecho. El debido proceso legal tiene el mismo contenido que la doctrina constitucional latinoamericana. La doctrina, no la praxis constitucional. Pero es aplicado en forma mucho mas celosa. Y la regla de Derecho es una construcción jurisprudencial que contiene tres elementos: a) que los jueces no deberían enfrentar los comandos provenientes de la Constitución y de la ley; b) las penas bajo el derecho debieran estar limitadas a conductas previamente definidas y prohibidas; y c) los tribunales deben respetar los límites de su jurisdicción, aun cuando esto pueda frustrar reclamos aparentemente justos.

A poco que planteamos el problema de Estado de Derecho conforme a la jusfilosófica realista y en especial a la escuela de jurisprudencia sociológica, no en términos abstractos sino en los términos concretos de aquí y ahora, el problema se plantea en términos bien diferentes a los tradicionales. Ya no se trata de determinar en qué medida el Estado es consecuente con la auto limitación de sus facultades, sino en qué medida el mismo se somete a los tribunales legalmente constituidos y qué prestigio tienen estos mismos tribunales en la opinión de los ciudadanos.

¿Puede un procedimiento escrito y secreto, con duración promedial mayor de cuatro años, establecer el consenso necesario y la adecuación entre normas y valores correcta para un eficiente desarrollo del Estado?

¿Se encuentra el dominio industrial y comercial del Estado sometido a un eficiente contralor jurisdiccional y es la población consciente de ello?

Piensa la población que con las normas actuales podrá alcanzar los valores corrientes del cuerpo social?

Es importante que cada uno se plantee estas preguntas y trate de encontrar dentro de sí la respuesta. Yo les voy a exponer mi respuesta: la respuesta es no.

Las tradiciones judiciales heredadas del imperio español nunca pudieron ser vencidas por el movimiento constitucionalista. Quizás sea ésta la más formidable barrera para la instauración de un Estado de legitimidad.

La reforma judicial, dice el jurista argentino Massini, no podrá configurar una auténtica reforma si no va acompañada de un radical cambio de mentalidad en lo que a la concepción de derecho se refiere. Sobre los moldes gastados del actual pensamiento jurídico, heredero directo del elaborado en la modernidad, no habrá cambio verdadero ni progreso del Derecho. A partir del formalismo, del normativismo, el deductivismo judicial, la dogmática, el consensualismo, el positivismo jurídico, no habrá reforma que merezca los esfuerzos llevados a cabo para concretarla. Se volverá a lo mismo con distinto rostro, y la mutación de la máscara no será suficiente para ocultar la grave enfermedad que aqueja al organismo jurídico.

Como todas las reformas, la reforma judicial debe comenzar por la de la inteligencia, es preciso dar batalla a los mitos y conjuros del pensamiento moderno e iniciar la marcha hacia la boca de la caverna donde nos espera la luz que dimana de la verdad objetiva. [7]

[7] Massini, El Realismo Jurídico.

Insuficiencia de la concepción de Estado de Derecho como mera legalidad

Ya se vió en otra parte de esta obra, que las instituciones judiciales tienen una gran importancia en la afirmación de los valores, particularmente de justicia y bien común, y como pueden practicamente luchar contra el individualismo egoísta que es un verdadero carcoma de las instituciones democráticas.

Una observación sumamente inteligente de Tocqueville expresa:

Tocqueville, Alexis de: La Clase de Despotismo que deben temer las naciones democráticas, in La Democracia en América, páginas 633 a 634.

Quiero imaginar bajo qué rasgos nuevos el despotismo podría darse a conocer en el mundo; veo una multitud innumerable de hombres iguales y semejantes, que giran sin cesar sobre sí mismos para procurarse placeres ruines y vulgares, con los que llenan su alma.

Retirado cada uno aparte, vive como extraño al destino de todos los demás, y sus hijos y sus amigos particulares forman para él toda la especie humana: se halla al lado de conciudadanos, no los ve; los toca y no los siente; no existe sino en sí mismo y para él sólo, y si bien le queda una familia, puede decirse que no tiene patria.

Sobre éstos se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga solo de asegurar sus goces y vigilar su suerte. Absoluto, minucioso, regular, advertido y benigno, se asemejaría al poder paterno, si como él tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, al contrario, no trata sino de fijarlos irrevocablemente en la infancia y quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Trabaja en su felicidad, mas pretende ser el único agente y el único árbitro de ella; provee a su seguridad, y a sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales negocios, dirige su industria, arregla sus sucesiones, divide sus herencias y se lamenta de no poder evitarles el trabajo de pensar y la pena de vivir.

De este modo, hace cada día menos útil y mas raro el uso del libre albedrío, encierra la acción de la libertad en un espacio mas estrecho y quita poco a poco a cada ciudadano hasta el uso de sí mismo. La igualdad prepara a los hombres para todas estas cosas, los dispone a sufrirlas y aún frecuentemente a mirarlas como un beneficio.

Después de haber tomado así alternativamente entre sus poderosas manos a cada individuo, de haberlo formado a su antojo, el soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera y cubre su superficie de un enjambre de leyes complicadas, minuciosas y uniformes, a través de las cuales los espíritus mas raros y las almas mas vigorosas no pueden abrirse paso y adelantarse a la muchedumbre: no destruye las voluntades, pero las ablanda, las somete y dirige; obliga raras veces a obrar, pero se opone incesantemente a que se obre; no destruye, pero impide crear; no tiraniza, pero oprime; mortifica, embrutece, extingue, debilita, y reduce en fin a cada nación a un rebaño de animales tímidos e industriosos cuyo pastor es el gobernante.

Siempre he creído que esta especie de servidumbre arreglada, dulce y apacible, cuyo cuadro acabo de presentar, podría combinarse mejor de lo que se imagina con algunas de las formas exteriores de la libertad, y que no le sería imposible establecerse a la sombra misma de la soberanía del pueblo.

En nuestro país (Uruguay), la instauración del Estado de Derecho, no como de plena legalidad sino como de plena legitimidad, responde a la aspiración declarada por los Constituyentes de 1830.

Dicen los constituyentes:

"Últimamente el Código Constitucional establece un Tribunal Supremo de Justicia que debiendo juzgar las infracciones de la Constitución y los abusos de autoridad, reprimirá al poderoso por aplicación de la ley y desagraviará al miserable. Concediendo así las personas que desempeñen las funciones de los de los poderes constituidos, los conducirá al solo objeto de su institución y los conservará dentro del círculo de sus respectivas atribuciones. Nuestros jueces, en el ejercicio de la judicatura, no dependerán ya del que manda, ni las sentencias que pronuncien serán el producto de su influjo. Y cuando nuestros legisladores reglamenten el juicio por jurados y advertiréis sancionados, aparecerá ya entre vosotros por primera vez esta institución, cuya utilidad es reconocida por el mundo civilizado. Entonces, vosotros mismos seréis jueces, unos de otros y la libertad civil no dependerá de un pequeño número de hombres: vosotros determinareis los hechos sobre los jueces el Juez ha de aplicar la ley. Os será permitido examinarla y aseguraos que es la misma que establecisteis y a la cual voluntariamente os sujetasteis.

En el conflicto de la aplicación de los principios constitucionales y las tradiciones judiciales, durante la vigencia de la Constitución de 1830, triunfaron estas últimas, y las consecuencias están a la vista.
A la época del presidente Williman en 1907, de los veintisiete gobernantes que tuvo el Uruguay, nueve fueron desalojados del poder, dos fueron muertos, uno gravemente herido, doce tuvieron que luchar con una o mas revoluciones. Solo tres vieron transcurrir en paz el tiempo de su gobierno. El mismo Dr. Lavandeira, a quien rendimos homenaje murió en las confrontaciones a que dio lugar la elección de una autoridad judicial, el Alcalde Ordinario de Montevideo.

Pocos días antes de su muerte, había editorializado:

"Presentar un voto ilustrado y consciente de las funciones del magistrado judicial, que vuelva la elección una protesta viva para los que han prostituido hasta hoy las magistraturas populares llevando a ellas partidarios incapaces de elevarse a la altura de la noble elección del magistrado, hechuras de sus manejos e intrigas electorales que fueron allí a pagar sus votos con la moneda del fraude amparado y

consentido por quienes debieran ser los primeros representantes de la Justicia. [8]

Dos días después dijo:

...las protestas ridículas son siempre suficientes para el Superior Tribunal de Justicia, que ejercía la superintendencia real a todo el sistema judicial. En efecto no se ha hecho una elección en la que haya habido lucha en aquel departamento (Canelones) y en la que el resultado haya sido contrario a esos elementos minoritarios, que no haya sido anulada por el Tribunal de Justicia, fundado en alguna protesta más o menos ridícula, pero siempre apoyada en falsedades comprobadas a la evidencia.[9]

[8] La Democracia, 3 de enero de 1875.
[9] La Democracia, 5 de enero de 1875.

Una nación Turbulenta y Subdesarrollada.

¿Es posible modificar las instituciones judiciales de un país de forma tal de hacerlas mas funcionales y compatibles con los objetivos sociales, de la sociedad democrática?

No siempre la Democracia Suiza (hablamos de la Suiza de Europa), fue el ejemplo jurídico político es hoy.

Cuando se instala la democracia en las Repúblicas Suizas (hoy cantones), se convirtieron en instituciones turbulentas e inestables.

Llegaron a formar cinco gobiernos en solo dos años.[10]

Tan grave es la situación en Suiza que la Academia Francesa de Ciencias Morales y Políticas, establece una polémica formal en la que participan Cherbuliez[11] y Tocqueville:

Dice Tocqueville:

> Es sobre todo por la mala Constitución y la mala composición del Poder judicial que las leyes de la democracia suiza son defectuosas.... Cherbuliez lo nota, sí, pero no lo bastante a mi entender (al entender de Tocqueville).
>
> No parece comprender que es el Poder Judicial el que está principalmente destinado en las democracias a ser al mismo tiempo la barrera y la salvaguardia del pueblo.
>
> Comparando el sistema judicial suizo con el del Estado de Nueva York, dice: "Los miembros de los tribunales superiores no son elegidos, como en Suiza, por la legislatura, poder electivo que a menudo es apasionado, a veces ciego y siempre irresponsable, sino por el gobernador del Estado. El Magistrado, una vez instituido, se considera inamovible. Ningún proceso se le escapa, ninguna sentencia podría ser pronunciada mas que por él. No solo interpreta la ley, puede decirse que la juzga. Cuando la legislatura en el movimiento rápido de los partidos se aparta del espíritu o de la letra de la Constitución, los tribunales la vuelven a conducir a ella, negándose a aplicar sus decisiones. De manera que si el Juez no puede obligar al pueblo a conservar su Constitución, lo fuerza al menos a respetarla mientras existe. No lo dirige, pero lo sujeta y lo limita. El Poder Judicial que apenas existe en Suiza, es el verdadero modelador de la democracia norteamericana".

---

[10] Cuando estalla la Revolución francesa Suiza era República, pero llega a 1830 con un poder legislativo subordinado al ejecutivo y poseído este a su vez por la aristocracia de nacimiento, excluida la clase media de los negocios, y privado el pueblo entero de vida comunitaria.

[11] Profesor de Derecho Público en Ginebra, Suiza.

Carlos Aparicio

Rupturas del Estado de Derecho y defensas que tiene la comunidad en tales casos.

El estado de derecho es una técnica de gobierno, una forma de organización estatal, un valor social colectivo de importancia mayor.

Muchas constituciones modernas, definen incluso su organización como un estado social de derecho (por Ejemplo la Constitución Española).

No obstante es un hecho que el Estado de Derecho, es violado constantemente, y que la fortaleza del Estado de Derecho es diferente en distintas culturas.

Ya vimos en otra parte de este programa que la relación entre fuerza y derecho, conduce muchas veces, principalmente en América Latina a la formación de un movimiento de vaivén, tipo péndulo, de allí que muchas veces sea llamada teoría del péndulo a la observación evidente que cada pocos años (15 o menos) se pasa de un gobierno democrático, que va perdiendo fuerza progresivamente, a un gobierno de fuerza que restaura el orden perdido, y asegura el retorno del proceso democrático. (véase Fuerza y Derecho).

En Europa continental, el proceso es similar, y muchos autores atribuyen las dificultades de la consolidación democrática en Europa continental a la influencia del Derecho Romano (por ejemplo Larry Siedentop y Wiston Churchill)[12]

El hecho fácilmente observable, es que los países con tradición jurídica inglesa, tienen mucho mayor estabilidad constitucional, y eventualmente bases mas firmes para su Estado de Derecho.

[12] Véase Historia del Derecho de Carlos Aparicio. Las obras que se citan son Democracy in Europa de Larry Siedentop y el clásico, Historia de los Pueblos de Habla Inglesa de Wiston Churchill.

El Estado

Carlos Aparicio

Suiza parece haberse convertido en un ejemplo en el seno de Europa continental, y pudo incluso atravesar profundas crisis derivadas de guerras continentales y mundiales sin ver alteradas sus instituciones.

Bibliografía sobre El Estado

🕮 Aparicio, Carlos, **Historia del Derecho**, Montevideo, Editorial Técnica S.R.L. (2004)

🕮 Aparicio, Carlos, **Poder Judicial y Reforma Constitucional. Sobre el Control Social por el Derecho,** Montevideo, Amalio Fernández (1983)

🕮 Burton, Steven J., **An Introduction to Law and Legal Reasoning**, Little Brown and Company (1985)

🕮 Calamandrei, Piero, **Proceso y Democracia**. (Conferencias en la Universidad Autónoma de México en Febrero 1952) Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (1960).

🕮 Couture, Eduardo J. **"Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo"** Buenos Aires, Imprenta de la Universidad (1938).

🕮 Fassó, Guido **"Historia de la Filosofía del Derecho"** Madrid, Ediciones Pirámide S.A. (1983). Ed. 3 pp. 3 v.

🕮 Fueyo Laneri, Fernando **"Interpretación y Juez"** Santiago de Chile, Universidad de Chile (1976).

🕮 Gelsi Bidart, Adolfo **"Un enfoque básico para la reforma del proceso penal."** In: "VIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO PROCESAL", edited by Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Colegio de Abogados del Uruguay, Colegio de Abogados de Rocha and Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo, Editorial Universidad (1995), p. 271-277

🕮 Gelsi Bidart, Adolfo; Pérez Pérez, Alberto; Aparicio, Carlos **“Sala Estado de Derecho Francisco Lavandeira (14 de junio de 1988);** Revista de la Facultad de Derecho Julio- Diciembre 1988 Nos 3 - 4 Montevideo, (1988) Ps. 251 a 269.

🕮 Peyrefitte,. A.; **El Mal Latino**; Plaza & Janés S.A. Editores (1978)

🕮 Siedentop, Larry; **Democracy in Europe**, New York. 2001, 13 y ss.

🕮 Tocqueville, Alexis de, **La Influencia de los Empleos en Ciertas Naciones Democráticas**, in La Democracia en América. (Prefacio, notas y Bibliografía de J.P. Mayer) 583 a 584. Fondo de Cultura Económica, México, Buenos Aires (1963)

Capítulo Octavo

Fuentes del Derecho

Introducción al tema de las Fuentes Jurídicas

Dentro de los temas que tradicionalmente componen la temática de una introducción al derecho, posiblemente sea el tema de las fuentes del derecho, el que tiene mas necesidad de modernización.

Nuevos hallazgos en el área del derecho comparado y en la filosofía del derecho, así como el fenómeno de la globalización cultural han impuesto un cierto acercamiento en los grandes sistemas jurídicos, el cual puede retrasarse notoriamente si se descuida el estudio y discusión de los detalles concretos del cambio.

Para decirlo con un ejemplo:

El Código General del Proceso, admitió lisa y llanamente la equidad como fuente del derecho.- Esta fuente se introduce como alternativa para los tribunales estatales, pero es la fuente por excelencia en el caso de los tribunales arbitrales, que es un porcentaje creciente de litigación.

Es difícil conseguir material sobre equidad en idioma español, y esa dificultad hace que las disposiciones legales, no se apliquen, no porque sean malas, sino sencillamente porque no se conocen los institutos que las mismas refieren.

En este sentido, las referencias de esta obra a la equidad y la costumbre debieran llenar una sentida necesidad informativa en el área de la literatura jurídica latinoamericana.

Otro ejemplo surge de la costumbre. Existe un cierto prejuicio entre nuestros juristas en contra esta fuente del derecho. Se le ve como una fuente conservadora y obstaculizadora del cambio social. Sin embargo esto no es así, ya que a través de la costumbre se puede lograr la integración de las subculturas y reconocer, en la unidad de la nación la diversidad de los grupos. Si bien en Uruguay esto puede figurar remoto en base a que su población tiene un carácter muy homogéneo, el país está integrándose a América Latina a través del Mercosur y de otras instituciones, y en América Latina, solamente tiene unos cincuenta millones de indígenas pertenecientes a distintas etnias. Esto ha hecho que se haya visto en la costumbre una forma de pacificación social en Guatemala, y que se estén haciendo intentos muy fuertes importantes para introducirla a través incluso de modificación en textos constitucionales en casi todos los países latinoamericanos.

Un estudio atento de nuestra propia legislación codificada (Uruguay) , nos revela que nuestro derecho tiene numerosas referencias a la costumbre, referencias legislativas y por consiguiente formalmente válidas.

Finalmente, el área de las fuentes jurídicas totales, que era sencillamente ignorada hasta hoy por los juristas en el tema de las fuentes, aparece como de urgente consideración.

El estado napoleónico, propuesto por la Codificación, centralizado, elitista y autoritario. convertido en modelo político latinoamericano tiene alternativas posibles solamente a través de una revisión profunda de los institutos de derecho.

Fuertes presiones de hacia las regiones, estados o departamentos invitan a la descentralización. La misma España Borbónica, modelo del centralismo jurídico convertida a la democracia después de un largo período autoritario del franquismo, es hoy en términos prácticos un país federal, es lógico que los países nacidos en la democracia y el federalismo intenten descentralizar sus propias estructuras, excesivamente centralizadas por corruptelas políticas y jurídicas.

Además de ello, se suman las presiones de hacia la integración económica, en un mundo en el cual para subsistir, es indispensable la pertenencia a grandes bloques económicos.

Nunca antes, excepto quizás en la época de la patria vieja, el mundo ofreció tales propuestas de cambio y desafíos, y en muchos de estos temas, las actitudes de los hombres de derecho es un requisitos indispensable para el cambio en paz.

Cuando la población mira hacia el derecho en espera de las respuestas, el material para ofrecer en el tema de fuentes, luce algo escaso y anticuado.

Éste es un modesto aporte para su actualización.

Fuentes del Derecho

La Vida Social

La palabra fuente, evoca el lugar en que un curso de agua sale a la tierra, el lugar donde nace. Y en materia de derecho, la palabra se usa también con esa idea de nacimiento, origen, lugar de formación.

Esta explicación responde a la idea básica, que a la pregunta de donde surge el derecho? como a la pregunta de donde surge el río o arroyo; tiene una sola contestación: el derecho surge de la vida en sociedad, que es la verdadera fuente del Derecho.

Una sociedad moderna de fines del siglo XX, tiene dispositivos jurídicos de una enorme complejidad, que de alguna forma tienen a su cargo, la marcha ordenada y con las mínimas fricciones posibles de poblaciones a veces integradas por muchos millones de personas.

La Sentencia Judicial

El derecho tiene la función de lograr una vida ordenada en sociedades muy extensas y complejas, armonizando a veces diferentes intereses y estilos de vida.

En ese proceso se inserta la sentencia judicial, como una herramienta poderosa y necesaria de la producción jurídica, quizás la mas importante, porque es la que pone al derecho, a veces abstracto y general en contacto con los elementos cotidianos de la vida humana.

Todo el derecho, es derecho declarado, pronosticado, abstracto, hasta que llega el momento de la aplicación jurídica, la que siempre se hace, o generalmente se hace a través de una sentencia.

Desde luego que hay, en todos los sistemas jurídicos un alto grado de autocumplimiento de las normas, pero sobre el derecho consensual y autoaplicado, siempre planea el hecho que en caso de discordia, discrepancia, o violación, el derecho se aplicará en definitiva a través de una sentencia judicial.

Es un mensaje básico del constitucionalismo democrático, que nadie puede ser penado ni condenado, ni penal ni civilmente sin forma de proceso y sentencia judicial.[1]

Pero esta sentencia judicial, no se elabora de cualquier forma, sino que se hace a través de determinados procesos o mecanismos habilitados socialmente que se llaman Fuentes del Derecho.

Cossio.[2] *definía a las Fuentes del Derecho, como la señal societaria que el Juez establece en su sentencia, para lograr su validación.*

Hay, en el tema de fuentes siempre una referencia a la actividad judicial de aplicación al caso concreto.

Si hablamos de la constitución como fuente jurídica, hablamos entonces del poder motivante de la constitución sobre la sentencia judicial, mas que el poder abstracto del documento constitucional.

Es una referencia común en los autores, que en definitiva, la fuente común del derecho nace de la vida social, y que en definitiva, es la vida en sociedad la fuente común del derecho.

---

[1] Constitución de la República. Artículo 12. Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal. Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948. Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oida publicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

[2] Carlos Cossio, excelente filósofo argentino del derecho, recientemente fallecido. Entre otras obras ha escrito Teoría de la Verdad Jurídica.

Pero por sobre esta afirmación de sentido indudable e incontestable, puede afinarse un razonamiento algo más detallado, cuando se entra al análisis, que esa vida social influye sobre el espíritu del Juez de formas relativamente uniformes, que en un principio estaban determinadas en una clasificación inspirada en la división de poderes.

El juez norteamericano Cardozo (ex-miembro de la Suprema Corte de Justicia de ese país), define no ya a las fuentes sino al propio derecho como: ". . . ***un vasto y poco preciso conglomerado de principios, reglas, costumbres, usos y pautas morales, listos para ser incorporados en una decisión según cierto principio de selección a ser practicado por un Juez. Si tales elementos tienen la firmeza suficiente como para justificar con razonable certeza la predicción de que hallaran respaldo del Tribunal, en caso de que su autoridad sea controvertida, entonces digo que los mismos son Derecho."***

Fuentes Formales y Materiales

Según García Maynez: "por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas"..[3] .[4] Dicho autor manifiesta también que: "... de acuerdo con la opinión mas generalizada las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia.".[5]

Según Jorge Hübner, "Fuentes formales son las formas o cauces en que el Derecho Positivo está contenido y se manifiesta en la vida social. En otras palabras, las fuentes formales son sencillamente las formas de expresión del Derecho: Ley, costumbre, sentencia y, según algunos autores, las opiniones de los tratadistas y los tratados internacionales. .[6]

No es una clasificación que esté en el derecho positivo, sino que por contrario es una clasificación de origen doctrinaria e instrumental. No debe entonces de forma alguna, dársele a esta clasificación un sentido mayor que el de permitir separar fenómenos distintos para facilitar su estudio, que en este caso, además no es tampoco de gran utilidad.

---

[3] García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa S.A. México (1980). Pag. 51.

[4] Agrega el autor citado: "...las formales son procesos de manifestación de normas jurídicas. Ahora bien: la idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y que deben realizar determinados supuestos."

[5] Op. cit. pag. 51.

[6] Hübner Gallo, Jorge Iván. Fuentes y formas de expresión del Derecho. In Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1976. pag. 145

Fuentes Totales y Particulares

La sociedad civil está integrada por varias sociedades, que a su vez producen ordenes jurídicos autónomos o independientes.

En el estado federal, donde los estados miembros, cada uno de ellos, una sociedad y un orden jurídico, que se unen para formar otra sociedad y otro orden jurídico, a la cual transfieren una parte de esa soberanía, la fraccionan.

El hombre de la calle se encuentra con una soberanía fraccionada, el poder federal y el poder del estado miembro.

Cada uno de estos ordenes jurídicos tiene su poder legislativo constituyente y reglamentario; su poder judicial y su poder ejecutivo. Su costumbre y su doctrina.

En caso de ocurrencia de un conflicto entre dos personas entre tantos millones por lo menos habrá 2 jueces que estén eventualmente en condiciones de resolverlo y uno solo que deberá ser competente y que deberá optar entre múltiples fuentes.

La solución de este problema se pretende encontrar con el análisis del tema de las fuentes del derecho.

Dice sobre esto Carnelutti .[7] : "Propiamente, a diferencia de las fuentes formales, las fuentes jurídicas materiales son fuentes únicas o totales, en el sentido que de ellas proviene o al menos puede provenir, no tanto una categoría de órdenes cuanto la totalidad de las

[7] Carnelutti utiliza la palabra fuentes materiales como equivalente de fuentes totales o únicas, y fuentes formales como fuentes materiales. Esto provoca confusiones en el área hispana, por lo que la clasificación entre formales y materiales será explicada con el alcance del sub-capítulo anterior, y para hablar del surgimiento del derecho indiferenciado en ordenes jurídicos completos hablaremos de fuentes únicas o totales.

órdenes que constituyen un ordenamiento, es decir: el ordenamiento entero; es claro, por tanto, que la pluralidad de fuentes materiales, se resuelve en una pluralidad de ordenamientos en la que precisamente consiste el problema, mientras varios ordenamientos son extraños uno a otro, como los varios ordenamientos correspondientes a los diversos estados nacionales, su coexistencia, aunque no este como veremos libre de dificultades teóricas y prácticas, está reconocida ab antique, pero el que puedan coexistir varios ordenamientos en el mismo ámbito es fruto, al contrario, de un descubrimiento reciente, acaso no sistematizado todavía del todo en el cuadro de la doctrina jurídica."

El punto critico se refiere, naturalmente, a la relación entre los varios ordenamientos, la cual están destinados a operar en el mismo ámbito, no puede ser mas que de conexión recíproca.

Por eso las fuentes únicas o totales de un ordenamiento jurídico que no sea enteramente rudimentario son más de una; más bien son muy numerosas. Se puede hablar así junto al ordenamiento y a la fuente nacional o incluso ultra nacional de ordenamientos y fuentes cantonales, regionales, provinciales, comunales, profesionales, etc.

En esa multitud la primera distinción es entre fuente independiente o superior y fuentes dependientes o inferiores; distinción relativa en el sentido de que se refiere a la relación concreta entre dos ordenamientos dados, por lo que un mismo ordenamiento puede ser independiente o dependiente , superior o inferior respecto a otros ordenamientos diferentes.

- 🕮· Ultra nacional
- 🕮· Federal
- 🕮· Cantonal
- 🕮· Fuentes Materiales Regional
- 🕮· Provincial
- 🕮· Comunal
- 🕮· Profesional

Relaciones entre fuentes totales y particulares del Derecho

El problema de las relaciones entre las fuentes materiales y formales de derecho se encuentra aún en etapa de investigación de la doctrina, investigación muy estimulada por la fuerte tendencia de la economía a formar bloques económicos del tipo de uniones aduaneras, del cual el Mercosur es un ejemplo palpable.

La fuertes demandas de la población en la área de la economía, llevan al surgimiento de bloques económicos que permiten economías derivadas de números masivos en la producción y además una cierta disminución de los gastos militares que generalmente están fuertemente estimulados por el estado napoleónico tradicional. Este se ve amenazados hacia arriba por las tendencias hacia los bloques multinacionales, y hacia abajo por una incontenible regionalización que desea contemplar la diversidad cultural.

La situación preindicada se da en Europa, pero también en América Latina, aún cuando las fases de desarrollo están en etapas mas tempranas. De cualquier forma, puede vaticinarse con total seguridad que grandes cambios están en el horizonte, y éstos requerirán una activa participación de los sistemas de derecho y desde luego de los hombres de derecho.

La complejidad del tema, puede resumirse en el siguiente cuadro tomado de un estado federal , donde coexisten al menos tres ordenes jurídicos distintos.

Constitución
Ley

Estado federal *Costumbre*
Jurisprudencia
Principios generales

Constitución
Ley

Estado miembro	*Costumbre* *Jurisprudencia* *Principios generales*
Comuna o municipio	*ley (ordenanzas)* *Jurisprudencia* *costumbres municipales*

Importancia del Estudio de las Fuentes Totales del Derecho

Los diferentes ordenes jurídicos de una nación, se encuentran en una relación de coordinación o de subordinación.

La coordinación es una relación de coexistencia basada generalmente en una distribución territorial, como en dos estados miembros de una federación, o dos municipios de un estado.

Ante la distribución territorial se antepone la distribución vertical, mediante la cual varios ordenamientos jurídicos coexisten en una relación que va desde la relativa independencia del estado miembro con respecto al estado federal en las federaciones bien constituidas, hasta la estrecha subordinación al ordenamiento superior de las comunas y las organizaciones profesionales.

En Europa, con motivo de la integración económico-política derivada del mercado común europeo el tema muy insinuado en la obra de Carnelutti en la segunda postguerra, ha cobrado creciente actualidad.

La organización centralizada y exclusivista típica del estado napoleónico perdió vigencia, y las organizaciones centralizadas que permanecen como los estados nacionales de España e Italia, pierden permanente terreno, frente a las organizaciones confederadas de las Comunidad Económica a un nivel general europeo, y frente a las regiones en los niveles locales.

España se ha convertido en términos prácticos en un Estado Federal, que a su vez integra una federación, por lo que su soberanía, se encuentra diluida en una multiplicidad de ordenamientos jurídicos que van de las regiones con creciente protagonismo como los ordenamientos autónomos de Vasconia, Galicia y Cataluña, entre otros.

En Italia, la Constitución de 1948, estableció, parcialmente en base a presiones de las potencias vencedoras, democráticas y federales, que gran

parte de la soberanía retrovirtiera a las regiones. Una ley de 1970 de Regionalización dio un paso mas en ese sentido, aún cuando el resultado final es muy incierto en base a la despareja aplicación y aceptación que tuvo dicha ley en las distintas regiones de Italia.

Alemania, de ser un Estado Unitario en la época del Tercer Reich, se convirtió en un Estado Federal, con los Lander, ocupando un protagonismo fundamental en la estructura constitucional alemana.

Si bien las dificultades de la descentralización en los países tradicionalmente unitarios son muy grandes, puede pronosticarse que es inminente una descentralización masiva de la producción jurídica de estado concebido en forma tradicional. [8]

En América Latina este tema reviste la más urgente actualidad.

Desde antiguo, se vio las dificultades que tenían los pueblos latinoamericanos en adaptarse a los mecanismos de fraccionamiento de soberanía.

Nuestro propio país, debe su existencia a las luchas que por la implantación de un orden federal implanto nuestro Prócer.

Tampoco fue extraña nuestra nación, a los conflictos que sacudieron a los argentinos durante todo el siglo, que de alguna forma

---

[8] Debe tenerse presente en este sentido la opinión de Levy Bruhl, expresada hace ya muchos años, donde desdibuja el panorama del pluralismo jurídico en Europa:

"Existen, a este respecto, dos escuelas, de las cuales una puede ser llamada monista y la otra pluralista. La primera a la que adhieren casi todos los juristas, estima que un solo tipo de grupo social, el grupo político que hoy se llama bastante comúnmente, sociedad global está habilitado para crear normas jurídicas. La otra escuela, a la que adhieren aparte de algunos juristas, sociólogos y filósofos, sostiene que todo grupo de alguna consistencia puede darse, y a menudo se da, normas de gobierno que pueden exceder el carácter de simples reglamentos para adquirir el alcance de verdaderas normas jurídicas. Mejor que consideraciones teóricas, es el examen de la realidad, el que nos permitirá formarnos una opinión al respecto. La primera doctrina que se relaciona, debe advertirse con las teorías hegelianas y marxista, aunque es igualmente enseñada por los juristas clásicos, es por cierto, errónea. Una simple mirada sobre la vida social permite comprobar que existen prescripciones legales, o por lo menos jurídicas, además de las que han sido impuestas por la autoridad política. existieron y existen aún hoy, derechos que no emanan de los órganos de la sociedad global. Hay derechos supranacionales y derechos infranacionales. Sociología del Derecho. Eudeba. Buenos Aires. 1966

estaban directamente vinculadas al respeto de las soberanías locales fraccionadas.

Si bien a la larga puede afirmarse que triunfo el artiguismo y el federalismo en Argentina, por la sanción de la constitución de 1853, no se puede afirmar lo mismo respecto a su espíritu.

Si bien la tendencia a la centralización es universal, existe una especial dificultad latinoamericana que convierte el fenómeno en algo realmente incontrolable y que una simple mirada sobre la distribución de la población con un altísimo porcentaje en la capital, permite descubrir.

Las dificultades de coexistencia entre el estado federal y el estado miembro, no serían algo importante a nivel político, sino fuera porque la perdida de vitalidad de las regionales e individuos en el proceso es mucho mayor que la ganancia de capacidad y uniformidad del centro político.

No sólo estas dificultades pueden señalarse en el problema de la coexistencia de ordenes diferentes, sino que deben agregarse aquellas emergentes de la formación de ordenes jurídicas supranacionales, de los cuales el fracaso de la ALAC, es su síntoma más notorio. Fracaso que tuvo lugar a pesar de una clara voluntad política integracionista y, sobre todo, de una evidente conveniencia económica .

Parece clara la existencia de toda un área de conocimiento que ofrece a la investigación interesantes posibilidades de éxito, siempre que sea encarada con claro espíritu científico.

Es interesante señalar una advertencia de Tocqueville en La Democracia en América, publicada en 1835.

"Es opinión generalmente difundida que la existencia y la duración de las formas republicanas en el nuevo mundo (N.A.) dependen la existencia y de la duración del sistema federativo. Se atribuyen una gran parte de las miserias en la que están sumidos los nuevos Estados de la América del Sur, a que han querido establecer allí grandes repúblicas, en lugar de fraccionar en ellas la soberanía." .[9]

[9] Tocqueville. La Democracia en América.

Relaciones entre las Fuentes del Derecho Totales y Particulares

Para tener una guía sobre el tema de las fuentes de derecho, aplicables a un caso o país determinado, pueden formularse algunos principios:

1) La constitución nacional, es la primera de las fuentes de derecho, y en base a ella se determina la existencia y legitimidad de las demás. En los estados federales es la constitución federal.

2) La ley federal, es la segunda fuente de derecho, y los tratados internacionales, siempre que este dentro de la competencia constitucional exclusiva del congreso u órgano representativo que corresponda. Si se encuentra dentro de la competencia constitucional, decide la máxima autoridad jurisdiccional (jurisprudencia).

3) Si el caso no se encuentra dentro de la competencia exclusiva del congreso, corresponde por principio a la soberanía del estado miembro, y sus correspondientes fuentes de derecho.

4) Se atribuye mayor importancia relativa a la función jurisdiccional en el estado federal. En 1942 se atribuye al Juez norteamericano Jackson: "Si nos privan del Common Law, nuestro sistema federal seria imponente.". Como se vera el régimen del Common Law, permite mucho mayor autoridad a la jurisprudencia frente a otras fuentes.

Tocqueville, en la obra citada habría dicho: "Hemos visto que en ninguna parte es más necesario constituir fuertemente el poder judicial, que en los pueblos federados, porque en ninguna parte las existencias individuales, que pueden luchar contra el cuerpo social, son mayores y se encuentran en mejor estado de resistir el empleo de la fuerza material del Gobierno.

5) La distribución constitucional de competencia determina el derecho aplicable y el Juez competente.

Fuentes Particulares del Derecho

El derecho se aplica y vive a través de la sentencia judicial, que es la forma en que la comunidad hace entrar sus ideales jurídicos a la convivencia cotidiana.

Esa sentencia judicial, no se dicta de cualquier forma, sino siguiendo ciertas pautas cuidadosamente establecidas por jueces y comunidad.

Los jueces, ven gustosos los mecanismos que otorgan a su actividad pautas objetivas que les liberen de involucrarse demasiado con las decisiones, y la propia comunidad necesita una cierta uniformidad en las decisiones, las cuales serán a su vez pautas de conducta en el futuro.

Esas pautas de conducta concreta, serán las fuentes particulares del derecho que básicamente son: constitución, legislación, costumbre, jurisprudencia, principios generales de derecho y equidad.

Cada sociedad tiene un criterio propio nacional para la resolución de sus controversias, mas dentro de la individualidad que representa el tratamiento del tema, podemos distinguir los grandes enfoques o familias jurídicas, según el balance que en materia de fuentes ordenan la resolución judicial.

La alternativa jurídico política puede formularse entre el predominio de la ley (stare legibus) y por lo tanto del legislador que lo dispone todo anticipadamente y a lo cual ha de someterse el juez disciplinada y humildemente. O bien a la inversa, predominio de un juzgador que dispone de facultades relativamente amplias que le permiten una cierta creación judicial del derecho (stare decisis).

En el sistema de creación judicial, son notorias las mayores capacidades del Juez para la resolución de la controversia.

El antecedente jurisprudencial, es obligatorio sólo en apariencia, ya que siempre puede un juez fundamentando adecuadamente su decisión crear un "leading case ", que podrá sentar una nueva jurisprudencia. La aplicación amplia de Fuentes alternativas de la ley confirman lo mismo ya que los requisitos para la costumbre como fuente del derecho esta que La misma sea "racional"; criterio que da un amplio margen a la interpretación judicial; con mucho mayor razón la equidad tomada como fuente de derecho autónoma.

La presentación de posibilidades extremas (gobierno de leyes o gobierno de jueces) sirve provechosamente para marcar etapas

históricas del derecho y del tema de la interpretación, que eran justamente contrapuestas entre sí además, constituyendo la una reacción de la otra, aún alternadamente.

La Constitución como Fuente del Derecho

Frecuentemente se omite destacar por los autores en forma expresa esta fuente jurídica, seguramente por considerársele dentro del concepto genérico de ley.

Debe marcarse que la super-ley es, más que la primera fuente, la de mayor jerarquía, y aquella por lo mismo debe atenderse muchísimo más de lo que hoy se hace corrientemente.

El nuevo título preliminar del Código Civil español, establece que: "carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior" estableciendo expresamente la calidad de fuente jurídica separada a las disposiciones constitucionales.

A través de la fuente constitucional, a su vez, otras fuentes relegadas a segundo término, como los principios generales de derecho pasan a primer plano.

Los derechos humanos, que además de valores básicos de jerarquía constitucional, son principios generales del derecho, tienen al amparo de la fuente constitucional un posición relevante dentro del panorama de las fuentes jurídicas.

El proceso constitucionalista democrático ha establecido normas expresas que los derechos humanos establecidos en los textos constitucionales, no deben interpretarse en forma restrictiva e indican expresamente la existencia de otros derechos no declarados expresamente en los textos constitucionales.

Es el caso del art. 72 de la Constitución Uruguaya, que dice expresamente que la Enumeración de Derechos Deberes y Garantías no excluye aquellos que son inherentes a la dignidad humana o a la forma republicana de gobierno..[10] .[11]

Divorcio en Argentina

[10] Constitución de la República Oriental del Uruguay. Artículo 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

[11] Constitución Argentina de 1853, artículo 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo de la forma republicana de Gobierno".

El divorcio en la Argentina no concedía capacidad a los cónyuges divorciados de contraer nuevas nupcias. Una multiplicidad de uniones irregulares se habían producido como consecuencia de esta situación, y las encuestas de opinión daban, en la Argentina una mayoría abrumadora de opiniones favorables al cambio de la situación jurídica de los cónyuges divorciados en el sentido de restablecer su aptitud nupcial.-

Una pareja de abogados que vivían en situación de concubinato, con una familia de hecho de varios hijos se presentó solicitando nuevo matrimonio, el cual estaba prohibido por una vieja ley de estado civil (art. 64 ley 2393) en base a que ambos estaban casados y divorciados de anteriores matrimonios. Con dos sentencias adversas, apelan a la Suprema Corte de la Federación Argentina, quien por una mayoría de tres a dos, declara inconstitucionalidad esta norma.

El caso tiene la particularidad que la sentencia judicial declara en forma expresa la existencia de derechos humanos implícitos como el derecho a la intimidad. Asimismo, la sentencia reconoce que situaciones que podían ser consideradas constitucionales hace un siglo (la prohibición de nuevo matrimonio a los divorciados), podían devenir inconstitucionales un siglo después a raíz del cambio en los valores jurídicos del país y sus ideas básicas de justicia.

Puede observarse con claridad, que el documento constitucional, si bien no trae una teoría de las fuentes, impone su mayor jerarquía sobre el título preliminar del Código Civil, en la medida que trae disposiciones de amplia generalidad, y aún, disposiciones implícitas como los derechos humanos del art. 33 (Constitución Argentina) o 72 (Constitución . Uruguaya).

Problema de la Constitucionalidad de las Leyes

La constitución uruguaya vigente se aparta de sus similares Argentina y Norteamericana, al no conceder a los jueces comunes

la facultad de aplicar directamente la constitución en aquellos casos de conflicto con la ley.

En caso de conflicto, las partes o el Juez, pueden pedir a la Suprema Corte de Justicia la declaración de inconstitucionalidad..[12]

En las constituciones citadas, los jueces de primera instancia pueden aplicar directamente las disposiciones constitucionales, sin perjuicio de que en todos los casos, cuando se trata este tema, por vía de aclaración tiene siempre la última palabra él máximo órgano jurisdiccional.

[12] Artículo 257 de la Constitución Nacional: A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia, y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

Artículo 258. La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, podrán solicitarse pro todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:

1°) Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia.

2°) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, también podrá solicitar se oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad antes de dictar resolución.

En este caso, y en el previsto por el numeral 2°, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

La Ley como Fuente del Derecho

Antecedentes Históricos

En la sociedad primitiva, el surgimiento de la ley como fuente de derecho aparece en una etapa relativamente tardía de la evolución social. Existen una serie de ideales jurídicos o ideas de lo correcto, con respuestas sociales ante lo que se consideran agresiones al grupo, las cuales son aplicadas generalmente por órganos que después van a evolucionar como jurisdicciones religiosas y que vendrían a ser el equivalente de la moderna jurisprudencia.

En este entorno, surge un caudillo o líder que desarrolla funciones de mando en caso de guerra, que después va a evolucionar, en algún tipo de jefatura de estado, y llegada la escritura, en la ley como fuente de derecho.

En algún momento de la evolución de las instituciones jurídicas, la jurisprudencia y la ley representan el derecho y la fuerza.

La evolución del estado absolutista, representa de alguna forma el crecimiento de la fuerza a expensas del derecho.

Es particularmente significativa la evolución en el período histórico Romano. Como en todas las sociedades primitivas y modernas, en Roma, la ley fue una importante fuente de derecho.

Pero Roma tuvo la particularidad de evolucionar como una de las potencias mas centralizadas del globo, y de hecho, la única que tuvo la capacidad de unir a todo el mundo conocido de su época bajo la égida de un poder imperial de incalculables dimensiones.

Es en Roma, donde la ley comienza a desplazar totalmente al derecho, bajo la ficción de que el derecho no existe sino está legislado, y por tanto la legislación es la única fuente del derecho.

Adriano.[13] representa una etapa importante en la evolución comenzada desde el Imperio, en la cual se centraliza en el Emperador todas las funciones del Estado Romano, el que comienza su rápido ascenso para convertirse en la potencia mas despótica y centralizada que existió en todos los tiempos de la historia occidental.

El consejo imperial (consilium principis), que bajo Augusto era una simple reunión de amigos, se convierte en un organismo burocrático estable y altamente tecnificado, integrado por expertos en derecho y encargado de funciones bien determinadas, como las respuestas

[13] Emperador desde 117 a 138. Tuvo fama de gobernante capaz. En lo político se caracterizó por representar el punto álgido en las relaciones con el pueblo judío, a quien persiguió tenazmente, provocando incluso la rebelión judía de los años 132-135.

(rescriptos) a las consultas dirigidas al emperador sobre la interpretación del derecho vigente. A partir de Adriano, entre cuyos asesores hay juristas ilustres como Publio Juvencio Celso (de la escuela proculeyana) y Salvio Juliano (de la escuela sabinianna), los juristas mas importantes son funcionarios imperiales.- Adriano no solo tecnifica la administración imperial sino concentra en el emperador la producción del derecho. Es el primer emperador en emitir rescriptos, forma principal de la labor imperial de creación jurídica hasta que Constantino asume directamente la facultad legislativa. A partir de Adriano, los acuerdos del senado (senadoconsultos) se convierten en simple forma cuya sustancia es la proposición (oratio) del emperador, aprobada automáticamente por el cuerpo. Y, como hemos dicho, Adriano burocratiza a su servicio la jurisprudencia y seca además una fuente importante del derecho al ordenar a Salvio Juliano la redacción definitiva de los edictos pretorios y edilicio (Edicto Perpetuo) .

El resultado de esta evolución es la invasión por la ley a las demás fuentes del derecho, y la expectativa de una solución estatal legislativa a cada conflicto de intereses.

Este estado de cosas influyó en forma decisiva en el exceso de centralización que en definitiva provocó la decadencia del Imperio Romano de occidente y su posterior desaparición y sustitución por otro derecho radicalmente distinto.

En 1454, Carlos VII, mediante la ordenanza de Montil les Tours, dispuso que las costumbres francesas fueran oficialmente redactadas por escrito. La ordenanza fue observada negligentemente. Al producirse la revolución todavía no se había dado termino al trabajo.

Desde la ideología, la influencia del derecho romano de la época del Digesto, y una cierta desconfianza hacia la magistratura, impulsaron un proceso de creciente atrofia de la costumbre como fuente de derecho.

Desde las raíces mismas de la sociedad, se respondía a una tendencia de la sociedad francesa iniciada siglos antes hacia la centralización del poder, y sobre todo hacia el valor que representaba la seguridad jurídica.

La redacción de las costumbres por escrito va ser la base de la Codificación, de allí la certeza de la frase de Spencer sobre que "la ley, es una forma cristalizada de la costumbre".

La revolución francesa ve con simpatía la creciente recuperación de la ley como fuente hegemónica del derecho, y en base a ello, surge la Codificación, de amplia repercusión en América Latina y en el mundo.

Surge una reacción inesperada a este movimiento, en la escuela histórica del derecho, representada por varios juristas alemanes y principalmente por Savigny.

El historicismo trata de jerarquizar a la costumbre como la única y verdadera fuente del derecho, de la que todas las demás extraen vida y significado. El historicismo pretende sustituir el culto por la ley y por la razón escrita, por el reconocimiento de la costumbre como expresión viva de la conciencia jurídica popular.

Posteriormente, la escuela histórica entró en una grave crisis de sus supuestos. Fue duramente criticada, no por su posición en el tema de las fuentes sino por sus supuestos filosóficos e históricos, y por hacer depender sus ponencias científicas de sus presupuestos políticos principalmente en contra de la revolución francesa.

El historicismo degenera en definitiva en una apología del derecho de determinadas épocas históricas, a los cuales se cristaliza y se estudia con un criterio exegético y apologético mas que científico..[14]

La creciente primacía de la ley y los entramados legislativos preestablecidos y codificados, deberán esperar al fin de la segunda guerra mundial para encontrar su límite lógico de crecimiento, y con la crisis de los positivismo jurídicos y el ascenso del jusnaturalismo, se elabora una teoría mas proporcionada y equilibrada sobre las fuentes jurídicas.

[14] El Historicismo pasa a ser fuertemente criticado por el movimiento realista norteamericano. Los historicistas desarrollaron un fuerte fetichismos por los textos del corpus Juris, y la Historia del Derecho pasa a ser mas que una herramienta de cambio, un instrumento en contra del cambio. Y , así, la Escuela Histórica llegó a convertirse en una especie de museo de antigüedades, al decir de Roscoe Pound.

Sistemas Contemporáneos

La Ley es una importante fuente de derecho en todos los sistemas jurídicos del mundo.

Incluso los países anglosajones que tienen importantes áreas de derecho consuetudinario y jurisprudencial, existen áreas de derecho estatutario (legislativo) que tienen gran importancia, tales como el derecho administrativo por ejemplo.

Persisten sin embargo grandes diferencias en las distintas culturas jurídicas sobre el alcance del stare legibus.[15] *y del stare decisis*[16]*. Estas diferencias, mas que de derecho positivo, son de culturas jurídicas que persisten en base a la educación.*

Desde el punto de vista del derecho positivo, rige el constitucionalismo democrático que se impuso en el mundo, cuyo mensaje principal es la vigencia de la igualdad democrática, de los derechos humanos que limitan el poder del estado, de la vigencia de los principios constitucionales vigilados a través de una marcada supremacía judicial. Nadie va a encontrar en las constituciones, ni siquiera de los sistemas jurídicos mas estrictos defensores del legalismo ni una sola disposición que insinúe que los problemas humanos deberán ser resueltos en forma exclusiva a través de un entramado legal preestablecido. Esa idea, es una idea cultural proveniente de las culturas jurídicas existentes previas a la instauración de los gobiernos democráticos.[17]

En el derecho continental moderno y en el latinoamericano, las compilaciones son relativamente breves (entre 1.000 y 3.000 artículos) que cubren amplias ramas del derecho: Códigos Civil Comercial, Procesal, Penal, etc.

Se señala no obstante, un creciente casuismo en la técnica legislativa, y gran crecimiento en extensión de las disposiciones, así como la penalización y generalización de las conductas comprendidas..[18]

Todo ello puede atribuirse seguramente a una creciente centralización de la autoridad que parece ser común tanto a los autoritarismos como a las democracias y que fundamentalmente afecta a las

---

15 Estése a lo legislado

16 Estése a lo decidido.

17 Sobre la influencia del Constitucionalismo Democrático y función unificadora y determinadora del fenómeno Americano, tanto del sur como del norte, ver: Barker, Robert. Doscientos años de constitucionalismo en las Américas. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político . Tomo 4, Nº19-20. Junio-Setiembre 1987. Doctrina.

18 .Ver Marco Aurelio Risolía. Grandeza y Desprestigio de la Ley.

naciones del tercer mundo, ya que las naciones más desarrolladas, parecen estar arbitrando medidas contra el mismo.

En el Common Law, la ley es interpretada en forma restrictiva. La norma legislativa es la excepción y en tanto no modifique expresamente la jurisprudencia admitida, no lo modifica.

Dice Gotheil [19] : Pero donde más claramente se muestra la diferencia (entre el Common Law y el Civil Law) es en la tradicional idea del Common Law, según la cual la ley nada significa hasta que un juez la utiliza como fuente y la construye. Los juristas adoptan frente al texto legal una actitud de duda parecida a la que corresponde ante un leading case todavía no construido. Como consecuencia de esta manera de entender la ley, la jurisprudencia cubre rápidamente la norma legislativa y ésta es sólo un punto de referencia originario respecto de los casos judiciales, que alcanzan un verdadero papel de fuentes de derecho en el punto.

[19] Gottheil, Hugo. Common Law y Civil Law. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1960

Las Lagunas de la Ley

La expectativa de que solo la fuente legislativa puede resolver los problemas jurídicos proviene principalmente de los países con tradición jurídica latina, y esto llega al punto, que cuando aparece un caso que de alguna forma no está previsto en una ley, se dice, o alguien dice que está frente a una laguna, significando con eso que se está frente a una patología jurídica.

Esta actitud generalmente no responde tanto a disposiciones de derecho positivo, como a tradiciones educativas en el área jurídica. que simplifican el tema de las fuentes y renuncian a una aplicación equilibrada e integradora en el tema de las fuentes jerarquizando las múltiples fuentes dentro del área de sus posibilidades reales, y compatibilizándolas con las perentorias demandas que la sociedad moderna está exigiendo de los equipos de producción jurídica.

Cuando se examina desde este punto de vista, desde luego que la ley no puede tener lagunas, porque están las otras fuentes de los principios generales del derecho y la constitución, y aún la equidad, la costumbre y la jurisprudencia, si hubiere lugar para ellos.

Tendencias de Futuro

La posibilidad de una síntesis integradora de situaciones intermedias, combinadas, flexibles, ausentes de monismo, parecen aún lejanas en América Latina.

Si bien la distancia entre el Civil Law, y el Common Law, en materia de fuentes de derecho es enorme, y se deriva en el fondo de concepciones diferentes de la sociedad sobre los valores de justicia y seguridad, la tendencia actual es hacia un progresivo acercamiento.

Los norteamericanos acostumbran a elaborar códigos pequeños y ampliamente difundidos que han recibido sanción legislativa en algunos Estados, y en otros se aplican por la jurisprudencia. Es significativa en este sentido la tarea del American Law Institute..[20]

Países típicamente continentales como Alemania y España, están haciendo a su vez, un uso mas equilibrado de las fuentes jurídicas, tomando distancia adecuada de la legislación. Un ejemplo adecuado podrían ser las palabras de uno de los juristas mas destacados en España, sobre el tema de las fuentes del derecho:

"La Sociedad actual..., como un resultado de la experiencia histórica inmediata, ha comenzado a ver en la ley algo en si mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad sino que con la misma naturalidad puede convertirse en las más fuerte y formidable amenaza para la libertad, incluso en una forma de organización de lo antijurídico, o hasta en un instrumento para la perversión de lo jurídico.".[21]

Derecho Positivo Uruguayo

---

[20] Debe tenerse en cuenta que aún los tímidos intentos de compilaciones normalmente efectuadas por los Colegios de Abogados (no por las legislaturas) provocaron serias oposiciones: así Félix Cohen, en El Método Funcional en el Derecho:

Pienso que la era de los juristas clásicos ha terminado. El "Restatement of the Law" confeccionado por el American Law Institute es el último estertor de una tradición que muere. Los mas inteligentes entre nuestros jóvenes profesores y estudiantes de Derecho no tienen interés en "reformular" los dogmas de la teología jurídica. Habrá en el futuro, por supuesto, imitadores y continuadores de los juristas clásicos. pero pienso que los pensadores jurídicos del futuro realmente creadores no se dedicarán, a la manera de Williston, Wigmore y sus colegas, a la taxonomía de los conceptos jurídicos y a la explicación sistemática de principios de "justicia" y "razón", apoyas en casos correctos". El pensamiento jurídico creador mirará más y más por detrás del simétrico despliego de casos "correctos" en busca de los hechos efectivos de la conducta judicial; hará uso intensivo de los métodos estadísticos para la descripción científica y la predicción de la conducta judicial; se esforzará mas y mas por trazar el mapa de las fuentes ocultas de la decisión judicial y por pesar las fuerzas sociales representadas en la magistratura.

[21] .García de Entrerría en su memoria para opositar a la Cátedra de Derecho Administrativo que obtuvo.

El alcance de la legislación como fuente del derecho surge del artículo 16 del Código Civil, norma que ha dado lugar a diversas contiendas interpretativas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que este artículo no está solo, sino que se encuentra dentro de un panorama constitucional que establece una clara supremacía de la constitución, y de los principios generales del derecho reconocidos expresamente por la misma, e incluso tácitamente como surge del art. 72 de la Carta Magna.

En segundo lugar, debe tenerse presente que nuevas fuentes van surgiendo a través de la propia legislación como la equidad expresamente admitida por el Código General del Proceso para los casos establecidos.

En tercer lugar, debe tenerse presente un amplio campo de aplicación de la costumbre introducida por la propia legislación, y también a través de los principios constitucionales indicados en el numero uno.

Y en cuarto lugar, debe tenerse presente el propio texto del famoso artículo 16:

Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas ; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

El propio artículo 16 establece una panoplia de fuentes y soluciones: "consideradas las circunstancias del caso".

La Costumbre como Fuente del Derecho

La costumbre es un modo de conducta o uso reiterado que se convierte en obligatorio por este solo hecho.

La humanidad en sus primeros milenios de existencia no conoció otra posibilidad organizativa que esta peculiar capacidad del ser humano consistente en su tendencia a la reiteración en la conducta.

Las normas consuetudinarias aparecen respaldadas por un conjunto de sanciones difusas que van desde el ridículo, la expulsión del grupo y hasta la pena de muerte.

Dice Alf Ross: " Es evidente que el poder judicial precede siempre al legislador".

La existencia de un grupo de personas que pretenden monopolizar el uso de la fuerza, es el antecedente necesario de la Ley.

El surgimiento de la ley como fuente de derecho plantea problemas que normalmente contesta la sociología y la filosofía del derecho. En la sociedad antigua, la costumbre es la fuente natural y obvia.

En una sociedad que no ha entrado a compilar las costumbres, el enfrentamiento entre la ley y la costumbre es una versión del enfrentamiento entre la fuerza y el derecho. Cuando la tensión es grande, la ley queda fácilmente como letra muerta.

En La Democracia en América, Tocqueville expresa: "Las Leyes son siempre vacilantes cuando no se apoyan en las costumbres. Las costumbres son el único poder resistente y durable en un pueblo."

Las primeras tendencias a compilar las costumbres en libros de derecho a los que se le otorga respeto gubernamental, constituyen el inicio del positivismo jurídico.

Los juristas romanos de la época clásica tenían una idea muy clara de esto.

Es famosa la definición de Paulo sobre norma jurídica, que dice: "La norma es la que brevemente describe lo que las cosas son. El derecho no se extrae de la norma, sino de lo que el derecho es, se hace la norma. Por consiguiente, por la norma se trasmite una breve noción de las cosas." (Digesto 50, 17, 1).

Esa definición de Paulo es una definición netamente realista, que ve en la norma una breve descripción de un fenómeno mas profundo, donde hay que buscar la sustancia del derecho.

En otra época y lugar, Santo Tomas había expresado: "de ahí que la ley no sea el Derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho". (Suma contra gentiles, III, 115).

A medida que se perfecciona y difunde el uso de la escritura en la sociedad se facilita el proceso de legislación en temas jurídicos.

Las causas que se pueden señalar son básicamente dos: la primera, una difusión del valor de las seguridad jurídica, en base a la mayor precisión de la ley, y su mayor capacidad de divulgación y conocimiento de los afectados; en segundo lugar, una creciente centralización del poder del estado.

En Europa, recién después de la segunda guerra mundial, a través de la Sociología del Derecho, se revaloriza la importancia de la costumbre.

Dice Levy Bruhl, en su obra sociología del derecho: "Para el sociólogo, por el contrario, las fuentes formales del derecho, establecidas por los juristas no son sino las variedades de una sola y única fuente: la voluntad del grupo social. Además, nosotros nos alejamos de la teoría corriente desde que damos gran importancia a la costumbre, por la que comenzaremos nuestro estudio." .[22]

[22] Levy Bruhl. Sociología del Derecho. Pag. 20

Requisitos Exigidos a la Costumbre para Valer como Fuente Jurídica

Para los países en que la costumbre es recibida, la costumbre debe tener los siguientes requisitos :.[23]

- 1) Ser "Inmemorial";
- 2) Haber sido acatada continuamente;
- 3) Haber sido ejercida en forma pacífica y nec clam nec precario;
- 4) Haber sido sustentado por la opinio necessitatis,
- 5) Ser cierta; y
- 6) Ser razonable, lo que implica entre otras cosas que tiene que ser compatible con los principios fundamentales de la jurisprudencia y del derecho legislado.

Estos requisitos son objeto de prueba común a diferencia del derecho legislado, que no es necesario probarlo ante los tribunales.

Como se observará, la recepción de la costumbre como fuente de derecho, deja un amplio margen de discrecionalidad judicial aún mayor que las tendencias más audaces en materias de interpretación de la ley, en especial los puntos 5 y 6, de la tabla citada. Esto flexibiliza el sistema jurídica y amplía notoriamente los poderes de decisión del Juez.

La costumbre, la constitución y los principios generales del derecho pueden ser catalogadas en este sentido como fuentes

[23] Cf. Ross, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia

flexibilizadoras del sistema jurídica, mientras que la ley y la jurisprudencia, tienden a hacerlo mas rígido.

Un caso en América Latina

Sirvinacuy

En Perú, se ha señalado el conflicto creado entre el Código Civil y una institución prematrimonial llamada Sirvinacuy que se remonta a la época del Incanato, y subsiste aún en nuestros días.

El Sirvinacuy o tinkunakuspa es una institución prematrimonial, tan profundamente arraigada en las costumbres aborígenes que ha logrado sobrevivir al cataclismo de la conquista y a los 3 siglos de coloniaje manteniendo, y aún robusteciendo sus signos en nuestra vida republicana.

Jurídicamente se define como "un compromiso entre el pretendiente y el padre de la futura, quien contrae la obligación de recibir a su hija con prole y todo y de devolver al pretendiente los regalos recibidos o su equivalente en dinero o en trabajo, si el enlace no llega a formalizarse o adquirir carácter duradero. .[24]

Socialmente se basa en la necesidad de un previo conocimiento íntimo y completo, sin reserva alguna, ni aún de índole biológica, para constituir después de esta experiencia, y siempre que ella tuviere éxito, un hogar estable y feliz. Comprobación de sus hondas raigambres a través de nuestras distintas épocas prehistóricas, sobrevive hasta ahora el "Sirvinacuy" en las comunidades aborígenes y se practica en toda la región andina del Perú, y en algunos sectores de la costa, con las modificaciones impuestas por la influencia del medio geográfico y de los factores económico sociales.

El amor entre los indios se inicia, generalmente, en las épocas de las siembras o de las cosechas. La invitación a tomar chica en alguna fiesta, hecha por el hombre y aceptada por la mujer, marca el principio de la acción de amarse. Cuando el indio está resuelto a pedirla en "Sirvinacuy" se dirige, en compañía de algún miembro de su familia, a la casa de los padres de su elegida portando una serie de aguinaldos (vestidos para

[24] R. Maclean y Estenós; Revista Mexicana de Sociología, Vol 3, N° 1.

la novia, coca, cigarrillos, chicha, aguardiente, cuises asados, viandas, etc.) que constituyen el "yaicupakuy", índice de la posición económica del pretendiente. Si el padre de la elegida acepta el regalo se origina una fiesta que culmina con la embriaguez de los concurrentes y en medio de la cual el indio se lleva a su casa a la novia, simulando un rapto e iniciando así el periodo de la prueba matrimonial, cuya duración varía de 3 meses a varios años, según las costumbres regionales y en el que la mujer tiene que demostrar su capacidad tejiendo, hilando, haciendo ponchos o alforjas, cocinando o ayudando al hombre en sus faenas agrícolas. Terminado el período de prueba, si el indio está convencido de las aptitudes de la mujer, contrae matrimonio con ella, solicitando el apoyo del "ayllu", y de sus amigos. En caso contrario procede a la separación, devolviéndola entonces a sus padres, junto con los hijos que haya tenido durante la prueba. Ninguna sanción social cae sobre la mujer devuelta, quien por el contrario, después de algún tiempo contrae generalmente nuevo matrimonio, ya mejor preparada.

Así, frente a las regulaciones del matrimonio legislado en el Código Civil peruano, como frente a ciertas normas del Código Penal, el "sirvinacuy" expresa un orden diferente que exige al sociólogo jurídico una atención más profunda, a fin de ajustarlo a las prescripciones normativas, y recíprocamente.".

Nuevas Tendencias del Derecho en América Latina

El caso del sirvinacuy no es un hecho aislado.

En América Latina, se calcula una población indígena de 50 millones de habitantes con costumbres muy diferentes entre sí.

Cabe expresar que en la misma área del incanato, existe desde la época previa a la conquista la pena de muerte para el delito de violación.

En caso de ejecución de un violador, los autores son responsables ante la Codificación del delito de homicidio muy especialmente agravado, cuando en realidad están actuando en cumplimiento de una tradición jurídica verbal.

El derecho codificado puede estar actuando entonces como un elemento de irritación social, en lugar del lugar pacificador y productor de orden que se le supone tiene que adoptar. [25]

En los hechos, han sido dictada normas sobre comunidades indígenas en Guatemala, que recibe especialmente la costumbre como fuente del derecho, y existen proyectos en Bolivia en el mismo sentido.

No solamente se admite la costumbre como fuente del derecho, sino que además se aplica por tribunales indígenas locales integrados con participación popular.

Solamente se aplican estas normas para conflictos internos de la comunidad. Si un miembro de la comunidad tiene un conflicto con otro ciudadano, y aún con otro miembro de otra comunidad indígena, se aplica el derecho general.

Juicio Crítico sobre la Costumbre

[25] No debe buscarse tan lejos este tipo de rigideces. La lectura de la obra literaria de Javier de Viana y en especial un cuento Justicia Humana, que aparece en el libro Leña Seca, presenta un caso similar en el Uruguay del siglo pasado.

La principal ventaja del derecho legislado, es la certeza y la facilidad de su conocimiento a todos los interesados.

No obstante, la certeza jurídica que ofrece el derecho positivo, ha disminuido ante su notoria complicación.

Asimismo, la costumbre, con los requisitos señalados, tiene un amplio grado de certeza y predecibilidad .

Una notoria ventaja de la legislación es la capacidad de cambio social, posible por el mero hecho de redacción de una nueva ley o código .

Frente a esto, se presenta la dificultad de internalización de las conductas de la ley, muy fácil en la costumbre. La internalización de las normas de conducta es sumamente importante en una región que como América Latina se encuentra afectada por situaciones de anomia relativamente extendida a importantes grupos regionales y económicos en diversos grados y varios grados de violencia política y civil.

La principal ventaja de la costumbre, es la capacidad de manejar situaciones diferentes con criterios diferentes, según normas internalizadas propias de cada grupo.

Las sociedades post industriales superdesarrolladas, han entrado en una etapa de diversificación de conductas y valores que se desea preservar y aún desarrollar.

La masificación de conductas y actitudes, no es ni debe ser objetivo de las democracias maduras cuyos fundamentos sean sólidos.

En América Latina, se siguió la escuela positivista a ultranza, aún después de su decadencia en Europa.

Deben señalarse como causas principales, las tradiciones jurídicas del Imperio Español y el deseo de imponer conductas y valores a sectores amplios de población.

Son normas, valores y hechos, que poseyendo legitimidad, se oponen frecuentemente a prácticas, normas, valores y hechos registrados en el derecho positivo.

Ya dejamos señalado antes que en América Latina, el positivismo jurídico, llevado a ultranza, dejó poco espacio a la costumbre como fuente de derecho.

El Código Civil colombiano, constituye una excepción. Dice: "la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva.".

El reciente reconocimiento del derecho indígena y la costumbre como fuente jurídica.

En la década de 1990, se introdujo en distintos estados la costumbre como fuente del derecho, incluso mediante expreso reconocimiento constitucional.

Particularmente en los países andinos, comenzando con la constitución de Colombia de 1991, la Constitución de Perú de 1093, de Bolivia de 1º994, de Ecuador, y mas recientemente de Venezuela. También se ha introducido modificaciones al derecho mexicano, y se encuentra en una agenda próxima reformar la constitución en el sentido indicado por los países citados precedentemente.

A continuación transcribimos un cuadro comparativo entre los distintos enfoques de reformas, que se incluye en este trabajo con permiso de la autora RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO, de la Fundación Myrna Mack [26] *.*

[26] . Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala

Cuadro comparativo del Reconocimiento del Derecho Indígena en los Países Andinos

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
1. FUNDAMENTO: Estado reconoce Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal.	- Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven., etc.	Art. 7: El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.	Art.2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley son símbolos de la patria.
2. Texto de Reconocimiento de a) la Jurisdicción Indígena y b) el Derecho Indígena o Consuetudinario	Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Art.9,1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	Art. 171: Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y	Art. 191: El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.j

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
	internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.			sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.,	
3. Acción Estatal Promovida sobre la Pluriculturalidad	1. Respeto del derecho de conservar sus costumbres e instituciones (art. 8,2). 2. Respeto de los métodos propios de control penal de los PI (art.9,1). 3. Establecimiento de mecanismo para solucionar conflictos entre DC y DH.	Diversidad étnico cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Respeto por el Estado.	Pluralidad étnica y cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Protección por el Estado.	Pluriculturalidad: Autodefinición de la República de Bolivia.	Pluriculturalidad y Multietnicidad: autodefinición del Estado.
4. Derecho Subjetivo	1. Derecho de conservar costumbres e instituciones propias. 2. Derecho al respeto de sus métodos de control penal propios. 3. Derecho a resolver por mecanismos establecidos conflictos entre DC y DH	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales -y de aplicar su propias normas y procedimientos.	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales - y de aplicar su derecho consuetudinario.	- Potestad de ejercer función de administración y aplicación de normas propias, - sus costumbres y procedimientos.	- Potestad de ejercer funciones de justicia, - aplicación de normas y procedimientos propios - aplicación de costumbres o derecho consuetudinario.
5. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias. 2. Instituciones propias. (Art. 8, inc. 2) 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas. (Art. 9,1).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho Consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas,	1. Normas propias, costumbres y procedimientos propios, 2. Autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas.	1. Derecho Consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de Justicia.

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
			3. Funciones jurisdiccionales.	3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos	
6. Titular del derecho (Sujeto Beneficiario del reconocimiento).	1. Pueblos Indígenas en países independientes. 2. Pueblos Tribales.	1. Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Campesinas, 2. Comunidades Nativas, 3. Rondas Campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	Pueblos Indígenas.
7. Competencia Territorial	No se menciona expresamente.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas.	No se indica, pero se habla de conflictos internos (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).
8. Competencia Material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: represión de delitos cometidos por sus miembros.	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
9. Competencia Personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial campesino o nativo (indígena).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de conflictos internos (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).
10. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes.

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
	internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.				
11. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los conflictos en la aplicación del principio de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) el sistema jurídico nacional. Todavía no se da ley.	La ley establece las formas de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. Todavía no se da ley.	La ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los poderes del estado. Todavía no se da ley.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional. Todavía no se da ley.
12. Ubicación sistemática	Parte I: Política General. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Ubica sistemáticamente dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Capítulo referido al Poder Judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama jurisdicción especial. No es muy sistemático el tratamiento.	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII De la Función Judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.
Nota: cabria añadir la Constitución de Venezuela que ha reconocido el derecho indígena en 1999.					
Tomado de: RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999./ Para cualquier reproducción contactar con la autora: raquelyf@hotmail.com					

Derecho Positivo Uruguayo

El alcance de la Costumbre como fuente de derecho en Uruguay, está dado por la propia legislación positiva. Se establece el principio de que la costumbre tiene limitaciones como fuente jurídica al hecho de que la ley se remita a ella. .[27]

Las remisiones de la ley común a la costumbre, en contra de lo que se cree son realmente numerosas, y sin bien Uruguay no es un país de derecho consuetudinario son muchas las oportunidades en que se la costumbre es fuente de derecho, y muchas las oportunidades en que el jurista deberá alegar y probar la existencia, alcance y contenidos del derecho consuetudinario uruguayo.

Algunos pocos ejemplos de remisiones legislativas a la fuente consuetudinaria son: La altura de la paredes medianeras establecido por el derecho civil es establecida por la costumbre.[28]*; el precio de los arrendamientos de obra, si no se conviniera expresamente será fijado por la costumbre.*[29] *; el plazo de arrendamiento de bienes muebles será fijado por convención y en su defecto por la costumbre.*[30]*.*

---

[27] .Artículo 9 del Código Civil.- Las leyes no pueden ser derogadas, sino por otras leyes ; y no valdrá alegar, contra su observancia, el desuso ni la costumbre o práctica en contrario. La costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella. (Artículo 594, Inciso 2°).

[28] .Artículo 594 del Código Civil.- En los pueblos, villas, ciudades o sus arrabales, cualquier propietario puede obligar a su colindante a que contribuya a la construcción o refacción de la divisoria entre sus edificios, patios, corrales, o jardines.

La altura de la divisoria se determinará por los reglamentos que puedan existir y por la costumbre constante y reconocida.

A falta de reglamentos o de costumbre, la divisoria que se construya o refacciones, tendrá tres metros de altura por lo menos.

[29] .Artículo 1834 del Código Civil.- El que hiciere algún trabajo o prestare algún servicio a otro puede demandar el precio, aunque ningún precio o retribución se hubiese ajustado, siempre que el tal servicio o trabajo fuese de su profesión o modo de vivir honesto. En este caso se presumirá que los interesados ajustaron el precio de costumbre para ser determinado judicialmente, si hubiere duda.

[30] .Artículo 1788.- Si el arrendamiento verbal o escrito fuese de bienes muebles y no se hubiese fijado término para la duración del contrato o el tiempo no estuviese determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre, el arrendador que quisiere hacer cesar el contrato debe dar al arrendatario un plazo ajustado al período o medida del tiempo que regula los pagos. Así, arrendándose a tanto por día, semana o mes el plazo será respectivamente de un día, semana o mes.

También en materia comercial y laboral son numerosas las remisiones legislativas y aún jurisprudenciales a la costumbre:

El Código de Comercio establece expresamente que la costumbre determina la interpretación de los contratos comerciales..[31]

Se establece la legitimación del uso del nombre luego de la desvinculación del vendedor en folias y envases de los productos por un tiempo razonable se fundamenta en los usos y costumbres de la industria farmacéutica.[32]*; los usos y costumbre en la empresa son inderogables por acto unilateral; superioridad de la costumbre .*[33]

Sobre la eficacia de los usos y costumbres de la empresa ver T.A.T. 1º. Sent. 39, 13/3/91..[34]

Otra forma de ver las cosas:

Proyecto de Investigación sobre las Mujeres y el Derecho en el Sur de África

---

[31] .Siendo necesario interpretar las cláusulas de un contrato servirán para la interpretación de las bases siguientes :

1. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes, que el sentido literal de los términos.

2. Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el texto general.

3. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad.

4. Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato.

5. Los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos.

6. El uso y práctica generalmente observada en el comercio, de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde deben ejecutarse el contrato, prevalecerá sobre cualquier inteligencia en contrario, que se pretenda dar a la palabras.

7. En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de la liberación.

[32] .La Justicia Uruguaya-Revista jurídica Tomo 105. Año 1992 - Doctrina - Anotación y comentario a Sent. 35, 20/5/92, J.L.C. 1º (PIRAN, Carlos Jose) (Comentario de caso 12132A,20/5/92, J.L.C. 9º en pag. 314)

[33] .12/ 14 Anuario de Jurisprudencia Laboral Año 1992 - Jurisprudencia - J.L.T. 2º. Sents. 18, 19, 21 y 24/92, Patrón

[34] .Anuario de Jurisprudencia Laboral Años 1988-1991 - Jurisprudencia - Derecho al cobro de las diferencias entre lo pagado por seguro de enfermedad y el salario nominal T.A.T. 1º. Sent. 39, 13/3/91, Almera, Martinez, Malherbe

Ha concluido un proyecto de investigación sobre Las Mujeres y el Derecho en el Sur de África (Women and Law in Southern Africa Project WSLA) después de 6 años de estudio en Zimbabwe, Zambia, Swazilandia, Mozambique, Lesotho, y Botswana, con la conclusión que la reconstrucción del derecho consuetudinario más bien que un énfasis en el concepto de igualdad representa la estrategia más prometedora para producir justicia para mujeres.

Un análisis histórico indica que el derecho consuetudinario era, antes del colonialismo, un sistema centrado en la familia y flexible de derecho que favorecía la negociación y arreglo de disputas más bien que un estado rígido - centrado en la aplicación de una regla. Tradicionalmente, la base unificadora de valor de derecho consuetudinario era la conservación de la familia y la protección de mujeres y niños. El matrimonio se concibió como una asociación conjunta más bien que como una relación de tutela.

La poligamia, que hoy constituye una fuente de sujeción de la mujer, se desarrolló originalmente para proveer la protección de casamiento a las mujeres cuando no había hombres suficientes y una mujer soltera era muy vulnerable. Además, bajo el derecho consuetudinario, la propiedad de familia era la norma y las viudas permanecían en la tierra.

La capacidad del derecho consuetudinario para cambiar en nuevas condiciones socioeconómicas es ilustrada por la práctica de Jefes en el Botswana para permitir a las mujeres hablar y representarse a sí mismas en los juicios; otro ejemplo es el manejo de los daños y perjuicios por seducción, para estipular pago directamente a la madre joven más bien que a sus padres.

Después de la introducción del colonialismo, el derecho consuetudinario se reconstruyó para servir los intereses políticos de la capital; aún ahora, después de la independencia los gobiernos usan el derecho legislado como una herramienta para oprimir mujeres.

La investigación de WLSA sugiere que un énfasis en los derechos de igualdad de género o sexo basados en estricto legalismo puede conducir la opresión adicional de mujeres. Tales derechos han sido empleados por ejemplo para hacer a las mujeres responsables por el mantenimiento de su ex-esposo, o para promocionar que las mujeres, así como los hombres puedan tener varios cónyuges. .[35]

---

35 .11. Armstrong A, "Women, customary law and equality: lessons from research in Southern Africa", S.Africa Monthly, (1994).

La costumbre como un hecho social:

Circuncisión Femenina entre grupos de Inmigrantes Africanos en Francia

Una costumbre africana, fue llevada a Francia por trabajadores inmigrantes. Se trata de la llamada circuncisión femenina que en realidad es la extirpación del clítoris en niñas recién nacidas.

Todo el mundo está de acuerdo en que esta cruel costumbre debiera estar prohibida, y de hecho lo está por el Código Penal y por el manejo normal de las fuentes de derecho en Francia.

Debe tenerse presente que aún en un país de derecho consuetudinaria una costumbre de tales características está prohibida porque no contempla el requisito de la razonabilidad exigido por la jurisprudencia para la aplicación, y además porque violaría groseramente los principios constitucionales de un país civilizado.

Pero la costumbre, además de una fuente de derecho, es un hecho social jurídico que muchas veces impone realidades difíciles de ignorar. La familia de la niña está solamente siguiendo una costumbre tradicional, y la prisión de los mas viejos puede ocasionar la disolución familiar, y males mayores de los que se trata de evitar. Los jueces franceses, en conocimiento de esta situación, dejaban sistemáticamente en libertad a los acusados de este delito, porque la disolución de grupo familiar proveniente de la aplicación del derecho penal común, implica generalmente males mayores que el que se trata de evitar.

Recientemente se ha formado un grupo en París para la Abolición de la Mutilación Sexual, que hace trabajo de información y sensibilización en contra de esta práctica entre grupos de inmigrantes. .[36]

Recientemente se ha anunciado, que se será inflexible en la aplicación de las normas, y a pesar de las dificultades, se tratará de erradicar esta costumbre importada de África, a una de las sociedades mas civilizadas del planeta.

[36] .Weil Curiel, L. "France: a lawyer's view on female circumcision performed among immigrants" (1995).

Desuetudo

Cuando una norma está claramente establecida por normas escritas constitucionales o legales, es pasible de derogación en base a costumbres contrarias.

El Código Civil uruguayo establece (art. 9): "Las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes y no valdrá observar contra su observancia el desuso ni la costumbre o practica en contrario. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella."

Como puede verse el Código Civil, ve la desuetudo con cierta antipatía. Desde luego que muchas veces, en casos de falta de aplicación de una ley en forma general, puede producirse fuertes injusticias por su sorpresiva invocación, en cuyo caso puede involucrar los principios de derecho o principios constitucionales que tienen mucho mayor jerarquía que el art. 9 citado, y por consiguiente la desuetudo tiene incluso en Uruguay un margen de vigencia conforme a disposiciones constitucionales que puedan resultan lesionadas por la aplicación mecánica del mencionado artículo 9.

La Jurisprudencia como Fuente del Derecho

La palabra Jurisprudencia tiene al menos dos acepciones.

La primera de ellas suele referirse a la ciencia del derecho en su conjunto. En los países anglosajones, la palabra se usa para designar los cursos de Filosofía del Derecho. Un curso de Jurisprudence, entonces corresponde a lo que en los países hispanos es Filosofía del Derecho.

La segunda acepción de la palabra, se refiere a una fuente del derecho, mediante la cual, las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada constituyen un precedente obligatorio para casos posteriores.

Los países inspirados en el Derecho Romano, en general ven con desconfianza a la jurisprudencia como fuente del derecho.

En Roma, sin embargo la jurisprudencia tenía un alto contenido, y era un elemento básico del derecho formulario o pretoriano. En los hechos, el edicto pretoriano, era una colección de casos de jurisprudencia que se decidía mantener.

En este tema, como en otros, el derecho romano, cambia en las etapas de su decadencia motivada por una enorme concentración del poder del emperador sobre toda autoridad existente en el imperio.

En el bajo imperio, toda justicia emana del Emperador, fuente del Derecho: nadie puede administrar justicia sino en su nombre y de acuerdo con sus leyes. Él es el juez único y supremo

En tal sistema, la existencia de una jurisprudencia uniforme y disciplinada era algo que no se podía soportar. Por eso en definitiva, la jurisprudencia es

prohibida. Justiniano prohibió decidir de acuerdo a precedentes: "non exemplis, sed legibus judicamdum ests".

Como en otros temas, los romanistas, difunden al derecho romano en las versiones del Digesto, o sea la etapa de su peor decadencia, cuyas soluciones no coinciden con el derecho romano clásico, que fue el que llevó a Roma a una posición de preeminencia en el mundo de su época. Además de no coincidir, en algunos casos como en este de la Jurisprudencia como fuente jurídica, las soluciones son francamente opuestas.

Fuente Jurisprudencial y Autoridad Judicial

En los sistemas de derecho, donde las facultades de los jueces son estrechas, parece lógico que el precedente tenga poca importancia o que sencillamente se le prohiba.

Cuando las facultades de los jueces son amplias como en el derecho anglosajón, el precedente viene a actuar proporcionando a la sentencia la necesaria pauta objetiva de actuación.

En realidad, el precedente tampoco es obligatorio en el sistema anglosajón, ya que siempre queda la posibilidad al Juez de fundamentar extensamente su fallo, estableciendo un "leading case", es decir, una nueva solución aparentemente destinada a producir una nueva jurisprudencia sobre el punto.

Si el precedente fuera estrictamente obligatorio el derecho se mantendría cristalizado y sin evolución y progreso. Por lo contrario, el sistema angloamericano, donde la responsabilidad de evolución del derecho recae principalmente en los jueces, se caracteriza por una amplia flexibilidad y mutabilidad.

La doctrina del precedente como fuente del derecho, encubre en realidad distintas prácticas sobre las funciones del Juez y el Legislador en la evolución del derecho.

Donde la misión del Juez es muy importante y se dispone de un amplio margen de discrecionalidad en la actualidad en la actuación, el precedente actúa como una necesaria pauta de objetividad.

Donde todas esas responsabilidades o la mayoría de ellas, quedan en manos del legislador, el precedente es visto como una autoridad competitiva y eventualmente extraña al sistema.

Dice Alf Ross: "no puede darse por admitido que la doctrina de stare decisis refleja una situación efectiva, en el sentido de que los jueces anglo americanos se sienten obligados por el precedente en un grado mayor que sus colegas de Europa continental. Por el contrario se podría suponer que los jueces de Europa continental no se sienten responsables de la evolución del derecho en la misma medida que sus colegas angloamericanos, sino que tiende a dejar en manos del legislador cualquier intento de reforma, por lo menos en aquellas esferas jurídicas que tradicionalmente y de modo regular están sometidas a la legislación.

Si esto fuera así (lo es) resultaría que, en contra de lo que proclama la ideología oficial, el juez (europeo continental) estaría en los hechos menos dispuesto a apartarse del precedente." .[37]

En los días que corren, el derecho continental europeo vive una amplia renovación, dentro de cuyas bases se tiende a dar una mayor importancia a la jurisprudencia.

Los repertorios de sentencias prolijamente publicados y comentados influyen naturalmente sobre el espíritu de abogados y jueces, cualquiera sean las prescripciones normativas sobre las fuentes del derecho.

Jurisprudencia en Uruguay

En nuestro país, el artículo 12 del Código Civil dice:

Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo general obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

La disposición anotada no prohibe a los jueces ni a los abogados citar precedentes, los cuales además son profusamente citados y comentados.

La pregunta entonces, si en nuestro derecho la jurisprudencia es fuente de derecho, no admite una respuesta unívoca.

[37] .Alf Ross. Sobre el Derecho y la Justicia

La capacidad motivadora de la jurisprudencia en la persona del magistrado en el momento de la sentencia, determinará la respuesta.

Como se ve, esto es una cuestión de hecho derivada más de las prácticas y costumbres judiciales que de las prescripciones normativas sobre la materia.

Se ha impuesto en Uruguay una sana costumbre, de evitar el ultrareglamentarismo legal, y en esos campos abiertos la jurisprudencia ha encontrado un camino amplio de actuación.

Un ejemplo de esto lo constituye el derecho de daños. Los quantum reparatorios se han establecido al amparo jurisprudencial, y en ese terreno han quedado. Una demanda sobre estos temas que no tenga citas jurisprudenciales no tiene grandes posibilidades de éxito.

Existen muchos mas terrenos que han quedado a la regulación jurisprudencial, como en general las áreas de abuso de derecho en las áreas civil, laboral y comercial, interpretación de contratos, etc.

En los hechos, ha crecido enormemente la publicación especializada de casos jurisprudenciales, si los comparamos con los casos de doctrina. Practicamente todas las revistas de derecho tienen una sección de jurisprudencia, y muchas de ellas, son especializadas en casos jurisprudenciales.

Por lo tanto, pienso que puede darse una respuesta claramente afirmativa a la respuesta si en Uruguay, la jurisprudencia es fuente de derecho en base a la gran influencia que las tendencias jurisprudenciales tienen en la decisión actual de los casos que se presentan a la justicia. .[38]

Jurisprudencia y Legislación

Dos Opiniones

La Jurisprudencia como fuente de derecho tiene un gran desarrollo en los países angloamericanos, particularmente los Estados Unidos.

No hay caso alguno que conmueva a la nación que no esté de alguna forma signado por una sentencia famosa.

[38] .Vease también: Gamarra, Jorge y Grupo del Seminario de Obligaciones 1978: "La Jurisprudencia ¿es Fuente de Derecho?. Anuario de Derecho Civil, tomo 8 año 1978.

Si hablamos de la segregación racial por ejemplo, después de la eliminación de la esclavitud, tenemos distintas etapas, todas marcadas por casos de jurisprudencia.

La igualdad de razas, está marcada por el caso Plessy vs. Ferguson. Una sentencia dictada en la década de 1870, donde se establece que las razas blanca y negra son iguales, pero que la igualdad es compatible con la segregación racial.

El caso Plessy tuvo una inusitada e inconveniente vigencia, hasta 1964, donde resulta evidente que la igualdad de razas NO ES compatible con la segregación racial, y que ésta se traduce en diferencias permanentes entre ambas razas y que estas diferencias dividen y ponen en peligro el país.

En 1964, surge el caso Brown vs. Board of Education. Un conjunto de causas que se unen por orden de la Suprema Corte Federal, y se establece que los institutos de enseñanza oficiales de los Estados Unidos, deben admitir en forma indistinta personas de todas las razas que componen la Unión.

Finalmente en la década de 1980, se presentan a la justicia personas de raza blanca que se quejan de ser discriminados por el color.

En el caso Baake, se establece que puede existir lo que se ha dado en llamar discriminación racial inversa.

Estas sentencias van acompañadas de violentos procesos sociales, y de alguna forma los han modelado y dirigido.

El tema del aborto también ha dividido a la opinión pública norteamericana, estableciendo violentos enfrentamientos entre quienes son partidarios de su legalización (pro-choice) y de su penalización en cualquier circunstancia (pro-life). Las frases entre paréntesis y en inglés indican las ideas básicas que suelen evocar los partidarios de cada opción.

También aquí, los Estados Unidos tuvieron un legislación represiva, prohibiendo el aborto, de la misma forma que nuestra legislación penal (Uruguay) lo hace en nuestros días.

Aquí se forma un leading case, en los años 1980 con el caso Roe vs. Wade. Este caso marca un etapa básica en el tema, estableciendo que la constitución otorga derechos amplísimos a la madre para decidir o no el aborto hasta determinada etapa del embarazo, lo cual incluye el derecho de usar los servicios asistenciales del Estado.

Quedaron muchas cosas sin resolver, como por ejemplo, los derechos del esposo, plazo de oposición, situación de los padres en casos de minoridad etc.

Estos problemas se presentan en el caso Casey, en cuyo oportunidad aflora la violenta oposición que en muchos sectores de la sociedad norteamericana provocaba todo este tema del aborto, incluso por razones religiosas.

Se transcriben dos opiniones que pienso que pueden ser de interés, porque no se refieren directamente al problema (en este caso el aborto) sino a la procedencia de resolver los grandes problemas nacionales por sentencias, o por leyes.

Los límites de la autoridad judicial están dadas por la opinión pública.

En general la opinión pública apoya las grandes tendencias jurisprudenciales, pero esto no siempre es así, y el poder de la jurisprudencia tiene sus límites muy visibles.

El tema del aborto provocó polémicas muy fuentes en los Estados Unidos. Estando para dictarse sentencia por la suprema Corte de Justicia en el caso "Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey, que amenaza revisar todo el tema del aborto establecido en términos muy amplios por el famoso caso Roe Vs. Wade.

Antes que fuera conocida la decisión sobre el caso Casey, se hizo una encuesta en el área de San Francisco, sobre 502 adultos seleccionados al azar. 48% de ellos indicaron que tenía un gran respecto por las decisiones de la Suprema Corte y un 38% que tenían algún respeto, tasas substancialmente mayores que aquellas informadas para el gobierno en general. .[39]

Pero hay otras opiniones, las que siempre están influidas por el resultado esperado, cuando ese resultado puede ser substancialmente distinto de acuerdo a que el problema sea tratado en la legislatura o en la judicatura, sobre el mismo caso anteriormente citado se transcribe otra opinión.

Mientras que el caso "Roe v. Wade (1973) ha sido señalado como un gran emancipador de la mujer en los hechos ha sido un desastre, la causa principal de todo el escándalo alrededor del tema del aborto. Su retirado no vendrá suficientemente pronto. ¿Porque es competencia de la Suprema Corte, decir cuando una persona es o no es una persona, o dividir la preñez en tres partes? En una democracia, las leyes son hechas por representantes del pueblo elegidos para tal propósito quienes están directamente sometidos a la presión popular.

[39] .Tyler, T.R. and Mitchell, G. "Legitimacy and the empowerment of discretionary legal authority: the United States Supreme Court and abortion rights", Duke L.J., (1994).

El trabajo de la Suprema Corte estrechamente definido es el de determinar derechos bajo la Constitución. A través de decir que el aborto es tal derecho, los ministros parecieron establecer un tema altamente contencioso en las áreas moral y política, polarizando y envenenando el debate sobre el aborto en América. El antídoto al veneno estriba en la legislación, no en las decisiones de la corte, y en los políticos mas que en los jueces. La erosión de la protecciones de Roe sobre los últimos pocos años ha comenzado a cambiar la carga de la vuelta del aborto a los estados individuales, por ahora, con muy negativos resultados para las mujeres que buscan abortos.

Una compilación de las diferentes practicas conducirá, esperanzadoramente a una legislación nacional del Congreso, el árbitro correcto del aborto. Muchos argumentan que la legislación sobre aborto es demasiado controversial, y aún si se sancionara retornaría a los Juzgados de cualquier forma. Pero los signos indican que un consenso podría ser encontrado, y el momento podría estar maduro para divisar una legislación nacional del tipo que ha servido a Europa Occidental democráticamente y efectivamente por los últimos 20 años. .[40]

[40] .Ref Number : 298 Anónimo, "When the shouting has to stop", Economist, (1992).

Los Principios Generales del Derecho como Fuente Jurídica

Junto a las reglas de derecho, es decir formulaciones sencillas de conductas relacionadas a su valoración por el grupo social, están los principios generales del derecho.

Los mismos han sido definidos como generalizaciones de las reglas de derecho, o como fines de las mismas.

La primera acepción de la palabra es mas estrecha, y cuenta con simpatías de la corriente positivista-formalista.

Aún así, los formalistas tratan de restringir al máximo el alcance de los principios de derecho como fuente jurídica autónoma, y usualmente le destinan un modesto lugar como fuente supletorio en caso de "vacío o insuficiencia de la ley".

Una segunda concepción, establece que los principios generales del derecho, son principios fines del sistema jurídico, a cuyo servicio está el resto del ordenamiento, y como tal son fuente en sentido autónomo.

La Constitución, a través del artículo 72, apoya esta interpretación, y le confiere una jerarquía principal a los principios generales del derecho con lo que las corrientes filosóficas jusnaturalistas usualmente acuerdan.

Según Díaz Couselo .[41] y Del Vecchio .[42], el origen de la expresión "Principios Generales del Derecho", tiene un

---

[41] .Díaz Couselo, José María. Los Principios Generales del Derecho. Plus Ultra. Buenos Aires. 1971. Pag. 74 y ss.

[42] Del Vecchio, Giorgio. Los Principios Generales del Derecho, Bosch, Barcelona 1948.

fuerte sentido jusnaturalista, y en los hechos es a través de estos principios que la idea de justicia penetra al orden concreto de convivencia. Se trata de una fuente flexibilizadora, que permite a la Jurisprudencia aplicar soluciones creativas a casos nuevos.

Cultura Popular y Principios Generales del Derecho

Muchos de los principios generales del derecho son manifestaciones de la cultura jurídica popular, en una forma abstracta e impersonal.

Dice Alf Ross: Las costumbres populares no son absolutas ni últimas, sino que son manifestaciones de una fuente aún más profunda. En todo pueblo vive una tradición común de cultura que anima todas las formas manifiestas de vida de aquél, sus costumbres y sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales. Es difícil describir la naturaleza y esencia de esta tradición. Se puede hablar de un conjunto de valoraciones, pero esta expresión es engañosa porque puede sugerir principios de conducta y standards formulados en forma sistemática. Sería mejor decir que bajo la forma de mito, religión, poesía, filosofía y arte, vive un espíritu que expresa una filosofía de la vida, que es una íntima combinación de valoraciones y de cosmogonía teorética, que incluye una teoría social más o menos primitiva.

En el cumplimiento de su misión el juez se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómata, o mejor dicho, porque el juez no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural. El ve en su actividad una tarea al servicio de la comunidad. Desea hallar una decisión que no sea el resultado fortuito de la manipulación, mecánico de hechos y parágrafos, sino algo que tenga un propósito y un sentido, algo que sea "valido". La tradición

de cultura adquiere primordialmente significado porque el juez lee e interpreta el derecho en su espíritu. Pero la tradición de cultura puede también actuar como una fuente de derecho directo, esto es, puede ser el elemento fundamental que inspira al juez al formular la regla en que se basa su decisión.

Al preparar así el camino para un nuevo derecho, el juez puede dejarse orientar directamente por su "sentido de justicia", o puede intentar racionalizar su reacción mediante un análisis de las consideraciones prácticas sobre la base de un cálculo jurídico sociológico de los efectos presumibles de una regla general u otra.". Pero también en este último caso la decisión surgirá de una valoración fundada en los presupuestos de la tradición jurídica y cultural. Lo que llamamos "razón" o "consideraciones prácticas" es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa".

Alf Ross, llama a esta fuente de derecho tradición de cultura, o simplemente razón, y la admite expresamente como fuente de derecho necesaria..[43]

Repertorios Jurídicos y Aforismos.

Son comunes en el mundo del derecho obras que en forma de diccionarios o índices tratan de recopilar aforismos o refraneros.

Si bien estas obras pueden mucha utilidad, debe destacarse que no cualquier cita en latín es un principio general del derecho. Estas obras deben usarse además con la prevención que gran parte de su origen proviene del Digesto que no coincide y a veces recomienda soluciones opuestas al derecho romano de la época de oro.

El profesor Reale .[44] *coincide con nosotros que estos refraneros pueden tener valor práctico cuando son usados adecuadamente, pero debe tenerse presente que muchas de sus locuciones han perdido total vigencia, y aún pueden representar ideas contrarias al espíritu de la época moderna.*

Basta tener en cuenta aforismos tales como "dura lex, sed lex", que significa que la ley debe ser igualmente obligatoria y aplicable

---

43 .Ver Alf Ross: Sobre el Derecho y La Justicia.

44 .Introducción al Derecho. Pag. 151

aunque sea injusta, principio de ninguna forma debiera ser aceptado sin un análisis particular del caso que lo motiva.

Un ejemplo lo constituye el repertorio jurídico de Guillermo Cabanellas .[45]. Dice Cabanellas: Poco, aparte de su sistemática, puede tener de original una obra que como esta es de recopilación, encontrándose su cierto valor en el origen de las fuentes que se mencionan o en el carácter de los principios que se citan, como en la sabiduría popular que el refranero encierra y en la justicia que deriva de sus aforismos. .[46]

Casos Concretos de Principios Generales del Derecho

En el derecho privado, la proscripción del abuso de derecho, y del enriquecimiento sin causa son principios generales del derecho.

En el derecho administrativo, la prohibición de la desviación de poder. En el derecho constitucional, los derechos humanos básicos, el derecho a la intimidad y a la propia felicidad. [47]

En el procedimiento laboral se aplican los principios generales del derecho proceso [48]; un deportista tiene derecho al debido proceso en base a principios generales del derecho en caso de una acusación de ingestión de sustancias prohibidas (dopaje) [49]; es competente la jurisdicción uruguaya en un accidente ocurrido en alta mar en un barco de bandera extranjera con

---

45 .Cabanellas, Guillermo. Repertorio Jurídico. Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1976

46 .Introito. Parte III.

47 Ver Alberto Ramón Real. Los Principios Generales del Derecho Público.

48 S. 13195 27/04/95 J. L. de Las Piedras 3º. Sent. 58/95, Venturini - T.A.T. 1º. Sent. 271/96, 12/6/96, Nario, De Paula, Presa Bayce (r.) La Justicia Uruguaya-Revista juridica Tomo 115. Año 1997 - Jurisprudencia -

49 S. 13248 22/10/96 T.A.C. 4º. Sent. 72/96, Larrieux, Turell, Van Rompaey La Justicia Uruguaya-Revista jurídica Tomo 115. Año 1997 - Jurisprudencia -

referencia a un contrato de ajuste (trabajo) de pescadores celebrado en Uruguay en base a los principios generales del derecho internacional del trabajo.[50]; el abuso de la inferioridad psicológica de un incapaz se determina en base a principios generales del derecho común[51].

En derecho Tributario se ha establecido que los Principios Generales de Derecho Constitucional, rigen y establecen la relación entre la administración y el contribuyente, de lo cual se infieren una multitud de consecuencias jurídicas .[52].

En la regulación del Mercosur, muchas situaciones son reguladas por los principios generales del derecho de los estados Miembros..[53]

---

[50] S. 12841 29/07/94 S.C.J. Ficha 136/93, Marabotto, Alonso de Marco, Mariño, Cairoli (r.), Torello (d.: por entender aplicable el lit. c art. 34 Tratado de Derecho Civil de 1889)La Justicia Uruguaya-Revista jurídica Tomo 112. Año 1995 - Jurisprudencia -

[51] S. 11609 14/03/90 T.A.P. 1º. Ficha 242/89, Guillot (r.), Alonso Penco, Hansen. La Justicia Uruguaya-Revista jurídica Tomo 102. Año 1991 - Jurisprudencia -

[52] La Justicia Uruguaya-Revista jurídica Tomo 103. Año 1991 - Doctrina - La Constitución y los tributos: limites económicos. Tasas y precios" (ESTEVEZ PAULOS, Jose).

[53] Revista de Derecho Procesal Tomo 1. Año 1997 - Doctrina - "Solución de controversias en el ámbito del MERCOSUR (hacia un derecho comunitario)" (HITTERS, Juan Carlos)

La Equidad

La equidad tiene por función flexibilizar el uso de las demás fuentes cuando el uso objetivo e imparcial de las mismas pueda conducir a soluciones injustas.

En los Estados Unidos, y siguiendo el modelo inglés los Juzgados se dividieron en el siglo XIX entre Juzgados de Equidad y Juzgados de Derecho.

En este siglo, la tendencia fue establecer juzgados mixtos de equidad y derecho, sin embargo Misisipí tiene el cargo de Canciller, típico de las magistraturas de equidad.

Aun cuando muchos Jueces norteamericanos modernos son estudiosos de la equidad, una gran parte del trabajo equitativo es efectuado por medios flexibilizadores de otras fuentes del derecho como los Principios Generales del Derecho y la Costumbre.

Dice Steve Sheppard, sobre la equidad en los Estados Unidos:.[54]

Muchas acciones en estas cortes, las tales como acciones sobre la tierra, trust, sucesiones y sociedades, todavía requieren acciones y remedios especiales en equidad, estas acciones son frecuentemente rutinariamente tratadas según estatutos o leyes, que son cada vez más detallistas sobre cómo tales acciones deberían resolverse. Además, muchas acciones que podrían una vez ser traídas rutinariamente en derecho, solo, son ahora traídas buscando ambos desagravio legal y equitativo pero sin ocupar mucha industria judicial para las teorías particularmente equitativas del caso.

---

[54] Steve Sheppard Facultad de Derecho Thomas Cooley. Documento electrónico. 1998.

Por demás, las cortes de derecho en el Estados Unidos son notablemente flexibles, permitiendo las creaciones de nuevas formas de acción, tal como para la responsabilidad de productos ante consumidores, con facilidades mayores que Juzgados de derecho en el siglo diecinueve y antes. Hay poca presión de los litigantes para expandir las facultades de equidad porque ellos pueden encontrar frecuentemente remedios para nuevas causas de derecho.

Todo esto podría dar la impresión de que la equidad está muerta o, por lo menos latente, en América del Norte, pero éste no sería un cuadro justo. *La equidad era un tema muy candente hace una generación. Las cortes federales que actuaban en sus facultades de equidad adaptaron remedios contra los gobiernos estatales a fin de lograr el fin la segregación racial.*

Al amparo de la equidad se crearon interdictos requiriendo la entrada de estudiantes a las escuelas, para mantener escuelas integradas con criterios seguros, para abrir instalaciones públicas al acceso minoritario racial, y aún para abrir los registros secretos sellados de investigaciones de policías en grupos de derechos civiles. Además los interdictos federales para mantener niveles mínimos del cuidado de los presos alteraron significativamente las condiciones de cárceles y prisiones. También la equidad tuvo su papel para permitir el acceso de jurados justos a los juicios.

Felizmente, (dice Sheppard) las condiciones que condujeron a estos tipos de acción son más raros hoy. Adicionalmente, los miembros actuales de la Corte Suprema de EE.UU. son más conservadores en como y cuando tales remedios se adaptarán, y estos interdictos son ahora mucho menos comunes .

Mi opinión, dice Sheppard, es que la equidad permanecerá como siempre lo ha hecho, hasta que se precise.

Cabría agregar aquí, que los Norteamericanos también usan la equidad en el combate a la corrupción y algunas reclamaciones contra los Estados son resueltas por Jurados populares de equidad, que funcionan con mucha mayor libertad que los jurados comunes..[55]

La equidad cerebrina

La fuente de la equidad permite una extensión inusitada de los poderes del Juzgador. Cuando estos poderes asumen una dirección dirigida mas bien a

[55] Vease publicación información de Video-Catálogo para la Materia Evolución de las Instituciones Jurídicas. Un caso concreto del Estado de Alabama, llevado al cine.

los problemas y patologías del Juzgador que a las necesidades particulares del caso, nos encontramos ante la equidad llamada cerebrina, que es un defecto típico de esta forma de juzgar que hay que evitar.

La solución que sugiere las formas cerebrinas de la equidad, están sugeridas por una experiencia traumática pasada o una enseñanza recibida sin someterse a un juicio sereno y adulto.

Precisamente gran parte de las reglas de la equidad que se verán a continuación están dirigidas a evitar el desvío del razonamiento a las funciones cerebrinas o caprichosas del juzgador.

Convicción Moral y Convicción Cerebrina

Nuestra ley amplía notoriamente las funciones de equidad, al admitir en determinados casos que el Juez dicte sentencia por convicción moral. .[56]

La sentencia por convicción, no puede ser una sentencia cerebrina o caprichosa, sino que sencillamente es una decisión que tiene alguna flexibilidad para la interpretación de las pruebas producidas en el expediente.

Así una sentencia de incapacidad, que parta de la base de la convicción de la falta de información, o falta de inteligencia del acusado de incapacidad sería una sentencia cerebrina, ya que el Juez debe tener presente para formar esa convicción los motivos por los cuales la incapacidad se pide, y analizar la estructura familiar en la cual la persona acusada de incapacidad está inserta.

[56] En Uruguay el delito de proxenetismo y el proceso voluntario de incapacidad (art. 447 C.G.P.) entre otros

De la misma forma, en el delito de proxenetismo, la convicción del meretricio de la esposa no es un elemento a tener en cuenta, y un sentencia que se basara exclusivamente en esa convicción sería absolutamente cerebrina. La sentencia deberá estar enfocada a la falta de libertad, y los elementos de presión física real sobre la víctima.

En definitiva, la convicción moral del juzgador debe estar reglada por normas equitativas como las que se indican en este capítulo, a fin de evitar la arbitrariedad y las corruptelas administrativas que necesariamente van ligadas a este tipo de pronunciamientos.

El proxenetismo es solo uno de los tipos a tener en cuenta, también en el proceso de incapacidad que ya se ha citado

En materia de estupefacientes, el art. 61 de la ley 17016, se refiere en mas de una oportunidad a la posibilidad de que el Juez fundamente su fallo en la convicción moral [57]

También la ley que regula el tema de la violencia en el deporte se remite a la convicción moral del Juzgador (ley 16359 art. 4°) [58]

La ley de ilícitos socioeconómicos que regula, entre otros delitos la usura, también se remite a la convicción moral del Juez (Ley 14095 art. 9°) [59]

La ley llamada de "Restituidos", por la cual se compensa a funcionarios públicos por destituciones durante el gobierno de facto, se refiere también

---

[57] ARTICULO 61 (ley 17.016).- El dolo, en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley, se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales.

El Juez interviniente deberá fundamentar la convicción moral que se ha formado al respecto, tanto en el auto de procesamiento como en el que no lo decrete, así como en la sentencia sea ésta o no condenatoria.

[58] Artículo 4°.- En los casos previstos en el artículo 1° de la presente Ley, así como en los numerales 1° de los artículos 360 y 361 del Código Penal los Jueces competentes y el Tribunal de Faltas tendrán libertad para apreciar la prueba con arreglo a la convicción moral que se formen al respecto, debiendo fundamentar, en la decisión, las razones que han formado su convicción moral.

[59] Artículo 9°. En los juicios que se sigan por el delito de usura, los jueces, al pronunciar su fallo, tendrán libertad para apreciar la prueba con arreglo a la convicción moral que se formen al respecto, debiendo fundamentar en el fallo las razones que han formado su convicción moral.

a la convicción moral, esta vez en el funcionamiento de tribunales administrativos. (Ley 15783, art. 31) [60]

También se refiere a poderes extraordinarios la ley 9575 de represión del Juez clandestino (art. Primero). [61]

También la ley 9604 (art. 7) sobre radicación de extranjeros en el país. [62]

Las reglas de Equidad

[60] Artículo 31.- Serán admisibles todos los medios de prueba previstos por nuestro ordenamiento jurídico. La prueba se apreciará de conformidad con el principio de la sana crítica. Excepcionalmente la Comisión fundará sus decisiones en la convicción moral de sus integrantes.

[61] Artículo 1º. La pena de prisión a que alude el artículo 7º, de la ley número 8.933 de 24 de Febrero de 1933, sólo será redimible por una multa de mil pesos ($ 1.000.00) en caso de infractores de estas leyes que por primera vez han incurrido en sus sanciones. Tratándose de reincidentes de las mismas, se aplicará siempre la pena de prisión.

Regirán para los juicios a que se refiere el artículo 7º de la ley número 8.938, las disposiciones del Código de Instrucción Criminal y demás complementarias, pero los Jueces, al pronunciar su fallo, lo harán con libertad absoluta para apreciar la prueba con arreglo a la convicción moral que se formen al respecto.

[62] Artículo 7º.Si notificado por la autoridad policial el rechazo o la expulsión a la persona objeto de la medida notificación que se hará con intervención de dos testigos de responsabilidad y mención expresa de los recursos de que puede hacer uso, ella no la aceptara, podrá desembarcar o permanecer en el territorio quedando detenida en el domicilio que elija y debiendo reclamar de la expulsión o rechazo ante cualquiera de los Jueces de Instrucción de la Capital o ante el Juez Departamental de los otros Departamentos.

El reclamo que se formulará dentro de los tres días siguientes a la notificación se basará en la inexactitud de los hechos en que se funde la intimación y podrá ser deducido por escrito en papel común o por medio de exposición verbal, de que se tomará nota en acta que levantará el Actuario. El Juez dará conocimiento del reclamo a la autoridad policial y oídos en audiencia verbal, dentro del plazo de diez días, el representantes de aquélla y el reclamante o su abogado, resolverá con arreglo a la convicción moral que se forme, pudiendo ordenar previamente diligencias para mejor proveer, pero sin que la resolución pueda demorarse por más de veinte días, a contar de la fecha de audiencia. Cuando el rechazo o la expulsión se produzca por las causales establecidas en el artículo 1º, incisos C) y D) y en el artículo 5º, se estará a lo preceptuado en las disposiciones referidas, no procediendo la aplicación de los recursos enunciados en el presente artículo.

12 Reglas Prácticas de uso común en los países (como el Uruguay) donde la equidad es fuente del derecho.

La equidad otorga poderes muy grandes al Juzgador, y se comprende facilmente que estos poderes en manos de personas poco responsables, o aún con poca experiencia y conocimientos humanos, puede convertirse en un verdadero peligro.

Desde luego, que la mejor garantía de una magistratura de equidad, o de una magistratura de derecho con poderes de equidad, surge de la propia integración de la misma, aún así, los países acostumbrados al manejo de la equidad como fuente de derecho, usan estas reglas prácticas, de autor anónimo y uso inmemorial que se describen a continuación:

Las Llamadas XII Tablas de la Equidad

I) La equidad no tolera agravio sin reparación.

II) Opera sobre las personas y no sobre las cosas.

III) Presume perfecto aquello que debe tener futura realización.

IV) Prescinde de las formas para tomar en consideración preferente la naturaleza de las relaciones.

V) Supone siempre la intención de cumplir lo pactado.

VI) La igualdad es, en principio, equidad.

VII) Protege al diligente, no a quien descuida su derecho.

VIII) El que pide un fallo en equidad no debe estar incurso en dolo o mala fe.

IX) A la solicitud de equidad debe preceder una conducta equitativa.

X) Si la solución equitativa es por igual favorable a las dos partes, se confía la solución al Derecho estricto.

XI) Sin grave quebranto de la equidad, debe observarse la norma prior tempore potior jure; y

XII) La equidad complementa la ley.

Nuevas Tendencias del Derecho Positivo

Una tendencia clara de derecho positivo en América Latina, era el desconocimiento liso y llano de equidad como fuente del derecho.

Muchas veces, ante las necesidades del momento, los jueces extendían sus poderes en base a licencias en la interpretación de las leyes, o de la propia Constitución, así como una evaluación tendenciosa de las pruebas, pero en general extendiendo a otras fuentes los poderes creativos del momento.

Por ejemplo, los Jueces chilenos admitieron durante muchos años el divorcio, por la vía de la nulidad de matrimonio, que se convirtió en un instituto que se ha salido de sus cauces propios para constituir un verdadero divorcio introducido por la vía jurisprudencial.

En ese sentido, el Código General del Proceso Uruguayo, ha establecido un nuevo rumbo, al consagrar la equidad, en forma expresa como fuente del derecho. El artículo 25 del dicho Código establece que la equidad es fuente del derecho cuando la ley lo establezca o las partes lo así acuerden , tratándose de derechos disponibles. [63]

También establece el Código que en caso de arbitraje, la norma se invierte y que si no se estableciere otra cosa en el compromiso, los árbitros fallarán el caso por equidad. [64]

---

[63] Código General del Proceso (ley 15982). Artículo 25. Deberes del tribunal

25.1 El tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (artículo 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten.

Artículo 199. Pronunciamiento según equidad.

Si mediare acuerdo de partes y siempre que éstas tuvieren la libre disposición del derecho aducido en juicio, podrá el tribunal fallar el asunto por equidad (artículo 25.1).

[64] Código General del Proceso (ley 15982). Artículo 477 . Compromiso (arbitral)

El compromiso deberá contener:

.....

×4) Procedimiento del arbitraje, si nada se dijera sobre este particular, se estará a lo dispuesto en el artículo 490.

×5) La mención de si el arbitraje es de derecho o de equidad; si nada se dijere, los árbitros fallarán por equidad.

Doctrina

Los estudios científicos sobre el derecho declarado o sobre su aplicación efectuados por particulares, generalmente profesores de Derecho, es una fuente jurídica comúnmente llamada doctrina.

La doctrina tiene profusos antecedentes en el derecho Romano Clásico. Como ya se expresó, esta fuente fue eliminada cuando el poder del emperador no admitió posibilidades para compartir la interpretación o aplicación del derecho.

En el bajo imperio, se les da valor de derecho a las opiniones de algunos jurisconsultos clásicos, desde luego en la medida que no contradiga las opiniones del Emperador y sus jurisconsultos-funcionarios.

De acuerdo al Título Preliminar del Código Civil, la doctrina es una fuente supletoria del derecho que puede ser considerada "de acuerdo a las circunstancias del caso"..[65]

[65] Artículo 16 del Código Civil Uruguayo: Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

Conclusiones

Tendencias de Futuro

Al terminar este trabajo, quiero señalar algunas tendencias de carácter muy general, que en mi concepto se desdibujan de lo expuesto:

En primer lugar, la creciente importancia del tema, que se deriva de la puesta en práctica del principio constitucional que establece la supremacía judicial..[66] Es un principio muy viejo que data del texto de las constituciones democráticas del siglo pasado, pero que la cultura jurídica latina no había aún asimilado en todas sus dimensiones..[67]

En segundo lugar, una tendencia hacia la diversificación en uso de las fuentes cuya armónica combinación sustituirá al monótono exclusivismo de la ley como fuente jurídica. Esto se debe también a un mayor respeto por los textos constitucionales y sobre todo a las dificultades que experimenta el Estado centralizado, a cuya organización conducen muchas condicionantes, pero en una proporción muy importante es el propio uso de las fuentes por la jurisprudencia.

En tercer lugar, una creciente concientización en la historia del derecho de las limitaciones del romanismo, y particularmente la etapa de la

---

[66] Artículo 12 Constitución Nacional y Artículo 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

[67] Vease también: Barker, Robert. Doscientos años de constitucionalismo en las Américas. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. tomo 4. Nos. 19-20. 1987.

decadencia del Imperio Romano. Si hacemos lo mismo que hicieron los romanos de la decadencia ..... terminaremos como ellos. .[68]

Y en cuarto y último lugar, pero no menos importante, las crecientes demandas de la población de sus sistemas de producción jurídica requieren una mayor flexibilidad en la toma de decisiones.

Esta flexibilidad, es indispensable, aunque parezca paradójico, para un puntual cumplimiento del legado constitucional democrático cuyo mensaje fundamental es la puesta en práctica de los derechos humanos de todos y cada uno de los integrantes de la nación.

[68] Debe tenerse presente que el espíritu romano-helénico, luchó contra los enfoques germánicos, y perdió, pero tenía la cultura y las universidades de su lado, lo que emparejaba la situación de sus instituciones enfermizas. Esta situación no existe hoy, y ello debe considerarse en cualquier comparación institucional entre el Common Law y el romanismo.

Bibliografía sobre Fuentes del Derecho

📖 1. Aftalión, Enrique R. "Tendencias contemporáneas en los sistemas jurídicos latinoamericano y norteamericano", enero: Jurisprudencia Argentina, (1956).

📖 6. Aparicio, C. "Poder Judicial y Reforma Constitucional Sobre el Control Social por el Derecho" Montevideo, Amalio Fernández (1983). pp. 1-87.

📖 7. Aparicio, C. "Informe sobre la Administración de Justicia de los E.E.U.U. de América", 27: Rev. Fac. de Derecho, 121-139 (1986).

📖 9. Armstrong A, "Women, customary law and equality: lessons from research in Southern Africa", S. Africa Monthly, (1994).

📖 10. Barker, Robert "Doscientos años de constitucionalismo en las Américas", 4, Nos. 19-20: Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, (1987).

📖 📖 12. Bréhier, L. "Las Instituciones del Imperio Bizantino" México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana (1956).

📖 13. Cabanellas, Guillermo "Repertorio Jurídico. Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos" Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L. (1976). pp. 1-234.

📖 14. Cohen, Félix "El Método Funcional en el Derecho" Buenos Aires, Abeledo Perrot (1962).

📖 15. Cossio, Carlos "Teoría de la Verdad Jurídica" Buenos Aires, Editorial Losada S.A. (1954). pp. 1-332.

📖 16. Couture, Eduardo J. "Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo" Buenos Aires, Imprenta de la Universidad (1938).

📖 17. Couture, Eduardo J. "Ciencia y Conciencia del Derecho", 38: Revista Brasileira de Direito Processual, 51 (1958).

📖 18. David, René "A civil code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries", 37: Tul.L.Rev., 187-203 (1963).

📖 19. De Viana,Javier "Justicia Humana." In: "Leña Seca (Costumbres de Campo)", Montevideo, Editor Claudio García (1941), p. 245-251.

📖 20. Del Vechio, G. "Los Principios Generales del Derecho" Barcelona, Bosch (1948).

📖 21. Díaz Couselo, J. "Los Principios Generales del Derecho" Buenos Aires, Editorial Plus Ultra (1971).

📖 📖 23. Enciclopaedia Barsa (Cuerpo de Redacción), and Enciclopaedia Barsa, "Adriano (Publio Elio) (76-138)." In: "Enclopaedia Barsa", edited by Enciclopedia Barsa. Mexico, Enciclopaedia Britannica (1973), p. 66.

📖 24. Fernández Dovat, Eduardo "Jueces Letrados y Jurados Legos en la Justicia Penal", 23/enero/: La República, 10 (1996).

📖 25. Fernández, Gonzalo "Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal. Una contribución al debate" Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (1995).

📖 26. Fueyo Laneri, Fernando "Interpretación y Juez" Santiago de Chile, Universidad de Chile (1976).

📖 27. Gamarra, Jorge and Grupo del Seminario de Obligaciones, "La Jurisprudencia ¿Es Fuente del Derecho?", 8 (Doctrina): Anuario de Derecho Civil, (1978).

📖 28. García Maynez, E. "Introducción al Estudio del Derecho" México, Ed. Porrúa S.A. (1980). Ed. 32

📖 29. Gelsi Bidart, Adolfo "Principios del Proceso", 4: Rev. Uruguaya de Der. Proc. (1996).

📖 30. Gottheil, Julio "Common Law & Civil Law" Buenos Aires, Abeledo-Perrot (1960).

📖 31. Grubb, A. "Abortion law in England: the medicalization of a crime", Law, Medicine and Health Care, (1990).

📖 32. Hallstein, Walter "La comunidad europea: nuevo orden jurídico" Washington, Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales (1967).

📖 33. Herman, Shaell "The Fate and the Future of Codification in America", 40/4: The American Journal of Legal History, 407 (1996).

📖 34. Hübner Gallo, Jorge I. "Introducción al Derecho" Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile (1976).

📖 35. Hübner Gallo, Jorge I. "Fuentes y Formas de Expresión del Derecho." In: "Introducción al Derecho", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile (1976), p. 143-161.

📖 36. Kelman, M "A Guide to Critical Legal Studies" Cambridge (Massachusetts); and London (England), Harvard University Press (1987).

📖 37. Kelsen, Hans "Teoría Pura del Derecho" Buenos Aires, Eudeba (1981). Ed. 17

📖 38. Ladu, Rafaelle "Esquema de Derecho Romano" (1997). (UnPub)

📖 39. Levy-Bruhl, E. "Sociología del Derecho" Buenos Aires, Eudeba (1966).

📖 40. Manaï, D "Le Juge entre la Loi et L'Equité" (1985).

📖 41. Matal, Joseph E. "A Revisionist History of Indian Country", December. Vol 14: Alaska Law Journal, (1997).

📖 42. Moore, E.P. "Gender, power, and legal pluralism, Rajasthan, India", American Ethnologist, (1993).

📖 43. Oehler,D "La Función del Poder Judicial en el Estado Democrático." In: "Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho", edited by Ediciones Pannedille and Comité Editor de Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa . Buenos Aires, Ediciones Pannedille (1970), p. 43-53.

📖 44. Olivecrona, Karl "El Derecho como Hecho. La estructura del ordenamiento jurídico" Barcelona, Labor Universitaria (1980).

📖 45. Quiñones, Mariela "Incidencia de la Legislación Laboral en la Estructura y Funcionamiento del Mercado de Trabajo", 7: Rev.Fac.de Derecho, 155-159 (1995).

📖 46. Reale, Miguel "Filosofía do Direito" Belo Horizonte. MG, Saraiva S.A. (1982). Ed. 9

📖 47. Reale, Miguel "Introducción al Derecho" Madrid, Pirámide (1984). Ed. 6

📖 48. Reale,Miguel "Fuentes del Derecho." In: "Introducción al Derecho", Madrid, Pirámide (1984), p. 111-136.

📖 49. Recasens Siches,L "Proscripción en el siglo XIX de la Filosofía Jurídica y primeros ensayos para el restablecimiento de ésta." In: "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX", Mexico, Editorial Porrua S.A. (1963), p. 3-10.

📖 50. Recasens Siches, L "Historicismo (Político)." In: "Enciclopedia Jurídica Omeba", Buenos Aires, Bibliográfica Omeba (1994), p. 390-391.

📖 📖 52. Risolía, Marco Aurelio "Grandeza y Desprestigio de la Ley" Buenos Aires, (1982).

📖 53. Ross, Alf "Sobre el Derecho y la Justicia" Buenos Aires, Eudeba (1963).

📖 54. Ross,Alf "Las Fuentes del Derecho." In: "Sobre el Derecho y la Justicia", Buenos Aires, Eudeba (1963), p. 73-104.

📖 55. Santa-Pinter, J.J. "Elementos de Introducción al Common Law y Civil Law" Buenos Aires, Ediciones De Palma (1963).

57. Sheppard, Steve "Equity in modern U.S.A. and in Ancient Rome" (1997). (UnPub)

📖 58. Weil Curiel, L. "France: a lawyer's view on female circumcision performed among immigrants" (1995).

Capítulo Noveno
El Método Jurídico

Introducción a la Metodología

Una aspiración común en quienes practican una ciencia o un arte, es la elaboración de un procedimiento simplificado de trabajo relativamente uniforme y seguro.

Es lo que suele denominarse "un método".

Siendo la practica del derecho fundamentalmente, la determinación de derechos y obligaciones entre las personas a través del contradictorio que termina en la sentencia, la doctrina del método está muy vinculada a la teoría de las fuentes del derecho.

En cierto sentido, podríamos expresar que el método jurídico es la parte dinámica de las fuentes que contiene elementos de política jurídica. Mientras que las fuentes establecen en forma relativamente estática las posibilidades teóricas de la decisión judicial, el método en cambio recomienda el camino concreto abstracto y simplificado de la decisión.[1]

Dicho con otras palabras, si las fuentes son los caminos o las señales sociales de las decisiones, los métodos son la utilería de ubicación y objetivos de trabajo: los mapas, brújulas, medios y fines de la sentencia.

[1] "Podríamos adelantar que no es posible enunciar una ideología del método con la misma precisión que una ideología de las fuentes del derecho, particularmente en lo que atañe a la interpretación del derecho legislado. No pueden darse reglas fijas. Lo mas que puede alcanzarse es, digamos, un estilo de método o estilo de interpretación. Por ello el grado de certeza de las aserciones concernientes a la interpretación vigente es muy bajo. Siendo así las cosas, como se señaló en el parágrafo IX, los pronunciamientos teoréticos referentes al derecho vigente se confunden con directivas de política jurídica." Alf Ross. El Método Jurídico (Interpretación) in El Derecho y la Justicia. Pag. 106.

El Objeto y el Método

El método puede considerarse entonces con varias perspectivas: desde una metodología de la ciencia que en este caso es la ciencia del derecho, hasta un camino sistemático de aplicación jurídica, que en los casos mas simplificados se confunde con técnicas de aplicación del derecho y en casos aún mas esquemáticos del positivismo formalistas, con técnicas de interpretación de las leyes.

En las posiciones mas simplistas se afirma que el método puede incluso construir al objeto, lo cual es una hipótesis de trabajo que negamos, y que pensamos que el objeto y el método son cosas totalmente diferentes, siguiendo en esto al ex profesor de la Facultad de Derecho de Montevideo, Julio Luis Moreno.[2]

Como puede verse en esta cita del prestigioso profesor uruguayo, existe una clara diferenciación de objeto y Métodos en el enfoque científico de cualquier ciencia, y con más razón del derecho.

En efecto, la determinación del mismo objeto del derecho es algo controvertido, y en cierto sentido, esta operación encubre tanto el tema de los métodos que se presuponen como los fines generales de la ciencia jurídica.[3]

En lo que llamaremos pensamiento axiomático, subyace el hecho de aceptarse los comandos del ordenamiento positivo sin posibilidades de valoración y a partir de los cuales solo es lícito hacer un conjunto de deducciones de carácter dogmático.

De allí que el método inductivo deductivo seguramente será el predilecto y la función racional la única admitida.

Quien ve en el derecho, como suelen hacerlo los realistas, una reserva de fuerzas espirituales socialmente significativas, tenderá a ver lo que las personas ha

---

[2] En relación a una determina ciencia, la consideración filosófica debe incluir:

1º) Una doctrina del ser y del conocimiento de los objetos de experiencia primaria a que la ciencia se refiere.

2º) Una doctrina de los fines de conocimiento que la ciencia persigue y de las perspectivas que estos fines engendran.

3º) Una doctrina de los métodos de la ciencia.

4º) Una doctrina del objeto de la ciencia.

Moreno, Julio Luis. Presupuestos Filosóficos de la Ciencia Jurídica. (pag.43)

[3] Conforme Moreno. Op cit.:

Así, los fines de conocimiento que cada ciencia persigue vienen a determinar sus métodos y su punto de vista característico sobre la experiencia primitiva. Y es de la unidad de su peculiar punto de vista de donde cada ciencia deriva su unidad sistemática y su autonomía como complejo de conocimientos. (pag. 37)

en realidad, además de los comandos estatales correspondientes. Desde luego que el método inductivo deductivo será el predominante, pero posiblemente haya una base empírica mayor, y como surge de la propia explicación liminar, las premisas serán diferentes.

Donde antes sólo había comandos de la autoridad, ahora hay personas y casos.

Cuando se introduce la valoración, función típicamente emotiva, se supone que los operadores de derecho no solamente no son meros aplicadores de comandos políticos y estatales ni estudiosos de la realidad social ya que las ciencias sociales no pueden descansar en otra cosa que "verum ipso factum".

Se supone en el jurista la función de un verdadero creador del orden social, una tarea de ingeniería social a través del manejo del conflicto y su resolución.

Cuando se introduce este elemento, como hace el enfoque tridimensional, que ve en el derecho norma, hecho y valor, no alcanza el enfoque típicamente deductivo generalizador, sino, que ciertas nociones de retórica entran en el discurso jurídico y fundamentalmente los fines que se persiguen con el conocimiento.

La Gran División Metodológica: El Conceptualismo y el Sociologismo Pragmático

Una posición considera al derecho como una función fundamentalmente estatal, y el derecho serían los comandos estatales destinados a impartir un orden.

No solo se ve el derecho como la función estatal generadora del orden jurídico (que según las teorías pueden ser declaraciones de voluntad o normas lógicas abstractas).

También se supone, que la actividad humana debiera estar reglamentado con suficiente detalle para evitar los conflictos, y por lo tanto que estos comandos debieran ser suficientemente detallados para prever la mayoría de las situaciones.

Se incluye en esta posición el conceptualismo, el dogmatismo, la exégesis, la teoría del silogismo, e incluso y mucho mas modernamente la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen y las semánticas del derecho como la de Alf Ross[4]

[4] Tenemos que analizar, por lo tanto, la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular. Esta actividad es denominada "método jurídico" o, en el caso de la aplicación de derecho formulado (derecho legislado en sentido amplio), "interpretación". Alf Ross. El Método Jurídico (Interpretación) in El Derecho y la Justicia. Pag. 106.

Conceptualismo y Dogmatismo

El conceptualismo, es una corriente de pensamiento jurídico que se basa en el estudio de los conceptos o instituciones legales.

Para la escuela de la exégesis, el derecho es la ley escrita, y en especial la ley codificada.

La valoración de los operadores jurídicos no tiene practicamente ningún significado, ya que las operaciones necesarias para la aplicación del derecho son éticamente neutrales.

Desde esta particular óptica del método jurídico, la discusión judicial, excluye la valoración y el carácter de justicia de las soluciones que se proponen, el esfuerzo se destina principalmente a hacer entrar la solución propuesta en el concepto generalizador a cuyo amparo se sostiene la pretensión.

En la practica se suele traducir en un interpretacionismo y un cierto bizantinismo de las soluciones, ya que al excluirse la valoración resulta de todo punto imposible determinar la importancia relativa de los argumentos y soluciones a menos que se entre en complejos razonamientos tópicos.

Desde el punto de vista funcional, responde admirablemente a las necesidades de la centralización política, ya que las premisas del razonamiento legal, son en principio, por definición, comandos jurídicos de naturaleza legal, que muchas veces ni siquiera se encuentran matizadas por los comandos constitucionales, mucho mas generalizadores y por consiguiente flexibles.

La escuela de la exégesis, no obstante, ha logrado efectuar construcciones conceptuales realmente admirables, en inmensos volúmenes donde se pretende prever todos los problemas que plantea la vida practica al derecho.[5]

La jurisprudencia de conceptos, continuó la tarea de los exégetas. Si bien es diferente el nombre, son similares los procedimientos, no se trata ya de

[5] Bonnecase distingue tres períodos en la escuela de la exégesis: fundación (1804-1830) apogeo (1830-1880) y decadencia (1880-1900). Menciona como representante del primero a Delvincourt, Proudhon, Toullier; del período de florecimiento a Duranton, Aubry y Rau, Mercadé, Laureen, Troplong, etc., y del último período a Baudry-Lancantineri y a Buillard. No debemos nosotros olvidar Pothier, preexégeta, verdadero precursor del pensamiento jurídico francés moderno y a Demolombe, que figura sin desmedro entre los mas grandes de la escuela. Aftalión - Introduc. al Derecho Pag. 878

desentrañar la voluntad precisa de los comandos estatales, sino de encontrar los conceptos eternos que hay detrás de ellos.

La ingente elaboración científica del derecho civil debida a la escuela dogmática es el antecedente inmediato de la codificación en Alemania, Planck "padre del Código Civil alemán", es también un representante del conceptualismo y el mismo Código Civil de 1900 es una auténtica obra de la escuela. Los civilistas posteriores a la codificación (Ennecerus, Kipp, von Thuf) prosiguen todavía la tradición dogmática. En el campo del derecho penal, Binding, se manifiesta como discípulo de Windscheid. También es dogmático-conceptista en general la denominada escuela penal "técnico jurídica" que se prolonga hasta nuestros días con distinguidos representantes. En el campo de la teoría del Estado, Jellinek pertenece a la misma corriente.

"La ciencia jurídica romanista germana tuvo fuerte influencia en Italia y a través de ella su método conceptista. Serafini traduce las pandectas de Arndts, Fadda y Bensa las de Windscheid, Scialogia, Bonfante y muchos otros cultivan la ciencia del derecho romano de acuerdo con los principios dogmáticos a igual cosa hace Manzini con el derecho penal." Aftalión Op. Cit. Pag. 882.

En el mundo anglosajón, sin llegar a los límites del continente europeo, el conceptualismo tuvo su momento.

El conceptualismo anglosajón es de tipo jurisprudencial mas que legislativo. Pero el cambio de la fuente de derecho predominante, no influye en las construcciones que se realizan a partir de la misma.[6]

En realidad la dogmática, la exégesis y el conceptualismo son escuelas íntimamente unidas en sus enfoques.

Los rasgos característicos son:

📖 1.) Positivismo no valorativo, o sea éticamente neutral, por consiguiente una fuerte separación entre moral y derecho.

[6] Desde 1800 América ha experimentado al menos tres diferentes fases de pensamiento legal, cada una de ellas ha respondido de alguna forma a la necesidad de mirar la adjudicación o la actividad de los tribunales como un proceso racional. Hasta mediados del siglo diecinueve, había una clara aceptación de un enfoque ampliamente instrumental del derecho; los jueces decidían los casos por abiertas referencias a consideraciones políticas. Alrededor de 1860, comenzó una tentativa discernible en el sentido de salir de esta concepción amplia del proceso legal. Por 1890 esta transformación fue completa. La comunidad había caído víctima del contagio clasicista: los jueces afirmaban resolver disputas por la sola aplicación de las reglas. Esta tendencia del pensamiento legal comúnmente conocida como "conceptualismo" floreció por un par de décadas mas o menos, llegando a su zenit por mediados de 1920. Su subsecuente decadencia fue rápida y dramática. Si el triunfo del conceptualismo fue el caso Lochner v. New York en 1905 su entierro oficial fue West Coast Hotel v. Parrish en 1937". LAW, POLITICS AND CRITICAL LEGAL STUDIES in Stanford Law Review - Enero 1984, pag. 203.

📖 2.) El derecho es un fenómeno exclusivamente estatal.

📖 3.) Se favorece la fuente jurídica legislativa, y en el caso anglosajón la jurisprudencial.

En realidad, salvo excepciones, los enfoques de esta escuela se encuentran muy integrados en la praxis jurídica principalmente en Latinoamérica. Es frecuente en nuestros días mencionar las materias dogmáticas, con lo cual se quiere significar que ramas íntegras del derecho revisten o debieran revestir las características expuestas líneas arriba.

Las críticas que se realizan a este enfoque netamente racionalista y deductivo, se refieren a su falta de adecuación a la realidad, falta por consiguiente de respuesta al cambio social, falta de flexibilidad para contemplar situaciones particulares, dificultades especiales para controlar la actuación de los administradores estatales, y en definitiva, contribuir a un marcado proceso de desjudicialización práctica y pérdida general de profundidad d del orden jurídico es decir la importancia de los operadores de derecho en la vida práctica de las personas.

Por citar un solo ejemplo. El enfoque dogmático atenderá minuciosamente las formas del procedimiento judicial que el orden jurídico establece. Es posible que ese sistema sea lento, secreto e ineficiente, lo cual en forma obvia perjudica tanto a la población como a los administradores del sistema jurídico.

Para el enfoque dogmático, esto no sería un problema de derecho de derecho sino de política.

Finalmente, los enfoques puramente conceptualistas, conducen a un gran apartamiento de la realidad. Hay un cierto desprecio por las premisas en las cuales los conceptos se apoyan, y a veces un desconocimiento total de las realidades fácticas.

Para el fin del siglo pasado un creciente criticismo, hace prever el surgimiento de nuevos enfoques.

A título gráfico e ilustrativo, transcribimos una ironía famosa, destinada en contra del conceptualismo escrito por el maestro alemán von Ihering. Se trata de un capítulo de su obra "Jurisprudencia en Broma y en serio":

Crítica al Conceptualismo

En el cielo de los Conceptos Jurídicos

Supone éste (Ihering) que ha muerto y es conducido por un espíritu por el paraíso reservado a los grandes conceptualistas, al cual el podrá acceder si demuestra no ser un práctico. En ese cielo imperan los pensamientos y las abstracciones ajenas a todo contacto con la realidad. Difíciles problemas jurídicos penden en las cofas de una pértiga y cuando Ihering pregunta al espíritu que le guía si esos problemas tienen algo de práctico, algún significado para la vida, el espíritu le increpa:

¿Problemas Prácticos? Ni menciones aquí la palabra "práctico"; si te hubiera escuchado alguien que no fuera yo, le habrían expulsado de inmediato. ¿Significado para la vida? ¿Es que acaso hay aquí vida? Aquí impera la ciencia pura, la lógica jurídica, y la condición para su imperio y para toda la magnificencia que de ella emana, consiste en un desentendimiento absoluto de las cuestiones de la vida. Mas adelante, cuando veas los conceptos con tus ojos, verás lo que sucede con ellos, si tienen que someterse a la vida. Junto al salón de los conceptos donde podrán contemplar los conceptos puros, es decir aquellos que existen exclusivamente para sí y relevados de toda relación con la vida, hay un gabinete anatomo-patológico, donde están expuestas las deformaciones que sufrieron los conceptos en el mundo real. Son todos preparados. Esas criaturas deformes pueden arrastrar una mísera existencia en la tierra, pero no pueden vivir en nuestro cielo, porque aquí puede vivir solamente lo que es científicamente sano, es decir, conceptualmente puro, lógicamente correcto. Esa vida en la que estás pensando equivale a la muerte de la verdadera ciencia. Es la servidumbre de la ciencia, la mita de los conceptos, que en vez de poder vivir su propia vida, son sometidos al humillante yugo de las necesidades terrenas. Aquí es como dije: los conceptos viven su propia vida, y si no quieres arruinarte todas tus posibilidades de ingresar en este reino no preguntes jamás a nadie para qué sirve todo esto que acá ves. ¡Servir! Sería lo único que faltaba: que en nuestro cielo los conceptos hubieran de servir. Aquí imperan y se resarcen de la servidumbre que tuvieron que tolerar en la tierra..." [7].

Realismo Jurídico

El Método Sociológico

Desde el principio de este siglo, la reacción anticonceptualista provino principalmente de autores que pensaban que el derecho debía tener un aspecto mas humano, y mas flexible.

Se veía además en el derecho, considerado como objeto de investigación, algo más que los comandos estatales que el dogmatismo pensaba que era todo el mundo de lo jurídico.

Surge en Austria autores como Ehrlich, en Francia autores como Durkheim y León Duguit, este último decano de la Facultad de Derecho e Burdeos. En los Estados Unidos, precisamente desde la Facultad de Derecho de Harvard, surge un movimiento realista, que después sería conocido como el de Jurisprudencia sociológica.

En Italia y reducida al ámbito del derecho penal, surge el realismo, con insignes figuras y contribuciones como los profesores Ferri y Lombroso.

Como detalle importante, cabe destacar que el realismo italiano en materia penal, luce el nombre de positivismo jurídico penal, en una acepción bien diferente y aún opuesta a aquella de la teoría general.

---

[7] Ihering, Rudolf von, Bromas y Veras en la Jurisprudencia. tr. A Banzhaf. Bs. As., 1974, p. 293 y 294, cit por Zannoni, Eduardo. Crisis de la razón Jurídica. Tres ensayos. Astrea. Bs. As. 1980. Pags. 68 y 69

Métodos

Carlos Aparicio

El positivismo (en la acepción de la teoría general) corresponde a la escuela dogmática de derecho penal, y mas recientemente al llamado tecnicismo jurídico.

Los enfoques de las escuelas realistas sobre lo que el derecho es, o sea la delimitación del objeto de investigación jurídica, serán estudiados mas adelante, pero adelantamos aquí que los realistas ven en el derecho un fenómeno típicamente social especializado en la prevención y represión de la conducta desviada.

Al ser un fenómeno social puede y debe ser estudiado con los métodos y herramientas que proporciona la sociología, la estadística y sicología.

El derecho pasa a ser así una ciencia de hechos.[8]

Específicamente sobre el método jurídico citaremos a Levy Bruhl, que en su obra Sociología del Derecho, escrita en 1961, nos informa:

¿Que método deberá emplear el jurista en sus investigaciones? En verdad, tal método no difiere en absoluto del utilizado en las ciencias sociales en general. Puede resumirse en tres operaciones principales: observación, interpretación y comparación.

1.) Observación.

Se presenta bajo diferentes aspectos según que los fenómenos jurídicos que se estudien se manifiesten en sociedad contemporáneas de tipo moderno, en sociedades contemporáneas de tipo antiguo o en sociedades desaparecidas.

Para las primeras indica: "Las fuentes mas importantes son las fuentes escritas y entre ellas los documentos de carácter técnico, en primer lugar los textos legislativos o parlamentarios que nos hacen conocer la norma, las colecciones de jurisprudencia por medio de las cuales sabemos cómo se aplica aquella. Pero esto debe hacerse con las serias reservas que ya hemos formulado. Una recopilación de leyes es, a la vez, pletórica e incompleta; pletórica porque contiene un número mas o menos considerable de disposiciones no aplicadas; incompleta, porque no menciona normas consuetudinarias, que sin duda, son normas jurídicas, porque son generalmente observadas, aunque no han recibido rótulo legislativo. En cuanto a la jurisprudencia, si bien está mas cerca de la vida, suministra una imagen infiel y trunca de la realidad jurídica, pues muchas de sus normas consuetudinarias de las cuales acabamos de hablar se originan en convenciones explícitas e implícitas, pero frecuentemente no son llevadas ante la Justicia, ni son objeto de un proceso. Será necesario ir mas allá, consultar los archivos notariales, los documentos de empresas grandes y pequeñas o mejor aún, pues esas practicas paralegales rara vez se confían al papel, obtener declaraciones de los interesados. Podrán encontrarse también informaciones en la literatura; novelistas como Balzac, por ejemplo, puede revelarnos aspectos de la realidad jurídica que vanamente se buscarán en los códigos. Sin embargo, esta última fuente (en el sentido documental de la palabra) será por lo general, menos fructífera para el derecho que para la moral o la sicología, puesto que se refiere a realidades que sobre los textos lleva a considerar las instituciones jurídicas "como cosas" según el término tan injustamente reprochado a Durkheim. Puesto que son "cosas colectivas", se explica, es lógica que la estadística sea uno de principales instrumentos de conocimiento. Para apreciar el verdadero alcance de una institución y medirla en el espacio y en el tiempo es necesario poseer elementos numéricos precisos, lo mas exactos posibles y periódicamente renovados.

Método estadístico

El empleo de la estadística en materia jurídica es relativamente reciente. Está vinculado al movimiento ideológico nacido en el primer tercio del siglo 19, principalmente en Francia y en Bélgica y que llevó a la publicación, en Francia, en 1827 de la primera estadística jurídica. Llevaba el nombre que luego conservó de COMPTE RENDU DE LA JUSTICE CIVILE ET CRIMENELLE. Esta publicación oficial, redactada con el auspicio del Ministerio de Justicia, era un trabajo mas administrativo que científico destinado a informar al gobierno de la manera en que se administraba justicia. La obra estaba concebida como publicación anual y en realidad, salvo casos de fuerza mayor (época de guerra), apareció regularmente todos los años. La exitosa iniciativa francesa fue seguida por los principales países de Europa. Los comptes Rendus han sido objeto de vivas críticas y algunos autores llegaron a considerarlos inutilizables en el campo científico, lo que es exagerado. Aunque no se le de absoluta fe a sus cifras y se tengan en cuenta los errores voluntarios e involuntarios que se han deslizado, esos documentos son preciosísimos, pues contienen un gran número de informaciones que en vano se buscaría en otra parte, en un aspecto muy importante de la vida jurídica francesa, el aspecto forense.

Es natural que la estadística jurídica -la nomoestadística como se la llama a veces- comenzara por allí, pues los asuntos que pasan ante los tribunales son relativamente fáciles de enumerar. Cuando la actividad jurídica no da lugar a proceso, la investigación por vía estadística está mucho menos avanzada; es casi inexistente. Sin embargo, puede ser de vivo interés ¿Quien no aprecia la utilidad de conocer el

[8] Consecuente con su principio de ver al derecho en los hechos sociales, DUGUIT introduce una distinción entre reglas normativas y reglas constructivas. Estas últimas son lo que tradicionalmente se llaman normas positivas (ley); en cuanto a las reglas normativas, ellas son las que representan verdaderamente el derecho (es decir los hechos sociales). No se trata aquí de un mandato de un individuo a otro, sino de un estatuto que obliga a todos por igual. El contenido y fundamento de estas reglas normativas lo constituye en primerísimo lugar la solidaridad, es decir la interdependencia social que constituye el hecho fundamental de toda sociedad. Todos los individuos tienen conciencia de este sentimiento de sociabilidad. La regla normativa postula, en su enunciado mas general, el principio de que no hay que hacer nada que atente contra la solidaridad social. Aftalión. Op. Cit. Pag. 889

número y naturaleza de los contratos de matrimonio, testamentos, reconocimientos de hijos naturales, etc. en diferentes regiones y en diferentes épocas? O, en otro orden de ideas ¿No sería importante saber cómo se dividen las diferentes especies de sociedades de comercio? Sobre todo esto y sobre muchos otros hechos jurídicos existe documentación; es facilmente accesible, pero todavía no ha sido reunida y menos aún consultada. Es asombroso comprobar que, desde hace siglos, generaciones de juristas se han dedicado al estudio de esas instituciones, sin haberse preguntado jamás qué representaban ellas en la vida social. El desarrollo de la estadística jurídica es, en el plano científico, una medida de urgencia inmediata.

LA ENCUESTA: Sin la pretensión de exponer todos los procedimientos técnicos que contribuyen a facilitar el trabajo del jurista, nos limitaremos a señalar uno de los mas recientes: la encuesta. Utilizada desde hace mucho tiempo por la policía y la justicia, en especial la penal, la encuesta apenas hace cincuenta años que alcanzó rango de procedimiento de investigación científica. Chocaba con ciertos prejuicios y no parecía compatibles con las ideas tradicionales, para las cuales el trabajo científico era en principio obra de un solo autor responsable. La encuesta, por el contrario, generalmente es realizada por un equipo mas o menos numeroso de investigadores dirigida con frecuencia por un sabio mas experimentado. Pero ni siquiera esto último es indispensable y por ello algunos equipos de trabajo están constituidos de tal manera que las partes de trabajo y de responsabilidad son divididas igualmente entre todos. Además, y estos es importante, la encuesta era también innovación en el sentido de que el trabajo científico en materia social, hasta ese momento, era concebido como puramente libresco, salvo raras excepciones. Los documentos escritos o a veces figurados, proporcionaban al estudioso elementos para reflexión constructiva o crítica, pero no se le ocurría que la observación de la realidad, de lo concreto, de lo vivo, pudiera ser digna de él. Abandonaba con gusto este trabajo al género, un poco inferior a sus ojos, del periodista o del encuestador profesional. Esta actitud se modificó en gran parte, por influencia de la etnología. El estudio de las poblaciones primitivas se hace por definición, sin el auxilio de documentos escritos: se investiga unicamente por observación directa de los indígenas. ¿Y qué es la investigación sino observación? Los procedimientos empleados por los etnólogos para el estudio de las sociedades primitivas se han perfeccionado y modernizado. Se recurre cada vez mas a instrumentos de precisión, como la cámara fotográfica o el magnetófono, para recoger en vivo actitudes y conversaciones. Se han hecho considerables progresos en el difícil arte de interrogar para obtener respuestas sinceras. A todos estos procedimientos se les ha reconocido capacidad para ser utilizados también en el estudio de la realidad social actual, para lo cual se tiene el privilegio de poseer a la vez documentos escritos y pruebas vivientes, lo que permite útiles confrontaciones. La encuesta se hace a menudo por sondeos, por medio de cuestionarios, cuya técnica se ha perfeccionado durante estos últimos años, especialmente en los Estados Unidos. Triunfa en Europa en materia económica y ha hecho recientemente irrupción en el ámbito del derecho, especialmente ene le terreno de la criminología. Tiende a pasar al derecho civil y comercial, así como al derecho público. Si bien presenta considerables dificultades, no es dudoso que este método puede prestar importantes servicios, a condición de que los cuestionarios orales o escritos sean cuidadosamente preparados, utilizados por investigadores con formación psicológica suficiente y que las personas interrogadas sean cuidadosamente elegidas." Levy Bruhl. Sociología del Derecho. Trad. Myriam de Winisky. Eudeba, B.A., 1964.

El autor citado, hace estos comentarios, sobre la primera operación del enfoque científico que es la observación. Se señalan otras dos operaciones importantes, la interpretación de los datos de la realidad y la comparación de las realidades.

Hace un estudio comparativo, entre las diferencias entre el enfoque del jurista y del historiador y encuentra diferencias notables, principalmente en la concepción de la verdad y de la cronología.

Dice en algún fragmento:

Ahora vemos que los juristas dan pleno valor a falsedades evidentes. El derecho, debemos reconocerlo, por más humillante que sea esta confesión para el espíritu humano, reposa sobre opiniones y creencias erróneas, general extendidas y no exclusivamente sobre verdades establecidas. Op. Cit. Pag. 49

El párrafo citado expone en forma concisa y clara las pretensiones metodológicas de un enfoque realista del derecho.

Como afirmamos antes, este tipo de afirmaciones tiene amplia aceptación en los países desarrollados, incluso con modificaciones que expondremos a continuación. Lamentablemente Latinoamérica, se encuentra fuertemente afiliada al dogmatismo jurídico, siendo sus consecuencias facilmente detectables por evidentes, por ejemplo en la ausencia o dificultad de las estadísticas en el nivel judicial.

Pero esto es solo un aspecto, ni siquiera el mas importante de un problema epistemológico muy profundo, la rigidez de las soluciones que se plantean ante los tribunales, la duración de los procesos el marcado proceso de desjudicialización práctica, son otros aspectos marcados de conceptualismo jurídico aplicado sin restricciones.

Otros Enfoques Modernos

Lenguaje y Tópica

En 1936, Alf Ross publica su obra denominada "Hacia una ciencia realista del Derecho". El profesor de la universidad de Copenhague que es a su vez discípulo de Kelsen, intenta, mediante la resolución de antinomias lógicas, la superación de las graves diferencias entre el realismo y el formalismo.

Se llega a ver en el derecho, un fenómeno principalmente interpretativa y de base lingüística. Si bien las definiciones de este autor sobre el fenómeno jurídico, no excluyen sino que por el contrario suponen una base sicológica y sociológica, admite que ante la conducta práctica de los tribunales de derecho continentales de su época, el elemento interpretativo constituye la base de su actividad.

Planteado el derecho en estos términos, el método jurídico se confunde con la interpretación de la ley, y por consiguiente el objeto jurídico, se convierte en un fenómeno eminentemente estatal.

No obstante, el autor, es consciente de la influencia de los factores sicológicos y sociológicos en la aplicación de la ley.

Escribe al respecto:

Aunque la tarea de administrar justicia es mucho mas amplia que la de interpretar la ley, en el sentido genuino de esta expresión, es común, sin embargo, usar la palabra "interpretación" para designar la actividad integral del juez que lo conduce a la decisión, inclusive su actividad crítica, inspirada por su concepción de los valores jurídicos, que surge de actitudes que están mas allá del simple respeto al texto legal.

Este uso lingüístico responde al deseo de ocultar la función creadora del Juez, preservando la apariencia de éste no es otra cosa que un portavoz de la ley. El Juez no admite en forma abierta, por lo tanto, que deja a un lado el texto. Mediante una técnica de argumentación que se ha desarrollado como ingrediente

tradicional de la administración de justicia, el Juez aparente, que a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley.

Podemos decir, en definitiva, que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del Juez, tanto en su conciencia jurídica formal y materia como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad.

Para llegar a una verdadera comprensión de la función del Juez es importante subrayar esta naturaleza doble. Pero al mismo tiempo hay que reconocer que la distinción entre la función cognoscitiva y la valorativa es artificial, en la medida en que ambas se fusionan en la práctica, lo que imposibilidad decir con precisión donde termina una y donde comienza la otra. Esto es así porque es imposible para el propio Juez, así como para los demás distinguir entre las valoraciones en que se manifiestan las preferencias personales del Juez y las valoraciones atribuidas al legislador, que son, por lo tanto, datos para una interpretación puramente cognoscitiva.[9]

Las teorías realistas del lenguaje, como el realismo en general tienen el mérito de llevar las investigaciones teórico conceptuales sobre el derecho al hecho empírico de la sociología y la psicología, y dentro de este terreno delimitan el objeto jurídico en la forma más próxima al Estado que puede permitir el realismo.

Todo idioma, en distinto grado, tiene una imprecisión rica en flexibilidad que permite expresar conceptos con bordes esfumados como las antiguas fotografías. No queda muy claro, que sea totalmente conveniente una delimitación más precisa o rigurosa de los comandos constitucionales y legales, siempre algo indefinidos por la acción constante de los principios generales del derecho. Pero el estudio más detallado de este tema, corresponde a fuentes del derecho y a valores jurídicos.-

En realidad el derecho es una gran reserva de símbolos sociales de importancia emotiva y valorativa. El derecho se desarrolla como el propio lenguaje, a pesar de, y no a causa de, las reglas gramaticales y semánticas.

---

9 Ross. Sobre el derecho y la Justicia. Pag. 134.

Enfoques Flexibilizadores (Tópica)

Theodor Viehwed (pronúnciese Five) profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Maguncia, enriqueció los estudios de derecho con el aporte de la antigua técnica de la tópica o ars combinatoria.- Como vimos cuando estudiamos intuición, las meras leyes de la lógica, y el pensamiento inductivo-deductivo, es claramente insuficiente para una aproximación científica al objeto de estudio. Su aplicación sistemática, conduce necesariamente a un saber conservador y estabilizado, sobre la base de axiomas, es decir proposiciones indemostrables. En realidad el pensamiento axiomático es la contra cara del pensamiento tópico. En la realidad práctica, una aproximación al objeto se efectúa sobre la base de una serie de hipótesis, que son sucesivamente verificadas por el pensamiento analítico, Pero no existe un camino lógico para el establecimiento de estas hipótesis que pueden ser miles para un caso complejo. En realidad es a través de la tópica que juega un ordenador personal un partido de ajedrez, A pesar de su inmensa velocidad y capacidad de cálculo, todavía nunca una computadora pudo ganarle un partido a un gran jugador de ajedrez.- Éstas máquinas carecen de intuición.- El método tópico ha tenido gran éxito en economía, con el llamado método del camino crítico.- Trataremos de entender éste método con un ejemplo sencillo:

En cualquier serial policial que Uds. pueden ver en cine o de televisión, la propuesta generalmente está planteada por la comisión de un delito, por ej. un homicidio, cuyo autor se ignora y que está ademas sólidamente protegido por una realidad engañosa que hay que desentrañar.- Cualquier problema jurídico, principalmente en área de la prueba de hechos materiales, no es diferente de este planteo.- Ahora bien, abocados a la tarea de resolver el caso, el investigador puede aplicar una teoría que indica que en la generalidad de los planteos similares, la solución es la indicada. Por ejemplo, si una persona estaba amenazada de muerte y temía por tal activo, lo más probable o seguro, es que su muerte haya sido simplemente la ejecución de la amenaza previa.- Ahora bien, existe otra forma de planteo o aproximación al problema, mediante el método tópico o pensamiento problemático.- Este

consiste en la sucesiva generación de hipótesis, con cargo a ser demostradas o verificadas o descartadas lógicamente.- El problema es que estas hipótesis pueden ser miles, y en realidad el verdadero camino para moverse entre ellas es el de la intuición. Más ésta puede no existir, entonces se trata de establecer un camino lógico para poder manejar las hipótesis, a través de los propios elementos de verificación.- Estos elementos: "los topoi", jugarían de esta forma: Solo se aceptarían hipótesis donde no existan coartadas legítimas.

Solo se aceptaría hipótesis que admitan móviles del acto posibles.

Obviamente que el planteo, es en realidad limitativo de la casi infinita cantidad de probabilidades, pero inmensamente mayor que la unilateralidad del pensamiento silogístico,- En derecho, la introducción del pensamiento tópico, ha tenido como mayor resultado flexibilizar la jurisprudencia es los terrenos en que se tratado de introducir sometiendo a crítica a los a los propios axiomas, constituidos fundamentales por comandos estatales perimidos o carentes de vigencia ante la cambiante realidad social. Sin duda representa un gran avance frente al tradicional enfoque axiomático, típico del formalismo.

Veamos lo que dice Recassens Siches sobre ésto:

> Frente a los pruritos sistematizantes y logificantes, queda en pie la ciencia jurídica tradicional. la cual no intenta modificar sustancialmente la técnica del Derecho, Viehweg concibe esta técnica como un fenómeno de la incesante búsqueda de lo justo; búsqueda de la cual surge el Derecho Positivo y que se prosigue en el manejo práctico de ese Derecho Positivo. Esta búsqueda, con todas sus características humanas, constituye el gran objeto de investigación para la ciencia jurídica En fin de cuentas, necesitamos una teoría científica de la práctica jurídica, Ahora bien, tal teoría no puede ser desenvuelta si se parte del propósito de elaborar un sistema deductivo de derecho. ....

Wilburg, en un trabajo de 195O, señala que las nociones y máximas de la jurisprudencia pueden ser entendidas tan solo refiriéndolas al problema.

Wilburg opina que el derecho civil se halla fosilizado en. un sistema rígido, mientras que por el contrario, debería ser convertido en algo móvil. Muchas nociones de Derecho Civil contemporáneo están Usadas a representaciones materializadas que conducen a error; y señala asimismo fue muchas máximas fundamentales civilísticas son mucho menos fértiles de lo que se cree, e incluso frecuentemente actúan como obstáculos, Las máximas del derecho civil no deben ser interpretadas como conceptos lógicos, antes bien deben ser sólo puestas en relación con ¡as exigencias de justicia, Viehweg reproduce una serie de ejemplos producidos por Vilburg en el campo del concurso y la quiebra, en el campo de la prenda, en el campo del enriquecimiento indebido, y en el campo de la responsabilidad por daños, etc. Según Wilburg, la fuente principal de perturbación consiste en haber absolutizado indebidamente conceptos que tienen sentido sólo desde el punto de vista de la justicia y en relación con las

realidades concretas, y, así, es necesario y obligado, muchas veces, pasar por encina de máximas reputadas como fundamentales, o restringir su alcance, o modificar ésta, La preferencia de rango que corresponde a! problema completo influye predominantemente sobre la configuración y el desenvolvimiento de la técnica aplicable a la cuestión. [10]

[10] Recasens Siches - Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, t.II, Pags. 1078-1080, MÉTODO FUNCIONAL O PRAGMÁTICO

Carlos Aparicio

Método Funcional o Pragmático

Que hayamos comenzado el capítulo de métodos con una introducción sobre epistemología, no es una casualidad.-

Precisamente, el funcionalismo nace en base a una visión relativista de la verdad. como vimos, la relación entre el sujeto cognoscente y el objeto, dista de ser sencilla, y al primero la realidad se le aparece como un complejo de circunstancias aparentes y engañosas. Para penetrar su sentido existen limitaciones obvias, no solamente en base al carácter introvertido o extrovertido del sujeto, sino en base a las funciones sicológicas involucradas.- Así como para el racional, el objeto se le oculta en la medida que no esta comprendido en la teoría, para el emotivo, ese objeto en cambio se le oculta en la medida que contradiga sus valoraciones principales. Si bien la intuición suele traspasar esas barreras, en cambio el objeto se le oculta precisamente en su realidad aparente y que todo el mundo puede ver, y el perceptivo suele quedarse ante las barreras mas superficiales.- Estas diferencias, no son discusiones eternas de epistemologías, sino distintos tipos de organización humana que coexisten al mismo tiempo y tienen derecho a la existencia. Gran parte de la discusión filosófica, se centra en la discusión de distintas medidas personales para medir al mundo exterior, sin un mayor resultado significativo. Éste es el contexto donde el pragmatismo aparece y se desarrolla. Se pregunta si es posible acceder a un criterio de verdad utilitario, que traspase las diferencias personales, y que convoque una cierta unanimidad.

El método pragmático consiste en tales casos en tratar de interpretar cada noción buscando sus consecuencias prácticas respectivas; Si no se puede hallar ninguna diferencia, entonces las alternativas significan practicamente lo mismo y toda la disputa es vana... Es sorprendente advertir cuántas disputas filosóficas, se reducen a la insignificancia tan pronto como se las somete al simple test de tratar de hallar una consecuencia practica, Vittgenstein, Tractatus Logico-Philosophicus (1922), prop.4003, Cf. James, Pragmatism (1908), citado por FELIX COHEN,. El método Funcional en e! Derecho, trad, Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs.As., 1962.

Sean cuales fueren las diferencias que existan entre los filósofos modernos en la elección de los términos de experiencia que han de servir como términos básicos del análisis funcional -'sucesos', 'sensa' y "hechos atómicos' son solo unos pocos de estos términos básicos- pocos habrán de discrepar con el punto de vista expresado por William James cuando dijo que en nuestra investigación de cualquier idea abstracta la pregunta central tiene que ser: ¿Cuál es su valor en efectivo (cash value} en términos de experiencia particular? ¿y qué diferencias especiales ocurrirían en el mundo si ella fuera verdadera o si fuera falsa?".» COHEN, Op.Cit. pag. 66,

No se trata en todo caso de introducir un nuevo método que destierre a todos los conocidos. El racionalismo tiene su lugar así como los valores. Se trata de una invitación al estudio de problemas que han sido olvidados por otros métodos científicos de investigación.- Dice Cohen al respecto:

Métodos

Carlos Aparicio

Pienso que la era de los juristas clásicos ha terminado. El "Restatement of the Law"[11] confeccionado por el American Law Institute es el último estertor de una tradición que muere. Los mas inteligentes entre nuestros jóvenes profesores y estudiantes de derecho no tienen interés en reformular los dogmas de la teología jurídica. Habrá en el futuro, por supuesto, imitadores y continuadores de los juristas clásicos. Pero pienso que los pensadores jurídicos del futuro realmente creadores no se dedicarán, a la manera de Villiston, Wigmore y sus colegas, a la taxonomía de los conceptos Jurídicos y a la explicación sistemática de principios de 'justicia" y 'razón", apoyados en "casos correctos". El pensamiento jurídico creador mirará mas y más por detrás del simétrico despliegue de casos "correctos' en busca de los hechos efectivos de la conducta judicial; hará uso intensivo de los métodos estadísticos para la descripción científica y la predicción de la conducta judicial; se esforzará más y mas por trazar el mapa de las fuentes ocultas de la decisión judicial y por pesar las fuerzas sociales representadas en la magistratura. Y desde el punto de vista crítico, pienso que el pensamiento jurídico creador mirará más y mas por detrás de los principios tradicionalmente aceptados de justicia y razón para apreciar en términos éticos los valores sociales en juego en cualquier elección entre dos precedentes,

Las pautas valorativas sociales serán captadas no como un factor de emergencia en el razonamiento jurídico, sino como el campo de gravitación que da peso a cualquier regla o precedente, tanto en el campo del derecho constitucional, como en el del derecho de las marcas de fábrica ü en los detalles más técnicos del procedimiento jurídico.

En este cambio en las sendas de la investigación jurídica, ya implicado un cambio en las necesidades de equipo para el estudiante de Derecho, La familiaridad con las palabras de las opiniones judiciales del pasado y la habilidad en la manipulación de los conceptos jurídicos, no es suficiente para el estudiante que trata de entender las fuerzas sociales que controlan la conducta judicial, ni para el abogado que intenta usar estas fuerzas, Los intereses creados de nuestras facultades de derecho en una ciencia jurídica independiente, resultan socavados por cada avance de nuestro conocimiento de los antecedentes y consecuencias sociales de la decisión judicial, En las Facultades de Derecho conscientes de tales progresos es cuestión de discreción admitir que la ciencia jurídica nos lleva necesariamente al campo de la psicología, economía y teoría política. Los cursos en nuestras Facultades de Derecho más progresistas están empezando a ocuparse, con suma cautela, de las doctrinas psicológicas involucradas en nuestras reglas de prueba, de

las teorías sociológicas presumidas por nuestro derecho penal, de los presupuestos económicos de nuestras doctrinas de derecho constitucional y de los hechos psicológicos, sociológicos y económicos que dan fuerza y significación a las reglas y a las decisiones en estos y en otros campos del derecho. Los primeros pasos dados son torpes y provocan sonrisas de simpatía o atronadoras carcajadas, según el temperamento de los críticos, pero la voluntad de andar persiste, Para el abogado, no menos que para el estudioso del derecho, el manejo de Materiales hasta ahora considerados "no jurídicos", asume creciente importancia., Y los tribunales que cierran sus puertas a tales materiales no jurídicos, depositando los tabúes del derecho de la prueba sobria los hechos y argumentos que revelan el significado social funcional de una pretensión o de un precedente jurídico, aprenderán con el tiempo que la sociedad tiene otros órganos, las legislaturas, las comisiones parlamentarias y los organismos administrativos de diverso tipo que están deseosos de manejar en forma directa los materiales estadísticos y descriptivos, que una magistratura demasiado escrupulosa desdeña. COHEN, Op.Cit. pg. 85 a 89.

Lavados con "ácido cínico", todos los problemas pueden ser interpretados como cuestiones atinentes al comportamiento positivo de los jueces. Muestra pregunta tipo: ¿Hay contrato? puede recibir un segundo significado, radicalmente distinto del anterior, Cuando un juez se formula esta pregunta al redactar una sentencia, no está tratando de predecir su propio comportamiento. Lo que esta naciendo es plantearse, en forma oscura, el problema de sí se debe o no atribuir responsabilidad a alguien por ciertos actos. Esta es, inevitablemente una cuestión ética, Lo que un juez debe hacer en un caso dado es un problema tan moral como los tradicionales problemas de moralidad que se examinan en las Sunday Schools, Es difícil para aquellos que todavía conciben a la moralidad en términos ultra terrenos reconocer que cada caso plantea una cuestión moral al tribunal, Pero esta idea no atemoriza a aquellos que conciben a la moralidad en términos terrenales. La moralidad, así concebida, está vitalmente referida, a hechos tales cono expectativas humanas apoyadas en decisiones del pasado, la estabilidad de la transacciones económicas, y aun el mantenimiento del orden y de la simplicidad en nuestro sistema jurídico, Si los valores éticos son inherentes a todos los dominios del comportamiento humano, la adecuada apreciación ética de una situación Jurídica no se halla en la efusión de una conciencia emotiva no familiarizada con el contexto social, con la línea de los precedentes y con las prácticas y expectativas, Jurídicas y extra jurídicas, que han crecido en torno a un tipo dado de transacciones.

> ***Y los tribunales que cierran sus puertas a tales materiales no jurídicos, depositando los tabúes del derecho de la prueba sobria los hechos y argumentos que revelan el significado social funcional de una pretensión o de un precedente jurídico, aprenderán con el tiempo que la sociedad tiene otros órganos, las legislaturas, las comisiones parlamentarias y los organismos administrativos de diverso tipo que están deseosos de manejar en forma directa los materiales estadísticos y descriptivos, que una magistratura demasiado escrupulosa desdeña.*** COHEN

[11] Códigos Norteamericanos. El movimiento que Cohen critica, es similar a la Codificación en América Latina aunque generalmente, en los Estados Unidos, los Códigos (excepto el Penal) no son aprobados por la Legislatura, sino por los colegios de abogados.

Métodos

Carlos Aparicio

> El más flaco servicio que presta la concepción tradicional del Derecho es que oculta de la mirada de los jueces el carácter ético de toda decisión judicial y sirve así para perpetuar los prejuicios de clase y las suposiciones morales no críticas, que no podrían subsistir a la luz solar de la libre controversia ética. Cohen

El más flaco servicio que presta la concepción tradicional del Derecho es que oculta de la mirada de los jueces el carácter ético de toda decisión judicial y sirve así para perpetuar los prejuicios de clase y las suposiciones morales no críticas, que no podrían subsistir a la luz solar de la libre controversia ética. La concepción del Derecho de Blackstone como algo semimortal y semidivino nos proporciona una concepción mística del contrato, Cuando un maestro de la teoría jurídica clásica como Vil listón se formula la pregunta "¿Hay contrato?", no tiene en mira ni el problema de la predicción científica que el abogado práctico enfrenta, ni el problema valorativo que enfrenta el juez consciente, Si tuviera en mira el primer problema, sus estudios mostrarían sin duda la medida en que los tribunales dan de hecho sanción a los diversos tipos de obligaciones contractuales, Sus conclusiones estarían formuladas en términos de probabilidad y estadísticas, Por el otro lado, si e! profesor Williston estuviera interesado en los aspecto éticos de la responsabilidad contractual, ofrecería sin duda un balance significativo de los valores Humanos y costos sociales implicados en los diferentes tipos de acuerdos y en los medios para hacerlos efectivos. El abogado práctico realista, sí continua usando el lenguaje ritual para dirigirse a un tribunal no realista por lo menos no se engañará con sus propias palabras; empleará sus "golpes de varita mágica para provocar actitudes judiciales favorables, y al mismo tiempo para desviar la atención judicial de aquellos precedentes o hechos que no le convienen (tal como el mago profesional usa su "golpe de varita mágica" para desviar la atención de los espectadores de ciertos hechos), advirtiendo la circularidad de muchos argumentos conceptuales el abogado práctico realista tratará de traer ante el tribunal los valores humanos que militan en favor de su causa y como a menudo las reglas de procedimiento son un obstáculo para ello, recurrirá a algún acto de prestidigitación para llamar la atención de los jueces sobre su material, mediante el recurso a un "memorial de corte sociológico", mediante una discusión de los antecedentes y consecuencias de los casos pasados citados como precedentes, mediante la elaboración y la exégesis de la prueba admisible o aun mediante un discurso político o una conferencia sobre economía insertados en el alegato final, El juez realista, por último, no se engañará a sí mismo ni a los demás fundando decisiones en razonamientos circulares a partir de la presencia o ausencia de "personas jurídicas', acuerdos dolosos, derechos de propiedad; "títulos", "contratos", 'causa próxima' u otros derivados jurídicos de la propia decisión judicial, En lugar de ello, apreciará con franqueza los valores humanos en conflicto que se enfrentan en toda controversia, valorará ¡a importancia social de los precedentes en que cada uno de los reclamos se apoya, abrirá la Sala de ciencias a toda la prueba que pueda echar luz sobre esta delicada tarea práctica de ajuste social, y enviará al paraíso de los conceptos jurídicos de Ihering a todos aquellos abogados que no tengan otra habilidad que la de la acrobacia conceptual, f, Cohen, Op, Cit. Ps. 109 - 114.

Carlos Aparicio

Interpretación de la Constitución y las Leyes

El tema de la interpretación de la constitución y las leyes, es por demás importante, y suele figurar en un lugar de relevancia en el tema de métodos jurídicos, algunos autores incluso lo ponen como único o principal.

Nosotros lo incluimos como un capítulo dentro de uno más amplio de metodología, porque pensamos que detrás del tema de la interpretación, e incluso dentro del propio tema interpretativo, se ocultan serias diferencias políticas y filosóficas, lo cual ya era anticipado de alguna manera al principio de este capítulo por autores de la jerarquía de Alf Ross.

En primer lugar, cabe expresar sobre este tema que debe distinguirse claramente entre lo que es interpretar la constitución y las leyes, por la obvia razón de la mayor jerarquía del texto constitucional.

Es curioso que es poco señalado por la doctrina esta diferencia obvia, que sin embargo es básica para entender el problema de la interpretación en el derecho anglosajón.

Los norteamericanos plantean el problema de la interpretación de los textos jurídicos, en términos muy parecidos a los latinoamericanos, pero solo en cuanto se refiere a la interpretación de los textos constitucionales. Los textos legales en cambio, las diferencias son substanciales, ya que los mismos debieran interpretarse a la luz de los textos y principios constitucionales.

Solamente cuando un texto legal, o su interpretación judicial[12] son claramente anticonstitucionales, debiera plantearse el problema de la inconstitucionalidad de las leyes, mientras tanto mucho es lo que puede hacerse a través de la interpretación de las propias leyes que en principio se presumen Constitucionales. [13]

Hecha esta aclaración sobre el problema de la interpretación constitucional y legal-jurisprudencial, debemos señalar que hay dos posiciones básicas en el tema de la interpretación.

En primer lugar, lo que se conoce como la intención original (original intend), por la cual, la función del aplicador de la norma sería la determinar mas precisa posible de la intención original del autor de la norma.

Muchas veces se trata de aplicar textos de varios siglos de antigüedad, y ellos hace que el encuentro de esa intención original s lleve a colisionar con principios y valores actuales.

Encontrar esa intención original no siempre es un problema intuitivo, sino que muchas veces requiere a su vez ciertas técnicas:

---

[12] Suele pasar que un texto legal sea claramente constitucional, y que la interpretación judicial del mismo sea inconstitucional. Este fenómeno se suele dar con mayor frecuencia de lo que teóricamente uno se imagina. La Suprema Corte de Justicia (en Uruguay) ha decidido en estos casos que debe esperarse la ejecutoria, es decir que quede firme ante los tribunales de 2a. Instancia antes de dar cabida a los recursos de inconstitucionalidad.

[13] En varias oportunidades se decidió que hay una presunción de constitucionalidad de las leyes o sus interpretaciones judiciales, presunción que, desde luego, es solo relativa. Hay muchas leyes inconstitucionales, e incluso muchos regímenes políticos con toda su profusa producción legislativa totalmente apartados de la Constitución como por ejemplo los regímenes nazis, fascistas, regímenes de fuerza, etc.

El textualismo o piedeletrismo, que implica un estudio de los significados efectivos de la norma, o lo que en términos de nuestro Código Civil, se llama historia fidedigna de su sanción.

Las declaraciones de legisladores o comisiones parlamentarias tienen un valor limitado en ese sentido, ya que no necesariamente reflejan los motivos de quienes votan por una norma determinada, en cambio, los antecedentes históricas de la época, pueden tomarse para determinar los antecedentes relativos a la sanción de la norma.

En segundo lugar, la interpretación que mejor se aplica a las necesidades sociales actuales.

En sus versiones extremas, de la interpretación libre de la norma, se ve en la misma una convocatoria para las generaciones venideras a reflexionar y actuar sobre cierta temática y se dan ciertas directivas muy laxas para la acción.

A diferencia del caso anterior, se trata de tener la mejor norma posible dentro de las posibilidades y usualmente simpatiza con métodos flexibles de aplicación e interpretación.

Fragmento de fundamentación a sentencia Argentina que declara inconstitucional la falta de aptitud nupcial de los ex-cónuyuges

Recientemente en la Argentina, se dio un caso famoso, ya que a través de el, en 1986 se introdujo el divorcio con restablecimiento de la aptitud nupcial de los cónyuges divorciados.

La Constitución Argentina de 1853, expresa que: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo de la forma republicana de Gobierno".

Durante muchos años, se entendió que ese artículo era totalmente compatible con el régimen matrimonial que establece la pérdida de la aptitud nupcial para los cónyuges divorciados.

La sociedad obviamente cambió mucho entre 1853 y 1986, cuando se dicta la sentencia que nos ocupa.

Una gran cantidad de uniones de hecho y de familias irregulares pautaba la realidad Argentina de la época (1986). Las encuestas de opinión daban casi un 80% de la opinión como apoyando francamente cambios en la legislación restrictivas y ambos abrieron camino a una sentencia, que introdujo en forma definitiva lo que popularmente se llama el Divorcio, pero que con mas precisión podemos establecer como el restablecimiento de la aptitud nupcial de los cónyuges divorciados.

[14] Sentencia de Suprema Corte de Justicia Argentina de 1986, en caso de restablecimiento de la aptitud nupcial de los cónyuges divorciados. Fundamentación completa del Dr. Fayt en apéndice

Carlos Aparicio

Activismo y Limitacionismo Judicial

Activismo Judicial. Filosofía que motiva a los jueces a apartarse de la estricta adherencia al

El uso sistemático de las herramientas de aplicación judicial como fuentes y métodos, confiere al dispositivo judicial, un margen de apreciación que en cualquiera de los enfoques es relativamente amplio.

El uso de ese margen de apreciación puede ser relativamente casuístico, en busca de los valores vigentes de justicia y seguridad, o puede usarse en búsqueda de un sentido social que convoque el apoyo de grandes mayorías de la opinión pública, en temas que usualmente están por encima de los propios partidos políticos.

El activismo judicial es una forma de desarrollo constitucional que ha sido una característica de los sistemas constitucionales ingleses y norteamericanos por siglos.

En el mundo anglosajón los tribunales extendieron su poder sobre la autoridad pública tan lejos como 1610, cuando se sintieron suficientemente confiadas, dirigidas por Sir Edward Coke, para afirmar que tenían el derecho de ignorar leyes, y se sentían que ellas eran contra la razón y derecho común. En el contexto norteamericano, el activismo judicial es tan viejo como el caso Marbury v. Madison.

De la época de Coke provienen los decretos de Cerciorari[16], mandamus[17] y prohibitivos como herramientas de control del poder ejecutivo.

[15] Black's Law Dictionary. Abridged Fifth Edition. Pag. 440

[16] Certiorari: Estar informado. Una orden judicial originada en el Common Law, enviada por un juzgado superior a un inferior requiriendo al último producir un a copia testimoniada de un caso en trámite o juzgado ante el inferior. La orden es decretada atento a que el tribunal que la emita pueda inspeccionar los procedimientos y determinar hasta que punto han habido irregularidades. Es comúnmente usada para referirse a la Suprema Corte de los Estados Unidos, que usa el derecho de certiorari como un artefacto discrecional para elegir los casos que desea se presenten ante ella. La tendencia en la práctica de los Estados miembros de la federación norteamericana ha sido a la abolición de tal procedimiento.

[17] Mandamus. Es el nombre de un decreto (antiguamente de alta prerrogativa) que se decreta por un Tribunal de jurisdicción superior, y es dirigido a una corporación privada o municipal o cualquiera de sus funcionarios, o a un oficial ejecutivo administrativo o judicial, o a un juzgado inferior ordenando el cumplimiento de un acto particular que se especifica y que pertenece a las tareas públicas, o dirigiéndose a la restauración de derechos o privilegios de los cuales han sido ilegalmente privados. El remedio de

El caso mas claro y conocido, es el tema de la integración racial en los Estados Unidos, que motivó a su vez una panoplia de temas y derechos que hicieron famosas a las llamadas cortes Warren[18] y Burger. [19]

Además del tema de la integración racial, el tema de protección a las minorías, legalización del aborto, protección de derechos humanos, han sido objeto particular del activismo judicial.

Los gobiernos conservadores posteriores al presidente Reagan (inclusive), adoptaron una cierta militancia en contra del activismo judicial. Si bien, las cortes norteamericanas son actualmente mas cautas en el tema, las soluciones básicas, en casi todos los terrenos de las cortes Warren y Burguer se han mantenido en forma ya puede decirse definitiva. [20]

En el entorno jurídico no anglosajón, el activismo judicial no es suficientemente aplicado.

Sin embargo, se ha sentido su necesidad cuando se trata de reafirmar los valores democráticos, casi siempre en peligro.

Nuevas escuelas y pensadores, marcan caminos que deben transitarse en los terrenos de moral y derecho, lucha contra la corrupción administrativa y económica, lucha antimonopolios, pluriculturalismo, participación popular en la justicia y posición de la justicia en la opinión pública, son solo algunos de los temas que están requiriendo un compromiso de la justicia con la soluciones, y, porqué no?, la aplicación analógica del activismo judicial norteamericano al estilo de las cortes Marshall o Warren.

mandamus es drástico, a ser invocado solamente en situaciones extraordinarias. El decreto ha sido tradicionalmente usado en las cortes federales solamente para confinar a una corte inferior a juicioso ejercicio de su jurisdicción o compelerla a ejercer su autoridad cuando debe hacerlo. Demandas: como la mayoría de los decretos extraordinarios el de mandamus a sido practicamente abolido en favor de una demanda de mandamus que cumple la misma función.

[18] Corte presidida por Earl Warren durante los años 1953 - 1969

[19] Corte presidida por Warren Burguer durante los años 1969 - 1986

[20] Puede verse THE CONTEXT OF JUDICIAL ACTIVISM: THE ENDURANCE OF THE WARREN COURT LEGACY IN A CONSERVATIVE AGE by Frederick P. Lewis. Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, Maryland (1999)

Consideraciones Finales sobre Métodos e Interpretación

La concepción realista, que ve al derecho como un fenómeno social de amplio espectro y que normalmente reduce el fenómeno jurídico a un fenómeno espiritual colectivo como la conciencia jurídica popular o masa de los espíritus en la concepción de Duguit o espíritus normadores de la comunidad en la concepción de Gray; la concepción valorativa del derecho, que ve al derecho como un conjunto de valores y medios normativos o de conducta para acceder a ellos, y la concepción tridimensional, que procura ser una síntesis de las anteriores. Las concepciones y métodos que aquí se expusieron no se excluyen mutuamente en forma necesaria, aunque sin duda suelen hacerlo en oportunidades prácticas determinadas.- Principalmente el conceptualismo, al menos en la praxis jurídica cotidiana parece excluir los enfoques realistas y funcionales en una medida grave e importante. - Sin duda hay que atribuir en gran parte» el marcado proceso de desjudicialización práctica que la institucionalidad latinoamericana sufre en gran medida a las concepciones de lo que el derecho es, que en alguna medida están fuertemente vinculadas a lo que el jurista es, que puede no coincidir con lo que la sociedad necesita o aspira que sea.- Hemos incluido este tema de métodos en forma previa a la determinación del objeto jurídico, porque pensamos que si bien el objeto de estudio preexiste en forma clara y terminante al método, este último puede influir en su configuración práctica. -

Principalmente el conceptualismo deductivo conduce necesariamente a una concepción estatista y centralizada del fenómeno jurídico en la medida que las premisas de pensamiento jurídico son precisamente las disposiciones de derecho positivo, con lo cual, el pensamiento silogístico puede dispensar los materiales de la sociología la economía, la estadística, etc.

Como vimos en el enfoque de Cohen, las concepciones sociológicas y las valorativas no se excluyen necesariamente (aunque pueden hacerlo en enfoques particulares. En los hechos, y en autores modernos principalmente del mundo anglosajón (Llewellyn, Frank, Stone) los enfoques realistas-sociológicos y valorativos suelen cooperar. También autores europeo-continentales de primera

línea adhieren a este enfoque como Michell Villey en Francia y Enrique Zannoni en Italia.- En los hechos el interés de los filósofos del derecho y también de los juristas en general» se ha dirigido a la naturaleza del razonamiento legal y en este sentido parece surgir una clara tendencia a la revisión en el enfoque analítico o conceptual del concepto de derecho.- Se sabe hoy que el razonamiento legal no puede ser propiamente descripto de acuerdo a un modelo deductivo-inductivo, sino mas bien consiste en una mezcla de argumentos más o menos persuasivos, los cuales son peculiares solamente de la forma en la cual se interlinea una estructura de normas autoritarias con los tipos de criterios que se utilizan en los cotidianos procesos de decisión moral y de prudencia.

La concepción estatista, típica del positivismo, con amplio uso del conceptualismo es aún hoy la dominante en América Latina.

El conceptualismo deductivo, conduce necesariamente a una concepción estatista y c centralizada del fenómeno jurídico en la medida que las premisas del pensamiento jurídico son precisamente los comandos estatales (leyes) con lo cual, el pensamiento silogístico puede dispensar los materiales fácticos de la sociología, economía, estadística, etc.

Las concepciones y métodos que aquí se expusieron no siempre se excluyen mutuamente en forma necesaria, aunque sin duda suelen hacerlo en oportunidades prácticas determinadas.

Principalmente el conceptualismo, al menos en la praxis jurídica cotidiana parece excluir los enfoques realistas y funcionales en una medida grave e importante.

Como vimos en el enfoque de Cohen, las concepciones sociológicas y las valoraciones no se excluyen necesariamente (aunque pueden hacerlo en enfoques particulares.)

En los hechos, y en autores modernos principalmente del mundo anglosajón, los enfoques realistas sociológicos y los valorativos suelen cooperar. También autores europeo continentales de primera línea adhieren a este enfoque como Michell Villey en Francia y Enrique Zannoni en Italia.

Sin duda hay que atribuir en gran parte, el marcado proceso de desjudicialización práctica que la institucionalidad latinoamericana sufre[21] en gran medida a las concepciones de lo que el derecho es, que en alguna medida están

[21] Es necesario decir que hace unos pocos años ha comenzado un proceso de reforma en sentido inverso. Si bien el éxito no siempre acompaña las intenciones, se ha atenuado la orientación del proceso. Sin duda puede marcarse en los últimos años de la década de 1980, el punto mas bajo en la utilización del sistema judicial en la vida de los pueblos latinoamericanos.

fuerte vinculadas a lo que el jurista es, que puede no coincidir con lo que la sociedad necesita o aspira que sea.

Bibliografía

🕮 Cohen, Félix "El Método Funcional en el Derecho" Buenos Aires, Abeledo Perrot (1962).

🕮 Chomsky, Carol "Unlocking the Mysteries of Holy Trinity: Spirit, Letter and History in Statutory Interpretation. Colum.L. Rev. 2000; 100, N° 4, May: 901

🕮 Fueyo Laneri, Fernando "Interpretación y Juez" Santiago de Chile, Universidad de Chile (1976).

🕮 Gelsi Bidart, Adolfo "Cuestiones de Cultura y Enseñanza" Montevideo, Amalio M. Fernández (1974).

🕮 Gottheil, Julio "Common Law & Civil Law" Buenos Aires, Abeledo-Perrot (1960).

🕮 Hall, J "Razón y Realidad en el Derecho" Buenos Aires, Roque Depalma Editor (1959).

🕮 Lewis, Frederick P. "The Context of Judicial Activism. The Endurance of Warren Court in a Conservative Age. Lanham, Maryland. Rowman & Littlefield Publishers, Inc. (1999).

🕮 Manaï, D. "Le Juge entre la Loi et L'Equité" (1985).

🕮 Pound, Roscoe "Social Control Through Law" New Haven, Yale University Press (1942).

🕮 Reale, Miguel "Filosofía do Direito" Belo Horizonte. MG, Saraiva S.A. (1982). Ed. 9

🕮 Ross,Alf "El Método Jurídico (Interpretación)." In: "Sobre el Derecho y la Justicia", Buenos Aires, Eudeba (1963), p. 105-151.

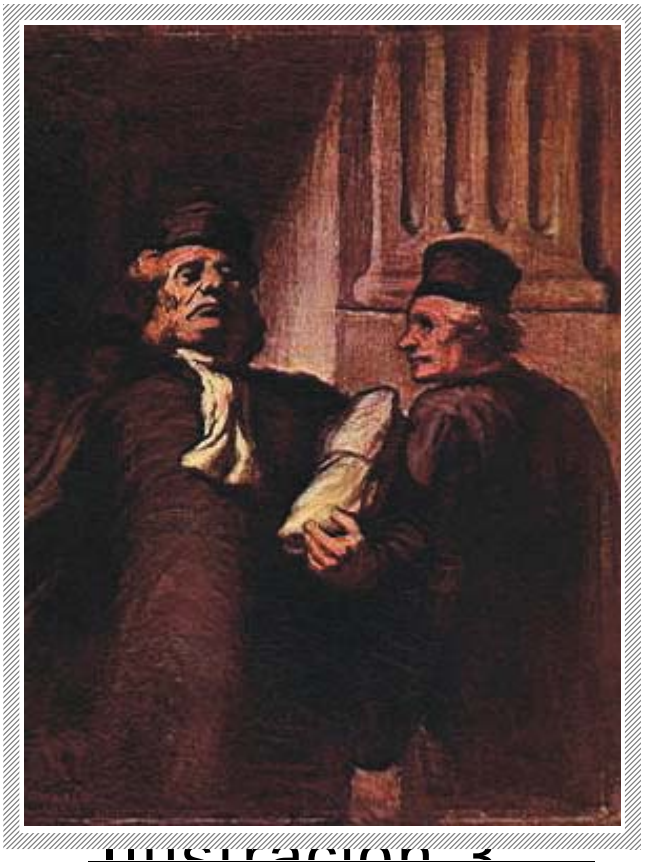
🕮 Santa-Pinter, J.J. "Elementos de Introducción al Common Law y Civil Law" Buenos Aires, Ediciones De Palma (1963).

🕮 Caldeira, Gregory A. and McCrone, Donald J.. Of Time and Judicial Activism: A Study of the U.S. Supreme Court, 1800-1973. In: Supreme Court Activism and Restraint, edited by Stephen Halpern and Charles Lamb, Lexington, MA:Lexington Books, 1982,

📖 Kutler, Stanley. John Bannister Gibson, Judicial Restraint and the 'Positive State'. J of Public Law 14:181, 1965.

Página blanca

Capítulo Décimo
La Enseñanza del Derecho
Modelos profesionales y enseñanza jurídica[1]



Un enfoque realista del derecho necesariamente debe destinar al menos algunas observaciones al tema de la formación de profesionales.

Es una consecuencia de la jerarquización del equipo humano en el que se apoya el derecho, y una consecuencia de la idea que el derecho no es un conjunto de principios abstractos e inmateriales integrantes de un mundo superior e inaccesible, sino un mecanismo de autodefensa comunitaria confiado a un conjunto de personales y profesiones.

Ahora bien, todo esto supone unas ciertas ideas sobre qué es lo que un profesional del derecho debiera hacer, o qué modelo profesional en definitiva se

[1] El actual programa de Evolución de las Instituciones Jurídicas exige: Universidad de la República. La enseñanza del Derecho en el mundo actual. Educación y profesiones jurídicas. (Unidad II, letra i). El Tema Universidad de la República es tratado con amplitud en otra monografía.

desea, y qué medios sociales y educativos son necesarios para producir este modelo profesional.

En definitiva, la importante profesión jurídica, es muchas cosas, pero ante todo es un producto de la educación jurídica, y por consiguiente un producto de las Facultades de Derecho.

Las cosas serían muy sencillas, sino fuera porque hay muchos modelos profesionales donde escoger, y muchos mas métodos y mecanismos de enseñanza jurídica, para producir las versiones mas o menos fieles o deformadas de los modelos profesionales.

Se suele establecer tres modelos básicos de profesionales del derecho, que de alguna forma condicionan la enseñanza jurídica.

Modelo Tocquevilliano o Jusnaturalista

El primer modelo, es el que podríamos llamar tocquevillieano o Jusnaturalista.

Según Tocqueville, la abogacía viene a ser la aristocracia de la democracia.

Es mas, el ascenso en prestigio social y económico de los abogados usualmente viene acompañado con el aumento en fuerza y prestigio del gobierno democrático mayoritario.

Modernos enfoques jusnaturalistas, también insisten en un papel protagónico del jurista en las sociedades modernas.

Las exigencias formativas de este tipo de profesional son desde luego enormes, y muchas veces puede pensarse que están fuera del alcance práctico del tipo de formación que está dando actualmente a principios del siglo XXI en las Universidades Latinoamericanas.

Los Mandamientos del Abogado Eduardo Couture

1- Estudia. El derecho se transforma constantemente

Este tipo de profesional requiere una enseñanza muy formativa en lo moral, y una educación muy fuerte en valores. Supone una serie de roles y contralores de sistema jurídico democrático que muchas veces están fuera del orden jurídico, establecido pensando en otro tipo de profesional.

Los enfoques jusnaturalistas en general, parten de un modelo muy exigente de profesional. Las famosas diez reglas que recomienda para la abogacía el maestro Eduardo Couture, parecen estar establecidas teniendo presente este modelo profesional.

Decálogo del Escribano

Julio R. Bardallo.

1- Vocación. Debes sentir el Notario como una vocación, al servicio de la comunidad jurídica, para la realización del individuo como sujeto de derecho, en sus relaciones intersubjetivas.
2- Veracidad. Debes sentir la verdad como fin irrenunciable, en todas las manifestaciones de la actividad profesional. Escribano y verdad deben ser consustanciales en la realidad y en el deber ser de cada uno.
3- Probidad. La probidad debe ser la virtud de mayor destaque en el Escribano, en todos sus significados de bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar.
4- Imparcialidad. Debes ser siempre imparcial, guardando equidistancia en la oposición de las pretensiones, ejerciendo, respecto de ellas, el poder equilibrante de lo justo consentido.
5- Prudencia. Debes actuar con el máximo cuidado y despierta atención; analizar, prever y decidir lo adecuado a cada situación, eludiendo todas las circunstancias de riesgo.
6- Sagacidad. Debes saber prevenir prospectivamente las consecuencias posibles de los actos confiados a tu conocimiento, idoneidad y técnica.
7- Proteger la Libertad. Debes cuidar la libertad de los sujetos jurídicos, para que su voluntad no sea desmotivada por el engaño, la presión o la justicia.
8- Desinterés. El interés y el deber pueden contraponerse. En ese caso, procede con desinterés y da prioridad a tus deberes.
9- Responsabilidad. Debes asumir la plena responsabilidad de tus actos y repara tus errores, rechazando las justificaciones que puedan dictar la suficiencia, el orgullo.
10- Disciplina Etica. Debes subordinarte a la ética profesional, fijada por las reglas y comportamientos tradicionales, absteniéndote de los actos que menoscaben los conceptos sociales de probidad y confianza que históricamente se atribuyen al Escribano.

Decálogo del Juez

De la misma forma el decálogo del Escribano, preparado por el Esc. Julio Bardallo establece reglas básicas de la profesión notarial, orientadas con fuerte contenido valorativo, lo que nos hace incluir el tipo profesional que se desea en esta categoría. Puede haber, también como en el caso de la abogacía, una distancia difícil de salvar entre los objetivos, y las realidades educativas.

Ingeniería social

El segundo tipo de modelo profesional, fue muy elaborado por el realismo norteamericano de la primera mitad del siglo XX, y suele denominarse Ingeniero Social, o mecanismos de ingeniería social.

El ingeniero social, supone básicamente la abogacía creativa, con muchas posibilidades de innovación y de respuesta a situaciones jurídicas nuevas.

El modelo de ingeniería social puede deducirse de las palabras de Llewellyn:

"La esencia de nuestra artesanía consiste en habilidades y sabiduría; en prácticas efectivas, persuasivas, habilidades ingeniosas para conseguir que las cosas sean hechas. Cualquier tipo de cosa y en cualquier terreno; en sabiduría y juicio de seleccionar las cosas que serán hechas; en habilidades para mover a los hombres a la acción deseada, cualquier tipo de hombres y en cualquier terreno" [2]

Decálogo del Juez

1- Respeta al abogado.
2- Siente la particularidad de cada litigio y desconfía del precedente.
3- No presumas de erudito.
4- Se claro y conciso.
5- Se manso y reflexivo.
6- Se humano.
7- Sigue el ritmo de la vida para la adecuada interpretación de la norma.
8- No busques la popularidad.
9- Preserva, a toda costa la independencia y la dignidad de la magistratura.
10- Realiza la Moral y el derecho, al hacer justicia.

El modelo de ingeniería social, es un producto de realismo jurídico y del pragmatismo aplicado al derecho como escuela filosófico-jurídica.

Dicho en otra palabras, el ingeniero social es un solucionador no especializado de problemas, e implica conocimiento varios en campos ajenos al derecho.

"En las Facultades de Derecho conscientes de tales progresos es cuestión de discreción admitir que la ciencia jurídica nos lleva necesariamente al campo de la psicología, economía y teoría política. Los cursos en nuestras facultades de derecho más progresistas están empezando a ocuparse, con suma cautela, de las doctrinas psicológicas involucradas en nuestras reglas de prueba, de las teorías sociológicas presumidas por nuestro derecho penal, de los presupuestos económicos de nuestras doctrinas de derecho constitucional y de los hechos psicológicos, sociológicos y económicos que dan fuerza y significación a las reglas y las decisiones de estos y en otros campos del derecho. Los primeros pasos dados son torpes y provocan sonrisas de simpatía o atronadoras carcajadas, según el temperamento de los críticos. Pero la voluntad de andar persiste.

Para el abogado, no menos que para el estudioso del derecho, el manejo de materiales hasta ahora considerados "no jurídicos" asume creciente importancia. Y los tribunales que cierran sus puertas a tales materiales no jurídicos, depositando los tabúes del derecho de la prueba sobre los hechos y argumentos que revelan el significado social funcional de una pretensión o de un precedente jurídico,

[2] Llewellyn, "The Crafts of Law Revalued," 15 Rocky Mt. L. Rev. 1 at 3 (1942), reimpreso in Llewellyn, Jurisprudence: Realism in Theory and Practice (Chicago, 1962) p. 316. cit. por Gardner op. cit.

aprenderán con el tiempo que la sociedad tiene otros órganos, las legislaturas, las comisiones parlamentarias y los organismos administrativos de diverso tipo, que están deseosos de manejar, en forma directa, los materiales estadísticos y descriptivos, que una magistratura demasiado escrupulosa desdeña." [3] [4]

La abogacía latinoamericana perdió amplio terreno, en beneficio de otras profesiones y con otros métodos de actuación lo que hizo que el modelo de ingeniería social fuera mirado en principio con simpatía por el foro Latinoamericano.

Dice Gardner: "Permítaseme advertir nuevamente que el impacto del modelo profesional norteamericano, no debiera ser exagerado. En pequeña medida dio soporte a funcionarios del sector público que buscaban abogados más sensibles a la política estatal y ofrecía soporte y legitimación a abogados pragmáticos u orientados a la resolución de problemas que ya se estaban moviendo del derecho doctrinario y formal hacia una vinculación con el sector público y el Estado. Este proceso fue en alguna medida reforzado por el movimiento de "derecho y desarrollo"; pero el proceso en sí estaba ya en camino con anterioridad al arribo de los modelos de ingeniería jurídica norteamericano, y no era dependiente de la asistencia jurídica norteamericana." [5]

Pero el modelo de ingeniería social o arquitectura democrática tiene defectos y vulnerabilidades particulares, incluso en los Estados Unidos de Norteamérica.

Con estudios de sociología y algo de sicología el modelo de ingeniería social es básica un modelo práctico de un solucionador no especializado de problemas.

El modelo no está carente de críticas, fundamentalmente por sus carencias en el orden de la teoría democrática, y filosofía del derecho.

En el momento que el modelo estaba en pleno proceso de elaboración Randolph Bourne expresó en 1919:

"La ingeniería social es "una joven intelligentsia, entrada en la dispensa pragmática, inmensamente pronta para el tratamiento ejecutivo, piadosamente incapaz de la interpretación intelectual o el enfoque idealista de fines. Su educación no les ha dado un sistema coherente de grandes ideas, o un sentimiento

---

[3] Félix Cohen. Trascendental Nonsense and the Functional Approach. Columbia Law Review, vol XXXV Nº 6, 1935. Existe traducción al español por Genaro Carrió: El método Funcional en el Derecho. Abeledo Perrot - B. Aires - 1962.

[4] Las necesidades de la abogacía imaginativa, o ingeniería social, parecían ser las mismas en América Latina que en Norteamérica: Stewart Mcaulay, "Final Report on the Chile Law Program",. at 5 (February 1971), Ford Foundation Reports Information, New York.

[5] Gardner. Op. cit. pag. 257.

de objetivos democráticos. Ellos no tienen, en pocas palabras, una filosofía clara de la vida, aquella de servicio inteligente y la admirable adaptación de medios a fines." [6]

Es un punto de referencia común en la doctrina jurídica norteamericana de nuestros días, que la distancia entre el arquetipo de ingeniero social moderno y aquella de los abogados redactores de la Constitución norteamericana (the Founding Fathers) es enorme practicamente en todos los campos y fundamentalmente en teoría democrática, constitucional y teoría social.

Para encontrar un símil jurídico para los autores de las primeras constituciones y creadores de las primeras democracias, debemos sin duda elevarnos al primer modelo.

En América Latina, el problema es aún más grave, ya que el modelo profesional que tenemos para ofrecer a la comparación, derivado de codificación, es mucho más modesto aún.

[6] 14 Randolph Bourne, Untimely Papers (New York, 1919) pag. 128, 130.

El modelo tecnocrático

El modelo tecnocrático, está muy vinculado con sistemas jurídicos con tradiciones romanistas.

Debe recordarse que en el derecho romano de Justiniano, los abogados tenían terminantemente prohibido bajo severas sanciones, hacer comentarios jurídicos de cualquier tipo y más aun buscar algo que se pareciera a la abogacía creativa.

Las medidas eran también contra los jueces. Inclusive la interpretación e integración de textos estaban prohibidas bajo severas sanciones. Cuando una situación no estaba contemplada en una norma legislativa aprobada por el emperador (Basileus) que usufructuaba de una posición religiosa de representante de Dios, entonces las partes debían presentar un recurso que se llamaba rescripto imperial, para que el emperador mismo llenara ese vacío legal.

Desde luego que los modernos sistemas jurídicos, aún los mas afiliados al romanismo, no tienen estos excesos, sin embargo la profesión jurídica es vista como un conjunto de agentes del Estado y la Codificación, con soluciones muchas veces rígidas y anticuadas.

Esto ha hecho que la profesión jurídica haya perdido terreno ampliamente ante otras profesiones mas ágiles y con métodos de actuación mas directos.

Por ejemplo en el área del derecho fiscal, practicamente el mismo ha sido tomado por los Contadores Públicos y Economistas, a veces descuidando sus propias funciones como tales.

En el área del derecho penal, la policía ocupa un rol totalmente desproporcionado frente a Juzgados, Fiscalías y abogados. A pesar de que los resultados de este sistema implican una serie de desventajas para la población el mismo parece mantenerse en base a los intereses de las agencias públicas involucradas.

En el área del derecho de Familia, se ven procesos similares a favor de sicólogos y siquiatras.

La defensa del consumidor y la litigación antimonopolios, a pesar de estar claramente establecidas en la constitución no tienen vigencia práctica.

La litigación de minorías y subculturas, es un hecho reciente del cual no hay todavía experiencia. Los modernos movimientos de reforma constitucional están cambiando totalmente el panorama del derecho escrito latinoamericano, al admitir

la costumbre como fuente jurídica, y declarar enfáticamente el carácter pluricultural de las naciones y estados latinoamericanos.

No obstante, no corresponde hacerse demasiadas ilusiones sobre la inclusión de derechos en las constituciones, porque estas muchas veces sencillamente no se aplican.

El caso argentino, que declara con énfasis la obligatoriedad de los jurados populares en las materias penales y civiles en la Constitución de 1853, no ha sido aplicado después de 150 años de dictada la correspondiente disposición, puede ser un mal presagio de lo que puede suceder con un movimiento de reformas bien intencionadas pero no llegan a su aplicación forense.

En otras partes como en los Estados Unidos estos procesos se han insinuado, y se han buscado rápidas respuestas a través de una filosofía realista y pragmática, que mire no tanto al derecho declarado, sino al que se aplica así como a sus causas y consecuencias sociales.

La demanda profesional

Desde luego que habiendo varios productos emergentes de la enseñanza del derecho, cabe preguntarse, cual es que la población, en este caso, la población uruguaya desea.

Desde luego que una investigación de este tipo debe ser muy diferente que aquella destina a hacer una investigación de mercado para otros productos mas prácticos como zapatos y camisas, sin embargo, puede inferirse de ciertas actitudes colectivas ciertas preferencias que no siempre son tomadas en cuenta por la academia oficial.

El primer elemento que luce a la vista, es la gran demanda de conocimientos jurídicos existente, que se contradice con el retroceso real en la practica de las profesiones jurídicas que normalmente viene adjunto al enfoque tecnocrático jurídico.

Parece muy claro que el enfoque tecnocrático, no es el que la gente quiere, pues si esto fuera así no enviaría a lo mejor de la juventud uruguaya en números masivos para formarse en las profesiones jurídicas.

Dicho en otros términos: la gente común supone una fuerte participación y protagonismo futuro de los juristas en la vida corriente de la sociedad, y por tanto no apoya el decaecimiento que acompaña el enfoque tecnocrático.

Otro elemento que podemos ver es una cierta distinción sexual en la elección de la profesión.

En los hechos parece que la proporción es tres aspirantes del sexo femenino, por cada aspirante del sexo masculino (para primer año).

En forma curiosa, esta proporción es nacional. El suscrito ha enseñado en múltiples grupos en Montevideo, en Salto y en Maldonado, y la proporción parece mantenerse.

La profesión jurídica, no parece, por su naturaleza ser una profesión estrictamente femenina, pero tampoco lo es la enfermería por ejemplo.

Existen todavía valores fuertemente arraigados en la población que otorgan mas responsabilidad económica en el mantenimiento de la familia al hombre que a la mujer, y en general, las profesiones femeninas parecen ser las que tienen una expectativa de menores ingresos.

A pesar de ello, se mantiene una alta demanda de conocimientos jurídicos.

En realidad, los ingresos de ciertos sectores como los jueces, y fiscales han aumentado en forma notoria.

Hoy un profesional en estas áreas puede tener ingresos de unos treinta mil pesos mensuales, que si se considere el carácter vitalicio de la profesión, y las seguridades que ofrece representan unos de los mejores ingresos.

En los Estados Unidos se calcula que un abogado debería tener un ingreso 5 veces superior al de los jueces en base a la inseguridad de su trabajo, y a los riesgos, incluso de enfermedad.

En Uruguay esto no sucede, y un ingreso de tal magnitud es muy difícil de obtener.

Otro tema a tener en cuenta es la forma de ejercicio de la abogacía y el notariado.

En los Estados Unidos, el ingreso a un estudio importante, se hace en calidad de Asalariado por un período de cinco a diez años. Luego la persona permanece como socia, o se desvincula del estudio.

Han surgido hace unos años, los mega-estudios o fábricas del derecho, que agrupan a varios cientos de profesionales. Se practica una cierta especialización.[7]

En contra de lo que suele afirmarse todavía es corriente el abogado unipersonal o pequeña firma de abogados, a veces con una cierta vinculación familiar.

Sin duda puede parecer apresurado, afirmar que el futuro de la profesión jurídica será su agrupación en racimos del tipo de estos mega-estudios, e incluso pueden surgir dudas sobre su propia desirabilidad.

[7] En general la especialiación no es bien vista en los Estados Unidos. Al menos entre Jueces.

Los objetivos de la Educación Jurídica

Es casi imposible, entrar al tema de la educación jurídica, sin una reflexión previa, de cual son los modelos e ideales a los cuales esa educación está al servicio.

Este tema ha sido muy tratado por los realistas norteamericanos de la primera mitad del siglo XX.

Por ejemplo veamos algunos párrafos de la excelente obra de Keyselring: Social Objectives in Legal Education[8]

"El estudio del derecho como un conjunto de doctrinas técnicas mas o menos desvinculadas de las fuerzas sociales que regulan, previene a los estudiantes de comprender los actuales trabajos del derecho en la sociedad. La manipulación verbal de las reglas descarnadas no revelan ni el entorno original que las estableció ni las profundas alteraciones en la estructura social sobre la cual la regla puede ahora estar operando. La objeción es que un abogado así entrenado, lejos de comprender los amplios resultados económicos y sociales del derecho, no puede entender sus efectos aún para el cliente a quien sirve."

[8] Objetivos sociales en la Educación Jurídica. Columbia Law Review. 1933.

Los profesionales jurídicas que actualmente ejercen en el Uruguay, pueden estimarse en unos cinco mil abogados y otros tantos escribanos.

Seguramente pueden consultarse estadísticas mas precisas.

Esto significa un crecimiento astronómico al que había hace unos pocos años que estimabamos en tres mil aproximadamente.

La tendencia es a crecer, ya que el mantenimiento del equipo jurídico de tales dimensiones sobre la base de una duración de 30 años, se lograría con un egreso total anual de trescientos profesionales entre abogados y escribanos.[9]

La tabla que damos a continuación da la idea, que la salida de profesionales duplica estas cantidades:

Facultad de Derecho Egresados 1997 Según Nivel Educativo de los Padres					
Título	Ambos padres profesionales	Solo madre profesional	Solo Padre profesional	Ningun padre profesional	**Total**
Doctor en Derecho	18	11	47	302	**378**
Escribano Público	4	9	37	194	**244**
Trad. Público	1	2	3	13	**19**
Lic. en Relac. Internacionales	5	1	6	26	**38**
Doctor en Diplomacia	0	0	0	1	**1**
Técnico en Relaciones Laborales	2	0	4	23	**29**

[9] No todos los países tienen un uso similar del sistema jurídico.- Corea del Sur, con una población de 50 millones de habitantes y una de las economías más dinámicas del planeta, tiene un egreso máximo de trescientos profesionales jurídicos por año. Debe tenerse presente que el sistema jurídico es muy poco usado, y que los profesionales jurídicos suelen ser muy ricos.

Algunas diferencias en Educación Jurídica en distintos sistemas

Educación Jurídica	
Latino América	Norteamérica
Estudiantes	
Ingreso Libre, terminada Secundaria	Prueba de Ingreso. Carta de Recomendación. Acreditar profesión ajena al Derecho Terminada (2ª Profesión)
Profesores	
Tiempo Parcial (Part Time)	Tiempo Completo (Full Time)
Ingreso inferior	Ingreso similar a los Jueces
Costos de la Enseñanza	
Paga la comunidad	Paga el Estudiante (hay préstamos)
Métodos	
Discursivo Escasa participación estudiantil	Socrático Participación Estudiantil
Método Magistral Deductivo	Método de Casos Inductivo (Langdell)
Evaluación	
Memorística	Racional
Programas	
Programas rígidos. Formación única	Programas flexibles. Admiten diferencias importantes en los egresados. Materias optativas.
Habilitación Profesional	
Otorgada por la Universidad	Examen General ante el Colegio de Abogados

Una primera cosa que llama la atención, cuando nos referimos a la Enseñanza del Derecho, es la existencia de similitudes importantes entre las

universidades latinoamericanas, y a su vez, grandes diferencias con los Estados Unidos que a su vez mantienen grandes similitudes entre sí.

Así por ejemplo, tuve una conversación con un profesor de una Facultad de Derecho de Panamá, y ambos nos impresionamos de las similitudes entre ambas, siendo que ni las universidades ni los países tienen gran comunicación horizontal.

Exigencias Estudiantiles

Una de las diferencias mas curiosas parece ser el hecho de la exigencia de una segunda profesión.

Creo que esto es una buena idea, cuando hay temor de no conseguir trabajo al terminar la carrera. La exigencia de una segunda profesión puede hacer menos doloroso el proceso de adaptación ante dificultades de trabajo, al mismo tiempo, facilita la toma de conocimientos ajenos a la profesión que es una exigencia de los enfoques realistas.

El examen de ingreso y la carta de recomendación pueden no ser tan importantes.

En el profesorado, la diferencia mas visible es que en los Estados Unidos, los profesores suelen ser a tiempo completo, con lo que tienen ingresos muy superiores.

En América Latina, los profesores son de tiempo parcial, y en los hechos son profesionales prácticos que dan clases.

Se resiente la función de investigación.

En materia de costos de la enseñanza, también hay diferencias.

La enseñanza no es gratuita en ningún lado. En los hechos la enseñanza es cara, y a veces muy cara.

Lo que varía es la forma como se financian los servicios de enseñanza y el control de calidad de los mismos.

A veces los servicios de enseñanza los paga la comunidad, situación que suele darse en América Latina. Se supone que los mismos estudiantes que reciben la enseñanza controlan la calidad de la misma.

En los Estados Unidos, generalmente la enseñanza la pagan los mismos alumnos y las tarifas no son baratas.

Existe una preocupación importante en el sentido que los estudiantes con particulares condiciones o vocación no queden sin recibir educación, y existen en ese sentido becas, y préstamos en dinero para financiar los estudios.

Los métodos de enseñanza en América Latina, se basan principalmente en el método magistral deductivo, que tiene escasa participación estudiantil. Este método se aplica en algunos casos con pocas modificaciones desde el siglo XVI.

Modernamente, se ha incorporado la masificación de la enseñanza, que mezclada al método magistral deductivo ha producido resultados no deseables en absoluto.

Frente a ello, los norteamericanos aplican el método Langdell, que lleva el nombre de un decano de la Facultad de Derecho de Harvard que lo estableció a fines del siglo XIX, y que se impuso en los Estados Unidos sin excepciones, conjuntamente con el realismo filosófico del cual, ademas, forma parte.

El método consiste en la discusión de casos concretos de derecho, en general sentencias de Tribunales Superiores, y a través de estas sentencias se va entrando en temas mas generales.

El método es muy participativo, y se combina con clases de tamaño reducido, para facilitar la discusión.

La evaluación se hace mediante examen.

El examen está dirigido fundamentalmente a captar la comprensión sustantiva de los temas, y la internalización de los valores.

La repetición memorística debiera queda descartada, tanto en los Estados Unidos como en América Latina.[10]

Los programas de Estudio;

En América Latina, los programas de estudio son rígidos y producen un tipo de profesional que luego puede especializarse en los estudios de post grado.

Esto tiene dificultades evidentes, por cuanto la Academia debe producir profesionales investigadores para la Universidad; prácticos para el Foro; y con formación social para el Gobierno, por lo menos.

Además las especializaciones son numerosas, y tienden a crecer.

Esta dificultad la resuelven los norteamericanos con las materias optativas.

Conjuntamente con un programa común a todos los profesionales del derecho, cada estudiante forma su propio programa, por decirlo así eligiendo dentro de un número importante de materias optativas.

La Facultad exige un cierto número de créditos, y cada materia de las optativas, tiene dos o tres créditos de acuerdo a su dificultad y extensión.

Parece inevitable, que el sistema sea, al menos en parte desarrollado en América Latina.

Lo contrario conduciría a una extensión desmesurada de los cursos de pre-grado, y un desarrollo indefinido de los de post grado.

Habilitación profesional.

La habilitación para el ejercicio profesional en los Estados Unidos, no la da la Universidad, sin el Colegio de Abogados del Estado donde se pretende ejercer.

En América Latina, la da la propia Universidad.

Esta es una importante diferencia. En los hechos el estudiante norteamericano típico, se encuentra en un estado de permanente tensión.

Además del problema común de los estudios y exámenes, se encuentra con la necesidad del pago de la matrícula, y eventualmente con la necesidad de devolver el préstamo recibido para sus estudios.

Todo esto es inútil, sino se aprueba además el examen general ante el Colegio de Abogados. No se trata de una formalidad. Cuando estuve en California en 1986, en el año anterior, el examen había sido aprobado por el 56% de los postulantes.

[10] Este hecho que en el mundo moderno parece ser un axioma, no lo es en Uruguay. La enseñanza memorística es defendida y estimulada por ciertos sectores educativos, en forma abierta. Recientemente se pretendió sancionar un profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, por controlar el grado de comprensión de los conocimientos en las etapas de evaluación.

Necesidad de Equilibrio, y dos anécdotas.

Antes de terminar esta breve nota sobre los estudios de derecho quiero citar dos anécdotas:

La primera tiene menos de un mes.

Un estudiante daba el examen del periodo creo que era octubre. Se trataba de una examen correspondiente al año anterior.

El examen era una prueba oral, y demostró que el chico no había estudiado absolutamente nada.

Conversando luego del resultado (aplazado), le pregunté que hacía o en qué trabajaba, me dijo que no trabajaba en absoluto. Entonces le pregunté en qué invertía su tiempo, porque era muy visible que tampoco estudiaba. No me supo o no quizo responder.

La otra anécdota, es una noticia que trajo un profesor ayudante sobre los estudiantes en Japón.

Parece que las presiones eran tan fuertes, y la vida tan difícil, que muchos de ellos decidían terminar sus vidas arrojándose del edificio universitario, lo cual se había convertido en noticia periodística.

Las autoridades universitarias quizás hayan tomado alguna medida de fondo, eso no estaba en la noticia, lo que visiblemente hicieron fue poner un alambrado para que los peatones pudieran caminar tranquilos sin el peligro evidente de la situación.

Lo que tratamos de visualizar a través de estas anécdotas, es que la vida del Estudiante puede ser realmente muy difícil y angustiosa, pero también puede ser demasiado descansada e indolente.

La función de la enseñanza superior, debe ser conciliar los intereses de la comunidad en profesionales de óptima calidad, que particularmente al derecho logren producir standards elevados de justicia y consenso democrático, pero también hay que tener en cuenta la persona humana del estudiante.

Entre los dos casos citados arriba, existe un ancho camino, por el cual se puede y debe transitar.

Bibliografía sobre Educación Jurídica (anotada)

Se trata de una bibliografía sacada de los archivos propios por métodos computarizados. Se debe al escaso tiempo disponible para la presentación de este material. Se incluyen notas sobre los artículos.

📖 Jorge Horacio Alterini,. La enseñanza del derecho, 2 Saber Abierto. 71-79 (1990)

Un discurso sobre los métodos, y los orígenes de los métodos activos, con la idea de la perdurabilidad de la enseñanza magistral. Dice: "Aunque estoy convencido de la necesidad de aplicar los sistemas activos, y básicamente el anaÇlisis de casos, tampoco acepto un rechazo incondicionadode la enseñanza ex cathedra." Expresa que: "Entre los diversos métodos activos, preferimos el ançalisis de casos, claro está sin desdeñar ninguno de los otros, aplicables ocasionalmente, pero vemos en aquel la manifestación mas fructuosa de la enseñanza activa del derecho; por lo menos esto es lo que nos indican nuestras experiencias en las Universidades de Buenos Aires y de La Plata.

📖 Gladys S. Alvarez,. Hacia un Nuevo Paradigma Educativo, 2 Saber Abierto. 53(1990)

📖 C. Aparicio,. El revés de la trama en la Universidad, 15 de Noviembre La República. 20(1995)

Las razones verdaderas de una huelga de profesores de Facultad de Derecho: El profesor de derecho (uruguayo) es uno de los profesores peores pagos en el mundo, siendo además de los peores pagos dentro de la Universidad Uruguaya. Tambien cuantifica la pobreza material de la Facultad de Derecho, comparada con otras situaciones en el mundo. Se señalan las consecuencias y los peligros del abandono en las técnicas y contenidos de la enseñanza jurídica. Se señalan las demandas docentes y las posibilidades.

📖 R Bergalli,. Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho 135-148 (Ediciones Pannedille) (1970).

Bergalli es uno de los autores líderes en el terreno del Derecho Alternativo.- Este trabajo parece estar fuera de esta temática, y mas bien parece su preocupación la introducción de criterios realistas en las Universidades latinoamericanas e iniciar una tímida investigación criminológica, saliendo del tecnicismo penal

🕮 Ricardo J. Cavallero,. Justicia Criminal. Debates en la Corte Suprema. (Editorial Universidad S.R.L. 1991)

El propósito principal de este libro es exponer los debates que encierran los decisorios a que a juicio del autor son mas trascendentes que dictara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia penal y procesal penal durante el período comprendido entre los años 1984 y 1989, primer tramo constitucional de la recuperación institucional de la República. He dictado algunos cursos y supervisado muchos otros durante los ultimos años (dice el autor) y nunca ha dejado de sorprenderme el extraordinario entusiasmo que generan en elos estudiantes los casos fundamentales del Tribunal Supremo.

🕮 Eduardo J. Couture,. Algunas Observaciones Preliminares sobre la Enseñanza del Derecho en los Estados Unidos (Universidad Mayor de la República 1956)

Un breve informe sobre la enseñanza del derecho en los Estados Unidos. Recomienda a los profesores de derecho estudiar más sobre el derecho norteamericano. Dice que las diferencias entre Europa y los Estados Unidos son graves e importantes, tanto en derecho sustantivo como en educación. Los Uruguayos en ese entonces (1954) líderes en el derecho latinoamericano, estabamos, dice Couture, especialmente bien ubicados para el cambio, por nuestra condición de Americanos, y por nuestros antecedentes Europeo-continentales. No se hizo ningún cambio. Los españoles y portugueses están liderando hoy ese proceso.

🕮 Cuerpo de Redacción ,. Concepciones docentes antagónicas provocan enfrentamiento en Derecho. Aparicio, docente de Evolución de las Instituciones, dice que "no se forman juristas para la democracia", 22 de junio La República. 7-7 (1997)
Reference ID: 1144

🕮 René David,. A civil code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries, 37 Tul.L.Rev. 187-203 (1963)

Las razones para la exportación de derecho francés en lugar del inglés (según David): "La decisión final fue motivada no tanto por argumentos jurídicos como por consideraciones de orden político o cultural: el deseo de contra-balancear, por el llamado de otras fuentes, una influencia Anglo-Americana que ellos temían se estaba convirtiendo en excesiva.

🕮 Dutton, Denis and Stunkel, Keneth. The end of lecturing? 1998. Ref Type: Internet Communication

Los modernos métodos de enseñanza participativa, parecen haber relegado muy a segundo lugar la clase magistral. Existe la tendencia a ver el aprendizaje como un fenómeno colectivo coordinado por el profesor. No obstante, este excelente trabajo de Dutton, deja de manifiesto que todavía queda un lugar para el conferencista, aunque los requisitos de una buena conferencia o clase pueden ser muy exigentes.

🕮 Editorial ,. Elevada reprobación de los cursos reglamentados en Facultad de Derecho. Por insuficiente aprovechamiento e inasistencias, Mayo Estado de Derecho. 3-3 (1996)

De 3431 estudiantes de derecho que cursaron en 1995 reglamentados, casi un 40 por ciento no alcanzó la calificación mínima para aprobar la materia, según señala un

informe elaborado por la Bedelía de la facultad de Derecho. en 1995 ingresaron a las carreras de abogacía y notariado 1421 alumnos, mientras que en sexto año de ambas carreras había 710 estudiantes activos. En los cursos reglamentados 1995 arpobó el 62% y no aprobó el 38%. Las tecnicas notariales y forenses en cambio aprobó 81% y no aprobó el 19%

🕮 William Epstein,. La tradición clásica de la dialéctica y la enseñanza del derecho norteamericano, 2 Saber Abierto. 11-39 (1990)

Luego de hacer una revisión del método dialectico de enseñanza, lo compara con el moderno método norteamericano de enseñanza jurídica. El trabajo concluye: ¿Porque, entonces, ha existido tanta crítica contra el método de casos, por parte de la comunidad universitaria del derecho? Parece que Cristóbal Colombus Langdell como su epónimo, se equivocó acerca de lo que había descubierto. Pensó que había descubierto un método que le revelaría verdades mundanas absolutas; esto es imposible porque las verdades dialécticas pueden ser absolutas pero metafísicas (como en Platón) o materiales, pero aproximadas (como en Aristóteles). Los profesores de derecho, después de Langdell, reconocieron el error de sus aserciones finalistas, pero no se dieron cuenta completamente de las convincentes virtudes que el método exhibe. Ciertamente es muy superior al sistema embotador de la clase magistral que reemplazó. Elmétodo de casos, pues, adecuadamente comprendido y practicado, es una poderosa técnica pedagógica, un entrenamiento vigoroso para la gente que comienza su carrera en el derecho. Se traduce en agudeza y velocidad de la mente y el lenguaje y una necesaria soltera en precisión, claridad y cualidad de expresión. Todos los estudiantes de derecho y los abogados de primera clase son, por lo tanto, habilidosos pensadores dialécticos.

🕮 Adolfo Gelsi Bidart,. Cuestiones de Cultura y Enseñanza -491(Amalio M. Fernández 1974)

Aspectos morales de la profesión jurídica, y enseñanza jurídica como una enseñanza formativa y valorativa. Método de casos, aun cuando no se cita a Langdell

🕮 A. Gioja,. Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho 173-184 (Ediciones Pannedille) (1970).
Reference ID: 1029

🕮 L. Keyselring,. Social Objectives in Legal Education, Colum.L.Rev. 459(1933)

Refleja la posición del movimiento realista norteamericano en el área de la educación jurídica. Denuncia que la artificial distinción entre la moral y el derecho está destinada a evitar un escrutinio crítico del sistema jurídico.

🕮 Jean F. Revel,. ¿Para qué sirven los filósofos? (1996)

Un artículo viejo de Vargas Llosa, comenta en forma muy positiva este libro que es una crítica devastadora de los que hasta entonces eran intocables existencialistas.- Los acusa de inutilidad y es allí que se expresa que el conocimiento inútil es una forma particularmente nociva de la mentira.

🕮 Roberto Mangabeira Unger,. O mestrado em direito na Pontificia Universidade Católica do Río de Janeiro: Uma avaliaçao. Informe a Inter-American Foundation.

Washington, D.C. (1996)

📖 Federico Videla Escalada,. ¿Cómo enseño mi materia?, Saber Abierto.(1996)
Reference ID: 866
Notes: Breves pautas derivadas de una vieja experiencia en la enseñanza de Contratos que el exponente comenzó como Adjunto de Marco Aurelio Risolía .

Página blanca

Carlos Aparicio

Capítulo Décimo Primero
Epistemología [1]

> Hoy el jurista se ha lanzado a la búsqueda del hombre de carne y hueso que cada uno de nosotros es, aunque tengo para mí que todavía no ha sabido encontrarlo. ...
>
> Con la sola excepción de la tentativa kelseniana, los juristas no han emprendido aún la previa faena de una reflexión filosófica sobre el derecho, verdaderamente radical y propia que les indique con responsabilidad a que han de atenerse en su situación y en su tarea. Su ciencia sigue viviendo sin filosofía y otra vez han repetido el drama de entregarse a un prestamista, en vez de cavar los cimientos con sus propias manos, de acuerdo a sus necesidades. Carlos Cossio. Teoría de la verdad Jurídica. Ps. 38 y 39. [2]
>
> No son posibles grandes mejoras en el conjunto de la humanidad, hasta que haya un gran cambio en la constitución fundamental de su modo de pensamiento. J.S. Mill, autobiography and other writings. 142 (J. Stillinger ed. 1969). Stanford University Law Review. January 1984. Critical Legal Studies Symposium. Vol 36 Nº 1 & 2 (pag. 199) [3]

La elaboración de los conocimientos jurídicos como una ciencia del derecho es una tarea que tropieza con especiales dificultades

Una de ellas, es la determinación del objeto de estudio, y otra es el estudio de las particulares condiciones de aproximación y adaptación al mismo es decir, la elaboración de una teoría de conocimiento.

Los problemas que plantean ambas cuestiones, son inmensos, y en este trabajo, nos concentraremos en el estudio de los especiales desafíos que la teoría de conocimiento encuentra al acercarse al estudio del derecho.

---

[1] Sobre clases dadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República O. Del Uruguay en el año 1988. © Carlos Aparicio

[2] Carlos Cossio fue uno de los más influyentes iusfilósofos argentinos. Nació en 1905 en Tucumán y falleció en Buenos Aires, el 24 de agosto de 1987. Fue fundador de la llamada escuela egológica del Derecho.

Su obra principal es Teoría de la Verdad Jurídica, tendiente a demostrar la correcta aseveración, que la verdad en el derecho no es demostración lógica, sino convicción. Es decir que pertenece mas a la retórica que a la lógica. El poder de convicción de la sentencia judicial, marca en el derecho particularmente el canon de la verdad jurídica. Un líder en el pensamiento jusfilosófico latinoamericano.

[3] John Stuart Mill (1806-1873) autor, filósofo y economista inglés. Muy influyente en su época, y su obra tiene una gran utilidad incluso en nuestra época

Epistemología Jurídica

Carlos Aparicio

Entendemos por epistemología jurídica la parte de la ciencia jurídica que estudia la relación mutua entre el sujeto y el derecho considerado como objeto de conocimiento, la relación entre el conocimiento del derecho y la realidad, la posibilidad del conocimiento del fenómeno jurídico por parte del hombre, el criterio de la verdad y de la fidelidad del saber.

Dentro de un enfoque mas amplio la epistemología jurídica debiera incluirse luego de los enfoques teóricos mas abstractos sobre el concepto del derecho, y posiblemente luego de la definición general de este concepto en la teoría general.

Antes de avanzar en la exposición debiéramos hacer alguna precisión sobre lo que entendemos por sujeto y objeto de conocimiento.

Por sujeto, entendemos al sujeto cognoscente, que puede ser cualquier persona.

Cossio, en la obra citada, habla de un canon del sujeto cognoscente, constituido por la persona del Juez, o sea que en derecho sería éste el canon a los que laos demás deberían adaptar su noción de verdad jurídica. No compartimos esta posición. Pensamos que cualquier persona puede establecer la particular posición de conocimiento y adaptación que establece el derecho, y en caso de necesidad de establecer un canon, este estaría dado por un sujeto medio de una sociedad determinada, sin perjuicio desde luego que existan personas especialmente habilitadas por idoneidad y/o experiencia para acercarse al fenómeno jurídico, sean estos doctrinos, jueces o juristas en general.

En cuanto al objeto de conocimiento, entendemos tanto a un objeto material, como a un objeto espiritual que puede estar constituido por uno o varios seres humanos.

Idealismo y Materialismo en la Teoría Jurídica

Cuando un maestro albañil se apresta a construir una pared, comienza por tomar una serie de mediciones, efectúa cálculos y diseños, en base a los mismos adquirirá los materiales necesarios y luego recién pondrá las manos a la obra.

A esta altura, si bien no existe una pared tangible, es evidente que el mismo ha construido una pared en su pensamiento o un objeto formado exclusivamente por ideas.

Luego pasará a la etapa de construcción y finalmente con un mínimo costo de dinero y esfuerzo estará terminada la pared real. A esta altura, tenemos un objeto real (la pared terminada) y un objeto ideal, (la pared imaginada).

Algunos insectos sociales, como las abejas, construyen obras relativamente mas complejas. Una colmena relativamente al peso y tamaño de los elementos vivos que lo construyen es una notable obra de ingeniería. Pero el método de trabajo es bien diferente. No existe nada en este caso similar al método de construir un objeto ideal, que pueda ser objeto de comparaciones, mediciones y correcciones. La abeja actúa en base a un instinto heredado genéticamente de sus antecesores por millones de años.[4]

La capacidad de representar idealmente el objeto material de conocimiento es una calidad específica del ser humano.

Desde luego que no todas las personas actúan de la misma forma.

Alguien que no conozca bien el oficio de maestro albañil, posiblemente pueda ir derechamente a la construcción de la pared, lo que le ocasionará penosos sacrificios, ya que posiblemente no alcancen los materiales (o sobren) o tenga que construir nuevos elementos que no han sido alineados correctamente. Otra persona podrá en cambio concentrarse en los elementos de diseño y cálculo, aún es posible que enseñe a otros como se construye una pared no habiéndolo hecho nunca en su vida.

Dichos en otros términos, la energía psíquica de las personas pueden encontrarse en el objeto, o en su representación ideal.

---

[4] Se estima que la conformación actual de la abeja mellifera tiene una antigüedad de unos 80 millones de años. La especie humana, se estima entre uno y tres millones de años.

Jung [5] afirmaba con razón:

[1] "Mas por razones de experiencia, he de aludir al hecho de que los contenidos del inconciente, relacionados con la actividad de nuestra conciencia, se atribuyen el mismo derecho a la realidad, merced a su obstinación y persistencia, que las cosas reales del mundo exterior, por increíble que pueda parecer esto a una mentalidad al exterior orientada. No debe olvidarse que siempre ha habido gentes, en gran número, para las que los contenidos del inconciente poseían un mayor valor de realidad que las cosas del mundo exterior. El testimonio de la historia del espíritu humano habla a favor de ambas realidades.

...de modo que psicológicamente, ya por meros motivos empíricos, hemos de considerar los contenidos del inconciente tan reales como las cosas del mundo exterior, aunque ambas realidades se contradigan y aparezcan ser completamente distintas según su esencia.." [6]

En la filosofía general y ante problemas mucho mas complejos el problema no es diferente.

Cuando la atención se encuentra dirigida a la representación ideal de los objetos, nos encontramos con alguna forma de idealismo filosófico, cuando la atención se encuentra dirigida a los objetos estrictamente nos encontramos con un realismo ingenuo, y cuando se encuentran balanceadas ambas hipótesis con el realismo filosófico o científico.

Todas las personas tienen una tendencia peculiar de verter su energía síquica en uno u otro sentido, o sea dirigirla hacia el objeto material o hacia la representación ideal del mismo en su propio mundo interior, y según la tendencia particular se le suele llamar en el lenguaje corriente como extrovertido o introvertido respectivamente.

En general las tendencias idealistas, responden a un enfoque introvertido de su autor, mientras las tendencias realistas denotan una dirección francamente dirigida hacia el objeto particular del extrovertido.

Esto es particularmente cierto para los enfoques idealistas a partir de Descartes. El idealismo en la antigüedad no parece seguir este principio. No porque los seres humanos fuesen diferentes, sino porque existe una tendencia a crear objetos ideales imaginarios fuera de la persona, a falta de un adecuado enfoque introspectivo.

A esta conclusión se llega estudiando con detenimiento la famosa alegoría de la caverna de Sócrates escrita por Platón en el libro séptimo de La República.

Miguel Reale expresa correctamente sobre el idealismo clásico: [7]

---

[5] Carl Gustav Jung, (1875-1961) médico y psiquiatra suizo, amigo y seguidor de Freud, en una etapa posterior se separó de su maestro y fundó una nueva escuela de psicología. En esta obra se hace un uso amplio de sus enseñanzas. Entre otras cosas Jung, desarrolló una teoría del inconsciente, que es individual o personal, o colectivo

[6] Jung. Tipos sicológicos. Pag. 177.

[7] Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de Sao Paulo, y autor de múltiples obras, entre las cuales Horizontes del Derecho y de la Historia; Filosofía del Derecho; e Introducción al

"Por haber convertido a las ideas en "realidades últimas", sustentan algunos que la doctrina platónica podría ser vista también como una forma de realismo, reservándose la expresión idealismo para designar aquella especial filosofía y concepción del mundo que comienza con Descartes. Lo que importa, mientras tanto, es distinguir entre el carácter ontológico del idealismo clásico y el gnoseológico del moderno" [8]

Ahora bien, el idealismo que podemos llamar gnoseológico, no depende de la discusión sobre las propiedades del objeto, sino de aquella que viene del observador, y esta realidad cambia con las distintas personas y tienen ambas derecho a existir dentro de límites razonables

Un exceso de concentración en el mundo interior u horizonte noético personal, producirá en forma indudable, un alejamiento de la realidad.

Un exceso de entrega hacia el objeto producirá una petrificación de lo vivido y peculiares y típicas dificultades de adaptación a la vida, que se oculta y permanece pendiente en forma amenazadora en el inconciente.

En el primer caso, es la propia realidad que se encarga de alguna forma de corregir la tendencia patológica, en el segundo generalmente el correctivo proviene generalmente del propio sujeto. Por ejemplo un cantante entregado por exceso a su carrera, puede quedarse afónico.

Solo a una vida finita la muerte puede sobrevenirle intrínsecamente. Y puede, con radical posibilidad acaecerle de dos maneras: por retraimiento y por abocamiento. a) Bastará que, por un motivo o por otro, o la vida se retraiga de las cosas o que las cosas se retiren de la vida, haciendo

Derecho son citadas en este trabajo más adelante.

[8] Reale, Miguel. Filosofía do Direito, 9ª Ed. Sao Paulo; Saraiva, 1982.

imposible el desvivirse en", por falta de objetos, para que la vida se ahogue en sí misma, muerta por angustia. A este tipo de muerte puede realizarse de muchas maneras, por ejemplo, al notarse extraño, desterrado, vacío en medio del mundo. O, en muchos grados, como el místico cristiano se notaba desterrado en este mundo, aunque viviese plenamente en el mundo de su castillo interior.. Y cabe una segunda especie de muerte: B) Desvivirse íntegramente, volcarse totalmente sobre las cosas, tal y tanto que ya no se presenten ni sean vivida como cosas, cual objetos sino que sea la vida la que resulta cosificada, petrificada, muerta

por abocamiento sobre las cosas. [9]

[1]

Si bien la diferencia de metodología entre el enfoque introvertido y el extrovertido, es clara y terminante, no necesariamente lo serán sus conclusiones.

Al estar la energía síquica del introvertido orientada predominantemente hacia su vida interior, o panorama noético, buscará allí, lo que el extrovertido en todos los casos buscará directamente en el objeto.

Ambos verán con claridad meridiana, al bien y al mal coexistir en la tierra en proporciones variables de tiempo y lugar.

Mas cuando se trata de determinar la naturaleza del ser humano, el introvertido idealista, buscará hasta lo mas hondo en el panorama noético que le ofrece su vida interior. No estará equivocado buscando allí, ya que "todo ser humano trae en sí, las historia de toda la humanidad".

En cambio para una naturaleza orientada hacia el exterior, esta tarea le parecerá inconcebible, ya que recurrirá con carácter exclusivo a las investigaciones antropológicas y al estudio de remanentes modernos de sociedades arcaicas. Irá a África y al Amazonas. En realidad tiene tantas posibilidades de equivocarse como el otro, ante la imposibilidad de aislar el fenómeno social, incluso de la propia presencia del investigador.

Al estar claramente orientada la energía psíquica del introvertido en el sentido de la vida interior, y los objetos conscientes o inconscientes que representan la vida real, se comprende que sus funciones enjuiciadores deben tener una modificación muy clara a la persona que directamente se proyecta en la realidad.

Según nos informa Cossio: "Al percibir, por el mero hecho de percibir, se vive noéticamente un sentido del objeto, lo que noemáticamente quiere decir un objeto como sentido. El objeto se delata por su mismidad, en cuanto que tenemos la directa evidencia de ver la misma cosa, a pesar que nuestras percepciones de ella sean diferentes por el ángulo o las circunstancias en que las percibimos. (La percepción, en consecuencia, realiza una síntesis intuitiva de identidad en lo que percibe, en cuya virtud la conciencia unifica como objeto intencional lo coherente separa lo diverso en aquello que es materia del acto perceptivo.[10]

---

[9] Recasens Siches, Luis. Filosofía de García Bacca en Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. pag. 1025/26. Porrua. Mexico, 1963.

[10] Op. Cit pag. 103

Esta descripción de Cossio es casi perfecta, en cuanto aplicable al pensamiento en su modalidad introvertida, de ninguna manera al extrovertido materialista, en cuanto a que las relaciones con el objeto se basarán en el enjuiciamiento directo de la realidad.

Al admitir como legítimas dos tipos de aproximaciones, la realista y la idealista, se admite la previa existencia de un objeto definido de ciencia para el derecho que se diferencia radicalmente del observador.

Moreno[11] expresa sobre el particular, en una posición que totalmente compartida:

[1] "La clara distinción entre el objeto de experiencia primitiva y el objeto de ciencia y la posibilidad de que un mismo objeto de experiencia de lugar a múltiples objetos de ciencia, no debe llevarnos a pensar que la ciencia engendre su objeto, en forma tal que nada haya en la realidad que corresponda a éste. Al contrario, el objeto de experiencia radical preexiste con todas su s reales determinaciones a cualquier ciencia posible de él. Cada ciencia elige con cierta libertad el punto de vista que ha de tomar sobre su objeto, pero este punto de vista nada pone que estuviera ya antes en el objeto, como determinación pasible de ser descubierta. La ciencia no inventa su objeto, sino que simplemente lo descubre tal como el se muestra desde una cierta perspectiva. Y el hecho de que esa perspectiva sea elegida, dentro de un marco mas o menos amplio de libertad, no quiere decir que al adoptarla se creen las relaciones que desde ese punto de vista se revelan. Tales relaciones responden a estructuras reales del objeto, y la función del punto de vista no es la de crearlas, sino la de ofrecer un criterio unitario para abstraer dentro de la infinita multiplicidad de las determinaciones reales, aquellas que serán consideradas como temáticas a los efectos del conocimiento científicos. " [12]

[11] Luis Moreno. Profesor de Filosofía del Derecho en Montevideo, fallecido hace muchos años.

[12] MORENO . Presupuestos Filosóficos de la Ciencia Jurídica. Universidad de la República. Montevideo. 1963. Pag. 38.

El idealismo y el materialismo en casos concretos

Jung decía, a nuestro entender con razón, que existe algo poco serio en la discusión filosófica, o por lo menos en una parte de la misma.

Esto consiste en que la discusión, muchas veces en lugar de centrarse en los problemas fundamentales de la ciencia o arte, se desvía a sus condicionantes epistemológicas, es decir el punto de vista del observador y en lo concreto del filósofo en particular.

Por citar un solo caso, la famosa frase de Descartes [13]:

PIENSO, LUEGO EXISTO. (Cogito, ergo sum).

Esta frase puede ser totalmente incomprensible para una mentalidad orientada hacia el exterior, para quien sin duda la frase correcta será exactamente al revés.

Desde luego, que cuando se atribuye al mundo abstracto del conocimiento una importancia extrema, sobre el mundo de los hechos reales, entonces la frase comienza a tomar sentido en su final determinación.

Existo en la medida que soy parte de una cultura conformada por un pensamiento ideal, si esto no fuera así, mi propia existencia tiene una importancia secundaria.

Materialismo	Idealismo
Diderot	Descartes
Materialismo Dialéctico	Berkeley
	Kant
	Kelsen

Las Funciones Síquicas

No solo la energía sicológica, en su capacidad determinante del mundo exterior, tiene una distinta orientación, que varía notoriamente en cada caso personal, sino también en cuanto a la naturaleza de su actuación atendiendo a

[13] DESCARTES, Rene (1596-1650) filósofo y matemático francés (también fue militar y obtuvo un grado de abogado en 1616 en la universidad de Poitiers). Sus escritos permanecen influyentes en epistemología y matemáticas.

formas relativamente constantes que mantiene en relación con el objeto, las que además tienen una cierta estabilidad a través del tiempo.

El fundamento de la vida síquica, se encuentra en la necesidad de adaptación al mundo natural y social, y sus constantes requerimientos, para lo cual no solo es necesario obtener y procesar la información que de el llega, sino que adaptarse a constantes estímulos, desafíos y cambios

A los efectos de este estudio dividiremos el estudio en funciones síquicas enjuiciadoras y funciones no-enjuiciadoras y a las primeras en pensamiento y sentimiento y a las segundas en intuición y percepción.

Pensamiento

"Cuando vemos hechos que contradicen teorías prevalentes,
debemos aceptar tales hechos y abandonar las teorías, aún
cuando la teoría es sustentada por grandes nombres,
generalmente aceptados"

Claude Bernard [14]

El pensamiento es una forma enjuiciadora de conocimiento y adaptación lo que significa que el principio regular del sistema es lo que la lógica conoce como "juicio", es decir toda afirmación pasible de ser calificada como verdadera o falsa.

Básicamente un juicio es un pensamiento en que se afirma o niega algo de algo.

Es a través del juicio , que tiende a realizarse un equilibrio entre el mundo exterior y el mundo interior de la persona.

La facultad de razonar o pensar, es una facultad inherente exclusivamente al ser humano, y consiste básicamente en operaciones discursivas a través de las cuales obtenemos un conocimiento nuevo, inferido, partiendo de otro conocimiento.

A partir de una serie de juicios, el conocimiento puede ser notoriamente ampliado a través de las vinculaciones lógicas de las premisas (o juicios), mediante la aplicación de las leyes lógicas fundamentales, a saber:

a) Ley de identidad, esto es que un pensamiento es idéntico a sí mismo si los objetos que refleja no se transforman en el momento que lo utilicemos o si podemos abstraernos de sus cambios.

b) Ley de contradicción. La ley de contradicción dice que dos juicios, en uno de los cuales se afirma algo acerca del objeto de pensamiento ("a es b") mientras que en el otro se niega lo mismo acerca del mismo objeto de pensamiento "a no es b"!, no pueden ser a la vez verdaderos (siempre y cuando el carácter B se afirme o niegue acerca del objeto del pensamiento A, considerado en un mismo tiempo y en una misma relación.)

[14] Claude Bernard(1813 - 1878) Médico Francés que desempeñó un rol fundamental en el establecimiento de la investigación médica experimental. Hizo descubrimientos de importancia en áreas puntuales de la medicina.

c) Ley del tercero excluido. La ley del tercero excluido se formula de la siguiente manera: de dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero. Así en los grupos bimembres de juicios, uno de éstos e s necesariamente verdadero.

Por ejemplo. Este hombre es profesor de derecho y este hombre no es profesor de derecho.

d) Ley de la razón Suficiente. Para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de las cuales dicha proposición se tiene por verdadera. Esto debe tenerse principalmente en cuenta antes de utilizar la preposición como premisa para ulteriores construcciones.

Para la cognición de un objeto complejo, se necesitan una cantidad de juicios que definan con precisiones los caracteres particulares y permanentes del mismo. Esta larga serie de inferencias y juicios constituyen el concepto del objeto.

La articulación flexible de estos conceptos en forma de un saber generalizado sobre una determinada gama de objetos de experiencia constituye la teoría.

Queda aún una instancia de mayor generalidad y donde ya es la propia vida que queda sometida a unos principios sencillos de evolución, que es la ideología.

Desde luego que el pensamiento generalizador, cuanto mas grande son sus pretensiones abarcativas, mayor es su posibilidad de error, por sus mayores dificultades de englobar en pocos principios la inmensa complejidad y diversidad de la vida real.

El silogismo es una forma operativa deductiva, que permite una amplia aplicación de los principios de la teoría.

En el silogismo tenemos tres elementos: a) una premisa o juicio de carácter general; b) una premisa o juicio de carácter singular comprendida dentro de la general; c) una conclusión.

Un amplio uso del razonamiento silogístico con frecuente recurso a las premisas de carácter general es carácter distintivo de las escuelas conceptualistas de derecho.

Se atribuye a William James el haber dicho que los peores enemigos de cualquier terreno de pensamiento son los profesores de la materia. Al decir esto ha hecho referencia a actividades prácticas tales como medicina y derecho. En éstas, los prácticos están en constante contacto con lo hechos de la vida y la

naturaleza. Ellos arriban a su s ideas desde la experiencia y deben constantemente revisar sus ideas y reformular sus teorías para encontrar los hechos a los cuales deben ser aplicadas. El profesor en cambio, toma hechos, vida y naturaleza de las relaciones de otros y los asume como algo dado. El generaliza desde ellos y formula concepciones y teorías de las cuales el deducir ulteriores concepciones y teorías, y sobre los cuales construye un cuerpo de enseñanza el cual es obstinadamente resistente a los hechos de la vida y naturaleza y muy persistente, y busca hacer la vida y la naturaleza conforme a su modelo teorético. POUND, ROSCOE. SOCIAL CONTROL THROUGH LAW. New Haven. YALE UNIVERSITY PRESS. 1942.

Como vimos en el fragmento que transcribimos, existe una tendencia muy clara, cuando predomina el enfoque deductivo a no ver los hechos que se oponen a las conclusiones de la teoría, la cual muchas veces es muy resistente a la realidad. Esto es verdad aún en el enfoque mas francamente dirigido al objeto. Desde luego que el peligro de apartamiento de la realidad es aún mayor en los enfoques introvertido-idealista, cuya disposición de por sí está mas tiene un ligamen mas débil hacia el objeto por dirigirse la energía principalmente al mundo ideal u horizonte noético personal.

Los enfoques empíricos, tienden a reducir el peligro reseñado, mas aún así continúan siendo intelectualista, es decir dirigidos predominantemente por el pensamiento lógico.

El intelectualismo comprende por igual, tanto al racionalismo lógico como al empirismo naturalista en cuanto que en ambos casos la tarea de conocer está confiada a la mera inteligencia del hombre, sea que el fundamento del acto intelectivo se lo ponga en la razón, sea que se lo ponga en la percepción sensible. Husserl ha enseñado la común naturaleza de pensar y percibir como actos actualmente objetivantes. "La fe en la experimentación es legítima, sólo en el caso de que se admita que la mente humana es por sí sola capaz de conocer la verdad, dice Del Vecchio, definiendo perfectamente el sentido intelectualista del empirismo científico (Del Vecchio. Derecho y Personalidad Humana en la Historia del Pensamiento. P. 309. Madrid 1914, Reus, en el volumen "Los Derechos del Hombre".

Carlos Cossio. Teoría de la Verdad Jurídica. Pag. 54

Después de la 2a. Guerra Mundial, el intelectualismo y mucho mas el conceptualismo fueron objeto de una amplia revisión en Europa, 15 años antes habían sido desterrados del pensamiento jurídico norteamericano.

Un ensayo de 1945 de Chaïm Perelman (n.1912) titulado de la Justice concluye afirmando que un sistema de justicia completamente racional no es realizable. Que en todo sistema de normas y jurisprudencia existe un inevitable elemento de arbitrariedad.

El derecho, actuando a través de la sentencia judicial debe tener una determinada fuerza de convicción o capacidad motivadora en la comunidad, que nos lleva a los estudios de retórica.

Desde luego que la racionalidad tendrá siempre un importante campo de acción en el derecho, pero este no es ilimitado como quieren aquellos que pretenden aplicar la lógica matemática al razonamiento jurídico. También se requiere, y en forma importante el uso de las demás funciones sicológicas o espirituales.

El Sentimiento

El corazón tiene razones, que la razón

Además del enjuiciamiento racional, que atiende a la verdad de la afirmación, existe otro tipo de enjuiciamiento, que no se refiere a la verdad o falsedad de la afirmación, sino que está dirigido a su aceptación o recusación, que es el enjuiciamiento emotivo o sentimental.

El tipo de enjuiciamiento basado en el sentimiento es bien diferente del enjuiciamiento racional, y se guían por principios del todo diversos.

No está orientado a conceptos, sino a valores, por lo que tratamos como sinónimos el enjuiciamiento sentimental o emotivo y la valoración.

Cuanto mas concreto sea el sentir, mas subjetivo y personal será el valor por él otorgado y cuanto mas abstracto sea, mas general y objetivo será el valor que otorgue. Así como un concepto completamente abstracto no evidencia y a lo singular y particular de las cosas, sino lo general o indiferenciado en ellas tan solo, así el sentir por completo abstracto no coincide ya con el factor singular y su indiferenciación. El sentir es pues, como el pensar, una función racional al otorgarse en general los valores, como demuestra la experiencia, de acuerdo con las leyes de la razón del mismo modo que los conceptos en general se forman de acuerdo con las leyes racionales.

Naturalmente, que con las anteriores definiciones no queda en absoluto, caracterizada la esencia del sentir. No hemos pasado de la paráfrasis superficial La facultad del concebir intelectual revela su incapacidad para formular la esencia del sentir en un lenguaje conceptual desde el momento en que el pensar se incluye en una categoría inconmensurable con el sentir, tal como sucede, por lo demás, con todas las funciones psicológicas fundamentales, que una no puede expresar totalmente a la otra. Se desprende de esto que jamás una definición intelectual podrá reflejar suficientemente lo específico del sentimiento,. Nada se consigue con

[15] PASCAL, Blaise (1623-62). Filósofo y matemático francés. Fundó los principios de la hidráulica y la computación. Inventó la máquina de calcular, escribió innúmeros temas de filosofía y religión. Murió prematuramente a los 41 años en base al esfuerzo enorme que su trabajo le insumió.

clasificar los sentimientos por lo que se refiere a ala aprehensión de su esencia, pues ni la mas exacta clasificación podrá nunca ofrecernos otra cosa que el contenido intelectualmente aprehensible en el que, o unidos al cual, se presentan los sentimientos, pero sin que por ello pueda decirse que se ha captado lo específico del sentimiento. Pueden distinguirse tanto sentimientos como clases de contenidos hay, entre sí distintos e intelectualmente aprehensibles, mas no por ello quedarán clasificados a fondo los sentimientos mismos, pues allende todas las clases de contenidos intelectualmente aprehensibles, hay sentimientos que se hurtan a la rúbrica intelectual. Ya la idea de una clasificación es algo intelectual y por lo tanto inconmensurable con la esencia del sentimiento. Hemos pues de conformarnos con ofrecer los contornos del concepto.

El modo de valor del sentimiento puede compararse a la percepción intelectual como una percepción del valor. Pueden distinguirse una percepción sentimental activa y una percepción sentimental pasiva. El acto puro del sentir se caracteriza por el hecho de que un contenido estimula el sentimiento o le atrae y obliga al sujeto a participar sentimentalmente. En cambio el acto activo del sentir, partiendo del sujeto, otorga valores, valoriza los contenidos según la intención, pero según la intención sentimental, no según la intención intelectual. De modo que el sentir activo es una función dirigida, una acción volitiva, como lo es, por ejemplo, el amar en contraste con el estar enamorado, que sería un sentir pasivo no dirigido, como ya el lenguaje mismo lo evidencia al designar a lo primero como una acción y a lo segundo como un estado. El sentir no dirigido es intuición sentimental. En sentido estricto solo deberá, pues calificarse de racional al sentir activo, dirigido. Por su parte, el sentir pasivo es irracional en cuanto sin intervenir, establece valores, a veces incluso contra los propósitos del sujeto mismo. Carl Gustav Jung. TIPOS PSICOLÓGICOS. Editora Nacional. México. 1967. Pag. 503.

El sentimiento tiende a dirigirse a los valores vigentes, de fuerte contenido social, así mismo como a los caminos socialmente admitidos para alcanzar esos valores, es decir a las normas morales o jurídicos.

Así es de observar, que es muy difícil definir la justicia sin expresar que injusticia produce un fuerte sentimiento de repulsa, y en casos graves especiales dificultades para la integración de la personalidad.

Desde luego que existen desacuerdos sobre los principales problemas en la misma medida que no hay unanimidad social sobre los valores vigentes ni de su

escala de ordenación. Por el contrario, los valores están en constante cambio, y en una misma sociedad pueden haber violentos enfrentamientos valorativos.

Piénsese en temas como el divorcio, la eutanasia, la eugenesia, problemas raciales, la organización de la familia, etc.

El discurso emotivo se caracteriza en este sentido a una cierta apelación a la acción: expresan actitudes y tienden a provocarlas en los demás.

La etimología de la palabra emoción nos ayudará a entender esta idea. La misma proviene de E-muovere, es decir se hace referencia a la capacidad motivadora del sentimiento.

Si en una clase numerosa alguien se pone a llorar, en forma inmediata se producirá una movilización de las personas que están en el salón, para conocer la causa del problema, y quizás tratar de ayudar a solucionarlo.

Es decir que una exteriorización del sentimiento, produce necesariamente una reacción movilizadora, cuya importancia y sentido después se verán.

También presenta interesantes problemas, la posibilidad de racionalizar el juicio valorativo.

Nos informa Nino:[16]

...en la filosofía moral contemporánea hay acuerdo en que la razón tiene un papel relevante en el discurso moral.

En primer lugar -como hasta Stevenson reconocía- muchos juicios morales dependen de creencias fácticas cuya verdad o falsedad es empíricamente demostrable (es notable cuantas controversias morales tienen su origen no solo en creencias fácticas divergentes sino también en actitudes irracionales acerca de cómo evaluar la información fáctica.)

En segundo lugar -como lo ha puesto de manifiesto Hart- una de las formas de ofrecer razones en contra de un juicio moral consiste en mostrar que -una vez universalizado- él tiene consecuencias que el que formula tal juicio no está dispuesto a aceptar.

En tercer término, también se argumenta racionalmente cuando se muestra que cierto principio moral defendido por alguien tiene consecuencias contradictorias con las de otro principio que la persona sostiene.

Por último, muchas posiciones morales que la gente sostiene está determinadas por confusiones conceptuales y lógicas que pueden ser racionalmente esclarecidas. [17]

---

[16] Abogado y profesor Argentino, fue consejero filosófico y amigo de Raúl Alfonsín. Murió prematuramente de un ataque al corazón a la edad 49 años, cuando asistía a un congreso de derechos humanos en Bolivia.

[17] Nino. Introducción al Análisis del Derecho. pag. 380.

Pensamiento y sentimiento, normalmente va unidos y el sentimiento es un componente indispensable de la convicción. Solo cuando el sentimiento se incorpora al proceso de pensamiento racional tenemos el hecho de la convicción.

Pero las circunstancias de la vida, pueden llevar a que pensamiento y sentimiento conduzcan a lugares diferentes, y entonces, nada hay que perjudique al sentir como el pensamiento.

Así una madre estará absolutamente incapacitada de Juzgar a su hijo, en la medida que conozca hechos que pudiesen incriminarle de algún delito, preferirá en su lugar deformar estos hechos en forma infantil, antes de aceptar la realidad.

Desde luego que el pensar reprimido se alojará en el inconciente donde estará presto a aflorar en forma de un pensamiento inferiormente desarrollado, con fuertes caracteres arcaicos.

Interesa no obstante destacar, que cuando predomina el sentimiento, el objeto se oculta al observador en la medida que pudiese alterar ese sentimiento, de la misma forma que el enfoque racional tiende a ignorar los hechos que no coinciden con la teoría.

Conocimiento Enjuiciador

Los Tipos Particulares

Como dijimos previamente, el conocimiento enjuiciador, se desarrolla en forma armónica con ambas formas de conocimiento colaborando en la necesaria adaptación vital.

Mas cuando se presenta el conflicto, necesariamente debe triunfar una forma de enjuiciar a la realidad, y suele suceder que la persona tiende a orientarse en uno de los sentidos, y la misma cultura propicia y favorece determinado punto de vista en perjuicio del otro.

El problema que el conflicto suele presentarse con tanta frecuencia como la relación armónica y normal, favorecido sobre todo con el cambio sea en la teoría, en la ideología o en los valores vigentes.

El racional, fuertemente dirigido a los silogismos de la teoría difícilmente aceptará una reformulación de la misma, estudiada y formulada con los esfuerzos de toda una vida.

Claro que cuando triunfa normalmente el pensamiento en una persona determinada, tenemos una persona racional. Se trata aquí, de la disposición general de su conciencia y de la forma en que esta disposición trabaja. No por lo que a la persona le sucede.

Porque también tenemos el inconciente, donde además quedarán de alguna forma registrados los hechos omitidos.

El objeto omitido tomará desde luego su venganza cómodamente instalado en el inconciente de la persona.

En determinado momento la duda hace pie en el propio reducto de la conciencia. Allí, el sentimiento reducido en un marco mas estrecho conducirá el moderado discurso racional a la afirmación dogmática, es decir conocimiento impuesto por la autoridad y no por la lógica.

De allí al fanatismo hay un paso. La persona se concentra en un pequeño número de convicciones, a veces ridículas pero que le impiden cualquier tipo de adaptación.

El dogmatismo del punto de vista intelectual sufre a veces por la inconciente intervención de los sentimientos personales inconscientes, otras peculiares alteraciones que han de atribuirse menos al sentimiento en sentido estricto que a la intromisión de otros factores inconscientes que aparecen mezclados en el inconciente con el sentimiento reprimido. A pesar de que la razón misma prueba que toda fórmula intelectual solo puede constituir una verdad de validez restringida y que, por lo tanto, nunca puede pretender imponerse omnímodamente, practicamente adquiere la fórmula tal preponderancia, que todos los demás puntos de vista y posibilidades retroceden ante ella y pasan a segundo término. Sustituye a toda otra concepción del mundo mas general e indeterminada y, por lo tanto, mas modesta y verdadera. Por eso suplanta a esa con concepción general que llamamos religión. Conviértese así en religión la fórmula misma, aunque según su esencia, nada de religioso tenga. Con ello cobra también el carácter de cosa absoluta esencialmente propia de la religión. Se convierte en una especie de superstición intelectual, por decir así. Sin embargo, todas las tendencias sicológicas por ella reprimidas se congregan como oposición en el inconciente y provocan accesos de vacilación y duda. Para defenderse de la duda se fanatiza la disposición consciente. El fanatismo no es otra cosa que duda contrapesada. [18]

Fedor Dostoievski, trata a fondo este problema en su mas famosa obra "Crimen y Castigo".

El protagonista es un joven estudiante de derecho, ante dificultades económicas decide cometer un delito que implicaba un homicidio, que a la postre se convierte en doble homicidio.

El estudiante es autor de una teoría, cuyo núcleo expresa:

... se clasifica a los hombres en ordinarios y extraordinarios. Los primeros deben vivir en la obediencia y no tienen derecho a violar la ley; los segundos poseen el derecho de cometer todos los crímenes y de saltar por encima de todas las leyes, precisamente porque son hombres extraordinarios" y se aclara: "... el hombre extraordinario tiene el derecho, no oficialmente, sino por sí mismo, de autorizar a su conciencia a franquear ciertos obstáculos: pero solo en el caso en que se lo exija la realización de su idea, la cual puede ser a veces útil a todo el género humano. .... Todos los legisladores y guías de la humanidad, comenzando por los mas antiguos y pasando por Licurgo, Solón y Mahoma, hasta llegar a Napoleón, etc., todos sin excepción han sido delincuentes, porque en el hecho de dar nuevas leyes han violado las antiguas, que eran observadas fielmente por la

[18] Jung. Op. Cit. pag. 368.

sociedad y trasmitidas a las generaciones futuras; indudablemente no retrocedían ellos ante el derramamiento de sangre en cuanto les podía ser útil. ... la mayor parte reclama la destrucción de lo que es, en nombre de lo que debe ser. Mas si por su idea deben verter la sangre y pasar por encima de cadáveres, pueden en conciencia hacer ambas cosas en interés de su idea, por supuesto. El primer grupo (el de los hombres ordinarios) es siempre dueño del presente, el segundo lo es del porvenir. El uno conserva el mundo y multiplica los habitantes; el otro, mueve al mundo y lo conduce a su objeto. estos y aquellos tienen absolutamente el mismo derecho a la existencia."

El célebre Juez de instrucción que toma el caso, poco a poco va sospechando del verdadero autor y aunque no tiene las pruebas suficientes puede advertir al autor del doble homicidio:

Nos encontramos frente a un hecho fantástico y sombrío; este crimen tiene la marca del siglo y lleva hondamente grabado el sello de una época que hace consistir toda la vida en buscar la comodidad. El culpable es un tétrico, una víctima del libro; ha desplegado en su ensayo mucha audacia; pero esta audacia es de un género particular; es la de un hombre que se precipita desde lo alto de una montaña o de un campanario. Ha olvidado cerrar la puerta detrás de él y ha matado a dos personas para poner en práctica una teoría...

...Todavía es una ventaja que no haya usted matado mas que una mala vieja.[19] Con otra teoría, habría cometido, Usted una acción cien mil veces peor.

-(Usted) no se escapará. Un mujic huiría: un revolucionario de ahora, esclavo del pensamiento ajeno, huiría también, porque tiene un credo ciegamente aceptado para toda la vida; pero usted no cree en su teoría. ¿Qué quedaría de ella si huyera usted? Y, por otra parte ¿puede darse una existencia mas innoble y penosa que la de un fugitivo? Si huyese usted, volvería para entregarse espontáneamente .... ¡Usted no puede pasarse sin nosotros! Cuando yo lo detuviese al cabo de un mes o dos, pongamos tres, se acordaría de mis palabras y confesaría. Vendría usted a parar a esto insensiblemente, casi sin darse cuenta de ello. Mas aún, estoy persuadido de que, después de haberlo reflexionado Usted bien, se decidirá usted a aceptar la expiación. En este momento no lo cree; pero ya verá. En efecto, Rodion Romanovitch, el sufrimiento es una gran cosa. En boca de un hombre que no se priva de nada, este lenguaje puede parecer ridículo. No importa; hay una idea en el sentimiento.

Agrega el Juez:

[19] En realidad fueron dos, pero la cita es del original.

Usted es otra cosa; usted se halla al principio de su existencia y esta aventura (el crimen) ¿quien sabe? quizás no dejará ninguna huella en la vida de Usted. ¿Porqué temer tanto el cambio que va a experimentar en su situación?

¿Son acaso las comodidades de la vida las que usted ha de echar de menos? ¿Se aflije usted pensando que ha de estar lago tiempo confinado en la obscuridad? De usted depende que esta obscuridad no sea eterna. Sea usted un sol, y todo el mundo le verá. [20]

El protagonista decide entregarse para buscar en la pena de su crimen, la expiación de su remordimiento moral.

Demora en encontrarla. Es en realidad con la ayuda de la devoción de una mujer joven que en la cárcel siberiana encuentra el camino de una posible redención y de un cambio del punto de vista epistemológico general.

La misma es anunciada por un sueño, que en el fondo es una de las críticas mas demoledoras contras las ideologías que se hayan escrito. En realidad debiera ser tomada mas en cuenta por el academicismo oficial:

El sueño de Rodión (el protagonista) dice:

"Le parecía ver el mundo entero asolado por un azote terrible y sin precedentes, que viniendo del fondo de Asia, había caído sobre Europa. Todos debían perecer, excepto un número reducidísimo de privilegiados. Microbios de una especie, seres microscópicos, se introducían en los cuerpos humanos. Pero estos seres estaban dotados de inteligencia y de voluntad. Los individuos atacados por ellos se ponían al instante locos furiosos.

Sin embargo, ¡cosa extraña! nunca hombre alguno se habría creído tan sabio, tan seguramente en posesión de la verdad, como se creían aquellos infortunados. Jamas nadie había tenido mas confianza en la infalibilidad de sus juicios, en la solidez de sus conclusiones científicas y de sus principios morales. Aldeas, ciudades, pueblos enteros, estaban atacados por este mal y perdían la razón. Estaban todos agitados y fuera de estado de comprenderse entre ellos. Cada cual creía poseer solo la verdad, y al observar a sus semejantes se entristecía, se golpeaba el pecho, lloraba y se retorcía las manos. No podían entenderse acerca del bien y del mal; no se sabía qué condenar ni qué absolver. Los hombres se mataban entre sí, bajo la impulsión de una cólera ciega. Se reunían formando grandes ejércitos; pero una vez comenzada la campaña, la división aparecía bruscamente en las tropas, las filas se rompían, los guerreros se degollaban y se devoraban. En las ciudades sonaba a todas horas el toque rebato; mas, ¿Para qué esta alarma? ¿Con qué propósito? Nadie lo sabía y todo el mundo

[20] Los énfasis son agregados.

estaba inquieto. Se abandonaban los mas ordinarios oficios, porque cada cual proponía sus ideas, sus reformas y nadie se ponía de acuerdo; la agricultura estaba abandonada; aquí y allá la gente se reunía en grupos, entendiéndose para una acción común y jurando no separarse; pero un instante después olvidaban la resolución que habían tomado, y comenzaban a acusarse, a pegarse y a matarse. Los incendios y el hambre contemplaban ese triste cuadro. Hombres y cosas, todo perecía. Aquel azote se extendía mas y mas. Solamente podían salvarse algunos hombres puros, predestinados a rehacer el género humano, a renovar la vida y a purificar la tierra; pero nadie veía a estos hombres, nadie oía sus palabras ni su voz...

Este sueño, marca un cambio definitivo en la vida del protagonista, que a partir de este momento no volvería mas a ser la misma.

Concluye Dostoiewsky:

Aquella noche (el protagonista) se sintió incapaz de reflexionar detenidamente, de concentrar su atención en un objeto cualquiera, de resolver una cuestión con conocimiento de causa, solo tenía sensaciones. La vida había substituido en él al razonamiento.

Cuando predomina el sentimiento, los continuos y cambiantes avatares de la vida hacen que la valoración se oponga a la lógica, y la tendencia constante es el triunfo de la primera.

Suele acontecer esto en el sexo femenino, con claro predominio de la emotividad, pero en modo alguno se trata de una regla absoluta.

La persona se caracteriza por una franca adhesión a los valores vigentes y el objeto aparece parcialmente oculto también por el hecho mismo de la valoración.

Desde luego que las reglas de la lógica deben verificarse en algún lado, y esto sucede en el inconciente, lo que se manifiesta a través de agresiones de contenido infantil precisamente hacia los objetos que mas se valoran.

Cuando la energía síquica se dirige francamente hacia el objeto, se produce una relación de estrecha dependencia del mismo conforme a los valores vigentes, cuando la energía síquica se dirige en cambio hacia el mundo interior, el resultado es una personalidad de apariencia fría y calculadora sin perjuicio que puede llegar a desarrollar un gran encanto personal. Cuando en este tipo de personas se ve un acto de heroísmo sorpresivo de acuerdo a su carácter conocido, debe sospecharse existencia de esta tendencia epistemológica.

En efecto, si es difícil expresar claramente y convincentemente las ideas al racional introvertido, puede imaginarse la dificultad de comunicar sentimientos cuando la energía psíquica cargada de emotividad tiende a vertirse hacia el interior.

La moralidad es tan importante como la inteligencia en la composición global del carácter. Los mas grandes espíritus son los que asocian las luces del intelecto con las magnificencias del corazón. La "Grandeza del alma" es bilateral. Son raros esos talentos completos; son excepcionales esos genios. Los hombres excelentes brillan por ésta o aquella aptitud, sin resplandecer en todas; hay asimismo talentos en algún género intelectual, que no lo son en virtud alguna, y hombres virtuosos que no asombran por sus dotes intelectuales.

Ambas formas de tales, aunque distintas y cada una multiforme, son igualmente necesarias y merecen el mismo homenaje. Pueden observarse aisladas, suelen germinar al unísono en hombres extraordinarios. Aisladas valen menos. La virtud es inconcebible en el imbécil y el ingenio es infecundo en el desvergonzado.

... Cicerón dijo: "Cuanto mas fino y culto es un hombre, tanto mas repulsivo y sospechoso se vuelve si pierde su reputación de honesto."

El hombre mediocre solo tiene rutinas en el cerebro y prejuicios en el corazón.

Es capcioso oponer el ingenio y la moral como términos inconciliables.

Volvamos al sano concepto socrático, hermanando la virtud y el genio, aliados antes que adversarios. Una elevada inteligencia es siempre propicia al talento moral y este es la condición misma de la virtud".

José Ingenieros. El hombre Mediocre. pag. 119.

El pensamiento y el sentimiento normalmente se apoyan mutuamente, el conflicto aparece solamente cuando ante la incorporación de nueva experiencia ambos conducen a lugares diferentes.

El paralelismo entre pensamiento y sentimiento es un componente esencial de la convicción.

Desde luego que esto no siempre sucede y es posible que en forma patológica no se puedan unir.

A este respecto pondremos un ejemplo, que podrá servir para determinar hasta qué punto la epistemología no solo es un elementos esencial del observador científico, sino que además cuando el objeto tiene un contenido humano como sucede en la sicología y en el derecho, también el objeto tiene elementos epistemológicos de relevancia.

Se trata de un fragmento de una obra de Truman Capote, que relata un caso real, muy bien documentado:

El caso Andrews, se convirtió en el fundamento de una cruzada médica y legal. Antes de iniciarse el proceso, en el que Andrews se declaró inocente en razón de enfermedad mental, el personal psiquiátrico de la clínica Menninger llevó a cabo un exhaustivo examen del acusado, que dio como resultado el diagnóstico de "esquizofrenia simple". Por "simple" los especialistas entendían el hecho de que Andrews no sufría ilusiones, ni percepciones falsas, ni alucinaciones, sino el primer estadio de la enfermedad mental que consiste en la separación de pensamiento y sentimiento. Comprendía la naturaleza de sus actos y sabía que eran prohibidos y que por ellos se hacía merecedor de castigo.

...En opinión del Dr. Satten y sus colegas, el crimen de Andrews ofrecía un ejemplo tan indiscutible de irresponsabilidad, que el caso de prestaba admirablemente para debatir la regla M'Naghten en los tribunales de Kansas. La regla M'Naghten,, no reconoce forma alguna de enfermedad mental cuando el acusado es capaz de distinguir entre el bien y el mal: legalmente y no moralmente. Con gran contrariedad de los siquiatras y juristas liberales, esta ley prevalece en los Tribunales de la comunidad Británica de naciones y en Estados Unidos, en todos los Estados, además del distrito de Columbia (excepto una media docena de ellos

donde rige la regla mas indulgente, si bien para algunos poco práctica, de Durham, según la cual un acusado no es criminalmente responsable de su acto contra la ley, si es producto de enfermedad o defecto Mental). [21]

[21] Truman Capote: A sangre Fría. Pag. 409.

El Punto de Vista Predominante

El punto de vista epistemológico tiene una tendencia expansiva que en nuestro días conduce al punto de vista racional francamente dirigido hacia el objeto.

Las grandes tendencias culturales oscilan entre el racionalismo y el romanticismo, que no solamente es una clasificación literaria, sino que abarca grandes ramas culturales y extensos periodos históricos, principalmente en las ramas de la moral y el derecho.

Podemos señalar, por ejemplo como románticas, loa escuela histórica del derecho y la praxis jurídica del Common law, y como típicamente racionalistas todas las versiones del positivismo formalista e incluso algunas tesis realistas.

Todas las tesis orientadas valorativamente hacen entrar al sentimiento de alguna forma en la comprensión del fenómeno jurídico.

Hay no obstante un principio de acuerdo en que la persuasión juega un importante papel en el desarrollo del derecho y ante dicho fenómeno las reglas de la lógica resultan insuficientes. Es necesario recurrir a los principios de l retórica para entender ciertos fenómenos como la fuerza de convicción de la sentencia y comprender a la misma dentro del entorno social que la rodea y su proyección futura.

La construcción del intelectualismo, sea que remitiera a la razón analítica, sea que remitiera a la experiencia sensible el fundamento del acto intelectivo, no podía por menos que aparecer como una cruda falsificación a quien sabía todo lo que hay de emocional en la aprehensión intuitiva de esa experiencia. No e s otra cosa que este contacto emocional, al que por su historia jurídica se había atenido, lo que permitió a Inglaterra reeditar, en el mundo moderno, la hazaña de Roma como creadora de un sistema vernáculo. Y el historicismo, con su entraña romántica, se mueve con una gnoseología del sentimiento." Carlos Cossio. Teoría de la Verdad Jurídica. Pag. 30.

"Por esto debemos ahora reiterar lo que dijimos al tratar de la comprensión jurídica en el sentido de que es un acto de conocimiento que no es de tipo

puramente intelectual sino fundamentalmente emocional. A este respecto, creemos aplicables al ámbito jurídico muchas de las magistrales enseñanzas de Max Scheller, que veía en los valores esencias materiales irracionales, captables directamente por medio de una intuición de índole emocional. En esta forma incardinamos al saber de los juristas aquello que Pascal atinadamente calificaba de "ordre du coeur o logique du coeur", lo que no debe entenderse en el sentido de que se trata de un modo de conocer contrario del racional, sino sencillamente distinto o paralelo con relación a éste.

Esto de que en el carácter emocional de intuición axiológica no debe verse una modalidad del saber que sea contraria a la raisson rassonnante, sino simplemente distinta de la misma es muy importante para nosotros porque nos permite dar cuenta de cómo en la comprensión jurídica pueden conjugarse, sin chocar entre sí, los ingredientes axiológicos emocionales con los ingredientes dogmáticos que la encauzan y estructuran conceptualmente, esto es, lógicamente, racionalmente. Por eso dijimos, al tratar de la comprensión jurídica, que ofrecía la particularidad de no ser puramente emocional sino conceptualmente emocional, ya que tiene que discurrir por el canal de ciertos conceptos, figuras y tipos que aparecen como dogmáticamente suministrados al intérprete con el fin de racionalizar su actividad. [22]

El proceso y la sentencia tienen desde luego una marcada importancia dentro de un panorama mucho mas amplio que determina la hegemonía de un tipo particular y la característica epistemológica de una época.

Cobra así sentido la preocupación de muchos procesalistas, que enfrentados a cambios de importancia en las normas procesales, se preocupan grandemente por la expresión de sentimientos en juicio, tratando de prevenir la "teatralidad".

Consideradas aisladamente estas pretensiones son indudablemente carentes de sentido, en cambio consideradas en su conjunto tienen por lo menos sentido, ya que el cambio de posición epistemológica marca severamente la época en que tiene lugar y cabe esperar grandes conflictos y transformaciones sociales a nivel global.

[22] Aftalión. Miserias y Grandeza del Derecho, in Introducción al Derecho. Pag. 501.

No en todos los países, el punto de vista dominante es el mismo.

Se suele opinar que Japón y Alemania, tienen una preferencia por los enfoques idealistas - introvertidos cuyos enfoques muy corrientemente difieren del razonamiento legal convencional.

-"No es sorprendente ver entre los Alemanes, cuyo carácter, como el Japonés tiene una notable tendencia hacia el etnotipo introvertido, muchas personas que han abandonado sus estudios de derecho a mitad de camino, a fin de ir y buscar su vocación en otro campo. Radbruch da varios ejemplos de esto, entre los cuales Schiller, Schumann y Heine son tres de los mejor conocidos (Radbruch, G, Einfuhrung in die Rechtswissenschaft, 9ªed. E. Zweigert (Stutgart; K:F: Koehler Verlag, 1º952), p. 250 " [23]

[23] Noda, Yosiyuki. Una introducción al Derecho Japonés. Pag. 168.

Intuición

En un pequeño y admirable libro, titulado ¿Adonde va la ciencia? Max Planck, el científico que con la teoría de los Quanta dio inicio a una nueva física, pone de relieve la importancia de la intuición intelectual, no solo en cuanto a los principios fundamentales sino también en el plano de la investigación experimental, mostrando como el investigador auténtico sabe "con los ojos del espíritu", penetrar en los mas delicados procesos que se desarrollan delante suyo, construyendo intuitivamente e todo un mundo de hipótesis destinado a ser verificado según mediciones experimentales.

En el prefacio de la mencionada obra, Albert Eistein escribe lo siguiente: "*así, el trabajo supremo del físico es el descubrimiento de las leyes elementales mas generales, a partir de las cuales puede ser deducida lógicamente la imagen del mundo. Sin embargo, no existe un camino lógico para el descubrimiento de esas leyes elementales. existe únicamente la vía de la intuición, ayudada por un sentido para el orden que yace detrás de las apariencias y esta "einfühlung" se desarrolla por la experiencia.*"

Poincaré ya había dicho "por la lógica se demuestra,

Conjuntamente con el pensamiento enjuiciador activo, existe un pensamiento pasivo que tiene la capacidad de sacar sus propias conclusiones e informarlas.

Este proceso se realiza sin ninguna intervención del sujeto consciente, que aún puede ignorar que existe, en determinado momento una ocurrencia sorpresiva o mas frecuentemente un sueño informa de las conclusiones a la conciencia.

La particularidad de la intuición es que maneja un volumen de información mucho mayor que la conciencia. Esta está limitada por el relativamente reducido campo de la atención mientras que la intuición por operar desde el propio inconciente tiene a su alcance todas las percepciones.

La intuición tiene además la característica de penetrar de alguna forma al contenido del objeto, de forma tal de prever su conducta futura de forma bastante precisa.

El pensamiento intuitivo es un pensamiento pasivo, es decir que se ejerce fuera del control consciente y va madurando de acuerdo a la vida del propio sujeto cognoscente.

Esto lo sabe cualquier estudiante que debe preparar una materia, no alcanza con obtener la información en forma apresurada, sino que es necesario que esas ideas (que son conscientes) alcancen una cierta evolución interior.

Conocemos el pensamiento intuitivo como pensamiento pasivo o no enjuiciador, porque además de lo expuesto, su génesis difiere del enfoque de las reglas de la lógica formal.

El pensamiento intuitivo se organiza en base a modelos primarios y típicos de conducta, el que en el lenguaje sicoanálitico se han dado en llamar arquetipos.

"La intuición no busca lo general sino que por el contrario es la simpatía por la cual uno se transporta al interior de un objeto para coincidir con lo que tiene de único, y por consiguiente, de inexpresable.

Contrariando falsas interpretaciones Bergson aclara que la intuición no es un instinto, ni un sentimiento, sino un acto de reflexión, una forma de pensamiento, si bien no conceptual. Es una facultad que tienen todos los hombres, si bien está generalmente recubierta por otras funciones. Para intuir hay que liberar al espíritu del espacio (que es la condición de la inteligencia para dominar la materia) y, por el contrario, permanecer en el tiempo: "pensar intuitivamente es pensar en duración".

La intuición es, pues, originariamente la visión directa del espíritu por el espíritu en que se capta el flujo de la vida interior. La intuición significa aquí conciencia inmediata, coincidencia del sujeto y del objeto. Pero Bergson cree que la intuición puede aplicarse también a otros objetos. Ante todo para constatar que hay un inconciente psicológico, que toca el borde de lo consciente, dándose y sustrayéndose en rápida alternativa de luz y de oscuridad.

La simpatía y la antipatía irreflexiva, con frecuencia adivinadoras de los estados ajenos, demuestra que es posible una interpenetración de las diversas conciencias." Llambías de Acevedo. Manual de Metafísica. Pag. 162.

Desarrollo y Represión de la Intuición

Existe en la cultura actual, principalmente en el área latinoamericana, una fuerte tendencia a reprimir la intuición, desde el nivel de formación familiar, y principalmente en el sistema educativo.

Ya habíamos expresado que el punto de vista predominante en epistemología ejerce una fuerte presión hegemónica que dificulta el desarrollo de las funciones no comprendidas.

Esto es fácil de demostrar: en materia de interpretación de sueños el estudiante que concluye un bachillerato carece de mínima información, mientras que es muy corriente para los autores de la Biblia y aún en las civilizaciones mas primitivas .[24]

Mientras la educación convencional desarrolla en f forma poderosa los mecanismos racionales inductivo-deductivos, el funcionamiento de la intuición apenas si es atendida.

La enseñanza memorística y autoritaria es una de las formas mas poderosas para reprimir la intuición, que requiere que el interés y la curiosidad de la persona precedan el conocimiento para que recién después pueda entrarse en los niveles de experimentación y análisis.

A nivel superior, se ayuda muy poco, explicando como funciona en casos prácticos la intuición, ya que para una persona orientada hacia el exterior y fuertemente racional, cualquier explicación de este tipo será absolutamente incomprensible.

Puede en este sentido, como un ejemplo el lector intentar comprender el capítulo sobre Intuición Esencial e Intuición individual de Husserl (Husserl - Centro Editor de América Latina - Buenos Aires 1967, pags. 57 a 61).

En realidad, a diferencia del pensamiento activo, el pensamiento pasivo solo puede desarrollarse, mediante un intenso ejercicio intelectual que abarque toda la personalidad, tales como el sicoanálisis en los tiempos modernos, y también (desde muy antiguo) la introspección.

Un uso práctico (e inteligible) de la intuición lo expresa Bertrand Russell:

[24] En Uruguay, esto parece estar cambiando a partir de los años 90 o 92. A partir de allí, los estudiantes que ingresan a Facultad han demostrado conocimientos mínimos sobre este tema, que no lo tenían los estudiantes de generaciones anteriores.

"Yo creo que un pensamiento consciente puede penetrar en lo inconciente si el esfuerzo es intenso y vigoroso. La mayor parte de lo inconciente está formada de lo que fueron en otro tiempo pensamiento conscientes emotivos hoy ocultos.

Es posible seguir el proceso de esta ocultación deliberadamente, y en este aspecto puede sernos muy útil lo inconciente.

Yo he notado, por ejemplo, que si he de escribir sobre un asunto difícil, no hay mejor plan que pensar en ello intensamente, con la mayor intensidad de que soy capaz, durante algunas horas diarias, y luego dar órdenes, por decirlo así, de que el trabajó continúe subrepticiamente. Después de algunos meses vuelvo a mi asunto y encuentro que el trabajo está hecho. Antes de descubrir esta técnica solía perder los meses intermedios preocupándome porque no hacía progreso alguno. No encontraba por ello con mas prontitud la solución y perdía meses que ahora puedo dedicar a otras cosas." Bertrand Russell. Hacia la conquista de la felicidad. Espasa Calpe S. A. - Madrid - 1978. Pag. 83.

De la misma forma la exigencia de productividad exagerada en las funciones judicial y docente actúa como una poderosa represión a los mecanismos intuitivos que requieren tiempo de maduración y reflexión.

En una sociedad muy competitiva, cobra vigencia un antiguo acerto, de que no es la pobreza lo que hace a la gente inferior, sino el enorme y mecánico esfuerzo que hacen todos, todos los días para ser un poco mas ricos.

Tocqueville decía, en una afirmación que puede parecer algo exagerada en nuestros días, que los juristas son la aristocracia de la democracia. Pound, insiste algo en esta idea, cuando habla del jurista como ingeniero social, si bien el modelo de ingeniería social, es relativamente mas modesto que el Tocquevilliano.

Obviamente, que estas afirmaciones no son aplicables a Latinoamérica, donde el conceptualismo jurídico ha pretendido precisamente elaborar una ciencia simplificada del derecho.

Pero en la medida que la óptica conceptualista tenga posibilidades de ser superada y esta es una exigencia ineludible de paz social en el momento que vivimos, se deberá tener muy presente, que, posiblemente el centro de interés del conceptualismo por las normas se desplaza al enfoque realista sobre las personas.

Ni bien planteado el problema que precede, se desdibuja un profundo problema educativo, formativo y epistemológico que es necesario resolver, y al cual estas líneas, son solo una aproximación introductoria.

"así pues, el jurista es mucho mas que un técnico. Es necesario que en el jurista el técnico se subordine a un artista, es decir a un verdadero creador de orden social y de justicia, cuya obra supone intuición; y, al mismo tiempo, es

necesario que se convierta en un sabio que constate con rigor y con probidad los datos." [25]

Intuición y el Objeto

Como con todas las funciones sicológicas, la intuición es una forma que adopta la energía síquica, que puede estar orientada hacia el exterior o introvertida hacia el mundo interior del sujeto.

Es conocida la función de la intuición en el sentido de captar la evolución futura del objeto de su interés. De allí que cuando predomina la intuición se elude la situaciones de valores reconocidos universalmente. El intuitivo tiene un fino sentido para las posibilidades cargadas de futuro. A este tipo de situaciones se suele vincular el intuitivo con la fuerza de destino.

"Se comprende que tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista del fomento de la cultura sea este tipo (el intuitivo) de importancia enorme. Cuando es de buena índole, es decir, cuando no es demasiado interesado, puede hacer grandes méritos como iniciador o por lo menos como animador de todo lo incipiente. es el paladín natural de toda minoría prometedora. Desde el momento en que, cuando se atiende menos a las cosas que a las personas, tiene para éstas visión por lo que se refiere a las facultades y méritos, sirve para encaminarlas provechosamente. Nadie como él para animar o entusiasmar por algo nuevo, aunque esté dispuesto a abandonar en la primera ocasión a los mismos a que había animado y entusiasmado. Cuanto mas fuerte es la intuición mas se funde su sujeto con la posibilidad intuida. La vivifica, la expone con evidencia, de modo convincente y cálido, la personifica, por decirlo así. No se trata de una farsa sino de un destino.

Esta disposición tiene sus grandes riesgos, pues el intuitivo fragmenta su vida con excesiva facilidad al ejercer un influjo vivificantes sobre gentes y cosas, difundiendo vida, ubérrimamente en torno suyo, mas vida que no vive él, sino los demás.

Si pudiera demorarse en las cosas, se aprovecharía del fruto de su trabajo, mas ha de correr, presto, tras nuevas posibilidades, abandonando sus campos recién plantados, cuyos frutos cosecharán otros. Al fin sale con las manos vacías." [26]

---

[25] Recassens Siches. Panorama. Cita de Husson. Pag. 872.

[26] JUNG. Tipos Sicológicos. pag. 388.

Cuando la intuición actúa sobre los objetos interiores, en el introvertido, se percibe las realidades interiores con la misma claridad que el intuitivo extrovertido ve el mundo exterior, y actúa con la misma soberana indiferencia de la apariencia del objeto, que en el fondo es la realidad que ve todo el mundo.

Estimuladas las facultades valorativas, es dentro de este tipo de personas que debe buscarse el verdadero genio moral, que puede adelantarse a una época y sus valores vigente, en el sentido de señalar nuevos valores, normas y conductas para la humanidad.

A este tipo pertenecieron los profetas de Israel y en la filosofía moderna son ejemplos notorios Niestche y la escuela fenomenológica principalmente (Husserl).

Sería un error pensar, que la captación del objeto (exterior o interior) por el intuitivo es completa y perfecta. Como ya expresamos, precisamente gran parte de su captación de la esencia misma de las posibilidades futuras del objeto, dependencia de su conocida tendencia a ignorar su apariencia manifiesta que en definitiva, es lo que todo el mundo vé con claridad.

Algunas Conclusiones

Las conclusiones de la intuición deben, desde luego, ser verificadas por el análisis racional corriente.

No obstante, es muy importante, saber que existe y atender a sus posibilidades.

Tanto en la enseñanza como en la practica judicial, la intuición tiene solo un modesto lugar en el conjunto general.

Hasta hace pocos años, con el proceso civil y penal escritos y secretos, se daba la paradoja, que el Juez dictaba sentencia sin haber visto nunca a las partes ni a los testigos.

Esto hoy en día está cambiando progresivamente, pero queda la duda como durante mas de 150 años se mantuvo un sistema que evidentemente establecía un exceso epistemológico de conceptualismo racionalista.

Finalmente, cabe señalar que en el programa de Jerome Frank [27] para mejora en el nivel técnico de la magistratura, se recomienda una intensa autoexploración sicológica para los candidatos a magistrados.

[27] Jerome Frank es un realista norteamericano de la primera época. Colaboró con el Presidente Roosvelt en la época del New Deal, y ejerció durante mucho tiempo el cargo de Ministro de un Tribunal de Apelaciones de Nueva York.

La Percepción

Para Locke y Hüme, el espíritu era como una cera pasiva, en cuyo entorno se graban los datos de la experiencia que provienen principalmente de sensaciones y percepciones.

El conocimiento ordenado del mundo exterior proviene de la capacidad del sujeto de clasificar y analizar el tumulto de percepciones que el mundo exterior entrega al sujeto.

Obviamente la función perceptiva está íntimamente vinculada al objeto cuyos atributos informa.

Pero también es evidente la participación del sujeto en diferentes grados.

En primer lugar el sujeto participa de la percepción en la medida que la hace consciente. La conciencia solo puede disponer de un pequeño porcentaje del volumen de percepciones que llega al sujeto a través de los umbrales de la atención.

Quien realiza una camina por una vía muy transitada, sin ninguna duda verá a un gran número de personas pero solamente podrá reparar conscientemente ente en un pequeño número de ellas. Las restantes percepciones seguramente quedaron retenidas en el inconciente.

En segundo lugar, la percepción de alguna forma es sometida a modelos interpretativos (teorías e ideologías) que la deforman.

Como vimos anteriormente el sentimiento y la intuición deforman la percepción, en el sentido que el sujeto tiende a ignorar la información que contraría a la función predominante.

Si hacemos una comparación con la ciencia de la computación vemos que los estímulos son formas de entradas de datos y su significado depende del modo en que el receptor codifique dicha entrada, de donde se coloca en almacenamiento y de cómo se le incorpora luego a otras entradas codificadas.

El sujeto determina hasta cierto punto lo que percibe y el grado en que se percibe.

Dicho en otras palabras, la conciencia maneja un reducido porcentaje de los estímulos que recibe el sujeto. La inmensa mayoría de éstos queda en el

inconciente y quedan solamente al alcance de la intuición que parece como ya se vio utilizarlos de alguna forma e informar de sus conclusiones a la conciencia.

La escuela estructuralista de sicología o "Guestalt", hizo un importante aporte a la teoría de la percepción.

Se vio además que la información que llega por los sentidos no es una información lineal de datos sumados, sino que por el contrario la tendencia es a percibir estructuras complejas que entran en bloques.

"Sería profundamente erróneo creer que ese proceso de tránsito de las sensaciones relativamente sencillas a las complejas percepciones constituye un mero proceso de agregación de sensaciones aisladas o, como solías decir los sicólogos el resultado de simples "asociaciones" de rasgos sueltos.

En realidad, el proceso perceptivo (o reflejo de objetos o situaciones completas) es mucho mas complicado.

Requiere destacar del conjunto de los rasgos influyentes (color, forma, propiedades táctiles, peso, gusto, etc.) los indicios rectores fundamentales, haciendo abstracción a la vez (prescindiendo) de los rasgos insustanciales.
Requiere la unificación de los grupos de indicios esenciales y básicos y la confrontación del conjunto de rasgos percibido con los conocimientos anteriores acerca del objeto. Si en el proceso de la misma, la hipótesis del objeto en cuestión coincide con la información recibida, surge el reconocimiento del objeto, y así culmina el proceso de percepción del mismo; si como resultado del cotejo no se produce la concordancia de la hipótesis con la información que realmente llega al sujeto, continúa la búsqueda de la solución adecuada hasta que el sujeto no logra ésta, dicho en otros términos, hasta que el no reconoce el objeto y lo cataloga en determinada categoría." [28]

Un importante aporte a la teoría de la percepción fue efectuado por la escuela estructuralista o "guestática" de psicología.

El contenido de la percepción entra a la psique como una estructura compleja, diferente a los datos que la componen.

Es decir que si dibujamos una estrella con seis palitos, las personas percibirán el símbolo de la estrella, no los seis palitos.

[28] A.R. Luria. Sensación y Percepción - Ed. Fontanella - Barcelona - 1981 - Pag. 59.

Pero no solamente esto, sino que en estructuras complejas y vitales, como en la percepción de otro ser humano, el objeto percibido es representado a través de un nuómeno que posee la misma vitalidad y caracteres del objeto real.

Dicho en otras palabras el objeto percibido vive a su modo dentro del sujeto percibiente, sea en forma inconciente, lo que sucede en la mayoría de los casos y conscientemente a veces, de esta forma trabaja desde el mundo interior y puede sentirse como una fuerza que atenaza desde adentro.

Los juristas deben trabajar con éstos conceptos en forma práctica tica cuando se encuentran con procesos como el de olvido activo, es decir una persona que vive una experiencia traumática como por ejemplo la víctima de una violación puede olvidar totalmente la persona del autor de la misma, en base a un importante esfuerzo de su conciencia y con gran consumo de energía.

Estas situaciones son superadas con sicoterapia o hipnosis, y suele plantearse a veces dudas sobre el valor de un testimonio dado en estas condiciones.

En realidad es válido, porque una vez que la persona superó en condiciones normales el problema, el recuerdo adquiere la misma vitalidad y precisión como si no hubiese existido la amnesia.

En un orden mas general de cosas, Freud ya había observado la importancia de las imágenes parentales interiorizadas desde la primera infancia dentro del concepto de super-yo: "El super-yo ha nacido de una identificación con el modelo paterno." afirma. [29]

El concepto evoluciona hasta el punto de hacer decir a algunos sicólogos actuales como Eric Berne, que el super-yo tiene número de teléfono. Se quiere indicar con ello, que estando lo padres vivos, la autorepresión y los trastornos que una inadecuada formación pueden traer proviene directamente de las imágenes interiorizadas reales, que muchas veces saltean las apariencias sociales. Esta representación vital, no desaparece con la muerte física del objeto real, sino que a veces incluso se acentúa. (Desde luego que entonces no tiene teléfono).

La persona es además generadora de situaciones en donde su personalidad de extiende y se interioriza en otras, normalmente sus hijos. En menor grado también sus subordinados y alumnos.

---

[29] Sigmundo Freud, El Yo y el Ello , Obras completas - T. VII pag. 2725.

Cuando un alumno, por ejemplo, escucha clase, no solamente se está informando de una serie de ideas y conceptos, sino que está interiorizando en forma real la figura de su profesor o profesora.

"Si no lográramos mantener viva una visión de la vida madura, entonces indudablemente nos veríamos frente a la probabilidad de que nuestra tradición cultural se derrumbe. Esa tradición no se basa fundamentalmente en la transmisión de cierto tipo de conocimiento, sino en la de ciertas clases de rasgos humanos. Si la generación siguiente deja de ver esos rasgos, se derrumbará una cultura de cinco mil años, aunque su conocimiento se trasmita y se siga desarrollando." [30]

A este tipo de transmisión espiritual se refieren las referencias que hacen los autores realistas a la conciencia jurídica popular (historicistas, Durkheim) y mas precisamente aun autores también realistas como Duguit que se refiere directamente a la "masa de los espíritus" y John Chipman Gray a los espíritus normadores de la comunidad.

En General todas las concepciones realistas pueden distinguir al lado de los normadores estatales, una especie de super-yo colectivo con ideas muy precisas acerca de los valores admitidos y de los caminos normativos de acceso a los mismos.

Bibliografía

📖 & Aftalión, Enrique R. "Tendencias contemporáneas en los sistemas jurídicos latinoamericano y norteamericano", enero: Jurisprudencia Argentina, (1956).

📖 & Aftalión,Enrique R. "Miserias y Grandeza del Derecho." In: "Introducción al Derecho", Buenos Aires, (1990),

📖 & Bobbio, Norberto "Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política" Editorial Taurus (1995).

📖 & Cohen, Félix "El Método Funcional en el Derecho" Buenos Aires, Abeledo Perrot (1962).

📖 & Cossio, Carlos "Teoría de la Verdad Jurídica" Buenos Aires, Editorial Losada S.A. (1954). pp. 1-332.

[30] Erich Fromm - El arte de amar . Paidos Studio - Buenos Aires - 1983.

🕮 & Fromm, Erich "El Arte de Amar" Buenos Aires, Paidós Studio (1983).

🕮 & García Valdecasas, A. and Zaragüeta y Bengoechea, J. "Las Creencias Sociales y el Derecho" Madrid, Real Academia de Ciencias Sociales y Políticas (1955).

🕮 & Gelsi Bidart, Adolfo "Cuestiones de Cultura y Enseñanza" Montevideo, Amalio M. Fernández (1974).

🕮 & Gottheil, Julio "Common Law & Civil Law" Buenos Aires, Abeledo-Perrot (1960).

🕮 & Hall, J "Razón y Realidad en el Derecho" Buenos Aires, Roque Depalma Editor (1959).

🕮 & Hübner Gallo, Jorge I. "Introducción al Derecho" Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile (1976).

🕮 & Jung, Carl G. "Tipos Psicológicos" México, Editora Nacional (1967).

🕮 & Jung, Carl G.; von Franz, M.L.; Henderson, Joseph L.; Jacobi, Jolande and Jaffé, Aniela "El Hombre y sus Símbolos" Barcelona, Luis de Caralt Editor S.A. (1977).

🕮 & Luria, A.R. "Sensación y Percepción" Barcelona, Editorial Fontanella (1981).

🕮 & Moreno, Luis "Presupuestos Filosóficos de la Ciencia Jurídica" Montevideo, Universidad de la República (Uruguay) (1963).

🕮 & Nino, Carlos S. "Introducción al Análisis del Derecho" Buenos Aires, Astrea (1984).

🕮 & Pound, Roscoe "Social Control Through Law" New Haven, Yale University Press (1942).

🕮 & Reale, Miguel "Filosofía do Direito" Belo Horizonte. MG, Saraiva S.A. (1982). Ed. 9

🕮 & Recasens Siches,Luis "Proscripción en el siglo XIX de la Filosofía Jurídica y primeros ensayos para el restablecimiento de ésta." In: "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX", México, Editorial Porrua S.A. (1963), p. 3-10.

🕮 & Recasens Siches,Luis "Filosofía de García Bacca." In: "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX", México, Porrúa (1963), p. 1025-1026.

🕮 & Russel, Bertrand "Hacia la Conquista de la Felicidad" Madrid, Espasa Calpe S.A. (1978).

Capítulo Décimo Segundo
Documentos

Pluralismo Jurídico

Los enfoques pluralistas parten de un enfoque respetuoso y multicultural. Muchas culturas han sufrido dominaciones y humillaciones, a pesar de lo cual siguen existiendo. El idioma muchas veces difiere en forma radical, no se trata de dialectos sino de idiomas muy diferentes.

El caso de los vascos, establecidos sólidamente en los pirineos, son una nación sumergida entre las fronteras políticas de España y Francia.

Con una historia muy rica e interesante, y una cultura social y económica de primer nivel, vasconia tiene hoy un grado de autonomía que satisface a la mayoría de su población, tiene posibilidades de usar ampliamente su propio idioma, y de elegir sus propias autoridades.

Las diferencias culturales e idiomáticas pueden ser graves e importantes. Este es una comunicación de una procesión de Corpus Cristi. ¿Como se sentiría Ud., si tuviera que ser Juzgado en idioma vasco?	
Vasco	Español
Unibertsitateko kaperan, Jasone Agirre eta bere ikasleen eskulanen erakusketa zabalduko da. Erakusketa ekainaren 21a arte egongo da zabalik .	En la capilla de la Universidad, inaguración de la exposición de trabajos manuales de Jasone Agirre y sus alumnos. La exposición permanecerá abierta hasta el día 21.
Arratsaldeko 6.30etan :	
XIV . Literatur lehiaketako sari banaketa, Kultur Etxeko	Entrega de premios del XIV certamen literario.

Apéndices Documentales a Siglo XXI

Carlos Aparicio

Documentos sobre Fuentes del Derecho

Divorcio en la Argentina

El divorcio en la Argentina no concedía capacidad a los cónyuges divorciados de contraer nuevas nupcias. Una multiplicidad de uniones irregulares se habían producido como consecuencia de esta situación, y las encuestas de opinión daban, en la Argentina una mayoría abrumadora de opiniones favorables al cambio de la situación jurídica de los cónyuges divorciados en el sentido de restablecer su aptitud nupcial.-

Una pareja de abogados que vivían en situación de concubinato, con una familia de hecho de varios hijos se presentó solicitando nuevo matrimonio, el cual estaba prohibido por una vieja ley de estado civil (art. 64 ley 2393) en base a que ambos estaban casados y divorciados de anteriores matrimonios. Con dos sentencias adversas, apelan a la Suprema Corte de la Federación Argentina, quien por una mayoría de tres a dos, declara inconstitucionalidad esta norma.

Uno de los votos de la mayoría fundamento su voto de esta forma:

Buenos Aires, noviembre 27 de 1986

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C (rev. La Ley suplemento diario del 20/11/86,p.5), confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado la impugnación por inconstitucionalidad del art. 64 de la ley de matrimonio civil, efectuada por los cónyuges divorciados en el expediente agregado por cuerda. Contra tal decisión se interpuso el recurso extraordinario concedido a fs. 66.

2º) Que el recurrente aduce la inconstitucionalidad del artículo referido y de las normas concordantes con él, en cuanto establecen la indisolubilidad del vínculo matrimonial existente entre las partes, y solicita en consecuencia el restablecimiento de su aptitud nupcial.

3º) que la propuesta es una cuestión justiciable (arts. 100, constitucional Nacional y 2º, ley 27), atento que el recurrente persigue un interés concreto, punto

decisivo para que esta cuestión merezca decisión judicial, a más de lo cual ha tenido debida audiencia el ministerio público.

4º) Que dos son las cuestiones decisivas para resolver esta causa: una es si la de los agravios que el recurrente dirige contra el art. 64 de la ley 2393 a más de estar correctamente enderezados hacia esa norma, están justificados en cuanto pretenden que se hallan violados en el caso derechos de naturaleza constitucional; la otra es si temas que secularmente se ha admitido como propios de la esfera de atribuciones del legislador, pueden convertirse en cuestiones que por afectar derechos superiores de índole constitucional, se hallen sujetos al control judicial de constitucional.

5º) Que el recurrente orienta sus agravios contra el art. 64 de la ley de matrimonio civil, lo que impone determinar si tal orientación es adecuada. Las disposiciones de aquel artículo fueron contradichas por diversos pasajes del art. 31 de la ley 14394. En ocasión del dictado ésta el Congreso Nacional expresó claramente su voluntad en el sentido de que los cónyuges pudieran recuperar su aptitud nupcial como una consecuencia de que se hubiese decretado su divorcio. Posteriormente, por orden de un gobierno de facto, instrumentado como dec. ley 4070/56, se suspendió la aplicación de aquella decisión del Congreso nacional, mandándose paralizar los procedimientos judiciales y trámite y disponiéndose que no se diera curso a nuevas peticiones con miras a la recuperación de la aptitud nupcial de los divorciados. Este "decreto ley" fue alcanzado por la declaración emitida por el congreso nacional, a través de la ley 14467, por la que aquellos continuaban en vigencia, en tanto el mismo Congreso no los derogase, en previsión, como expresó el miembro informante de la Comisión de Negocios constitucionales de la Cámara de Diputados (Diario de Sesiones, 1958, ps. 2893 y ss) de la inseguridad jurídica. Tales leyes declarativas no pueden borrar el carácter de espurias al orden constitucional propios de tales disposiciones. No obstante ella, la elaboración doctrinaria y la consagración jurisprudencial de un criterio accesible a la justificación del poder por su función, con miras garantir la seguridad jurídica, condujo a que esas normas coercitivas, extrañas al sistema establecido en la Constitución Nacional, funcionaran como si fueran derecho, en todos los ámbitos de la legislación, incluso en materia tributaria y penal.

6º) Que así ocurrió en la parte del derecho civil que interesa al caso, donde sin escándalo de nadie se hizo general aplicación del art. 64 de la ley 2393, del mismo modo que hace el a-quo.

No está entonces extraviado el recurrente al enderezar su pretensión como lo hace. Reacciona contra la norma que al serle aplicada constriñe el derecho que pretende. En lo concreto, tanto el art. 64 mentado, como el plexo de disposiciones del Dec. ley 4070/56 concluyen con un mismo resultado: negar que los divorciados puedan recuperar su aptitud nupcial, lo que se conjuga con el señalado acatamiento general que se hace del primero. No cabe pues exigir a un justiciable indagaciones que son propias de los jueces, por lo que es admisible que se acepte en el caso que es la aplicación efectuada del art. 64 de la ley 2393 y disposiciones concordantes la que obsta al progreso en la causa de las pretensiones del recurrente, máxime si se tiene en cuenta que las consideraciones que seguirán no variarán si se tuviese en vista el régimen instaurado como consecuencia del llamado "dec. ley 4070/56".

7º) Que en relación a la pregunta sobre si el régimen del art. 64 de la ley 2393 afecta derechos constitucionales, la respuesta debe ser afirmativa.

Nuestra constitución Nacional no enumera la totalidad de los derechos que ampara: coherentemente su art. 33 expresa: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo de la forma republicana de Gobierno". Entre los derechos así amparados se halla, evidentemente, el derecho a la dignidad humana.

8º) Que hace a esta dignidad que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley las reconozca, en tanto su satisfacción no viole los límites del art. 19 de la Constitución Nacional, es decir no ofendan el orden y a la moral pública, ni perjudique a un tercero, de modo tal que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana.

9º) Que en el matrimonio, como institución jurídica, se reconocen necesidades humanas esenciales, como la de satisfacer su sexualidad a través de una relación con características de permanencia: con miras a la constitución de una familia y regularmente, a la procreación. Esta disposición a constituir una familia se halla ínsita en la naturaleza humana; las formas que esta institución ha

adoptado son las más variadas, como nos lo enseñan la antropología y la historia, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones>; pero cualquiera sena las hipótesis sobre su evolución y la influencia de las condiciones del desarrollo económico, político y religioso sobre su funcionamiento social, ella constituye el nudo primario de la vida social. Gozan tanto el matrimonio como la familia de un reconocimiento constitucional expreso (arts. 14 nuevo y 20, interpretando a "potiori", Constitución Nacional).

10º) Que en el "sub-examine", tras seguir los pasos que establecen las normas de los derechos de fondo y de forma, se llegó a decretar el divorcio de los cónyuges, esto es, la sanción judicial que reconoce la inviabilidad del matrimonio. No parece entonces irrazonable la pretensión del recurrente de que, admitido el fracaso matrimonial por la justicia, la satisfacción de aquellas necesidades mentadas, que la Constitución nacional reconoce y ampara, no se le nieguen ahora como no sea al margen de las instituciones jurídicas del matrimonio y de la familia. Caso contrario los vínculos afectivos que en el futuro deseen anudar en tal sentido deberán soportar la marca de aquello que la ley no reconoce, la que afectaría también a su descendencia procreada en tales condiciones.

11º) Que esta aseveración es sostenible al margen de que otros hombres y en otras épocas hayan estatuido el régimen legal en cuestión y que el mismo puede entonces haber sido un criterio legislativo adecuado, más allá de su carácter opinable.

No incumbe a estar Corte emitir juicios históricos, ni declaraciones con pretensión de perennidad. Sólo debe proveer justicia en los casos concretos que se someten a su conocimiento, lo que exige conjugar los principios normativos con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia (fallos, t. 302, p. 1611, Rev. La ley, T. 1981-C,p.68). Carece de sentido, para resolver la causa, preguntarse por las razones que animan debates seculares que sería de una presunción imprudente pretender zanjar aquí.

12º) Que es también atendible desde el punto de vista constitucional el argumento referente a que, en caso de mantenerse la indisolubilidad del vínculo matrimonial, el derecho de casarse se agotaría normalmente con un solo ejercicio. La posibilidad de segundas nupcias sólo existe en la legislación actual en caso de

viudez, lo que resulta inadmisible si se atiende a las conclusiones a que se ha arribado, que permiten sostener que la indisolubilidad del vínculo matrimonial en vida de los esposos afecta derechos esenciales del ser humano. Esto porque sólo a través de una relación conyugal armoniosa pueden articularse las restantes relaciones de familia por ser como es la unión de los cónyuges el origen y la base de aquella. Y si se tiene en cuenta que como se señaló, la familia goza de protección constitucional (art. 14 nuevo, Constitución Nacional) cabe concluir que así se conjugan armoniosamente hechos propios de la esfera de la intimidad de las personas (protegidos por el art. 19 Constitución nacional) con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad toda (obvio objeto de protección del orden normativo). Grave agravio es para la buena organización de la sociedad obligarla a contener en su seno células de resentimiento y fracaso, sentimientos negativos que a más de malograr a los individuos que conforman el núcleo conyugal, se extienden como consecuencia inevitable a sus hijos. Se conjugarían así una desdicha individual con otra de innegable alcance social.

13º) Que lo señalado, a más de disvalioso contraría el principio de igualdad ante la ley establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Es del espíritu de ella y de las leyes dictadas en su ejercicio, así como sentimiento general de la comunidad, la atención y cura de los enfermos, la rehabilitación de los discapacitados, la reinserción en el cuerpo social de quienes han delinquido; en otros términos, el brindar aún a quienes son víctimas de sus propios desaciertos, la posibilidad de recomponer su existencia. Ofende a aquel principio de igualdad que no se reconozca a los divorciados esa posibilidad.-

14º) Que la corrección de tal ofensa al principio de igualdad en modo alguno lleva a la equiparación del concubinato con el matrimonio. El primero supone una unión caracterizada por una voluntad de permanencia, pero realizada al margen de la regulación legal del matrimonio. Lo que así es dable afirmar es que la recuperación de la aptitud nupcial por los divorciados no les dejará como única posibilidad, en caso de establecer una tal vinculación afectiva con posibilidad de permanencia, la de hacerlo por la vía del concubinato. Es decir que cesará el sin sentido de que la ley en vez de convertirse en el cauce regular de los impulsos humanos, obligue a un grupo de personas a no poder desarrollarlos sino al margen de ella, caso que entra acabadamente en el supuesto típico de violación del principio de igualdad tal como de larga data lo caracterizó esta Corte (confr. Fallos, t. 182, p. 355: t. 234, p.655; t.249,p.596; t. 254 p. 204; t. 299, ps. 146, 181; t.

302, ps. 192,457-rep. La Ley t. XXII,p.570, sum5; T. XXIII p. 696, sum 1; Rev. La ley, t. 1978-c.p. 168; rep. la ley, t XLI, a-1, p. 1601, sums 3 y 1; Rev. La Ley t 1980 CP 506, entre otros).

15º) Que en relación al segundo interrogante planteado en el consid.4º esta Corte ha afirmado que la misión mas delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, y ha reconocido el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido de poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público (causa R. 401 XX. "Rolón Zappa,Víctor F2, del 30 de setiembre de 1986, rev. La Ley, suplemento diario del 20/10/1986, p.6). Pero esa afirmación no puede interpretarse como que tales facultades puedan ejercerse desconociendo derechos constitucionales, pues en nuestro ordenamiento jurídico la voluntad del constituyente prima sobre la del legislador (art. 31, Constitución Nacional), por lo que atenta las facultades de control de constitucionalidad de las leyes confiado por la Constitución nacional al Poder Judicial, corresponde que éste intervenga cuando tales derechos se desconozcan.

16ª) Que el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sino que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera (fallos, t.211, p. 162, rev. La Ley, t. 51, p.255). Esta regla de hermenéutica no implica destruir las bases del orden interno preestablecido sino defender la constitución Nacional en el plano superior de su perdurabilidad y la de la nación misma para cuyo gobierno pacífico ha sido instituido (fallo citado), puesto que su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (fallos, t. 178, p. 9, rev. la ley t. 6, p.989).

Esta Corte que no rechazo el desconocimiento de los derechos electorales de la mujer ¿mantendría esa postura si todavía hoy el legislador no los hubiera reconocido? Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen; los tormentos y azotes que

proscribió la Constitución de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores, y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente no por uno sino por muchísimos siglos.

Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo.

17º) Que así esta Corte admitió reiteradamente la creación legislativa de cuerpos administrativos con facultades jurisdiccionales (confr. la larga lista de casos contenidos en fallos, t. 247, p.646, cons. 11, rev. la ley, t. 100, p.63), pero señaló que ningún objetivo político, económico o social tenido en la vista por el Poder Legislativo, cualquiera sea su mérito alcanzaría a justificar la transgresión de principios constitucionales (fallos, t.247, p.646 citado).

18º) Que es sin embargo en la esfera patrimonial donde encontramos el más acabado ejemplo de cómo una materia reconocida como propia de la esfera del legislador se tornó por la fuerza de los hechos y de la falta de una adecuada transformación legislativa en objeto de decisión jurisdiccional de modo que esta Corte debió reconocer que estaban siendo afectados derechos constitucionales:
Este caso es el de la admisión del ajuste por depreciación monetaria. Esta Corte, en prolongado lapso, rechazó pretensiones de actualización de créditos, pues entendió que aún cuando el valor de la moneda se establece en función de las condiciones generales de la economía, la fijación del mismo estaba reservada al Estado Nacional por disposiciones constitucionales expresas y claras, por lo que no cabría pronunciamiento judicial ni decisión de otra autoridad, ni convención de particulares que tendiere a la determinación de aquel (fallos, t. 225, p. 135; t.226, p.261, Rev. la ley, t.70, p.399; t 71, p. 759); agregó a estos argumentos otros referentes al valor de la litis contestación (fallos, t. 237, p. 865; t. 241, p.73 - Rev. La Ley, t.89, p.394; t.92, p.85; t. 242, p.35; t. 262, p. 281) y sostuvo que en modo alguno cabría sobrepasar en la condena el monto inicialmente demandado (fallos, t.224,p.106; t. 241, ps.22,185;t.242,p.264, Rep. La Ley, t XIX.p.547m,sum125;p.540,sum 128; rev. La Ley, t.93, p.706) aun en los casos de responsabilidad aquiliana en los que, hasta aquel máximo se atendía a la depreciación monetaria (fallos t.249,p.320; t.255,p.317; t.258, p.94; t.261,p.426, rev. la Ley t. 108, p.486; t. 112 p.360; rep. La Ley t. xxV, p.441, sum 378; t. XXVI p.445, sum.569).

Sin embargo posteriormente cambió su criterio pues entendió que la cuestión habría alcanzado a afectar disposiciones de la Constitución Nacional que le imponían atender el imperativo de afianzar la Justicia (Fallos, t. 298,p.466; t.300,p.655; t.301, p.319, Rev. La Ley T XLI, AI,p.1179, sum 365; rev. La Ley, t.1979B,441), que se hallaban afectados el derecho de propiedad (fallos T 298, p.466; t.300, p.655; t.301,p.759, REV: la Ley, T.1980-B, p.699) la exigencia de una indemnización justa en las expropiaciones (fallos t.268,p.112; t.300, p. 1059, rev. La Ley, t. 127, p.164) el derecho a una retribución justa (fallos t.301, p.319), etcétera.

19º) Que un protagonista de esa transición el Juez de esta Corte José F. Bidau, cuya postura es de especial interés por cuanto suscribió muchas de las sentencias anteriores al cambio de criterio referido y posteriormente adhirió a su modificación, expuso razones en fallos, t. 268, p. 112 que es oportuno reiterar en esta ocasión. Dijo allí que la persistencia de la anterior doctrina, pese a la evidente transformación de la realidad, se basaba en la esperanza de que se detuviera el proceso inflatorio y de que el legislador contemplara su repercusión jurídica. Agregó a continuación "....vista la persistencia de ese fenómeno y los extremos que alcanza al presente, no es posible mantener principios jurídicos que se han convertido en ficticios". Que en consecuencia, no resulta admisible que los jueces adviertan con claridad las transformaciones operadas en cuestiones patrimoniales, y que puedan escapar a su percepción cuestiones como las ventiladas en esta causa directamente relacionadas con la condición y naturaleza humana, el desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano.-

20º) Que todo lo antedicho conduce a que lo dispuesto en el art. 64 de la ley 2393 y todas aquellas normas que resultan concordantes con ese texto legal en cuanto privan a los divorciados de la posibilidad de recuperar la aptitud nupcial deban ser declarados inconstitucionales.

Por ellos, habiendo dictaminado el Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada de manera que el expediente deberá volver a fin e que por quien corresponda se dicte una nueva como consecuencia de lo aquí declarado, restableciendo en consecuencia la aptitud nupcial de las partes al quedar disuelto su vínculo matrimonial.-

Carlos S. Fayt.-

La Costumbre como Fuente Derecho

COLOMBIA: Jurisdicción indígena – La sanción corporal dentro de la tradición indígena

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA Nº T-523/97

Actor: Francisco Gembuel Pechene

Demandado: Luis Alberto Passu, Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscue, Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca.

Magistrado ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Cuarta de Revisi ón de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los magistrados José Gregorio Hernandez Galindo,

Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Diaz - este último en calidad de ponente-,

EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

procede a dictar sentencia en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Santander de Quilichao (Cauca), el cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997), que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao, de enero ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

El indígena Francisco Gembuel Pechene impuso acción de tutela contra el Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, por violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso. Solicitó a través de este mecanismo judicial, que el informe final de la investigación realizada por las autoridades indígenas del Norte del Cauca, en relación con la muerte de Marden Arnulfo Betancour, no fuera presentado a la comunidad Páez.

1. Hechos.

El 19 de agosto de 1996 fue asesinado Marden Arnulfo Betancour, quien se desempeñaba como Alcalde Municipal de Jambaló.

Dos días después, los Gobernadores de los cabildos indígenas de la zona Norte del Cauca acordaron asumir la responsabilidad de "investigar y sancionar a los responsables de este asesinato" (fl.56). El primer paso fue ordenar la aprensi ón de Francisco Gembuel y cinco personas mas, a quienes se les acusaba de haber propiciado la muerte del Alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, y por haber sostenido públicamente que Marden Betancour estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos públicos. En esa misma fecha se acordó que, una vez capturados, serían trasladados al Municipio de Toribio, para evitar posibles venganzas contra ellos (fls. 57 y 58).

En el curso de la investigación, la comisión recibió el testimonio de Francisco Gembuel (fl. 59) y la ampliación de su indagatoria (fl. 87 y ss); y recogió los testimonios de varios miembros de la comunidad que afirmaban haber visto al sindicado hablando con la guerrilla (fls. 65 a 85, 103 a 131) y practicó el reconocimiento visual del sitio donde presuntamente Francisco Gembuel (y otro sindicado) había sostenido conversaciones con el grupo insurgente (fl. 121). Asimismo, respondió la petición que elevó el demandante, en la cual solicitó ser defendido por un abogado, indicando que podía contar con un defensor, siempre y cuando este fuera miembro permanente de la comunidad indígena de Jambaló y conociera sus usos y costumbres (fl. 86). De todas las actuaciones se dejaron constancias por escrito.

Cumplidos estos procedimientos, la comisión citó la celebración de una Asamblea General para el 24 de diciembre de 1996, con el fin de presentar a la comunidad las conclusiones de la investigación. Tal convocatoria fue precedida por la publicación de un artículo en el periódico "El Liberal", en el que se afirmaba que el Frente "Cacique Calarcá) aceptaba ser el autor material de los hechos.

Un día después, el actor interpuso una acción de tutela contra el Gobernador del cabildo de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, con el argumento de que las autoridades indígenas habían desconocido en la investigación, la circunstancia de que el grupo guerrillero era el culpable del asesinato del Alcalde, pues citaron a la Asamblea para rendir su informe, con anterioridad a la publicación del comunicado. Sostiene además, que se violó su derecho al debido proceso, en primer lugar, porque las pruebas obtenidas se mantuvieron en secreto y fue imposible controvertirlas; en segundo lugar, porque las personas que realizaron la investigación eran sus adversarios políticos, circunstancia que hace presumir una decisi ón arbitraria y, en tercer lugar, porque la comunidad indígena no debería ser quien juzgare su conducta porque, en su

opinión, "no existe tradición ni uso o costumbre relacionada con el delito de homicidio, puesto que siempre su trámite ha correspondido a la justicia ordinaria, inclusive a instancia y con el apoyo de los Cabildos que no han vacilado en presentar a los indígenas que se ven involucrados en la comisión de tales ilícitos ante la autoridad judicial ordinaria competente". Solicitó, en consecuencia, ordenar a las autoridades

indígenas abstenerse de convocar a la Asamblea y rendir el informe de la investigación.

Cinco días después, y sin que el juez de tutela se hubiera pronunciado, se realizó en el Municipio de Jambaló la Asamblea de la Zona del Norte, en la que participaron miembros de todos los resguardos de la zona, para presentar las conclusiones del proceso final del asesinato del Alcalde. En ella se leyeron las actas de la investigación y se permitió a los sindicados rendir sus descargos.

Francisco Gembuel, por su parte, no quiso controvertir lo afirmado por los testigos, y simplemente manifestó que había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa y que tan solo acataría lo que se dispusiera en ese proceso (fl.145).

Finalmente, y después de reunirse para deliberar, la plenaria de la Asamblea decidió que el sindicado era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios (fl. 157). Al momento de proceder a la ejecución de la pena de fuete, los familiares de Francisco Gembuel y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden, circunstancia que llevó al Gobernador de Jambaló a suspender la ejecución de la sanción y posponerla para el 10 de enero de 1997.

2. Fallo de Primera Instancia

El juzgado Primero Municipal de Santander de Quilichao el 8 de enero de 1997 concedió tutela al actor. Si bien reconoció la competencia de la comunidad indígena para adelantar el proceso, consideró que el derecho de defensa había sido violado, y las sanciones impuestas ponían en peligro la vida e integridad personal de Francisco Gembuel. Ordenó en consecuencia, dejar sin efectos el acta N. 1 de diciembre 24 de 1996 y reabrir la investigación realizada por las autoridades indígenas, "garantizando el debido proceso, el derecho de defensa y los derechos humanos al momento de determinar la pena". Los argumentos que sustentan su decisi ón pueden resumirse así:

1. La respuesta de la comunidad en el sentido de no permitirle al demandante ser defendido por un abogado, viola la Convención Americana de

Derechos Humanos (art. 8 literales b, c, d, e y f), así como el art. 29, inciso 4 de la Constitución.

Este derecho no puede ser tenido en cuenta solo en la jurisdicción ordinaria, sino que también se exige su cumplimiento en las jurisdicciones especiales.

2. El demandante no tuvo la oportunidad de conocer el acervo probatorio, ni de controvertir las acusaciones contra el.

3. La pena que le impuso la comunidad a Francisco Gembuel (60 fuetazos) constituye una práctica de tortura, porque se trata de "un acto que causa u otro dolor y sufrimiento grave física y mentalmente, el que se da en razón de un castigo". La tortura, de acuerdo con la sentencia T- 349 de 1996 proferida por la Corte Constitucional, constituye uno de los límites a la

autonomía de las comunidades indígenas..

2. Fallo de segunda instancia

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao confirmó la decisión de primera instancia. En su opinión, el procedimiento fue irregular porque: 1) el actor no tuvo oportunidad de conocer ni contradecir las pruebas; 2) no pudo ser defendido por un abogado: 3) las personas que las autoridades indígenas aceptaron como defensores eran contradictores

políticos del actor, circunstancia que le restó a la investigación su imparcialidad y 4) se le condenó a una sanción, el fuete, que así no deje secuelas físicas, es una medida que atenta contra la dignidad humana.

3. Pruebas

A solicitud del Magistrado ponente, la antropóloga Esther Sánchez y el investigador Tulio Rojas manifestaron su opinión frente al proceso que estudia la Corte. Asimismo, se ordenó al Gobernador del Cabildo indígena de Jambaló informar sobre el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en la comunidad para juzgar el delito imputado al actor, así como el objetivo y significado del uso del fuete y de la sanción de destierro. Sus consideraciones serán incluidas a lo largo de la sentencia.

I. CONSIDERACIONES DE FONDO

2.1. La solución constitucional a los conflictos entre el principio de diversidad étnica y otros principios de igual jerarquía.

El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para si su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se

fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida.

En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misi ón de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que el mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisi ón no ven en ellos un presupuesto vinculante.

En otras palabras, aún siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tareas, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido.

Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una.

Así lo entendió la Corte Constitucional, que en la sentencia T- 349 de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en "un verdadero consenso intercultural", deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

Sobre el primer punto, la Sala consideró que, como "solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural", es necesario que el intérprete, al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de

la preservación de la diversidad étnica y cultural de la nación, atienda a la regla de "la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por los tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar interese de superior jerarquía". Este criterio supone que, en un caso concreto, solo podrán ser admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades, las siguientes:

a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (vg. La seguridad interna).

b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Es obvio, como lo señala la sentencia citada, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que se determinan cada uno de esos asuntos.

Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades

indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que "verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes mas preciosos del hombre", es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad del procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres

de su ordenamiento jurídico"). Estas medidas se justifican porque son "necesarias para proteger interese de superior jerarquía y son las mejores restricciones imaginables a la luz el texto constitucional".

Estos criterios son los que deberá tener en cuenta la Sala para decidir este caso.

I. EL CASO CONCRETO

3.1. Planteamiento del problema

La Corte debe resolver básicamente dos problemas jurídicos.

a. Corresponde a las características del ordenamiento jurídico páez de Jambaló, el procedimiento que adelantaron las autoridades de los Cabildos Indígenas del Norte del Cauca?

b. Las penas impuestas al actor por la Asamblea General rebasan los límites impuestos al ejercicio de facultades jurisdiccionales, por parte de las autoridades indígenas?

Para resolver el primer problema, es pertinente referirse a los presupuestos que orientan al procedimiento de la comunidad Páez de Jambaló, para confrontarlo con las actuaciones que realizó el cabildo indígena en el caso específico. El segundo punto, se solucionará a través de las reglas de interpretación que la Corte ha establecido.

3.2. La tradición de la comunidad páez.

Como bien lo afirma la antropóloga Esther Sánchez, la cultura páez debe ser estudiada como parte de un "tejido históricamente configurado". No obstante haber sido sometidos a los procesos de dominación y aculturación, la lucha de varios de sus miembros por mantener la unidad y la preservación de su cosmovisión, evitó que la asimilación de realidades externas borrara su identidad cultural.

En especial, cabe destacar el papel de los mayores, que conservaron en la memoria las tradiciones de sus antepasados y la aceptación de su palabra por parte de las nuevas generaciones, que superaron la prohibición del uso de su lengua y la imposición de una educación típica de la tradición de los blancos.

Este proceso fue posible entonces, porque los paeces, además de gozar de unos elementos culturales característicos, se ven a si mismos como parte de una comunidad diferente que debe ser conservada como tal. Esa conciencia que los miembros tienen de su especificidad ha sido el motor que los ha impulsado a recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas que, no obstante haber sido influenciadas por la sociedad mayoritaria, no han dejado de ser auténticas. Un ejemplo de ello es su ordenamiento jurídico,

claramente impregnado por simbologías y procedimientos propios que, para el caso que ocupa a la Corte, merecen ser estudiados.

En efecto, para los paeces no hay nada que la comunidad no sepa. Por ello, su procedimiento, que se origina en el "yacska te´c´indate tenge´a mecue" o "rastro que dejan los mayores", pretende indagar sobre los hechos que rompieron el equilibrio, a través de la palabra de sus miembros. Para que pueda iniciarse, los familiares o e segmento social a que pertenece el afectado deben solicitar al cabildo que adelante la investigación y sancione a los culpables. Este, a su vez, deberá nombrar una comisi ón investigadora,

integrada por personas de prestigio de la comunidad, quien se encargará de determinar las faltas y "encontrar la mentira en las palabras de los acusados".

Lo primero que deberá hacer esta comisión investigadora, es citar a los presuntos autores para que rindan su versión. Si ellos aceptan la responsabilidad, no habrá lugar a otras etapas, si la niegan, continúa la investigación, recogiendo los testimonios de las personas que dicen haber visto o escuchado algo relacionado con el caso, y realizando las visitas a los lugares donde presuntamente ocurrieron los hechos.

Cumplidos estos procedimientos, el siguiente paso será, entonces, la valoración que hace el cabildo del informe presentado por la

comisi ón investigadora. Si se encontró la mentira, se cita a una Asamblea General, que como máxima autoridad deberá fallar, y si es el caso, imponer las sanciones. En ella se dan a conocer las pruebas, se solicita la confesión pública del acusado y se realizan los careos, es decir, la confrontación de la palabra del sindicado con la de las personas que rindieron testimonios en su contra. Como la Asamblea General es infalible, según sus miembros, pues sus decisiones están basadas en el "us yacni" (la memoria), que se encuentra a través de un ejercicio colectivo que permite hacer público el suceso oscuro, no está contemplada la segunda instancia.

Es claro que estos sucesos oscuros no solo son aquellos que produjeron directamente el daño, sino también los que de alguna manera hayan permitido o facilitado la alteración de la armonía.

La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir.

Los castigos mas usuales entre los paeces son: el fuete, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsi ón del territorio. El fuete y el destierro, que son los castigos que interesan en este caso, son ampliamente utilizados en el cabildo de Jambaló. El primero, que consiste en la flagelación corporal con un "perrero de arriar ganado", aunque tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador. El segundo, por su parte, es el castigo mas grave, y solo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo.

Aunque la imputación de la sanción es personal,, existen casos en que se extiende a la familia, por no haber contribuido a detener la infracción. Tal situación

se explica porque, en la tradición páez, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros.

3.3. La legalidad del procedimiento adelantado contra el actor

Conforme a lo explicado hasta aquí, la Corte deberá establecer si el procedimiento que adelantó la Asociación de Cabildos de la Zona Norte contra Francisco Gembuel, violó el debido proceso, y si las decisiones adoptadas por la comunidad excedieron los límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción indígena. Procederá entonces a analizar estas actuaciones.

3.3.1. Competencia de la Comunidad Indígena

Al funcionar paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales, es posible que se presenten conflictos de competencias. Como aún el legislador no ha establecido las formas de coordinación entre ellas, es preciso que el intérprete en su solución, se atenga a las circunstancias particulares del caso concreto. En especial, dos elementos son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Esta distinción es importante porque, como lo señaló esta Corporación en una decisión reciente "la solución puede variar si la acción típica es cometida por

miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad...".

En el caso que ocupa a la Corte, este conflicto de competencias es planteado por el mismo actor, quien niega la autoridad del cabildo y reclama los derechos que se otorgan a cualquier ciudadano dentro de la justicia ordinaria, en especial el ser asistido por un abogado. Para resolverlo, es necesario, entonces, analizar los elementos subjetivos y territoriales de este caso.

Respecto del primero, es decir, sobre la pertenencia del actor a la comunidad, el mismo rindió testimonios encontrados. En un primer momento expresó:

"Si de Jambaló, yo soy nacido allá, claro que en alguna época estuvimos andando, con la familia pero hace mas o menos 25 años que estoy radicado allí, pero yo he sido nacido allí, tengo posesiones y derechos allí en el resguardo. El resguardo es el territorio donde funciona toda la comunidad indígena, por eso soy

miembro y además estoy dentro del censo que anualmente hace el cabildo" (fl. 45. Testimonio rendido el 20 de diciembre de 1996).

Sin embargo, en un segundo interrogatorio ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao, y al preguntársele si se consideraba miembro activo de la comunidad páez respondió:

"En la actualidad no, y antes si, o sea mas de un año por la razón que yo tenía unas posesiones, en terrenos del resguardo entonces yo probaba esa calidad de ser miembro activo porque el cabildo elabora un censo y yo aparezco en el censo, pero en el momento considero que no tengo interés dentro del resguardo... solo tengo mi vivienda que en la actualidad habito..." (fl. 196 Testimonio rendido el 7 de enero de 1997).

Para la Corte, esta última declaración sugiere una actitud acomodada del demandante para acceder a los supuestos beneficios de la justicia ordinaria. Si se tiene en cuenta que Francisco Gembuel, además de tener posesiones dentro del resguardo (el mismo lo señalo en la audiencia fl.155), habitar en el y estar incluido dentro del censo, ha sido uno de los líderes políticos mas importantes de la comunidad páez (fue incluso presidente del CRIC) es fácil concluir su pertenencia a ella. Como lo sugiere la antropóloga que interviene en este proceso "la capacidad de metamorfosis del actor es evidente, sabe jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco en la sociedad indígena".

Claro está que estas apreciaciones, que responden exclusivamente a las circunstancias particulares del caso, no excluyen la posibilidad de que cualquier indígena, en tanto ciudadano libre, pueda decidir su permanencia como miembro de una comunidad específica. Lo que no es aceptable, es que pretenda renunciar a ella, en un determinado momento, para evadir la responsabilidad frente a sus autoridades.

En cuanto al segundo factor, el territorial, al demandante se le acusa de haber cometido un delito dentro del resguardo. Por lo tantoy al conjugar los elementos subjetivos y geográficos, es evidente que se trata de un conflicto interno que debe ser resuelto por las autoridades indígenas.

3.3.2. Adecuación del proceso

Como ya lo señaló la Corte, el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier

sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales de sustento a la cohesi ón social.

En el caso que ocupa a la Corte, después de confrontar las pruebas que obran en el expediente, con la información suministrada por los intervinientes en este proceso, es forzoso concluir que el debido proceso se cumplió.

En efecto, como se explicó en la parte correspondiente a los hechos, después del asesinato del Alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancour, los familiares del difunto pidieron al cabildo indígena que asumiera la investigación para determinar si Francisco Gembuel, Diego Aníbal Yule, Jorge Elieser Quiguanás, Marcos Vitónico y Alirio Pito, habían sido los autores intelectuales. Contrario a lo que afirma el demandante, esta investigación desde sus inicios se dirigió a comprobar si los sindicados eran las personas que injustamente habían acusado al Alcalde, pues era claro que el ELN lo había asesinado. Así lo señala la comisi ón investigadora en el acta Nº 2 de 1996 (fl. 57), al ordenar "asegurar inmediatamente a las personas que acusaron y calumniaron al Ex Gobernador y Alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancurt Conda". (cursivas fuera de texto). El Gobernador de Jambaló, dada la gravedad del caso y el peligro que representaba el autor material conocido como el "Frente Cacique Calarcá" del ELN, solicitó la colaboración de los demás cabildos de la zona norte para realizar la investigación, actuación que no es contraria al procedimiento páez, que contempla como principios la unidad y colaboración de los demás cabildos en

situaciones conflictivas. Pero además, el hecho de que la Asociación de Cabildos del Norte del Cauca, y no simplemente el Cabildo de Jambaló, haya sido la encargada de investigar al actor, era previsible, puesto que en 1984 los paeces habían realizado un convenio de cooperación para enfrentar los casos en que estuvieran involucrados grupos armados, denominado "Acuerdo de Vitoco".

La orden de trasladar a los acusados a Toribio para escuchar sus declaraciones, tampoco podría considerarse violatoria del debido proceso porque, aunque no es usual, ella se adoptó para proteger los derechos a la vida y a la integridad personal de los acusados, que se encontraban amenazados por la presencia del grupo insurgente en las inmediaciones de Jambaló. Por su parte, las demás actuaciones de la comisión investigadora, es decir, la recepción de testimonios de los comuneros y la inspección ocular del lugar donde presuntamente Francisco Gembuel habló con la guerrilla, se realizaron siguiendo el curso normal de la investigación.

Ahora bien, en cuanto al derecho de defensa, que el actor insiste, fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un

abogado, es preciso aclarar que en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos

que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquellos contemplados por las normas nacionales o los tratados

internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra.

En el evento estudiado, a Francisco Gembuel no se le violó el derecho de defensa, en primer lugar, porque se le permitió ser asistido por un defensor, siempre y cuando este fuera miembro activo de la comunidad y en segundo lugar, porque se le brindó la oportunidad de rendir sus descargos durante la Asamblea, posibilidad que el mismo demandante declinó. En efecto, cuando se le dio la palabra manifestó: "... En cinco minutos no puedo hacer mis descargos. Yo solo me atengo al fallo de la tutela" (fl. 145). Nótese, además, que en atención a la sentencia del juez penal municipal de Santander de Quilichao, la comunidad convocó a otra Asamblea General el 10 de febrero de 1997, para realizar nuevamente los careos; en ella, el demandante respondió libremente a los testigos.

Por otra parte, la Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza.

3. La legalidad de las penas

a. El fuete

La sanción del fuete, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero

rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se imputa la falta, se sienta liberado.

Frente a esta disparidad de visiones ¿Es dable privilegiar la visión mayoritaria?. La Corte ya ha respondido a este interrogante: porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto.

Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fuete, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, aprobada por Colombia por la ley 78 del 15 de diciembre de 1986, define la tortura como: "(...) todo acto por el cual se inflinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a coaccionar a una persona, o a otras, o por

cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean inherentes o incidentales a estas". La misma norma internacional establece, además, que esta noción de tortura debe entenderse sin perjuicio de instrumentos internacionales o legislaciones nacionales que contengan disposiciones de mayor alcance, como en efecto lo ha hecho la Constitución Nacional, que extiende la prohibición a los casos en que el torturador es en particular.

La prohibición de la tortura busca, por lo tanto, proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendiendo que no todas las sanciones que producen sufrimientos alcanzan esta categoría. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas penas corporales constituyen tortura y para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser

analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, tambien son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano y degradante.

Un ejemplo de estas decisiones lo constituye el caso "Tyrer", en el que el Tribunal europeo estableció que la conducta de las autoridades de la Isla de Man (Inglaterra), al castigar a un joven por haber agredido a un compañero de escuela, a tres golpes "con una vara de abedul", no constituían una práctica de tortura ni de pena inhumana, "porque los sufrimientos que ella provocaba no alcanzaban los niveles que contemplan estas nociones": Sin embargo, la Corte consideró que se trataba de una pena degradante que humillaba al joven groseramente delante de otros individuos y ante sus propios ojos. Otro caso es el de "Irlanda contra el Reino Unido", en el que esa Corte reiteró, que mientras las penas no produzcan "sufrimientos de una intensidad y crueldad particular", no podrían considerarse como tortura".

De acuerdo con lo anterior, es importante resaltar nuevamente los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Europeo, esto es, el del umbral de gravedad y el criterio de apreciación relativa, porque según los elementos que brinda el caso, una misma conducta puede ser tortura o pena inhumana y degradante en una situación, y no serlo en otra. Estos criterios, serán utilizados por esta Corporación para determinar si la pena corporal impuesta al actor constituye una práctica de tortura.

El fuete consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este

castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que mas utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza a la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo.

Tampoco podría considerarse como una pena degradante que "humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno", porque de

acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente por los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al "escarmiento" público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.

Nótese, además, como las circunstancias particulares del castigo analizado, exigen del intérprete una ponderación diferente a la que realizó el Tribunal europeo en relación con los azotes practicados en el caso "Tyrer" ya mencionado, pues el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras que Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea "es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas", mientras que la sociedad páez, como comunidad aborigen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los

azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor.

En relación con las penas corporales que impone una comunidad indígena, ya existe un antecedente jurisprudencial de esta Corporación. En la sentencia T-349 de 1996, tantas veces citada, se aceptó la práctica del cepo en la comunidad emberá-chamí, estableciendo que, lejos de tratarse de un comportamiento cruel e inhumano, se trataba de una pena que hacía parte de su tradición y que la misma comunidad consideraba como valiosa por su alto grado intimidatorio y por su corta duración, consideraciones que bien pueden extenderse a la práctica de fuete dentro de la comunidad páez.

Cabe recordar, además, que en otra decisión la Sala Plena de la Corte consideró ajustado a la Carta el "castigo moderado" que el Código Civil contempla como uno de los deberes de los padres con respecto a los hijos de familia, a pesar de que las condiciones socio-culturales de la sociedad mayor, son notablemente distintas a las que prevalecen en la comunidad indígena.

b) El destierro

El artículo 38 de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer pena

de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo. De acuerdo con el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5) el destierro se refiere a la expulsi ón del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, den consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del art. 38 de la Constitución. Por otra parte, el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra ningún reparo contra esta determinación.

Ahora bien, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, es preciso señalar, que no es compatible con el principio de diversidad étnica y cultural imponerles a las comunidades indígenas las sanciones o castigos que la tradición occidental ha contemplado (como parecen sugerirlo los jueces de tutela). Una interpretación en contrario, plantearía un razonamiento contradictorio que podría expresarse así:

"La Constitución propende a la recuperación de su cultura, pero solo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria". Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a una hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo que, entre otras, permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que "verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes mas preciados del hombre". Pero además, desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias.

4. CONCLUSION

No asiste razón a los jueces de tutela, al afirmar que los Gobernadores de los Cabildos Indígenas de la Zona Norte del Cauca violaron el derecho al debido proceso del actor, pues estas autoridades tuvieron extremo cuidado en cumplir el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en la comunidad. Además, se ele permitió al actor su defensa personalmente durante las Asambleas realizadas el 24 de diciembre de 1996 y el 10 de febrero de 1997 y se le brindó la posibilidad de ser defendido por un miembro de la

comunidad, siempre y cuando conociera la lengua y las costumbres, como así lo contempla el procedimiento utilizado tradicionalmente en Jambaló. Las sanciones, por su parte, tampoco sobrepasaron los límites impuestos al ejercicio de

funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, en primer lugar, porque de acuerdo con las faltas cometidas, es decir, la calumnia y el desconocimiento de la autoridad del cabildo, tanto la pena del fuete como la de destierro era previsible para el actor.

En segundo lugar, porque ninguna de ellas desconoció el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud o la prohibición de la tortura.

DECISION

En mérito de las consideraciones expuestas, la Sala Cuarta de Revisi ón de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo

y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Santander de Quilichao, de enero ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997) y en su lugar, NEGAR la tutela interpuesta por Francisco Gembuel contra el Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos del Norte.

Segundo: COMUNICAR el fallo al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ. Magistrado Ponente

Apéndices Documentales a Siglo XXI

Carlos Aparicio

Derecho Laboral.

Abuso de Derecho en el Despido.

Un conjunto de leyes dictadas en 1941, establecieron el derecho del trabajador a una indemnización en caso de despido de un mes por cada año de antigüedad, con un límite máximo de seis meses.-

Se sostuvo que la indemnización establecida en las leyes de 1941, podría acumularse a otra indemnización por abuso de derecho en el despido, aplicable siempre que el mismo estuviere motivado por razones no éticas, con abuso de derecho o desviación de poder.-

La jurisprudencia estableció indemnizaciones de hasta 20 meses de salario a título indemnizatorio acumulable a la indemnización tarifaria legal.

Así:

Caso Nº 454. Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno (2a. Instancia). Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de Primer Turno (1a. Instancia).

DAÑO MORAL. OBLIGACIÓN DE DAR TAREAS. DEBER DE PREVISIÓN. CADUCIDAD. BENEFICIOS COMPLEMENTARIOS.

En nuestro derecho positivo el daño moral es susceptible de reparación. Para ello deberá haberse lesionado un interés no patrimonial y este daño tiene que haber sido producido por un acto ilícito.

Además del pago del salario el empleador tiene otras obligaciones que en su mayoría resguardan bienes extra patrimoniales del trabajador como, por ejemplo, honor, dignidad, integridad física, etc. Así, por ejemplo la obligación de suministrar tareas acordes con la categoría profesional y el deber de dar trabajo en especial cuando el no desempeño de tareas afecta moralmente al trabajador.

El deber de previsión consiste en la obligación del patrono de tomar todas las medidas adecuadas para evitar que el trabajador sufra daño en su persona o en sus bienes.

La doble indemnización como estimación del daño moral opera como "standard" de la jurisprudencia, de la cual sólo corresponde apartarse cuando hay razones muy especiales.

"Dicha protección surge de la naturaleza del derecho del trabajo, derecho esencialmente protector del trabajador y se materializa en determinados deberes que debe cumplir el petitorio. Si observamos las obligaciones a cargo del empleador que impone el contrato de trabajo, podemos advertir que, además de la del pago del salario existen otras que en su mayoría resguardan bienes extra patrimoniales del trabajador, como por ejemplo: honor, dignidad, integridad física, etc. Así por ejemplo: la obligación de suministrar tareas acordes con la categoría profesional y del deber de dar trabajo, en especial cuando el no desempeño de tareas afecten moralmente al trabajador. "algunas de estas obligaciones se encuentran incluidas en el "deber de previsión" que consiste -según Krotoschin- en la obligación del patrono de tomar todas las medidas adecuadas para evitar que el trabajador sufra daño en su persona o en sus bienes. Se protege a la persona del trabajador desde el punto de vista físico, moral y económico, y a los bienes de su propiedad que introduzca en el lugar de trabajo. Expresa Krotoschin que, como la relación de trabajo no es sólo una relación de intercambio, sino que sirve a fines humanitarios" de ahí que los deberes de diligencia del empleador tenga que..... necesariamente, la personalidad del trabajador como ente moral y espiritual."

Jurisprudencia. Caso 454.

Revista de Derecho Laboral, Tomo XXXIV, No. 161, enero - marzo 1991.-

La Justicia Uruguaya Caso 11927.

Tribunal de Apelaciones del Trabajo de ler. Turno.

DESPIDO - ABUSIVO - CONCEPTO - Trabajador de casi 60 años, con 40 años de antigüedad, faltándole 11 meses para jubilarse, cualquier sea la motivación invocada, salvo grave inconducta - Monto indemnizatorio - Valor de salarios que hubiera debido percibir hasta jubilarse.

1, El despido abusivo cuando la ilicitud se sitúa en los motivos subjetivos del obrar, o bien en la finalidad objetiva del acto o bien en su modo de realización.

En el caso, aunque existen motivos laborales (disciplinarios) atendibles, la finalidad objetiva es contraria a lo que pretende el derecho sustancial, esto es que el ejercicio de un derecho no sirva para dañar en un volumen desproporcionado con el orden armónico de los derechos.

2. El despido de un trabajador, con poco menos de 60 años de edad, mas de 40 años de servicios cumplidos en la misma empresa y que debía esperar 11 meses para poder acceder al beneficio jubilatorio, con una aportación disminuida durante 6 meses (subsidio por desempleo) y sin aportes durante los restante 5 meses, es un hecho dañino que genera para quien lo produce, cualquiera sea la motivación que se invoque, salvo la existencia de una grave inconducta, el deber de reparar.

3. El mondo indemnizatorio equitativo es el equivalente al valor de los salarios que hubiera debido percibir hasta alcanzar la causal jubilatoria (11 meses) con descuento de la suma percibida de Disede por concepto de subsidio por desempleo.

SEGUNDA INSTANCIA.

I) En autos caratulados: "G., W. c/ L.S.A.", ficha no. 288/90, venidos en apelación del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 2o. Turno, la sentencia de primera instancia (fs. 108 a 119 vta) condena a la empresa demandada a pagar al actor por concepto de indemnización de daños y perjuicios emergentes de la responsabilidad por despido abusivo, la cantidad de N$3:618.872 más el reajuste y el interés del 6% anual sobre las sumas reajustadas desde la fecha de la interposición de la demanda. Y las costas del juicio.

II) interpuso recurso de apelación la parte demandada)fs. 122-124 vta) y sus agravios son:

1.) Porque el sentenciante resta trascendencia a los manos antecedentes del actor. Los incidentes que se dan por probados en el primer grados constituyen la gota de agua que desbordó el vaso. El despido se produjo por una causa laboral y fundada.

2.) Porque considera excesiva la cuantía de la indemnización fijada.

III) 1) La sede ha sostenido en forma reiterada que el despido es abusivo cuando es antijurídico el motivo, el fin o la forma del acto. Esto es: o bien la

ilicitud se sitúa en los motivos subjetivos del obrar, o bien en la finalidad objetiva del acto o bien en su modo de realización.

En el caso de autos, aunque bajo motivos laborales (disciplinarios) atendibles, la finalidad objetiva e s contraria a lo que pretende el derecho sustancial, esto es, que el ejercicio de un derecho no sirva para dañar en un volumen desproporcionado con el orden armónico de los derechos.

La situación planteada en el subexámine obsta a la licitud del despido. Despedir a un hombre con poco menos de 60 años de edad; más de 40 de servicios cumplidos en la misma empresa; y que debía esperar 1º1 meses para poder acceder al beneficio jubilatorio, con una aportación disminuida durante 6 meses (subsidio por desempleo) y sin aportes durante los restante cinco meses, es un hecho dañino que genera para quien lo produce, cualquiera sea la motivación que se invoque, salvo la existencia de una grave inconducta - que no es el caso de autos - el deber de reparar.

2. En cuanto al monto indemnizatorio fijado en primera instancia y que es motivo de agravio para el reo, es a juicio del Tribunal, excesivo. Debe entenderse como equitativo que dicho monto sea equivalente al valor de los salarios que hubiera debido percibir hasta alcanzar la causal jubilatoria (1º1 meses) con descuento de la suma percibida de DISEDE por concepto de subsidio por desempleo, lo que se liquidará por la vía del art. 505 del C.P.C..

Por tales fundamentos, el Tribunal,

Falla:

Revócase la sentencia apelada en cuanto fija en N$3:610.872 la indemnización de daños y perjuicios por despido abusivo y en su lugar fíjase el monto indemnizatorio en el equivalente al de once salarios calculados de acuerdo a lo establecido en el último considerando con descuento de lo percibido de DISEDE por subsidio por desempleo, todo debidamente actualizado (D.L. 14500) y que se liquidará por la vía del art. 505 del Código de Procedimiento Civil. Confírmase en lo demás. Costas a cargo del demandado. Y devuélvase. Leída, quedan notificadas las partes. MALHERBE. ALMERA DE MAYOL. EGUREN.

Carlos Aparicio

Programa de Evolución de las Instituciones Jurídicas.

Programa - Objetivos

Unidad I (Parte Introductoria)

El objetivo se centra en la adquisición por parte del estudiante de nociones que le permitan comprender las instituciones actuales a través de las pretéritas, así como el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos.

Los conceptos, que en algún caso pueden ser provisorios en esta etapa, ayudarán a la comprensión orgánica y global del Derecho, sirviendo de instrumento eficaz, para introducirse en la temática institucional.

Tal planteamiento supone el desenvolvimiento de estos conceptos a través del tiempo posibilitando comprender el porqué de la provisoriedad propuesta.

UNIDAD II (Instituciones Jurídicas)

El objetivo fundamental de esta unidad, apunta a la demostración de que la aparición de hechos nuevos o los cambios sufridos por las instituciones preexistentes son el resultado de la vida dinámica del derecho que enlazando hombre y tiempo, somete a las instituciones jurídicas a una evolución permanente e inacabada.

Ellas, al igual que los organismos vivos, se desarrollan pasando gradualmente de un estado a otro.

La importancia de esa evolución, su análisis en el tiempo, pretende lograr la valoración estructural y dinámica de las instituciones involucrando al estudiante en el descubrimiento personal de la esencial relatividad que las caracteriza.

Todo el análisis propuesto, deberá pasar necesariamente, por una ubicación de esta temática en el espacio, ya que cada ordenamiento jurídico ofrece caracteres propios y específicos.

Lo expuesto, no implica desconocer la importancia actual y presente de las instituciones, sino señalar el enfoque con que debe ser atendida esta unidad, no debiendo perderse de vista la naturaleza propia de la materia, que se define como esencialmente formativa.

UNIDAD III

Esta unidad permitirá, asentados los conocimientos impartidos en las dos primeras unidades, aprender la esencia de los diversos sistemas jurídicos logrando que el estudiante realice la ponderación, valoración y proyección de futuro de cada uno de los sistemas jurídicos. Por otro lado, la maduración que se espera hacia el final del curso, permitirá al alumno la toma de posición frente a la unicidad o diversificación del Derecho, conectándolo al mismo tiempo con la profesiones jurídicas.

Carlos Aparicio

Programa de Evolución de las Instituciones Jurídicas

Unidad I

A.

B. Concepto y naturaleza del Derecho. Origen, transformación y proceso de diferenciación del Derecho, respecto de otros ordenamientos sociales normativos, con estudio especial de la norma jurídica, en sus caracteres esenciales. La relación jurídica: formación y elementos.

C. La evolución del concepto de Derecho a través de las principales corrientes de la Ciencia Jurídica. Evolución y revolución del Derecho. Derecho positivo, Derecho Vigente y Derecho Eficaz.

D. Fuentes del Derecho: concepto y clasificación. Estudio comparativo y valorativo.

E. Conocimiento, interpretación e integración del Derecho. Métodos y Escuelas.

Unidad II

Instituciones Jurídicas

A. Institución Jurídica: concepto y evolución, Su impòrtancia en los planos social, filosófico, político y jurídico.

B. Diferenciación entre las instituciones jurídicas y las instituciones sociales.

C. PERSONAS. Capacidad

D. FAMILIA e institutos vinculados a la misma: tutela, curatela, etc.

E. PATRIMONIO. Bienes. Derechos reales y pesonales

F. PROPIEDAD. Posesión. Modos de adquirir el Dopminio. Título y modo.

G. OBLIGACIONES. Concepto, fuentes ye lementos, con especial mención a los contratos. Responsabilidad.

H. TRANSGRESIONES A LA NORMA. Ilicitud, sanciones, delitos y penas.

I. EL ESTADO. Diversas etapas en la organización jurídico política de la sociedad, y el surgimiento y desarrollo de la concepción del Estado de Derecho. Problemas del Poder. Transformación y Rupturas del Estado de Derecho y defensas que ofrece el Estado en tales casos. Expansión del concepto de Estado: regionalización.

J. LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA, formal e informal. medios y procedimientos.

K. LA UNIVERSIDAD . La enseñanza del Derecho en el mundo actual. Educación y profesiones jurídicas.

UNIDAD III

Concepto de sistema jurídico. Caracteres definitorios. Diferentes sistemas jurídicos.

I. Unificación o diversificación del derecho en ramas. Posiciones actuales.

A. Principales corrientes y doctrinas que inspiraron la formación del derecho nacional y su evolución posterior.

Página blanca

Otras obras del Autor

1 C. Aparicio, **Jurisdicción Militar y Deudas del Estado**, 174 Rev.Uruguaya de Der.Proc. (1980)

2 C. Aparicio, **Poder Judicial y Reforma Constitucional Sobre el Control Social por el Derecho** 1-87 Montevideo, Amalio Fernández (1983)

3 Adolfo Gelsi Bidart et al. Jornadas de Derecho Procesal - 1985- **Constitución y Proceso Penal**. Proceso Aduanero. Fundación de Cultura Universitaria (1986)

4 C. Aparicio, **Constitución y Proceso Penal**, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (1986).

5 C. Aparicio,. **Informe sobre la Administración de Justicia de los E.E.U.U. de América**, 27 Rev. Fac. de Derecho. 121-139 (1986)

6 C. Aparicio, **El Orden Jurídico como Orden Social** Fundación de Cultura Universitaria (1988)

7 C. Aparicio, Gelsi Bidart, A., Pérez Pérez, Alberto et al. **Sala Estado de Derecho Francisco Lavandeira** (14/VI/88), 29 Rev. Fac. de Derecho. 251-269 (1988)

8 C. Aparicio, **Derecho y Desarrollo Económico**, 7 Rev. Fac. de Derecho. 161-184 (1995)

9 C. Aparicio, **Video Catálogo para Evolución de las Instituciones Jurídicas**. (1996)

10 Alfredo Fernández Vicente, Carlos Aparicio et al. **Proyecto de Ley sobre Jurados Populares en Uruguay**. (1996)

11 C. Aparicio, **Fuerza, Moral y Derecho**, Fundación de Cultura Universitaria (1996)

12 C. Aparicio, **Legal History of Slavery**. Answer to Professor Ladu. (1997)

13 C. Aparicio, **Legal History of Slavery**. (1997)

14. C. Aparicio, **Procesalistas cuestionan Proyecto de reforma de los juicios penales, mayo** Estado de Derecho. 7-7 (1997)

15 C. Aparicio, **Los Jurados en América Latina**, Tener Presente. Buenos Aires (1998)

16 C. Aparicio, **Instituciones Jurídicas Arcaicas. Sociedad y Derecho antes de los Romanos**, Fundación de Cultura Universitaria (1998)

17 C. Aparicio, **Fuentes del Derecho** Fundación de Cultura Universitaria (1999)

18 C. Aparicio, **Jurados Populares**. (2003)

19 C. Aparicio, **Historia del Derecho**. Montevideo. Editorial Técnica S.R.L. (2004)

Siglo XXI

Carlos Aparicio

Artículos Periodísticos

1 C. Aparicio, **La tiranía del Detalle**, 11/Ag. Vol.11 Búsqueda. (1982)

2 C. Aparicio, **Justicia y Burocracia (II),** 28/Jul Vol.11 Búsqueda. (1982)

3 C. Aparicio, **Justicia y Burocracia (I),** 14/Jul. Vol.11 Búsqueda. (1982)

4 C. Aparicio, **Jurisdicción y Legislación (II),** 16/jun. Vol 11 Búsqueda. (1982)

5 C. Aparicio, **Jurisdicción y Legislación (I),** 16/Jun.Vol. 11 Búsqueda. (1982)

6 C. Aparicio, **Sobre los Guardianes de la Constitución**, 7/jul. Vol.11 Búsqueda. (1985)

7 C. Aparicio, **La Constitución, el Derecho y el Juez**, 27/may Vol. 11 Búsqueda. 3-3 (1982)

8 C. Aparicio, **La Justicia como Poder del Estado**, 19/may. Vol 11 Búsqueda. 3-3 (1982)

9 C. Aparicio, **Procesalistas promueven cambio de estructuras en el Proceso Penal**, 9/may Vol.14 Búsqueda. 14-14 (1985)

10 C. Aparicio, **Reportaje**, 12/Dic. La República. (1994)

11 C. Aparicio, **Una cuestión de Efectivos y Efectividad**. La Policía uruguaya es una de las más numerosas del mundo., 25/Mar. La República. -25(1995)

12 C. Aparicio, **El revés de la trama en la Universidad**, 15 de Noviembre La República. 20(1995)

13 C. Aparicio, **No hay injuria, sólo desencanto**, 30 de Octubre La República. 29-29 (1996)

14 C. Aparicio, **Seguridad Ciudadana y Autodefensa Social**, 28 de marzo La República. (1996)

15 C. Aparicio, **La Justicia y el Público**, 19/Febrero La República. (1996)

16 C. Aparicio, **Falsa Modestia**, 5/Feb La República. (1996)

17 C. Aparicio, **El Poder Judicial, Barrera y Salvaguardia del Pueblo**, 5 de enero La República. -10(1996)

18 C. Aparicio, **Proponen restablecimiento de jurados populares**, La República. (1996)

19 C. Aparicio, **Jugando con Fuego**. El caso Lewinsky - Clinton como desviación política de un proceso judicial: la víctima es el propio presidente: "Quienes serán las próximas?", La República. 30-31 (1998)

20 C. Aparicio, **Vergüenza ciudadana**, 26 de diciembre La República. 10-10 (1997)

21 C. Aparicio, **Seguridad Ciudadana a Cambio de Derechos Humanos**, 9 de Marzo La República. (1997)

22 C. Aparicio, **Sentido Común**, La República. (1998)

23 C. Aparicio, **Un magistrado prestigioso y un caso ya olvidado**., La República. 4-4 (1998)

24 C. Aparicio, **La mano de Dios**, Miércoles 18 de octubre (2000) La República. 13-13 (2000)

25 C. Aparicio, **Cultura Popular, Gladiadores y Abogados**, 9 de setiembre La República. (2000)

26 C. Aparicio, **Caveat Emptor**, 20 de octubre La República. 15-15 (1999)

27 C. Aparicio, **Elecciones Internas y Seguridad Ciudadana**, 25 de abril de 1999 La República. 9-9 (1999)

28 C. Aparicio, **Las Reglas de la Vida**, La República. (2002)

Indice Analítico

A

América Latina, 14, 110, 114, 121, 122, 129, 133, 134, 151

C

Carlos Cossio, 13, 269, 395, 407, 421

Código del Niño: Protección intelectual y moral, 99
coercibilidad, 152

Concepto de Derecho, 15

conocimiento, 301: Conocimiento del Derecho, 301. *Véase también* Métodos y Escuelas
Conocimiento del Derecho: conocimiento, 301
Corpus Iuris Civilis, 254

costumbre, 21, 23, 34, 35, 154, 221, 224, 266, 271, 272, 274, 275, 281, 287, 288, 291, 293, 294, 295, 296, 300, 301, 302, 307, 308, 310, 311, 312, 316, 326, 379, 448, 450. *Véase también* Derecho Consuetudinario

D

daño moral, 99

definiciones de derecho, 13

delitos y penas, 152

derecho, 16

derecho consuetudinario, 289, 303, 304, 305, 307, 309. *Véase también* Costumbre

Derecho Eficaz, 90, 223

Derecho positivo, 223

Derecho Subjetivo, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 80, 81, 90, 92, 93, 94, 161, 304

Derecho Vigente, 83, 131, 223, 287, 343

Derecho y Moral, 99

desarrollo económico, 16, 86, 92, 208, 212, 231, 303, 443

E

economías formales, 224

economías informales, 224

educación jurídica, 19, 24, 44, 105, 115, 120, 123, 134, 193, 372, 382, 384, 389, 391. *Véase también* Enseñanza Jurídica

Efectividad del Orden Jurídico, 223

eficacia o efectividad, 224

enfoques críticos del Derecho, 14

Enseñanza del Derecho., 13, 15

enseñanza jurídica, 15, 27, 134, 371, 372, 389, 391. *Véase también* Educación Jurídica

equidad, 181, 189, 196, 221, 265, 266, 281, 291, 293, 303, 308, 326, 327, 328, 330, 331, 332, 333. *Véase también* Justicia

escuelas, 18, 25, 40, 60, 74, 80, 87, 90, 105, 116, 119, 148, 154, 162, 185, 197, 212, 213, 219, 226, 277, 303, 305, 306, 321, 327, 348, 349, 351, 359, 364, 373, 383, 391, 406, 458, 472, 473

Estado de Derecho, 254: Rupturas del, 262
Estados Unidos: Tesis realistas en, 13
expectativas comunitarias, 13

F

Facultad de Derecho de Harvard, 13, 27, 36, 350, 386

formalistas-estatales, 17

fuentes del derecho, 2, 126, 132, 192, 199, 221, 265, 268, 269, 272, 280, 287, 292, 315, 326, 337, 340, 341, 343, 354, 440, 472

I

Ilicitud, 152

interpretación e integración, 378, 472

J

Justicia, 25, 26, 29, 34, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 44, 47, 49, 52, 54, 55, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 74, 80, 92, 94, 104, 105, 107, 110, 114, 115, 116, 118, 119, 131, 134, 136, 137, 139, 141, 143, 145, 154, 156, 163, 170, 175, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 199, 214, 215, 219, 221, 222, 229, 231, 233, 234, 235, 269, 270, 284, 285, 292, 296, 300, 303, 304, 306, 308, 309, 313, 315, 316, 317, 319, 322, 323, 324, 325, 337, 338, 341, 343, 346, 347, 351, 352, 353, 354, 356, 359, 361, 362, 363, 364, 368, 373, 374, 375, 388, 390, 408, 410, 427, 443, 445, 447, 450, 456, 457, 463, 467, 473. *Véase también* Equidad

L

Lejano Oriente: Notas sobre Derecho, 13, 46, 74, 81, 89, 232

M

métodos, 27, 30, 41, 51, 92, 105, 125, 126, 154, 205, 211, 225, 292, 304, 306, 343, 344, 351, 358, 359, 361, 362, 363, 365, 366, 372, 376, 378, 384, 386, 389, 390, 472

Moral y Derecho, 99

N

norma jurídica: Coercibilidad como elemento de la, 152

O

orden jurídico, 20, 21, 25, 44, 57, 74, 80, 105, 106, 107, 116, 131, 154, 192, 193, 196, 205, 207, 208, 210, 211, 213, 217, 221, 223, 227, 232, 235, 272, 339, 346, 349, 373. *Véase también* Fuentes Jurídicas Totales

Orden Jurídico: Vigencia y Efectividad, 154

origen, 32, 53, 57, 89, 121, 180, 185, 198, 268, 271, 303, 321, 323, 324, 411, 444, 472. *Véase también* Origen transformación y proceso de diferenc

P

Penas y Sanciones, 154