Máximo
Pacheco G.

TEORÍA DEL DERECHO

Cuarta edición

Editorial Jurídica de Chile

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Primera edición, 1976
Segunda edición, 1984
Tercera edición, 1988
Cuarta edición, 1990

© MAXIMO PACHECO G.

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Inscripción N° 44.871

Se terminó de reimprimir esta cuarta edición
de 2.000 ejemplares en el mes de julio de 1993

IMPRESOR: EDITORIAL NOMOS S. A.

IMPRESO EN COLOMBIA / PRINTED IN COLOMBIA

ISBN 956-10-0132-1

MÁXIMO PACHECO G.
Profesor y ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

TEORÍA DEL DERECHO

CUARTA EDICIÓN

EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

PARA MI ESPOSA Y MIS HIJOS,
QUE ME ESTIMULARON A ESCRIBIR ESTE LIBRO,
EN TESTIMONIO DE GRATITUD Y EN
MODESTA COMPENSACIÓN DE
TANTAS HORAS QUE, POR REDACTARLO,
SUSTRAJE A SU COMPAÑÍA.

PARA MIS ALUMNOS
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS,
ADMINISTRATIVAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE,
CON CUYO DIÁLOGO SE ENRIQUECIÓ ESTA OBRA.

"El culto de la justicia no consiste sólo en la observancia de la legalidad, ni puede ser confundido con ella. No es descansando irreflexivamente en el orden establecido, ni esperando inertes que la justicia descienda desde lo alto, como nosotros respondemos verdaderamente a la vocación de nuestra conciencia jurídica. Esta vocación nos impone una participación activa e infatigable en el eterno drama que tiene por teatro la historia".

GIORGIO DEL VECCHIO

PREFACIO

Este libro tuvo su origen en los cursos que impartimos en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales de la Universidad de Chile, y está destinado a servir esencialmente a sus estudiantes.

Por esto, el orden y contenido de la obra procuran seguir el programa de dichos cursos. Se exponen, en forma resumida, las diversas doctrinas sobre cada materia, con la mayor objetividad y claridad posibles, considerando que, sin una amplia información y una gran precisión de ideas, no es posible un real progreso en el estudio del Derecho.

Cada capítulo termina con un cuestionario formado por preguntas y temas de reflexión sobre las materias contenidas en él, y con una bibliografía complementaria, en que se señalan las páginas de cada obra referentes a los temas tratados. Al final se incluye una bibliografía general en que se individualizan todos los libros citados en las bibliografías particulares, más algunos otros. Con dichos elementos hemos procurado que esta obra cumpla en la mejor forma la finalidad pedagógica que fundamentalmente persigue.

Por lo mismo, no figura en ella aquel aparato bibliográfico completo, que en obras de otro género es oportuno y aun obligatorio para señalar las fuentes, las conexiones y las divergencias de las doctrinas en confrontación. Un aparato tal habría afectado la claridad a que aspiramos.

Conscientes como estamos de las imperfecciones de esta obra, habríamos diferido su entrega a la imprenta en espera de poder un día mejorarla y acaso transformarla en aquel Tratado que todo profesor anhela para su disciplina, a no haber mediado los continuos requerimientos de los estudiantes y la difusión, muy superior a sus méritos, obtenida por los Apuntes a mimeógrafo que venían reproduciéndose, con leves modificaciones, desde hace muchos años.

Confiamos en que este libro continúe sirviendo como texto de estudio a los universitarios chilenos. Constituiría para nosotros un honor y una

satisfacción si, además, pudiera ser de alguna utilidad para abogados, jueces, administradores públicos y otros estudiosos de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

Una obra como ésta debe tributo, en grado importante, a los conocimientos de quienes se han especializado en las variadas disciplinas a que ella se refiere. Nuestra deuda a este respecto se advertirá en las referencias bibliográficas. Pero ha de mencionarse, además, la ayuda adicional e inapreciable de colegas que leyeron los originales de algunos capítulos y formularon valiosas observaciones; por ello, testimoniamos nuestra gratitud a los profesores universitarios Ignacio Balbontín, Aníbal Bascuñán, Ismael Bustos, Luis Cousiño, Francisco Cumplido, Andrés Cúneo, Alfredo Etcheberry, María Angélica Figueroa, Hugo Hanisch, Francisco Hoyos, Julio Jiménez, Norbert Lechner, Ernesto Livacic, Hugo Llanos, Jorge Millas, Claudio Orrego, Eduardo Palma, Fernando Quintana, Hugo Rosende, Manuel Salvat, Jaime Sepúlveda, Agustín Squella, Eugenio Velasco, Mario Verdugo, Beltrán Villegas y Jaime Williams.

Debemos destacar también la valiosa colaboración de los estudiantes universitarios Felipe Agüero, Julio Cifuentes, Julio Méndez, Andrea Muñoz, Clara Pollak, María Teresa Valenzuela y Hassan Zeran, en la preparación de la bibliografía e índices.

Un especial reconocimiento a la señorita Gloria Banús, que mecanografió los originales con gran idoneidad.

Finalmente, agradecemos a la Editorial Jurídica de Chile, que tuvo la iniciativa de publicar esta obra, lo que hace con la eficiencia que le es característica.

Santiago de Chile, Navidad de 1975.

MÁXIMO PACHECO GÓMEZ

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La primera edición de esta obra se publicó en 1976 y ella fue acogida muy favorablemente por juristas y estudiantes chilenos y extranjeros, por lo cual se agotó en 1978.

En esta segunda edición no hemos variado el texto original ni actualizado las modificaciones que se han introducido en el ordenamiento jurídico chileno durante estos años, porque las citas son muy escasas.

Hemos preferido denominar este libro "Teoría del Derecho" en razón de que una opinión generalizada consideró que, si bien esta obra había sido concebida como un texto universitario, era, más propiamente, una teoría general del derecho.

Enero de 1984.

MÁXIMO PACHECO GÓMEZ

CAPÍTULO PRIMERO

PERSONA HUMANA, SOCIEDAD Y DERECHO

"Persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza".

SANTO TOMÁS DE AQUINO

"El hombre es por naturaleza un ser social y el que vive fuera de la sociedad por naturaleza y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana".

ARISTÓTELES

"El Derecho es el objeto de la Justicia".

SANTO TOMÁS DE AQUINO

SUMARIO

I. PERSONA HUMANA. II. SOCIEDAD. III. DERECHO. CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. PERSONA HUMANA

1. EL HOMBRE. Para tener una idea adecuada de lo que es el hombre, es necesario ubicarlo primeramente en la estructura del mundo biológico; hay que partir de las rudimentarias formas de la actividad vegetal para llegar a las más complejas manifestaciones vitales.

El hombre tiene una indisoluble continuidad biológica con vegetales y animales y está sometido a las leyes de la física y de la química. Si estudiamos sus reacciones y las comparamos con las de los demás integrantes del reino animal, podemos encontrar cierta semejanza entre ellas, tanto mayor si reconocemos, lo que no es aventurado, que no sólo en el hombre existe la inteligencia, sino que una cierta forma de ella se manifiesta también en los demás seres animales.

Si con Carlos Roberto Darwin seguimos la historia de la evolución del reino animal y, luego de recorrer la escala zoológica, llegamos al mono y ascendemos, por fin, al hombre, no podemos menos de asombrarnos ante la extraña similitud entre sus respectivas morfologías y reacciones. Esta semejanza puede conducirnos a definir al hombre como el "ápice de la serie de los vertebrados mamíferos" (Carlos Linneo). Pero esta conclusión biológica no nos deja satisfechos; nos negamos a creer que entre un hábil orangután y un genio exista sólo una diferencia de formas y grados de inteligencia, aun cuando éstos sean muchos.

La esencia del hombre está por encima de la vida animal. Hay algo que lo define y diferencia fundamentalmente de los demás seres creados.

En el animal, toda acción procede de un estado fisiológico de su sistema nervioso en relación con su medio. El vive estático en el medio ambiente; está incrustado en la realidad; no puede prescindir de ella ni reaccionar dinámicamente; está atado a la naturaleza y no puede independizarse de ésta.

En el hombre, en cambio, existe un principio nuevo, esencial, único, ajeno a todo lo demás que en la naturaleza podemos llamar vida: este principio es el espíritu.

El hombre es un individuo que se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad; no existe solamente de una manera física; hay en él una vida más rica y más elevada; sobreexiste espiritualmente en conocimiento y en amor. Es así, en cierta forma, un todo, y no solamente una parte; es un universo en sí mismo, un microcosmo. Esto quiere decir que en la carne y en los huesos del hombre hay un espíritu que vale más que todo el universo material. El hombre, por mucho que dependa de los menores accidentes de la materia, existe con la existencia misma de su espíritu, que domina al tiempo y a la muerte. Posee independencia y libertad frente al medio que lo circunda. Tiene, además, conciencia de su ser y por ello puede modelar libremente su vida y objetivar todos sus procesos psíquicos. Puede elevarse por encima de sí mismo y es capaz de reprimir sus impulsos, dominar sus pasiones y construir su existencia según los dictados de su razón.

Como expresa Max Scheler, "el hombre es el ser vivo que puede adoptar una conducta ascética frente a la vida, vida que le estremece con violencia. El hombre puede reprimir y someter los propios impulsos; puede rehusarles el pábulo de las imágenes perceptivas y de las representaciones. Comparado con el animal, que dice siempre "sí" a la realidad, incluso cuando la teme y rehúye, el hombre es el ser que sabe decir "no", el asceta de la vida, el eterno protestante contra toda mera realidad. En comparación también con el animal (cuya existencia es la encarnación del filisteísmo), es el eterno "Fausto", la "bestia cupidissima rerum novarum", nunca satisfecha con la realidad circundante, siempre ávida de romper los límites de su ser ahora, aquí y de este modo, de su "medio" y de su propia realidad actual" [1].

El hombre experimenta la vivencia de los valores que capta en intuiciones emocionales: el amor, la bondad, la justicia.

El hombre depende de su propio mundo interior, de su pensamiento, de los objetos mentales que él mismo ha creado.

El hombre tiene la capacidad de autodeterminarse en el plano de la acción, de elegir libremente entre las diversas posibilidades que se le ofrecen; él goza del privilegio de tener un ser para sí mismo.

[1] MAX SCHELER. *El puesto del hombre en el cosmos*. Pág. 72.

El hombre es un ser compuesto y contingente, un complejo de materia y forma.

La materia humana es la combinación fisicoquímica de productos naturales, substancialmente igual a la de los demás seres creados. La forma, por el contrario, es la determinante de su perfección y está constituida por su espíritu.

El espíritu y la materia son los coprincipios esenciales de un mismo ser, de una sola y única realidad: el hombre. La diferenciación entre ambos es lo que nos lleva a la distinción entre persona e individuo; o mejor, entre personalidad e individualidad.

Esta distinción no es nueva, pertenece al acervo intelectual de la humanidad.

2. La individualidad. El principio de la individualización o raíz primera de las diferencias individuales en el mundo de los cuerpos es la materia. Ella, por naturaleza, exige multiplicidad de posiciones en el espacio y en el tiempo, y esto es lo que obliga a las substancias a encerrarse en cierta especialidad. Las ideas de división y de diferenciación, por lo tanto, están ligadas a la individualidad; constituyen la condición de la existencia misma de las cosas, y es por ello que en el campo de la materia sólo existen realidades individuales.

La individualización afecta a los cuerpos en razón de su limitación; deriva, consiguientemente, de la indigencia ontológica de todo lo material. Es la diferenciación por indigencia, sin la cual ninguna cosa creada puede existir, y que nos lleva a distinguir una de otra, dentro de una misma especie y un mismo género.

Cada hombre es un individuo, al igual que una planta o un perro; es parte del universo, fragmento singular de una inmensa conjunción de influencias cósmicas. En cuanto a ello, su naturaleza obedece esencialmente a los mismos principios que la de los demás seres y está regida por las mismas leyes.

3. La personalidad. La noción de personalidad, en cambio, no dice relación con la materia, sino que se refiere al ser espiritual y a su subsistencia.

En el hombre la potencia material va sellada por una energía metafísica, el espíritu, que constituye, junto con ella, una unidad substancial que lo hace ser lo que es.

Cada hombre subsiste todo entero por la existencia en él del espíritu, que es un principio de unidad creadora, de independencia y de libertad.

De manera que la noción de personalidad radica en las más profundas y excelsas dimensiones del ser, en el espíritu.

Por ello, Santo Tomás de Aquino expresa que "persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza, o sea el ser subsistente en la naturaleza racional" [2].

[2] Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I, c. 29, a. 3.

En consecuencia, todo hombre es una persona. "Como sustancia forma un núcleo ontológicamente distinto, que sólo debe el ser a su acto propio de existir. Como substancia racional es un centro autónomo de actividad y la fuente de sus propias determinaciones. Más aún, su acto de existir es el que constituye en cada hombre su doble privilegio de ser una razón y de ser una persona; todo lo que sabe, todo lo que quiere, todo lo que hace, deriva del mismo acto por el cual es lo que es" [3].

La personalidad es la subsistencia, este último acabamiento por el cual el influjo creador imprime en ella una naturaleza frente a todo orden de existencia, de manera que la existencia que recibe es su existencia y su perfección; la personalidad es la subsistencia del alma espiritual comunicada al compuesto humano.

Así, la personalidad significa interioridad en sí misma. Ya no se trata de compartir con otros su esencia, sino de poseer la existencia en plenitud, eficacia e independencia; la soberanía de sí misma en el orden del ser y de la acción.

Cierto es que un individuo de una especie cualquiera, animal o vegetal, es ya un todo subsistente y distinto de los demás; pero por carecer de personalidad, está determinado por las leyes que rigen el mundo de los cuerpos, en forma absoluta.

El hombre, en cambio, por estar dotado de un principio espiritual, es capaz de elevarse por sobre los fenómenos sensibles para alcanzar el ser y superar el mundo material; tiene la independencia de acción suficiente para desempeñar su papel en el mundo y por esto decimos que es una persona.

En su acepción primera, persona significó máscara: la que usaban los actores en las tragedias y comedias antiguas. Posteriormente, dio en llamarse personas a aquellos hombres de quienes se narraban hechos notables; después se amplió el concepto y pasó a designar el hombre en cuanto tal, que obra como personaje en la escena del mundo y constituye el ser más excelente de toda la naturaleza creada. Persona se convirtió, así, en el nombre especial de un individuo dentro del género substancia, a saber, el individuo de naturaleza racional.

La concepción filosófica tradicional de persona procede de Manlio Boecio, en quien encontramos expresado, por primera vez con plena madurez, la fórmula que fue aceptada por la ontología medieval y gran parte de la moderna. La persona es, según la definición de Boecio, "substancia individual de naturaleza racional" [4]. Esto quiere decir que la persona es una substancia que subsiste por derecho propio y es perfectamente incomunicable. Por su propia definición la persona es una substancia que no puede ser otra distinta de ella y cuyo ser es, de consiguiente, suyo.

[3] ETIENNE GILSON. *El tomismo*. Págs. 421 y 422.
[4] Citado por SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I, c. 29, a. 1.

A la persona humana, como substancia individual de naturaleza racional, corresponde un modo de ser irreductiblemente suyo, imperturbable e inefable; y esto, por su naturaleza y por su destino en la vida. La racionalidad y la voluntad libre constituyen las notas distintivas del hombre. Ellas significan que éste, ligado como todo lo existente al orden del Universo, no queda, sin embargo, sujeto a él mediante fuerzas ciegas e impulsos instintivos que lo obliguen a una actitud pasiva, sino que es protagonista y actor de dicho orden. En su espíritu, él tiene impresos los primeros principios normativos de conducta, y como está dotado de razón y libertad, puede conocerlos, desarrollarlos y atenerse a ellos en su comportamiento; posee, en suma, la facultad de gobernarse libremente a sí mismo.

Las dos operaciones principales en la vida de la persona humana son el entender y el querer, actos vitales que emanan de las potencias conocidas con los nombres de entendimiento y voluntad, respectivamente.

4. El entendimiento. Lo propio de la facultad del entendimiento consiste en conocer las cosas de un modo inmaterial. Esta inmaterialidad del conocimiento constituye su elevación sobre los sentidos. Frente a un objeto determinado, el sentido es solamente capaz de percibir lo aparente y singular, lo individual; en cambio el entendimiento, haciendo abstracción de lo particular y concreto, es capaz de formarse la idea del objeto, de conocer la esencia de las cosas, es decir, de saber lo que ellas son en sí mismas; en una palabra, de abrazar el orden ideal. Y, como quiera que no hay cosa sin esencia propia, ninguna hay que no sea inteligible y, por tanto, el entendimiento es capaz de comprenderlo todo, eso sí que de un modo finito.

Pero, para no caer en un error sobre la amplitud del entendimiento humano, hay que tener presente que una cosa es la capacidad del entendimiento y otra su virtud operativa. Si bien somos capaces de entender toda clase de seres, no por ello está a nuestro alcance todo cuanto existe, ya que no hay entendimiento creado que no tenga límites en cuanto a la extensión del dominio que abraza.

5. La voluntad. La voluntad es una potencia por la cual se inclina el hombre a los bienes que necesita para su perfección, rechazando los que les son perjudiciales. La voluntad es movida por el conocimiento intelectivo, el cual nos muestra la conveniencia de las cosas para la naturaleza racional del hombre. No quiere decir esto que la voluntad haga que el hombre se conforme siempre al dictamen de la razón; que ella impida que él se salga del orden que la razón le dicta; sino tan sólo que permita que el hombre no obre ciegamente o por instinto, sino con conocimiento de causa, a sabiendas de lo que quiere y de por qué lo quiere. Además, como quiera que el entendimiento

es capaz de comprender lo que el hombre es y lo que le conviene, la voluntad abarca el amplio campo de lo material y lo inmaterial.

6. La libertad. La persona humana, como ser dotado de entendimiento y voluntad, no está intrínsecamente obligada a obrar de un modo determinado, sino que posee la facultad de elegir los medios más aptos para alcanzar su perfeccionamiento.

La libertad del hombre es consecuencia de su naturaleza racional porque sólo es señor de sus actos el que puede elegir.

La dignidad de la persona humana requiere que obre según una libre y consciente elección, movida e inducida personalmente, desde dentro, no bajo un impulso ciego o una mera coacción externa.

Es necesario distinguir entre la libertad física y la moral. La primera se extiende tanto a lo bueno como a lo malo, a lo lícito como a lo ilícito. La segunda se contiene dentro del orden racional y consiste en la facultad de escoger entre los diversos medios aquel que sea más adecuado para alcanzar el bien del hombre. De ambas, la que es esencial al hombre es la libertad moral.

La libertad moral debe aplicarse a la consecución de un fin. El fin general que debe lograr el hombre con la libertad es el cumplimiento de su destino individual y social.

Con todo, la libertad moral del hombre puede restringirse por circunstancias de orden físico, psíquico, cultural, social, etc., que influyen en las acciones humanas.

7. La trascendencia. La personalidad tiene otra nota característica, que es la trascendencia. La persona humana trasciende perpetua y continuamente su limitación actual; ella es un ser finito que tiene su centro último en un ser infinito. El hombre es persona humana porque su naturaleza espiritual trasciende de sí misma hacia instancias superiores: hacia Dios, el Absoluto o los valores, según sea la doctrina que se profese. La trascendencia de la persona humana es, en todo caso, la premisa fundamental de su existencia, aquella que da a la persona su más auténtico ser. A ello aludía el romántico Lamartine: "Limitado en su naturaleza, infinito en sus aspiraciones, el hombre es un Dios caído que se acuerda de los cielos".

El concepto de personalidad se acrecienta a medida que el comportamiento ético del hombre traduce en acción la realidad metafísica de su espíritu; a medida que se apega más estrechamente por la inteligencia y la voluntad a lo que constituye la vida espiritual; en fin, a medida que el hombre se hace mejor que sí mismo.

8. Individualidad y personalidad. El hombre es individuo y persona; pero no hay que imaginar que en el hombre existan dos realidades separadas; una que se denomina individuo y otra persona. Por el contrario, el mismo ser, todo entero, reviste este doble aspecto metafísico, la individualidad y la personalidad, presentándose ambas como dos líneas que se entrecruzan indisolublemente en la unidad de cada hombre.

Todo hombre es un individuo en razón de lo material que posee; pero también es una persona, por el espíritu que subsiste en él.

Ambos coprincipios son esenciales, y si bien es cierto que en él debe primar el aspecto espiritual, no lo es menos que la individualidad material no es algo despreciable en su fisonomía ontológica.

Por ello es necesario insistir en que el hombre es una persona —una substancia individual de naturaleza racional— en la cual espíritu y cuerpo son coprincipios substancialmente unidos.

Cuando se dice que el espíritu es la forma del cuerpo se desea expresar que es lo que hace del cuerpo un cuerpo humano; y que ambos, espíritu y cuerpo, son una substancia. El ser humano no está compuesto de dos substancias, el espíritu y el cuerpo; es una sola substancia en la que pueden distinguirse dos factores componentes.

La persona humana está dirigida a un fin, al que debe llegar con su permanente e indestructible individualidad, pues posee un destino trascendente.

Cada acto del hombre es acto del individuo y de la persona, pero siempre domina en él uno de los aspectos, el material o el espiritual.

Si el hombre realiza el desenvolvimiento de su ser principalmente en el sentido de la individualidad material, caminará por la senda de la dispersión y del aniquilamiento. Si, en cambio, lo hace por el de la personalidad espiritual, acrecentará su ser y alcanzará la verdadera libertad.

El hombre es, por esencia, una ser espiritual que puede superarse a sí mismo y en el cual el ente originario comienza a manifestarse.

El imperativo de la persona humana consiste en desarrollar las posibilidades de su naturaleza, obrando en todas las circunstancias conforme a las exigencias de la razón.

La vida del hombre no es algo que le sea dado definitivamente, sino que él tiene que moldearla. Vivir consiste en elegir, por propia cuenta y en cada instante, entre algunas de las posibilidades, limitadas en número pero siempre plurales, que nos ofrece el medio y las circunstancias. El hombre está en la ineludible necesidad de forjar su destino día a día; para ello debe escoger entre aquellas diversas posibilidades, hacia ninguna de las cuales se encuentra fatal y unilateralmente determinado.

El hombre es libre de construir su destino, aun cuando existan frente a él valores u órdenes que legitimen su conducta y, por tanto, él es responsable de su propia existencia.

La libertad humana no es algo abstracto, sino libertad encajada en una circunstancia y legitimada por valores preestablecidos.

El hombre debe desenvolver este programa íntegro e individual de existencia en un momento y en un contexto históricos porque, como expresa José Ortega y Gasset, "yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo"... "Hemos de buscar para nuestra circunstancia, tal y como ella es, precisamente en lo que tiene de limitación, de peculiaridad, el lugar acertado en la inmensa perspec-

tiva del mundo. No detenernos perpetuamente en éxtasis ante los valores hieráticos, sino conquistar a nuestra vida individual el puesto oportuno entre ellas" [5].

La vida humana, por consiguiente, no está constituida sólo por el hombre, sino también por el mundo que lo circunda. La vida del hombre no es sólo su yo ni es tampoco el mundo sino una realidad dual que consiste en la íntima correlación entre el yo y su mundo.

Por ello, la vida del hombre —de ese ser vital dotado de espíritu— no es un simple hecho, sino más bien la posible dirección de un proceso. Ser persona humana es un cometido por realizar, un programa que llenar, una empresa en la que el hombre está de continuo empeñado y que exige de él la sublimación espiritual de todos sus modos de comportarse y de existir. El hombre conquista en la acción su personalidad, y en ella también la arriesga e incluso puede llegar a perderla, decayendo en su respetabilidad y en su dignidad como persona cuando no cumple su misión, cuando sucumbe al juego de las potencias inferiores de su ser, haciéndose esclavo de ellas y perdiendo el señorío sobre sí mismo.

El imperativo que recae sobre cada hombre es estructurar libremente su vida conforme a los principios espirituales, procurando dominar su individualidad material. Al actuar en esta dirección, estará realizando algo conforme a su esencia y haciéndose cada vez más hombre.

Para ser hombre hay que luchar día a día por superarse espiritualmente; hay que realizarse libremente a sí mismo; hay que ser más lo que se es, en el tiempo y en la circunstancia.

II. SOCIEDAD

1. La sociedad. El hombre no es un todo cerrado, aislado en sí mismo, que pueda realizarse en una existencia individual, sino que, por naturaleza, está inclinado a la vida comunitaria, a causa de las limitaciones que le son inherentes y de la capacidad de comunicación que posee como persona, en virtud de las cuales necesita de los demás para el logro de su integral desarrollo espiritual, intelectual y físico.

No es aislándose, sino asociándose convenientemente con todos los demás hombres, como la persona puede alcanzar su pleno desarrollo.

La sociedad, por lo tanto, proporciona a las personas las condiciones de existencia y desarrollo que necesitan para alcanzar su plenitud y en consecuencia, ella viene postulada por la misma naturaleza del hombre y por su dinamismo ontológico básico.

No se trata solamente de satisfacer las necesidades materiales del hombre: alimento, vestido, habitación, etc., para lo cual es evidente la urgencia que tenemos de la ayuda de nuestros semejantes, sino,

[5] José Ortega y Gasset. *Meditaciones del Quijote*. Obras completas. Tomo I. Pág. 322.

principalmente, de la colaboración que se requiere para el desarrollo de nuestra personalidad espiritual. En este orden de ideas hay que tomar en todo su rigor el sentido de las palabras de Aristóteles según las cuales "el hombre es por naturaleza un ser social y el que vive fuera de la sociedad por naturaleza y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana". Y luego agrega: "el que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios" [6].

El antecedente remoto de la sociedad es el instinto natural que conduce a los hombres, por exigencias de su esencia, de su perfección y de su indigencia, a organizar asociaciones; y el antecedente próximo e inmediato es su personalidad independiente, merced a la cual puede desarrollar su actividad libremente, para procurarse bienes convenientes por medios legítimos.

2. El hombre y la sociedad. El hombre, desde que adquiere conciencia se encuentra formando parte de un mecanismo de relaciones sociales, al cual lo conducen todos sus instintos, tanto los egoístas como los altruistas y sus necesidades, tanto las biológicas como las del espíritu.

En el orden lógico, las sociedades singulares están al nivel del individuo.

En el orden ontológico, las sociedades están en el plano de los accidentes y, por lo tanto, debajo de la persona humana, que es el plano de la sustancia.

La sociedad es un modo de ser de las personas que consiste en un cierto ordenamiento de ellas, en una relación recíproca.

La sociedad "no es un ser que puede tener subsistencia propia; para existir necesita un sostén; y este sostén está constituido por los individuos asociados, a los cuales ella no se suma ni como antecedente ni como consecuente ni como concomitante sustancial, sino que se les sobrepone en cuanto se identifica con un cierto modo de ser de ellos; modo que consiste en existir todos juntos ordenados, coordinados, subordinados. Brevemente: la sustancia de la sociedad está en los individuos que la constituyen en cuanto están unidos en un cierto orden".

"La sociedad recibe su misma existencia del orden finalista, porque ella es unión ordenada de individuos, que se unen y se ordenan orientándose hacia un fin" [7].

El hecho mismo de que la sociedad sea complemento indispensable al hombre para cumplir su fin propio, nos indica que, al asociarse, no pierde éste su ser individual, sino que al ser y a la operación individuales se unen el ser y las operaciones de la multitud congregada.

[6] Aristóteles. *La Política*. Libro Primero. Capítulo II.

[7] Giuseppe Graneris. *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Pág. 141.

El ser humano, al entrar en sociedad, desenvuelve su personalidad, pero no la cambia ni la pierde. Forma parte de ella en razón de ciertas relaciones de la vida común, pero con referencia a otras realidades coexisten en él valores que no son de la sociedad, sino que están por encima de ella y la sobrepasan.

El individualismo anárquico niega que el hombre pertenezca, en virtud de ciertas cosas que hay en él, como parte, a la sociedad; el totalitarismo sostiene que el hombre es parte de la sociedad política todo entero y según todo lo que posee. El verdadero término medio es que el hombre pertenece todo entero, como parte, a la sociedad, y está ordenado al bien de ésta, mas no según todo lo que es; es decir, no en todos los modos ni en todos los sentidos.

El fin de la sociedad es integrar, de manera gradualmente creciente, a las personas humanas para predisponerlas al lugar de su fin trascendente, que se encuentra situado más allá del fin social. Por ello la sociedad tiene, en último término, un valor instrumental, porque su destino es servir a la persona humana, la cual, en cambio, posee valor final y no está destinada a ninguna sociedad como su fin último.

El que una sociedad, cualquiera que ella sea, pretenda arrogarse el carácter de causa final de la persona humana constituye una violación de su naturaleza propia, que es ser un medio al servicio de la ascensión del hombre hacia su plenitud ontológica.

Toda limitación impuesta por la sociedad a la autonomía del hombre, para ser legítima, no puede ejercerse sino respetando la dignidad humana.

De consiguiente, el hombre forma parte de la sociedad, pero no en virtud de todo lo que se encierra en él; subsisten en él realidades, las más esenciales, que trascienden a la sociedad y están por encima de ella, por cuanto su personalidad se relaciona con lo absoluto y está ordenada a él directa e inmediatamente.

Tenemos, entonces, que la concepción básica y esencial de la vida comunitaria es que el hombre, al integrarse en la sociedad, no lo hace según la totalidad de su persona; no es la plenitud del ser humano que forma parte de ella, sino solamente algunos de sus aspectos y dimensiones. Una gran parte de nuestro ser, precisamente lo que tenemos de único, de intransferible, de radicalmente irreductible queda fuera de la sociedad y por encima de ella. De consiguiente, ningún ordenamiento social puede regular la totalidad de la persona humana, sino tan sólo algunos de sus actos; y aquella parte que toma en consideración, no es, por lo tanto, la persona real y auténtica.

Todos los hombres que viven en sociedad son con respecto a ella como partes de un todo y como tal ordenables al bien del todo; pero no se ordenan a ella con todo su ser, sino tan sólo bajo el aspecto de la temporalidad de sus actos.

Si se comprenden bien las ideas anteriormente expuestas, se explica la razón por la cual, aun cuando la vida en sociedad es natural

a la persona humana, existe siempre una tensión entre el hombre y la sociedad. Este conflicto es natural e inevitable, y su solución no es estática, sino dinámica; provoca un movimiento y se ejecuta en un movimiento.

En este sentido, la vida del hombre es una tensión continua, ya que, por un lado, hay una fuerza que lo lleva hacia la sociedad, para desarrollar su personalidad y, por el otro, una que lo hace adentrarse en sí mismo, para moldear su espíritu en profundidad. Los que ceden a la primera, muchas veces comprometen la esencia misma de su ser, y lo disgregan en la vida social. Los que, por el contrario, cedan a la fuerza que los lleva a aislarse dentro de sí mismos, muchas veces destruyen su personalidad y secan la fuente del amor, al ocupar su vida, cual narcisos, en la propia contemplación, despreocupándose de la tragedia humana que se desarrolla a su lado.

Sólo en la medida en que sepamos conciliar esta paradoja, en que sepamos vivir esta tensión, estaremos construyendo auténticamente nuestra personalidad y perfeccionando la sociedad. No podemos ser hombres sin vivir entre los hombres, ni perfeccionarnos sin colaborar con nuestros semejantes.

El desarrollo integral de la persona humana reclama una pluralidad de comunidades, con sus derechos, libertades y autoridades propios. La vida del hombre está determinada por una constante ascensión hacia sociedades más perfectas en el orden temporal, que satisfagan sus necesidades y aspiraciones. El hombre se asocia por amor en el matrimonio, fundando la familia, que es la sociedad básica de la vida humana, por comunicación de conocimientos y saberes en escuelas y universidades, por participación de bienes en el trabajo, comercio e industrias; y así, de modo variado en distintas sociedades, hasta la sociedad temporal perfecta que es el Estado. La Iglesia es la forma concreta asumida por la sociedad religiosa, que está fuera de la órbita de la soberanía estatal.

En el origen de este movimiento de progresión se encuentran las aspiraciones naturales de la persona humana hacia la superación por el camino de la libertad.

3. El bien común. El fin de la sociedad es el bien común, el cual es distinto del bien individual de cada uno de sus componentes, o de la simple reunión de los bienes individuales de cada una de las personas que la constituyen, o del bien de un todo con vida orgánica que tiene su razón de ser en sí mismo.

El bien común es el conjunto de las condiciones espirituales, culturales y materiales necesarias para que la sociedad pueda realizar su fin propio y establecer un orden justo que facilite a las personas humanas que integran la sociedad alcanzar su fin trascendente.

Existe el bien común de la familia, de los municipios, de los sindicatos, de las universidades, de las sociedades religiosas, del Estado, de la comunidad internacional y, en general, de cada sociedad.

El bien común se funda en obligaciones de justicia. La justicia

determina y especifica el bien común; y, por ello, el bien común constituye un orden de justicia.

El bien común es el bienestar humano de la sociedad y de cada una de las personas que la integran; es el bien del todo y de las partes y es de orden espiritual y material al mismo tiempo. Implica la suficiencia perfecta de bienes, es decir, todos los recursos necesarios para vivir una vida humana completa; exige el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana y procura el perfeccionamiento de la vida terrestre de los hombres. Luego, hay dos clases de bien común: el bien común de las personas que forman la sociedad, en cuanto son miembros de ésta; y el bien común de la sociedad en sí misma, compuesto por los bienes que necesita la sociedad para cumplir su finalidad.

Como la sociedad se diferencia específicamente de la persona, así el bien común difiere del bien individual. Ambos son de diversa especie, no en cuanto el primero sea la suma de los segundos, sino en cuanto es su unión ordenada, de la cual surge un nuevo complejo orgánico de bienes.

Por ello afirmaba Santo Tomás de Aquino que "el bien común es mejor que el privado cuando ambos pertenecen al mismo género, pero no cuando son de diversa clase" [8].

El bienestar material de la sociedad tiene mayor valor que el bienestar material del hombre; pero la vida espiritual de un hombre es infinitamente superior a la riqueza de una nación.

La persona persigue su propio bien individual; las asociaciones intermedias, su singular bien común; y el Estado el bien común general; sin que exista contradicción ni antagonismo esencial entre ninguna de las personas, ni entre las asociaciones entre sí, ni con aquéllas, ni con el Estado.

La ausencia de contradicción y, más aún, la necesaria coordinación e integración, reside en que el bien común es una noción analógica y, por consiguiente, se concreta de modos esenciales distintos en las diversas sociedades en que se realiza y, a la vez, es una totalidad o concepto análogo respecto de los bienes particulares en él contenidos.

El bien común, como concepto analógico, es comunicable y especificable.

Se comunica el bien común a cada sociedad y a las personas singulares y desde éstas a las sociedades intermedias y al Estado, de tal suerte que, en esa dinámica, se distribuye.

El bien común se especifica toda vez que cada ser y cada sociedad realiza, concreta y distribuye bienes de diversa índole, conforme a su naturaleza.

El otro principio rector del bien común es la subsidiariedad, según el cual cada persona y sociedad tiene una esfera específica de obrar

[8] Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. II-II, c. 152, a. 4.

que la es connatural y que debe cumplir ella misma según su jerarquía, de tal suerte que las sociedades intermedias y el Estado no deben absorber tareas que incumban, por naturáleza, a otras sociedades o a las personas; pero sí deben las sociedades y el Estado ejercer el derecho y asumir la obligación de actuar e intervenir, en caso de insuficiencia de aquéllas.

"Todos los hombres y todas las entidades intermedias tienen la obligación de aportar su contribución específica a la contribución del bien común. Esto comporta el que persigan sus propios intereses en armonía con las exigencias de aquél y contribuyan al mismo objeto con las prestaciones —en bienes y servicios— que las legítimas autoridades establezcan, según criterios de justicia, en la debida forma y en el ámbito de la propia competencia, es decir, con actos formalmente perfectos y cuyo contenido sea moralmente bueno o, al menos, ordenable al bien. La prosecución del bien común constituye la razón misma de ser de los poderes públicos, los cuales están obligados a acomodarlo con las exigencias del tiempo presente, reconociendo y respetando sus elementos esenciales y según los postulados de las respectivas situaciones históricas" [9].

III DERECHO

1. La sociedad y el derecho. La sociedad humana no es una mera coexistencia física, sino una delicada, fluctuante y complejísima estructura de relaciones materiales y espirituales, sustentadas en la conciencia de una multiplicidad de objetivos de interés común.

Toda convivencia, desde la más elemental, en la familia, hasta la más compleja en la sociedad civil, requiere de una adecuada ordenación de las relaciones de las personas.

La convivencia implica, inevitablemente, limitaciones en la esfera de la libertad y del poder de cada cual, ajustes de los individuos entre sí y de éstos con las sociedades.

El mantenimiento y desarrollo de la vida en común exige que la conducta de los asociados se regule normativamente en forma ordenada, segura y pacífica, con el fin de realizar un orden de justicia, pues, de lo contrario, la convivencia se haría perjudicial y aun imposible.

Esta regulación externa de la conducta de los hombres, tendiente a establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana, es lo que se denomina Derecho.

La justicia es el valor absoluto que determina la igualdad que debe existir en las relaciones humanas y ella se expresa a través del Derecho.

La justicia, en consecuencia, es el valor supremo del Derecho; y el Derecho, por su parte, aquello que realiza la justicia.

[9] Papa Juan XXIII. *Pacem in terris*. 25.

Como afirma Santo Tomás de Aquino, "el Derecho es el objeto de la justicia" [10].

Quien dice Derecho dice relación societaria; no hay Derecho sino allí donde hay sociedad organizada: "ubi ius ibi societas". La afirmación inversa "ubi societas ibi ius", es igualmente cierta; toda sociedad organizada necesita del Derecho para constituirse, subsistir y funcionar.

2. FUNDAMENTO DEL DERECHO. El Derecho se fundamenta en la esencia de la naturaleza humana, que es inmutable e igual en todos los hombres, y en el hecho que todos ellos gozan de la facultad de determinarse por sí mismos en busca de su realización integral. Ahora bien, todo aquello que le es indispensable al hombre para el desarrollo de su personalidad y cuya obtención está, en algún modo, subordinada a otro, le es debido a él, y, correlativamente, el hombre está obligado a reconocer, como propias de sus semejantes, aquellas cosas o facultades que están en relación de condición necesaria para la satisfacción de las exigencias de la naturaleza de los demás hombres. Esto quiere decir que existe, en virtud de la propia naturaleza, un orden o disposición que la razón humana puede descubrir y según el cual debe obrar la voluntad para conformarse con las finalidades del ser. De consiguiente, existe una ley rectora de la vida humana que tiene por fundamento la naturaleza racional del hombre y no precisa de promulgación, porque se encuentra grabada en nuestra conciencia y le señala un conjunto de derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables.

3. EL DERECHO NATURAL. El Derecho Natural es la expresión de los primeros principios de justicia que rigen las relaciones de los hombres en sociedad, determinan las facultades que a cada uno pertenecen de conformidad con el ordenamiento natural, y sirven de fundamento a toda regulación positiva de la convivencia humana.

El Derecho Natural impone la exigencia de que a la persona humana, por ser una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libre, no se le pueda tratar por la sociedad como un medio, sino como un fin; y, por ello, debe reconocérsele el poder de obrar conforme a las exigencias de su último fin y garantizársele al respecto el uso lícito de su actividad por parte de los demás integrantes del grupo social. Este es el fundamento de los derechos de la persona humana.

4. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LA PERSONA HUMANA. La persona humana tiene derechos por el hecho de ser una persona. Por constituir un todo dueño de sí y de sus actos debe reconocérsele el poder de obrar conforme a las exigencias del último fin y garantizársele el respeto al uso lícito de su actividad por parte de los demás integrantes del grupo social.

[10] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. II-II, c. 57, a. 1.

La filosofía de los derechos de la persona humana descansa sobre la idea del Derecho Natural. El mismo Derecho Natural que establece nuestros deberes más fundamentales nos asigna derechos fundamentales.

Los derechos de la persona humana arraigan en la vocación del hombre, ser espiritual y libre, al orden de los valores absolutos y a un destino trascendente.

Entre estos derechos cabe mencionar el derecho a la existencia; a la integridad física; a la libertad; a la igualdad; al trabajo; a los medios indispensables y suficientes para un nivel de vida digna, especialmente en cuanto se refiere a la alimentación, el vestuario, la habitación, el descanso, la atención médica y los servicios sociales necesarios; a la seguridad; a la participación en los bienes de la cultura; a honrar a Dios según los dictados de su recta razón; a profesar la religión privada y públicamente; a la elección del propio estado; a la propiedad privada de los bienes de consumo; a la asociación; a tomar parte activa en la vida pública y contribuir a la consecución del bien común; a la defensa jurídica de los propios derechos, de manera que ella sea eficaz, imparcial y regida por los principios objetivos de la justicia, etc.

Los derechos de la persona humana están inseparablemente vinculados con los deberes de reconocimiento y respeto de estos derechos por parte de los demás, de cumplimiento de las obligaciones y de solidaridad para hacer siempre más viva la comunicación de los valores espirituales.

5. El derecho positivo. Es de esencia del Derecho Natural aspirar a convertirse en Derecho Positivo.

El Derecho Positivo es el conjunto de normas de conducta extensivas, bilaterales, imperativas y coactivas que, inspiradas en el Derecho Natural, regulan efectivamente la conducta de los hombres en una sociedad y momento histórico determinados, con el objeto de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.

El Derecho Positivo existe por causa del hombre; es una forma necesaria del vivir humano-social; y su esencia, que descansa en valores éticos, trasciende los hechos materiales. Su finalidad es la de subordinar las relaciones sociales a los principios de justicia, encarnando lo espiritual en lo temporal.

La finalidad del Derecho Positivo es crear un orden justo, cierto y seguro de la convivencia humana para lograr el bien común de la sociedad.

Para cumplir esta finalidad en plenitud, el Derecho debe, además, convertirse en instrumento de cambio social que facilite el progreso de la sociedad, haga posible que ascienda a grados más elevados de organización y unificación, tome mayor conciencia de la dignidad de la persona humana y de su libertad e igualdad fundamentales, estructure un orden más justo y realice el bien común espiritual y material de la sociedad.

6. EL AMOR. Si la estructura de la sociedad surge de la justicia y el Derecho, la fuerza creadora interna y su dinamismo vital emergen del valor supremo del amor. La sociedad no puede vivir sin el constante darse de las personas que la integran, sin la fuente de generosidad latente en lo más profundo de la vida y la libertad personal, que hace brotar el amor.

Lo que determina el más alto grado de libertad y dignidad en el hombre es el amor, pues sólo alcanza la perfección humana aquel que vive conforme a la ley del amor.

El amor perfecto aflora cuando el hombre se abre al prójimo y goza con su bien, cuando le manifiesta su aprecio y se ofrece a su servicio.

El amor no se preocupa por saber cuáles son los límites estrictos a que obliga el Derecho, sino mira tan sólo la necesidad del prójimo, presta su ayuda incluso a quien perdió el derecho a ella y está dispuesto a renunciar a sus propias facultades en beneficio de ese prójimo.

La justicia y el Derecho sólo encuentran su perfección en el orden del amor.

El amor supone el cumplimiento de la justicia y el Derecho, pero los trasciende. Sus exigencias van más allá de ellos. Lo que la justicia y el Derecho establecen no es más que el mínimo que presupone el amor.

El amor no desvirtúa ni menoscaba la justicia y el Derecho, porque ellos deben existir hasta que todos los hombres lleguen a la perfección del amor, es decir, mientras subsista el mundo.

Solo la fuerza creadora y unificadora del amor puede realizar la plenitud de vida porque, como dijo San Pablo, "aun cuando yo hablara todas las lenguas de los hombres, y el lenguaje de los ángeles, si no tuviere amor, vengo a ser como un metal que suene, o campana que retiñe. Y aun cuando tuviera el don de profecía, y penetrase todos los misterios, y poseyera todas las ciencias, y tuviera toda la fe posible, de manera que trasladara de una a otra parte los montes, no teniendo amor, nada soy. Aun cuando yo distribuyere todos mis bienes para sustento de los pobres, y entregara mi cuerpo a las llamas, si me falta el amor, todo lo dicho no me sirve de nada. El amor es sufrido, es dulce y bienhechor, el amor no tiene envidia, no obra precipitada ni temerariamente, no se ensoberbece, no es ambicioso, no busca sus intereses, no se irrita, no piensa mal, no se huelga de la injusticia, complácese, sí, en la verdad, a todo se acomoda, cree todo el bien del prójimo, todo lo supera y lo soporta todo. El amor nunca muere" [11].

[11] SAN PABLO. *Primera Carta a los Corintios.* Capítulo 13, versículos 1 a 9. El término griego "ágape" se traduce en latín por Caritas, razón por la cual suele usarse esta expresión caridad, en lugar del original amor.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es la individualidad humana?*
2. *¿Qué es la personalidad humana?*
3. *¿Qué es el entendimiento humano?*
4. *¿Qué es la voluntad humana?*
5. *Estudie la concepción de persona humana de uno de los siguientes filósofos: Sócrates, Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Manuel Kant, Federico Hegel, Soren Kierkegaard, Henri Bergson, Martín Heidegger, Max Scheler o Teilhard de Chardin.*
6. *Estudie la concepción de libertad de uno de los filósofos señalados anteriormente.*
7. *¿Qué significado tiene y qué exigencias produce el hecho que en el hombre exista una unión de cuerpo y espíritu?*
8. *¿En qué forma el hombre debe emplear su inteligencia para su dignificación personal?*
9. *¿Cuál es la esencia de la sociedad?*
10. *¿Qué relación existe entre el hombre y la sociedad?*
11. *¿Cuáles son las exigencias de la dignidad de la persona humana en relación con la sociedad?*
12. *¿Qué es el bien común?*
13. *¿Cuáles son los caracteres propios del bien común?*
14. *¿Cuáles son los requerimientos de la época actual para desarrollar una convivencia humana justa?*
15. *¿Qué es el Derecho?*
16. *¿Cuáles son los fundamentos del Derecho?*
17. *¿Qué es el Derecho Natural?*
18. *¿Cuáles son los derechos fundamentales de la persona humana?*
19. *¿Qué sentido debe tener el amor al prójimo en la convivencia social? ¿Cuáles son sus exigencias?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

SAN AGUSTÍN. *Confesiones.*
ARISTÓTELES. *Etica a Nicómaco.*
BERGSON, HENRI. *Las dos fuentes de la moral y de la religión*
BIBLIA.
CHARDIN, TEILHARD DE. *El fenómeno humano.*
—*El porvenir del hombre.*
HARTMAN, NICOLÁS. *Etica.*
HEGEL, FEDERICO. *Fenomenología del espíritu.*
HEIDEGGER, MARTIN. *El ser y el tiempo.*
HUSSERL, EDMUNDO. *Meditaciones Cartesianas.*
KANT, MANUEL. *Crítica de la Razón Pura.*
KIERKEGAARD, SOREN. *El concepto de la angustia.*
MARCEL, GABRIEL. *El misterio del ser.*
— *Los hombres contra lo humano.*
MARITAIN, JACQUES. *Humanismo Integral.*
— *Para una filosofía de la persona humana.*
— *El hombre y el Estado.*
MARX, CARLOS. *Miseria de la filosofía.*
MOUNIER, MANUEL. *El personalismo.*
ORTEGA Y GASSET, JOSÉ. *Meditaciones del Quijote.*
— *El Tema de nuestro Tiempo.*
— *Estudios sobre el amor.*
PASCAL, BLAS. *Pensamientos.*
PLATÓN. *La República.*
SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica.*
SCHELER, MAX. *El puesto del hombre en el cosmos.*
— *El saber y la cultura.*
— *Etica.*
— *Fenomenología y Metafísica de la libertad.*
— *Acerca de la idea del hombre.*
— *Ensayos de una filosofía de la vida.*
— *El hombre en la etapa de la nivelación.*
— *Cosmovisión filosófica.*

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONDUCTA HUMANA Y SU REGULACION NORMATIVA

"Conócete a ti mismo".
SÓCRATES

SUMARIO

I. LAS LEYES NATURALES. II. LOS ACTOS HUMANOS. III. LA LIBERTAD HUMANA. IV. LAS NORMAS DE CONDUCTA HUMANA. V. LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL, USOS, CONVENCIONALISMOS O COSTUMBRES SOCIALES. VI. LAS NORMAS MORALES.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. LAS LEYES NATURALES

1. CONCEPTO. El universo está regulado por leyes que lo gobiernan con armonía. Ellas son naturales y necesarias y el hombre no puede alterarlas.

Las leyes naturales son juicios enunciativos cuya finalidad radica en señalar las relaciones invariables que existen en la naturaleza. Ellas se refieren siempre al carácter necesario de ciertos hechos, a la comprobación empírica de una regularidad efectuada generalmente por inducción.

Las leyes naturales expresan relaciones constantes entre los fenómenos de la naturaleza.

2. CARACTERÍSTICAS. Las características más importantes de las leyes naturales son las siguientes:

a) Las leyes naturales establecen relaciones de causalidad, esto es, supuesto un determinado hecho, subordinan a su realización ciertas consecuencias o efectos que indefectiblemente deberán producirse.

Por la índole de su objeto, las leyes naturales se refieren siempre a lo que es, no a lo que debe ser.

Las leyes de la naturaleza no deben ser confundidas con las relaciones que expresan. Ellas no son enlaces entre hechos, sino fórmulas

destinadas a explicarlos. Constituye un error creer que las leyes naturales son causas de los fenómenos a que aluden. Ellas no los producen, sino que simplemente revelan sus antecedentes y consecuencias;

b) Las leyes naturales implican la existencia de relaciones necesarias entre los fenómenos. Ellas enuncian relaciones constantes, es decir, procesos que se desenvuelven siempre del mismo modo; y

c) Las leyes naturales son válidas cuando son verdaderas, o sea, cuando las relaciones a que su enunciado se refiere ocurren realmente, en la misma forma en que ellas indican. Para que las leyes tengan validez, es indispensable que los hechos las confirmen totalmente, sin ninguna excepción.

II. EL ACTO HUMANO

1. CONCEPTO. El acto humano es el que procede de la voluntad libre del hombre. El está enraizado en la inteligencia y en la voluntad de la persona.

No todos los actos que realiza el hombre son humanos. Algunos son simplemente naturales, otros son del hombre, otros violentos y otros humanos.

Actos simplemente naturales son aquellos que proceden de las potencias vegetativas y sensitivas del hombre, sobre las que éste no tiene total control, como por ejemplo, la nutrición, la respiración, la circulación de la sangre, etc.

Actos del hombre son los que proceden de éste sin ninguna deliberación o voluntariedad, porque se encuentra privado de razón habitualmente o en el momento de realizar el acto; por ejemplo los actos que ejecutan los dementes o los sonámbulos.

Actos violentos son los que el hombre realiza por una coacción exterior que lo obliga a ejecutarlos contra su voluntad.

Actos humanos son aquellos que el hombre realiza con plena advertencia y deliberación, o sea usando libremente de sus facultades racionales. Solamente en estos casos el hombre es dueño y responsable de sus actos y manifiesta su total dignidad humana.

2. ACTOS HUMANOS INTERNOS Y EXTERNOS. Los actos humanos pueden ser internos o externos.

Los actos internos, llamados simplemente actos, son aquellos que se realizan únicamente en la intimidad del hombre, accionando interiormente el compuesto psicofísico.

Los actos externos, llamados también acciones, son aquellos que prolongan la efectividad del acto humano hacia el exterior por medio de los órganos corporales. La característica de la acción es su proyección externa, que vincula a la persona con el medio objetivo.

Tanto el acto como la acción son actos humanos.

Aún más, la acción propiamente humana es la que va dirigida y gobernada por el acto interior de la inteligencia y de la libertad.

3. ELEMENTOS. En todo acto humano, se pueden distinguir tres elementos principales: el cognoscitivo, el volitivo y el ejecutivo.

A) *Elemento cognoscitivo.* El elemento cognoscitivo consiste en el conocimiento de lo que se hace.

El principal elemento cognoscitivo del acto humano es la advertencia, que consiste en el acto por el cual el entendimiento humano percibe la obra que realiza o que va a realizar.

Los principios fundamentales del acto humano en relación con la advertencia son los siguientes:

a) El acto humano requiere que el hombre, psicológicamente, se dé cuenta de la acción que va a realizar o que está realizando;

b) El acto humano exige que el hombre advierta la relación que existe entre dicho acto y el orden moral;

c) La moralidad del acto será mayor o menor según el grado de advertencia con que se haya realizado;

d) La advertencia posterior no afecta a la moralidad de una acción, a no ser que la inadvertencia haya sido culpable; y

e) Solamente efectan a la moralidad del acto humano los elementos que se han advertido al ejecutarlo, no los que dejaron de advertirse.

El principal impedimento que puede afectar al elemento cognoscitivo es la ignorancia, que consiste en la falta de ciencia debida en un sujeto capaz; esto es, la ausencia de un conocimiento que se podría y debería tener.

B) *Elemento volitivo.* Por elemento volitivo se entiende la influencia que ejerce la voluntad en el acto humano.

Acto voluntario es el que procede de un principio intrínseco con conocimiento del fin; o el que procede de una inclinación libre de la persona con conocimiento del fin a que se dirige.

El concepto de acción libre se opone al modo de obrar necesario; la libertad excluye toda forma de necesidad o determinación; por ello hombre libre es el que tiene potestad o es dueño de sus propias acciones.

Los principales impedimentos que pueden afectar al elemento volitivo son las pasiones y el miedo.

Las pasiones son perturbaciones del ánimo de la persona que, producidas por afectos intensos y permanentes, confunden la recta razón y paralizan o desvían la voluntad. Las pasivas, si han sido voluntaria y deliberadamente excitadas o fomentadas, aumentan la responsabilidad; en otro caso, la disminuyen; y la excluyen en absoluto si precede e impide toda deliberación de la razón y todo consentimiento de la voluntad.

El miedo es la perturbación del ánimo de la persona por un riesgo o mal, real o imaginario, presente o futuro, que la amenaza a ella o a otra persona a la que está vinculada. El miedo grave excusa, por lo general, del cumplimiento de las leyes positivas que prescriben realizar un acto bueno. Los actos jurídicos realizados bajo la presión de un miedo grave e injusto son siempre anulables.

C) *Elemento ejecutivo.* El elemento ejecutivo corresponde a las potencias ejecutivas y se hace efectivo a través de la realización de un acto externo a impulsos de la libertad interna. En realidad supone el acto humano ya constituido esencialmente por el entendimiento y el consentimiento de la voluntad, pero le añade un complemento accidental que, además de intensificar el acto interno, puede afectar a una ley.

El principal impedimento que puede afectar al elemento ejecutivo es la violencia.

La violencia aplicada a un ser inteligente y libre se llama coacción y puede definirse como la fuerza física o moral ejercida sobre una persona para obligarla a realizar una acción contra su voluntad.

4. IMPUTABILIDAD. El hombre es libre y por ello sus actos le son imputables, como así mismo los efectos de éstos.

La imputabilidad consiste en atribuir un acto a quien lo ejecutó. La imputabilidad puede ser física o moral.

La imputabilidad física considera al agente únicamente como causa física.

La imputabilidad moral toma en consideración el grado de conocimiento y libertad con que el sujeto actuó. A la persona que actúa con advertencia y libertad le son moralmente imputables sus actos y los efectos de éstos. Por ello la imputabilidad moral puede ser definida como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó como a su causa eficiente y libre.

5. RESPONSABILIDAD El hombre, por ser dueño de sus actos y serle éstos imputables, debe responder de los mismos ante los demás.

La responsabilidad es la consecuencia favorable o adversa que sufre la persona que ejecuta un acto libre.

La responsabilidad es consecuencia directa de la imputabilidad puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del acto humano.

Además, las acciones de la persona humana incluyen de algún modo un orden de retribución, es decir, una relación de mérito o de pena ante la sociedad, porque cada persona es una parte o miembro de la comunidad en que vive. Por tanto, sus actos, buenos o malos, repercuten en la sociedad y merecen de ella el premio o el castigo.

En relación con lo expuesto anteriormente es necesario precisar que "el hombre no se ordena a la comunidad política según todo su ser y todas las cosas que le pertenecen, y por eso no es necesario que todos sus actos sean meritorios o no respecto de la sociedad" [1].

Debemos tener presente, en todo caso, que mientras vivimos en el mundo somos responsables de él.

El hombre es responsable de sus decisiones libres, tanto si se refie-

[1] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica.* I-II, c. 21, a. 4.

ren a un acto como a una omisión. Muchas veces las consecuencias de una omisión pueden ser tan trascendentales como las de un acto.

El hombre es responsable no sólo de lo que intenta directa o inmediatamente con su decisión, sino también de todos los efectos mediatamente perseguidos, pues ellos caen igualmente bajo su intención. La responsabilidad se extiende aun a aquellos efectos que no caen bajo su intención ni como medios ni como fin, sino que sólo fueron previsibles como consecuencia de la decisión, aunque no se hayan intentado directamente.

Por otra parte, el hombre no puede evitar completamente que sus acciones buenas y aun obligatorias produzcan por accidente efectos malos, de los cuales también es responsable.

En relación con lo expuesto es necesario precisar que nunca es lícito escoger un medio malo para conseguir un buen resultado —ni quererlo ni aprobarlo en el curso de la ejecución— si ese medio es de tal naturaleza que considerado en sí mismo resulta intrínsecamente malo. Nunca es lícito obrar el mal para conseguir algún bien.

III. LA LIBERTAD HUMANA

I. Concepto. El hombre contemporáneo se enfrenta muchas veces con el problema de su libertad con una actitud evidentemente angustiada.

Se ha hecho común hablar del miedo a la libertad y ello es consecuencia de que muchas veces el hombre tiene vivencias psicológicas de limitaciones que contrarían sus más hondas aspiraciones: ser libre para morir, para sufrir, para ser encarcelado injustamente, para ser humillado, para angustiarse... es realmente una dolorosa manera de serlo.

Por otra parte las pretensiones ontológicas de muchas corrientes filosóficas contemporáneas devienen insatisfactorias, como las de Jean Paul Sartre por ejemplo, quien afirma que "el hombre está solo y abandonado, puesto que no encuentra, ni en sí ni fuera de sí, una posibilidad a que agarrarse" [2]; la libertad se convierte así en un vacío que nada puede fundar.

Por otra parte, el problema de la libertad es analizado por la mayoría de los pensadores contemporáneos como uno de los más trascendentes de nuestra época, que forma parte de nuestra razón vital.

Estas breves consideraciones comprueban la importancia de desarrollar una concepción de la libertad humana.

Como expusimos anteriormente, la responsabilidad implica la libertad. Un hombre sólo es responsable de lo que puede escoger o rechazar libremente, de lo que de un modo u otro está dentro de su poder.

[2] Jean Paul Sartre. *L'être et le néant*. Pág. 36.

Los actos del hombre se dividen en necesarios y libres. Necesarios son aquéllos en que obra movido por la fuerza de su naturaleza y libres aquéllos en que actúa por determinación propia o elección.

El poder que tiene la voluntad humana para determinarse por sí misma a actuar o no actuar, puestas las condiciones para la acción, es lo que se denomina libertad o libre albedrío.

La libertad es la facultad por la que la voluntad es dueña de sus propios actos o tiene en sí el principio de determinación de los mismos.

La libertad puede entenderse en sentido físico o moral.

La libertad física es la facultad de hacer o no hacer algo, bueno o malo.

La libertad moral es la facultad que tiene el hombre de elegir, consciente y voluntariamente, los medios necesarios para hacer el bien.

La libertad propia del hombre es la libertad moral porque la capacidad física de hacer el mal no significa práctica de la libertad, sino imperfección y defecto de la misma, ya que lo propio del hombre es obrar según su naturaleza; por consiguiente, cuando él actúa en contra de su naturaleza, no obra como libre sino como esclavo. Además, el hombre es racional por naturaleza y, en consecuencia, cuando actúa racionalmente para hacer el bien, es perfectamente libre; pero, cuando obra en contra de la razón esto es esclavitud. De manera que la libertad de hacer el mal no solamente no aumenta la libertad, sino que la disminuye o la niega.

2. El hombre libre. Es condición indispensable para la afirmación de la libertad que la persona sea dueña de su acción, y no lo será si no es principio de ella o si no es su juez para arbitrar sobre el momento o la dirección en que haya de actuar; en otras palabras, si no está exenta de toda imposición con respecto a su principio y a su término.

La naturaleza humana es libre y, por consiguiente, para el hombre no es distinto ser y poseer libertad; él es, por naturaleza, libre, aunque no siempre actúa libremente.

Es libre el ser que es causa de sí mismo. Por ello decimos que el hombre es libre porque es causa de sí mismo y no fin de otro.

La simple razón natural puede demostrar con toda evidencia que el hombre es libre por el testimonio inequívoco de la propia conciencia, por el consentimiento universal de todos los hombres y por la misma naturaleza intelectual de la persona.

La libertad es una consecuencia de la naturaleza racional del hombre: el hombre es libre porque es inteligente. En efecto, aunque la libertad no es distinta de la voluntad, sino que es formalmente una propiedad de ésta, por la que elige a su arbitrio lo que el entendimiento le propone como bueno y conveniente para sí, la libertad tiene su raíz y presupuesto en el entendimiento que le propone esos objetos a través de un juicio. La voluntad elige entre ellos el que mejor le parece pero sin sentirse arrastrada por él ni por ningún otro de los que el entendimiento le propone.

La esencia de la libertad está en el pleno dominio de la voluntad sobre su acto de elección porque, como lo expresa Santo Tomás de Aquino, "lo propio del libre albedrío es la elección, pues se dice que tenemos libre albedrío por cuanto podemos aceptar una cosa rehusando otra, en lo cual consiste la elección" [3].

Para el pleno dominio de la voluntad sobre su acto de elección se requiere la libertad de coacción extrínseca y de necesidad intrínseca, tanto de ejercicio como de especificación.

3. LIBERTAD, VOLUNTAD Y MOTIVACIÓN. El acto de elección es el propio y constitutivo de la libertad.

La elección es un acto de la voluntad racional con respecto a los medios.

Este poder es privativo de la voluntad. Las otras facultades obran siempre necesariamente, es decir, no pueden menos de obrar una vez puestas las condiciones suficientes para ello. La voluntad, empero, extiende y hasta cierto punto participa a las otras potencias el libre albedrío que le es propio.

La cuestión fundamental de la libertad no está en determinar si el acto externo procede libremente de una decisión interna, sino si esta misma decisión interna viene determinada por algo que no sea la libre voluntad. Es la voluntad la que dicta la última decisión no determinada por otra cosa, sino determinándose libremente a sí misma.

Es necesario, sin embargo, tomar en consideración, en cada caso, las circunstancias psicológicas, porque a veces se producen fenómenos de violencia psicológica que disminuyen o anulan la libertad.

La libertad del hombre crece en la medida en que es más íntima y profunda la atracción que ejerce en él el motivo.

Por todo ello podemos concluir que la libertad humana, en definitiva, consiste en la libre determinación de los motivos.

4. GRADOS DE LIBERTAD. El ámbito de la libertad es de muy variada profundidad y extensión. La libertad humana queda muy limitada por la herencia biológica y psíquica y por las contingencias de tiempo y lugar.

La libertad le es dada al hombre sólo en germen: debe crecer con él. Y este crecimiento sigue el camino que recorre la persona hasta hacerse personalidad. Aumenta la libertad humana cada vez que la persona va hasta el límite de las energías de su voluntad en la realización del bien. Por ello la libertad es el poder que tiene el hombre de superarse a sí mismo en cada acto. La libertad que no va hasta el límite de sus posibilidades, se atrofia. La fuerza propia de la libertad está en procurar el bien y su mayor impotencia consiste en rechazarlo.

El mayor grado a que puede llegar la libertad es a llevar al hombre a buscar en cada situación lo mejor, obedeciendo al espíritu de res-

[3] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I, c. 83, a. 3.

ponsabilidad y conduciéndolo a la más alta independencia; por ello la persona, por medio de la libertad, puede alcanzar su más alto grado de dignidad humana.

5. EDUCACIÓN DE LA LIBERTAD. Si la libertad consiste en buena parte en su ejercicio, depende más todavía del cultivo razonado de los motivos del obrar.

La educación de la libertad y de la obediencia debe basarse más en motivos que en simples mandatos. Si ella se funda sólo en imperativos incomprensibles y arbitrarios destruye la voluntad libre del hombre.

La auténtica educación de la libertad nace del conocimiento y del amor de lo bueno, o más bien, de lo mejor.

La fuerza de la libertad se desarrolla plenamente cuando está animada por el conocimiento y el amor del bien.

6. FACTORES QUE INFLUYEN EN LA LIBERTAD. La libertad se puede desarrollar por el esfuerzo del hombre, pero también puede disminuirse por causas imputables a él o independientes de su voluntad.

La propia individualidad, las circunstancias históricas, el medio social en que actúa, todo ello condiciona los límites y alcances de la libertad humana. No obstante esto, la persona debe trabajar por superar estas limitaciones y ensanchar su libertad.

Existen ciertas causales que disminuyen o perturban la libertad.

La violencia exterior puede suprimir la libertad para la ejecución de los actos humanos, mas no la libertad de la decisión interna.

El temor que procede del exterior puede disminuir o suprimir la libertad de la voluntad en la medida en que perturbe el equilibrio interior de la persona.

Las pasiones desordenadas que proceden de la voluntad consciente del hombre influyen en su libertad.

La ignorancia no culpable también influye en la libertad.

El medio ambiente en que vive una persona influye en su libertad.

Las circunstancias históricas, políticas, sociales, económicas y culturales en que se desarrolla el país influyen en la libertad de los ciudadanos. No es lo mismo vivir en una nación democrática en que se respeta la dignidad de las personas que en una dictadura que niega los derechos fundamentales del hombre.

La angustia, que es la inquietud que atemoriza al hombre sin que él sepa con precisión qué es lo que la causa, también disminuye o suprime su libertad. Al respecto expone el distinguido Profesor Doctor Armando Roa, Director del Departamento de Psiquiatría de la Universidad de Chile [4]: "La angustia es sin embargo un término genérico y no específico; todas tienen en cierto modo algo común con la definición dada; pero enseguida vienen las diferencias. Hay la angustia

[4] ARMANDO ROA. *Lecciones de clase.* Inéditas.

propia del hombre contemporáneo, que vive en un mundo sin valores trascendentes, y donde lo único importante es competir por la gloria, el prestigio, el sexo y el dinero; dicha angustia no priva sin embargo, de la visión de lo que es dañino a otro ser, o de aquello que autobeneficia sin dañar a terceros; dicha angustia deja plena responsabilidad en el actuar. Lo mismo ocurre con las angustias propias de la neurosis de angustia, neurosis obsesiva, neurosis histérica o neurastenia. En ninguna se da el impulso indominable a conductas delictuales".

"En la angustia de la depresión endógena, dados además los síntomas restantes (falta absoluta de sentido de la vida), se da en algunos casos la tendencia indominable al suicidio personal y colectivo, esto es, a eliminarse junto con los hijos, a los cuales se cree abocados a una vida de inenarrables sufrimientos. Aquí no hay imputabilidad criminal. Algo semejante pero en otra dirección ocurre en los arranques de angustia acompañados de impulsividad irreprimible a agredir, de ciertos tipos de esquizofrenia, epilepsia y demencias orgánicas. En todos estos casos se trata de psicosis".

"Las psicosis en sus períodos de actividad mórbida —pues también pasan por intervalos de apagamiento y mejoría (intervalos lúcidos)— tienen gran influjo sobre la libertad del hombre, no así las neurosis o los "dramas" naturales a toda vida cotidiana. El psicótico cree a pie juntillas en lo que le dicen sus voces alucinadas, sus ideas delirantes, e interpreta como agresión o amedrentamiento a su persona, actos inocentes hechos por otros en su presencia; como pasa a veces dominado por una especie de pavor íntimo a ser destruido, no es raro que en tales casos responda con impulsos asesinos "en defensa propia". En ocasiones no es ni siquiera ese pavor, son simplemente impulsos irrefrenables nacidos desde el fondo de sí, los que dirigen violentamente su conducta contra sí o contra objetos o contra sus semejantes; viene a darse cuenta de lo hecho —como ocurre en la epilepsia o la esquizofrenia— cuando ello ya fue realizado y no tiene remedio; tal darse cuenta sucede en ocasiones apenas instantes después de aquellos actos. Idéntica es la irresponsabilidad en los estados de obscurecimiento de conciencia conocidos con los nombres de: estado crepuscular, estado amencial, estado delirioso, estado estuporoso, estado epileptoide-angustioso. En los obscurecimientos de conciencia, el enfermo vive como en un mundo de sueños lleno a ratos de pesadillas y actúa a ciegas como un soñante".

"En resumen, no puede haber libertad allí donde la personalidad previa yace sumergida tras una cortina de alucinaciones, delirios, impulsos irreprimibles o conciencia confusa, que le hacen ver el mundo de manera abiertamente distinta al de la persona normal, y donde predomina sobre todo el sentimiento de miedo al creerse abandonado en una tierra inhóspita, llena de peligros para la más elemental sobrevivencia. Lo extraño es más bien que, dada esa atmósfera, los crímenes o delitos de los psicóticos sean infinitamente menores de lo que

pudiera pensarse, lo cual habla de que, pese a todo, en ese abismo, aún perdura cierta débil luz frente al bien y al mal".

"Los estados de deficiencia mental: debilidad mental profunda, imbecilidad e idiocía, por falta de comprensión de los conceptos morales, tampoco son responsables en su actuar".

"En cambio las personalidades psicopáticas tienen libertad suficiente para evitar el delito. Lo prueba la astucia con que ejecutan lo reprobable, y el que en general, en una atmósfera severa, evitan lo susceptible de caer bajo la ley penal".

"Estamos por fin de acuerdo con el notable psiquiatra francés Henri Ey, cuando refiriéndose a los peritajes médicos, dice en la reciente y última edición de su célebre tratado de Psiquiatría: "Por lo que refiere a la deontología de su misión, el experto debe prevenir al inculpado que es sometido a una peritación ordenada por los magistrados. Debe examinar muy atentamente el expediente del inculpado. Debe abstenerse de toda investigación que parezca atentar a la dignidad de la persona humana (es prudente —y para ciertos juristas y abogados debe considerar que así le es prescrito— no recurrir a investigaciones como el narcoanálisis, este famoso "suero de la verdad" que tiene el peligro de embrollar el problema en vez de esclarecerlo). Debe guardar una actitud de digna independencia tanto frente a la autoridad judicial, que le ha comisionado, como frente al interés de la defensa del hombre al cual no está designado para juzgar sino solamente para estimar la responsabilidad" [5].

IV. LAS NORMAS DE CONDUCTA HUMANA

1. Concepto. Cuando analizamos la actividad consciente del hombre, podemos advertir que existen diversos sistemas que regulan la conducta humana.

Los hombres, seres dotados de voluntad y entendimiento y que gozan de libre albedrío, pueden adecuar o no su conducta a las prescripciones de dichas normas, sin perjuicio del sometimiento de su ser biológico a las leyes de la naturaleza.

Las normas que regulan la conducta humana son preceptos que tienen por fin realizar valores.

2. Características. Las características más importantes de las normas de conducta humana son las siguientes:

a) Las normas de conducta determinan relaciones de deber ser entre un hecho antecedente, que es una conducta dada, y un hecho que puede o no ocurrir como consecuente.

Ellas no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo

[5] Ey, Henri; Bernard, P.; Brisset, Ch. *Tratado de Psiquiatría.* Traducción C. Ruiz Ogaña. Edición Toray-Masson, S. A. Barcelona 1974. Pág. 1155.

que debe ser cumplido, aunque tal vez en la realidad no se cumpla ni se vaya a cumplir.

La norma de conducta es la representación conceptual de una determinada conducta humana a la cual se le imputa una consecuencia, pero entre ambos términos no existe ninguna vinculación de causalidad física;

b) La condición para que una norma de conducta sea tal, radica en que aquello que estatuye como debido no tenga que acontecer forzosa e inevitablemente en el mundo de los hechos. La norma prescribe lo que debe ser, lo cual puede o no acontecer en la realidad. En consecuencia, es de la esencia de la norma el que sus prescripciones no se cumplan de manera inexorable, el que puedan ser violadas de hecho, ya que si los destinatarios del deber impuesto por ella fatalmente tuvieran que cumplirlo, las normas de conducta se transformarían en leyes de la naturaleza.

Esta característica no se deriva de las normas mismas, sino de la índole de los sujetos a quienes se destinan. Las normas de conducta se refieren, necesariamente, a personas humanas capaces de autodeterminarse en el plano de la acción, es decir, capaces de cumplir o de violar sus disposiciones. Si no existieren personas humanas, no podría pensarse en ordenar sus conductas; y si ellas no fueran libres, sino que procedieran por ciega necesidad, no se podría hablar de normas de conducta, de lo que debe ser, sino de leyes naturales, de lo que es. La existencia de personas humanas que gozan de libre albedrío es supuesto lógico de toda norma de conducta.

El cumplimiento de las normas de conducta por parte de los sujetos a quienes se dirige, es contingente, ya que las personas cuya conducta rigen, como seres dotados de albedrío, son capaces de violarlas.

La validez de las normas de conducta no está condicionada por su cumplimiento; ellas valen por sí mismas, incluso en relación con la conducta que las infringe. Las excepciones al cumplimiento de una norma no afectan a su validez. En consecuencia, las normas de conducta son proposiciones que valen a pesar de su no coincidencia con la realidad, porque ellas no tratan de expresar cómo es efectivamente ésta, sino cómo debe ser, es decir, prescriben una conducta; y

c) Las normas de conducta son válidas cuando exigen un proceder intrínsecamente obligatorio, fundado en la idea de valor. Sólo tiene sentido afirmar que algo debe ser si lo que se postula como debido es válido. Por ello, toda norma de conducta se caracteriza por el hecho de que pretende orientar la conducta humana hacia la realización de un valor, esto es, de un bien adecuado a la naturaleza del hombre en su dimensión individual y social, siendo indiferente para su existencia y validez como tal norma que de hecho obtenga o no ese propósito.

Las principales normas que regulan la conducta humana son las

normas del trato social, usos o costumbres, las normas morales y las normas jurídicas.

V. LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL, USOS, CONVENCIONALISMOS O COSTUMBRES SOCIALES

1. CONCEPTO. Las normas del trato social, usos, convencionalismos o costumbres sociales, son aquellas que imponen a los hombres una determinada conducta en la vida social fundada en principios de buena educación, decoro, protocolo o cortesía. Son ejemplos de ellas las que establecen normas con respecto a los saludos, regalos, visitas, invitaciones, etc. [6].

Hay autores que les niegan el carácter de normas de conducta. En efecto, Giorgio del Vecchio [7] opina que la conducta del hombre sólo puede ser objeto de regulación moral o jurídica, y que las normas del trato social no son, en rigor, normas autónomas, sino que entran necesariamente en una u otra de las dos categorías mencionadas.

Gustavo Radbruch [8] sostiene, por su parte, que las normas sociales representan una etapa embrionaria de las normas jurídicas, o bien una degeneración de éstas, y que ello se explica porque aquéllas no difieren de éstas de manera substancial.

Diferimos de estas opiniones y consideramos que las normas del trato social poseen autonomía, por las razones que a continuación expondremos.

2. CARACTERÍSTICAS. Las características más importantes de las normas del trato social son las siguientes:

a) Las normas del trato social son de carácter social pues consideran al hombre como parte integrante de la sociedad y no en su vida individual. En consecuencia, es necesario, para que ellas existan, la presencia de por lo menos dos sujetos entre los cuales se produzcan relaciones que se manifiesten en actos externos. Cuando el hombre está solo, su conducta no está regulada por normas del trato social;

b) Las normas del trato social rigen la conducta exterior del hombre, esto es, regulan su proceder sólo en cuanto éste se traduce en conductas en relación con otros sujetos. Las normas del trato social afectan a la exterioridad de la conducta humana; ellas jamás penetran en la intimidad del ser, en la esfera de las intenciones originarias, en la profundidad de la vida humana. Las normas del trato social quedan plenamente cumplidas cuando el sujeto realiza u omite los actos ordenados o prohibidos, sean cuales fueren los móviles. Esto explica el hecho de que existen individuos muy morales y que, sin embargo, pueden ser calificados de mal educados, o, por el contrario, sujetos

[6] Ver MANUEL ANTONIO CARREÑO. *Manual de Urbanidad y de buenas costumbres.*

[7] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho.* Pág. 323.

[8] GUSTAVO RADBRUCH. *Filosofía del Derecho.* Pág. 59.

que cumplen fielmente las normas del trato social y que, con razón pueden ser llamados "sepulcros blanqueados";

c) Las normas del trato social entrañan un mandato cuya infracción acarrea una sanción de reprobación social, que a veces está determinada en forma previa en la misma norma (Código del Honor) o cuenta con órganos destinados a imponerlas (Tribunales del Honor);

d) Las normas del trato social son heterónomas, porque para su vigencia se requiere de un proceso de interiorización, de adhesión íntima o de reconocimiento personal;

e) Las normas del trato social son unilaterales, esto es, obligan pero no facultan;

f) La sanción por la infracción de las normas del trato social no fuerza inevitablemente a su cumplimiento; ella nunca consiste en la imposición forzada de la conducta prescrita, ni tiene tampoco el carácter de inexorable, sino que constituye una simple reacción reprobatoria de la sociedad contra el sujeto infractor de la norma. Esta sanción puede resultar, en algunas oportunidades, de mucha gravedad para el sujeto, lo que explica el hecho de que, a veces, estas normas se presentan con caracteres de mayor obligatoriedad que las normas morales o jurídicas.

Esta particularidad hace posible, también, que el infractor de una norma del trato social puede colocarse y mantenerse en actitud de rebeldía frente a ella, lo que es imposible concebir en la norma jurídica;

g) Las normas del trato social poseen una validez relativa por cuanto no son normas que tengan valor para todos los tiempos y lugares; por el contrario, ellas están condicionadas por la época, el país, la clase social, el círculo, la profesión, la edad, etc.

Es útil anotar, además, que los usos sociales sólo rigen en la medida en que tengan una vigencia social efectiva, y en cuanto el sujeto pertenezca actual y realmente al círculo en que rigen; y

h) Las normas del trato social persiguen como finalidad hacer más agradable la convivencia humana.

VI. LAS NORMAS MORALES

1. Concepto. Las normas morales pueden presentarse en forma positiva o negativa.

En ambos casos se hace referencia a un valor que en sí mismo es más rico de lo que puede expresar el enunciado de la norma. En consecuencia es el valor el que da significado a la norma y el que constituye el verdadero objetivo del acto moral. Por ser un valor en sí mismo y por los valores que fundamenta en su relación con el hombre, regula la conducta de éste.

Una norma moral no es una restricción arbitraria de la libertad humana, sino un llamado dirigido a la libertad para moverla a salva-

guardar y cultivar el valor. "Una norma que no estuviera fundada sobre un valor y no estableciera un deber "valioso", estaría privada de toda fuerza moral obligatoria" [9].

Las normas morales que regulan la conducta humana están fundadas en el principio de que el nombre debe actuar conforme a su ser, porque el orden del obrar debe atenerse al orden del ser.

Las normas morales son razonables y valiosas y están dirigidas a la libertad. El hombre puede reconocerlas o desconocerlas y cumplirlas o trasgredirlas libremente.

El contenido de las normas morales corresponde a la esencia de la persona humana.

Las normas morales procuran que la persona, en sus sentimientos y acciones, sea fiel a su ser.

El hombre, por su naturaleza, no está determinado a seguir una sola conducta, sino que él debe esforzarse, con todos los recursos que le proporcionen sus conocimientos y su libertad, por satisfacer las exigencias de su propia esencia y las de todos los seres con los cuales está en relación.

De lo expuesto podemos concluir que las normas morales regulan la conducta libre del hombre, de conformidad con los dictados de la recta razón, con la finalidad de que pueda realizar su destino trascendente y alcanzar su último fin.

2. CARACTERÍSTICAS. Las características más importantes de las normas morales son las siguientes:

A) *Interioridad.* Las normas morales son interiores. Ellas valoran las acciones del hombre en vista a su supremo y último fin, de modo absoluto, radical. Su campo de imperio es el de la conciencia de cada persona, porque es en ella donde tiene lugar el encuentro entre los diversos modos de obrar, uno de los cuales debe ser escogido por ella. De modo que, para calificar una conducta como buena, no basta que ella esté externamente en concordancia con la norma ética, sino que además es menester que exista moralidad en el propósito, en la raíz profunda del proceder.

Sin embargo, no debemos pensar que la Moral permanece ajena a las manifestaciones externas de la conducta. Ella se preocupa de la intencionalidad del hombre, pero no desdeña las manifestaciones externas de su voluntad, y por esto exige que las buenas intenciones se conviertan en obras;

B) *Unilateralidad.* Las normas morales son unilaterales. Con frecuencia, la unilateralidad de las normas morales se expresa diciendo que ellas establecen los deberes del hombre para consigo mismo. Esta afirmación no nos da una idea exacta de esta particularidad, sino que, por el contrario, se presta a equívocas interpretaciones, pues, basándose en ella, podría concluirse que ciertas máximas que se reputan

[9] BERNHARD HARING. *La Ley de Cristo.* Tomo I. Pág. 261.

como morales no serían tales, en razón de que no se cumplen en relación consigo mismo, sino que respecto de otras personas, como los deberes de caridad, por ejemplo.

En verdad que con esta afirmación se quiere decir que el deber impuesto por la norma moral sólo puede ser exigido por la conciencia de cada cual, lo que no obsta a que materialmente el deber se cumpla en la vida de relaciones; o, dicho en otros términos, que, frente al sujeto a quien obliga, no existe otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes.

Estas normas implican un deber cuyo cumplimiento puede tener efectos para otras personas, pero ello no es lo determinante; lo más importante, moralmente, es la bondad del acto para el sujeto que lo realiza. Por ello, la norma moral posee dimensiones de eternidad, y existiría aunque sólo hubiese un hombre sobre la tierra;

C) *Falta de rigurosa determinación.* Las normas morales carecen de rigurosa determinación y, por ello, muchas veces se presentan incertidumbres en el individuo cuando trata de obedecer sus dictados;

D) *La sanción es el remordimiento.* La violación de las normas morales por parte del sujeto le acarrea una sanción que consiste en el remordimiento de su conciencia, pero esta sanción es indeterminada y depende del grado de sensibilidad de la persona;

E) *Carencia de coactividad.* Las normas morales carecen de coactividad. Esto significa que la observancia de la conducta prescrita por la norma moral debe realizarse en forma voluntaria, espontánea, libre de toda fuerza extraña o coacción externa, pues de otro modo la conducta se transformaría en un simple hecho que escaparía por completo a toda posible valoración ética. En las normas morales no existe la posibilidad de imponer por la fuerza la conducta debida;

F) *Validez absoluta.* Las normas morales poseen validez absoluta en cuanto se fundan en valores objetivos e inmutables, pero respecto de cada persona en particular la norma moral sólo la obliga en la medida en que haya adquirido conciencia de ella y la reconozca como obligatoria; y

G) *La finalidad es el perfeccionamiento total del hombre.* Las normas morales persiguen como finalidad el perfeccionamiento total del hombre para que pueda realizar su destino trascendente y alcanzar su último fin.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué son las leyes naturales?*
2. *¿Cuáles son las principales características de las leyes naturales?*
3. *¿Qué es el acto humano?*
4. *¿Qué diferencia existe entre acto del hombre y acto humano?*
5. *¿Cuáles son los elementos principales del acto humano?*
6. *¿Cuál es el fin del acto humano?*
7. *¿Qué es la voluntad humana?*
8. *¿Qué es la imputabilidad?*
9. *Defina y caracterice la responsabilidad.*
10. *¿Qué es la libertad humana?*
11. *¿Qué relación existe entre la libertad, voluntad y motivación?*
12. *¿Cuáles son los diferentes grados de libertad?*
13. *¿Cuáles son los factores que influyen en la libertad?*
14. *Estudie los siguientes temas:*
    a) *La libertad y la moralidad;*
    b) *La libertad y las limitaciones biológicas;*
    c) *La libertad y las enfermedades psíquicas;*
    d) *La libertad y la violencia exterior;*
    e) *La libertad y el miedo;*
    f) *La libertad y la ignorancia;*
    g) *La libertad y la miseria;*
    h) *La educación para la libertad.*
15. *¿Qué son las normas de conducta?*
16. *¿Cuáles son las principales características de las normas de conducta?*
17. *¿Qué son las normas del trato social, usos, convencionalismos o costumbres sociales?*
18. *¿Cuáles son las principales características de las normas del trato social?*

19. *¿Qué son las normas morales?*
20. *¿Cuál es el fundamento de la Moral?*
21. *¿La Moral es objetiva o subjetiva?*
22. *¿Cuáles son las principales características de las normas morales?*
23. *¿Cómo garantiza la libertad el ordenamiento jurídico chileno?*
24. *¿Qué críticas le merece la garantía de la libertad en Chile?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AFTALION, ENRIQUE R.; GARCÍA OLANO, FERNANDO; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho.* Tomo I. Capítulo V. Págs. 137 a 172.

ALEXANDROV, N. G. Y OTROS. *Teoría del Estado y del Derecho.* Capítulo X. Págs. 233 a 253.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Cuarta Parte. Sección Primera. Capítulos I y II. Págs. 211 a 216.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. *Manual de Introducción al Derecho.* Tomo III. Págs. 5 a 22.

BATTAGLIA, FELICE. *Curso de Filosofía del Derecho.* Tomo II. Capítulo VIII. Págs. 325 a 356.

CARREÑO, MANUEL ANTONIO. *Manual de Urbanidad y de buenas costumbres.*

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho.* Parte Sistemática. Sección Primera. Págs. 320 a 327.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho.* Primera Parte. Capítulos I, II, III. Págs. 25 a 35.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo II. Págs. 226 a 241.

MESSNER, JOHANNES. *Etica Social, Política y Económica.* Libro Primero. Tercera Parte. Nº 37. Págs. 256 a 261.

MORINEAU, OSCAR. *El Estudio del Derecho.* Capítulo III. Págs. 56 a 64.

MOUCHET, CARLOS Y ZORRAQUÍN BECU, RICARDO. *Introducción al Derecho.* Primera Parte. Capítulo I. Nºs. 1 a 8. Págs. 5 a 27.

ORGAZ, ARTURO. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales.* Lección Segunda. Nº 2. Págs. 30 a 33.

PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL. *Lecciones de Filosofía del Derecho,* Segunda Parte. Libro Primero. Capítulo VII. N.os 1 y 2. Págs. 93 a 102.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Filosofía del Derecho.* Capítulo VI. Págs. 65 a 69.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Vida humana, Sociedad y Derecho.* Capítulo IV. Págs. 183 a 200.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo IV. Págs. 167 a 170 y Capítulo VI. Págs. 199 a 212.

TORRE, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Segunda Parte. Capítulo IV. Sección I. Págs. 115 a 119 y Sección III. Págs. 130 a 134.

CAPÍTULO TERCERO

LAS NORMAS JURIDICAS

"Entre Derecho y Moral existe distinción, pero no separación y muchísimo menos antítesis".

GIORGIO DEL VECCHIO

SUMARIO

I. LAS NORMAS JURÍDICAS. II. RELACIONES ENTRE LAS NORMAS JURÍDICAS Y LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL. III. RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. LAS NORMAS JURIDICAS

1. NORMA Y LEY. La norma jurídica, como concepto, es una creación reciente.

Los filósofos de la antigüedad, como Sócrates, Platón o Aristóteles, sólo se refirieron a la ley. Este concepto se conservó en la patrística y en la escolástica, y pasó posteriormente al positivismo.

Los conceptos norma y ley no son sinónimos; existen entre ellos claras diferencias: a) El concepto de norma tiene una mayor extensión y amplitud que el de ley, ya que ésta es sólo una de las muchas formas en que puede manifestarse aquélla. Son también formas de expresión de la norma jurídica: la costumbre, la sentencia de los tribunales, etc.; b) En la norma predomina el elemento formal, en cambio, en la ley, el material; c) La norma, como concepto que es, puede existir por sí sola; la ley, en tanto, necesita de legislador, promulgación y vigencia.

La teoría de la norma jurídica es un aporte del pensamiento contemporáneo y, en especial, de los juristas K. Binding, Augusto Thon, Ernesto Zitelmann, Jorge Rouguin, Léon Duguit, Giorgio del Vecchio, Hans Kelsen, Carlos Cossio y otros.

2. CONCEPTO. La norma jurídica es una norma de conducta exterior, bilateral, imperativa y coercitiva que regula las acciones de los hombres con el fin de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.

3. CARACTERÍSTICAS. Las características más importantes de las normas jurídicas son las siguientes:

A) *Exterioridad.* Si bien es cierto que es imposible fragmentar las acciones humanas y dividirlas en internas y externas, ya que no existe la actividad exclusivamente externa, porque si a un acto le falta el contenido psíquico no puede atribuirse a un sujeto y, por tanto, deja de ser acción humana, no es menos cierto que podemos diferenciar las acciones en potencia de su exteriorización. A la norma jurídica le preocupa la acción humana sólo desde el momento en que ella se ha exteriorizado. En efecto, mientras el acto permanece en nuestro ser íntimo, sin exteriorizarse, él es indiferente para el Derecho. El que un individuo sienta vehementes deseos de asesinar a otro, al Derecho no le interesa, pero, cuando ese mismo individuo realiza el acto delictuoso el Derecho lo sanciona como homicida y, al juzgarlo, no sólo aprecia esta exteriorización, sino que califica la intención y la voluntariedad del acto, es decir, el haber querido el hecho y haberlo realizado libremente.

En algunos casos se satisface la norma jurídica solamente con el cumplimiento exterior, como por ejemplo, cuando se paga impuestos, en que lo que importa es que la cancelación de esta obligación se haga oportunamente, sin interesar si se hace de buena o mala disposición; sin embargo, en otros casos, la intención del sujeto tiene gran importancia, como por ejemplo, en materia penal, en que sirve para determinar la responsabilidad.

B) *Bilateralidad.* La norma jurídica es una regla de convivencia o coexistencia que regula la conducta de los individuos entre sí en su vida de relación. Ella señala el contenido posible de la conducta de un sujeto, considerada siempre en relación con la de otro u otros sujetos. De un lado impone a una parte una obligación (sujeto pasivo), y, del otro, atribuye a la contraparte una facultad o pretensión (sujeto activo). Las normas jurídicas imponen deberes y correlativamente conceden facultades. El sujeto pasivo tiene el deber de cumplir lo prescrito en la norma, y el sujeto activo puede, a su vez, exigir a aquél la observancia de ésta. Este proceso puede apreciarse claramente en la compraventa. En el contrato citado, el vendedor tiene el derecho de exigir el precio y la obligación de entregar la cosa; el comprador, por su parte, tiene el derecho de reclamar la entrega de la cosa y el deber de pagar el precio.

C) *Determinación.* La norma jurídica se presenta generalmente con un contenido fijo, cierto y reconocible, y si surgen dudas sobre su aplicación al caso concreto, existe la autoridad del juez para determinar su verdadero sentido y alcance.

D) *Imperatividad.* Imperar significa imponer un deber.

Al referirnos a la bilateralidad del Derecho, veíamos que las normas jurídicas conceden facultades y correlativamente imponen deberes. Las normas jurídicas son, en consecuencia, por naturaleza, imperativas, sea su mandato positivo o negativo. Quedan, por tanto, fuera del campo del Derecho los consejos, las exhortaciones y las simples afirmaciones o constataciones de hecho.

Con frecuencia encontramos en algunas leyes preceptos que no son imperativos. Ello no debe inducirnos a creer que, por tal motivo, han adquirido carácter jurídico. Un principio tiene significado jurídico porque en esencia lo posee, y no podría adquirirlo por el simple hecho de estar inserto en un texto legislativo.

Atendiendo a la naturaleza del mandato (positivo o negativo), las normas jurídicas admiten una clasificación en imperativas y prohibitivas.

Las normas imperativas son aquellas que establecen una obligación de dar o hacer, como por ejemplo, la que determina que "el marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes" (artículo 134 del Código Civil de Chile); o la que manifiesta que "se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador" (artículo 686 del Código Civil de Chile).

Las normas prohibitivas son las que establecen una obligación de no hacer, una abstención, como es el caso de la que determina que "ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo" (artículo 4 de la Constitución Política de Chile).

Las normas imperativas y prohibitivas constituyen lo que podríamos denominar normas primarias, porque prescriben en forma directa una conducta y subsisten por sí mismas.

También existen las llamadas normas secundarias (derogatorias, permisivas, interpretativas o declarativas, etc.), que son aquellas que están subordinadas a normas primarias, y que sólo dejan ver su contenido jurídico al relacionarlas con aquéllas.

Algunos autores, como Hans Kelsen y Carlos Cossio, han negado a la imperatividad el carácter de elemento esencial de la norma jurídica, sosteniendo que las normas secundarias no tienen tal índole. Nosotros procuraremos demostrar que estas objeciones son infundadas, apelando a la distinción antes mencionada.

La norma derogatoria, que es aquella que tiene por objeto abolir una norma ya existente, a primera vista no sería imperativa; no obstante, al vincularla con la norma primaria que deroga, revela un típico mandato. En efecto, la norma abrogatoria ordena tener como abrogada, derogada o abolida una norma preceptiva o prohibitiva.

Lo mismo se ha sostenido respecto de las normas declarativas o interpretativas, que son aquellas que se limitan a aclarar el sentido de otras normas, reglamentándolas en detalle e interpretando sus términos. Estas normas tampoco adquieren la calidad de jurídicas por sí mismas, sino por aquella que aclaran o interpretan. Efectivamente, al relacionarlas se descubre un auténtico mandato, que consiste en ordenar que cierto término "debe ser entendido" en un sentido dado, que puede ser diferente del filológico o técnico.

El problema se complica al referirnos a las leyes permisivas, vale decir, las que se limitan a otorgar una concesión o permiso. Debemos concluir que estas normas sólo adquieren sentido al referirlas a normas imperativas, cuyo campo de imperio limitan; porque no sería posible concebirlas por sí solas, ya que en Derecho está permitido todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Por lo demás, no debemos olvidar que toda norma jurídica, cuando concede una facultad a una persona, contiene en sí un mandato, en el sentido de que prohíbe a los demás las conductas que puedan interferir dicha facultad.

Tenemos, entonces, que si el carácter imperativo no aparece claramente en toda norma jurídica, y si, por el contrario, muchas disposiciones legales contienen declaraciones indicativas, esto no quita que al hacerse un cuidadoso análisis de cualquiera proposición, en todas se encuentre siempre uno o varios imperativos existentes por sí solos o enlazados a otros.

De lo anteriormente dicho podemos concluir que es carácter esencial de toda norma jurídica el ser imperativa, el ordenar hacer o no hacer algo. Una norma que no implique un mandato es una máxima o consejo, pero no una norma jurídica, aun cuando emane de la autoridad del Estado.

Objeciones de Hans Kelsen (1881-1973) al carácter imperativo de la norma jurídica.

Para Hans Kelsen "es inadmisible sostener que las normas jurídicas constituyen un imperativo. Imperativo es la expresión inmediata de una voluntad dirigida a provocar una conducta determinada en otro, pero no la expresión de un enlace legal, de una legalidad cualquiera y su correlativo conocimiento. El Derecho, como objeto del conocimiento jurídico, es un sistema de juicios, no de imperativos; éstos pueden formar parte del material del Derecho constituido como tal en el conocimiento jurídico; los hechos, en cuanto tales, bien pueden consistir en imperativo; pero el Derecho, como norma jurídica, es la proposición jurídica, es un juicio hipotético" [1].

[1] Hans Kelsen. *Teoría General del Estado*. Pág. 71.

OBJECIONES DE CARLOS COSSIO AL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA NORMA JURÍDICA.

Para la Teoría Egológica de Carlos Cossio, el Derecho es la conducta misma, la "vida humana viviente" y no un conjunto de normas de comportamiento. Y ello porque, así como el objeto del conocimiento de los astrónomos son los astros y no las leyes de Kepler o de Newton, de la misma manera, el objeto del conocimiento de los juristas no son los normas, "sino la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, porque las normas jurídicas son sólo conceptos con los que aquella conducta es conocida como conducta. Las normas son simplemente los conceptos con que pensamos esa conducta". Concebido, pues, el objeto de la Ciencia Jurídica como "la conducta humana considerada en su interferencia intersubjetiva", es lógico que las normas jurídicas no sean imperativas, porque si pretendiéramos darles tal carácter tendríamos que reconocer que entre las conductas contempladas por ella existe una relación de causa y efecto, lo que es incompatible con el carácter de la ciencia del deber ser del Derecho" [2].

Rechazamos las objeciones de Hans Kelsen y Carlos Cossio y reafirmamos que, en nuestro concepto, las normas jurídicas son esencialmente imperativas, por las razones expuestas anteriormente.

E) *Coactividad.* Establecido que uno de los caracteres propios de la norma jurídica es la imperatividad, conviene precisar de qué manera se manifiesta o, dicho en otra forma, cuál es la sanción que tiene la norma jurídica.

La norma jurídica relaciona sujetos, concediendo a unos derechos y a otros deberes. Cuando una persona invade la esfera del poder jurídico concedido a otra, nace, en favor de aquella, la "posibilidad" de repeler dicha trasgresión, poniendo en práctica el aparato coactivo que le suministra la sociedad. También puede sufrir la agresión sin reaccionar, pero no por ello puede decirse que la norma no estaba resguardada debidamente.

Tenemos, entonces, que la norma jurídica es esencialmente coactiva; ella constituye un imperativo susceptible de imponerse coactivamente. Para comprender bien este carácter de la norma jurídica, es fundamental formular la distinción entre la "coactividad" y la "coacción". La primera es la coacción virtual, potencial, y como tal, es un elemento constitutivo de la norma jurídica. En cambio la coacción, es decir, la fuerza actualizada, no lo es. Luego, cuando hablamos de coactividad, nos estamos refiriendo a la posibilidad de que una coacción, ejercitada desde fuera, pueda imponer la manifestación de la conducta debida. De consiguiente, lo que es esencial a la norma jurídica no es la coacción en acto, sino tan sólo en potencia; no es el constreñir, sino el poder constreñir.

[2] CARLOS COSSIO. *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad.* Pág. 26.

Este elemento ha sido muy bien estudiado por Giorgio del Vecchio, quien al respecto se pregunta: "¿Qué debe entenderse cuando se afirma que la coactividad es elemento esencial del concepto de Derecho? ¿Acaso quiere esto decir que no hay Derecho allí donde a su violación no corresponda una resistencia física? Se equivocaría quien esto creyera. La violación del Derecho puede consumarse y no hallar oposición coactiva de parte alguna, sin que esto afecte para nada al principio de que aquí se trata, el cual, por decirlo de una vez, o mejor para repetir lo que ya tantas veces se ha dicho, sólo consiste en que allí donde hay un derecho, también hay, necesariamente, según el mismo orden jurídico, la posibilidad de una acción coactiva para que aquél sea respetado. Por lo tanto, no es propiamente la coacción, sino lo coactividad lo que, según nuestro concepto, debe tenerse por esencial al Derecho" [3].

Nos enseña la experiencia que en toda sociedad hay siempre personas que no se guían en su actuar por las consideraciones del *deber y del bien común, sino por sus particulares intereses egoístas,* de manera que es indispensable, para asegurar el orden y propender al bienestar común, mantener un aparato de coacción que sancione al que pretenda violar la norma jurídica. Por lo demás, en esta sociedad compleja que es el Estado, su finalidad propia, cual es procurar el bien común de la colectividad, tiene que ser necesariamente realizada en cada período histórico, y no en el futuro, y ello no se lograría si la observancia de las normas por él enunciadas quedara a merced de la buena voluntad de los hombres, que no siempre obedecen a la voz de su conciencia, sino que a menudo se dejan llevar por sus instintos egoístas; y que, si no están obligados por la fuerza, violan con frecuencia las normas jurídicas.

Tomándolo desde el punto de vista del sujeto de la norma, él no estaría lo suficientemente garantizado si no pudiera hacerla efectiva por medio de la fuerza. Porque quien tiene poder inviolable para algo, lo tiene en proporción a los medios para hacerlo valer, y uno de ellos es la fuerza; consiguientemente, de ella puede servirse para ejercerlo y para vencer los obstáculos que se oponen a su realización.

Las objeciones que se formulan para negar a la coactividad el carácter de constitutivo esencial de la norma jurídica, no lo desvirtúan de ninguna manera, y ellas sólo son debidas, en gran parte, a confusión de términos, como claramente lo ha dejado de manifiesto Giorgio del Vecchio [4]. En efecto, se dice, por ejemplo, que la norma jurídica es respetada generalmente en forma espontánea, y que hay una serie de factores psicológicos ajenos a la coacción que impulsan al individuo a no violarla, lo que prueba que ella es una excepción, y en ningún caso constitutivo esencial de ésta. Esta objeción no afecta al fondo del problema. En primer lugar, en ella se establece una generalización que

[3] GIORGIO DEL VECCHIO. *Supuestos, concepto y principio del Derecho.* Pág. 193.

[4] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho.* Págs. 356 y siguientes.

la sola constatación de la realidad actual nos dice es falsa: la de que la mayoría de los hombres respetan las normas jurídicas por dictados de su conciencia, y no por la presión de la coacción. Las personas que así actúan son las menos. Además, confunde la coacción con la coactividad, la cual consiste en la posibilidad de imponer por la fuerza el cumplimiento de la norma al sujeto que pretende violarla. Luego, si el individuo cumple espontáneamente su deber, no habrá necesidad de que entre en juego la coacción; lo cual no significa que aun en este caso la coactividad no exista.

Otra objeción formulada es la de que hay instituciones jurídicas de Derecho Privado, como las obligaciones naturales y ciertas de Derecho de Familia, que no están provistas de coacción ni contemplan siquiera un carácter coercible. Pero, en realidad, en este caso y, precisamente, por esta razón, no estamos frente a una norma jurídica, sino que ante un deber moral o de honor, que en ciertas circunstancias puede producir efectos jurídicos, y en tal caso es respaldado por la coacción como, por ejemplo, cuando se cumple una obligación natural en que el legislador autoriza al acreedor para retener lo dado o pagado en razón de ella. Pero antes de que esto ocurra, la obligación estaba fuera del campo jurídico.

Se objeta, también, que si en el Estado existe un poder coactivo para imponer las leyes, el Estado mismo que lo ejercita, y que es, por consiguiente, el supremo poder, no podrá estar sujeto a la coacción, porque nadie puede ejercer una acción contra sí mismo. De tal manera que existiría, por lo menos, una excepción a la regla de la coactividad de la norma jurídica, lo cual es suficiente para que no pueda presentarse ésta como carácter esencial de ella. Pero esta objeción no tiene tampoco fundamento, por cuanto, si afirmamos que la coactividad es elemento esencial de la norma jurídica positiva, no existe en este orden interferencias con el Estado, ya que las leyes son dictadas sólo por él, de tal manera que es imposible, valiéndose de ellas, accionar en contra del Estado, a menos que éste lo permita y, en tal caso, él señalará la coacción.

Por último, se objeta que existen algunas normas jurídicas en las cuales la coactividad aparece defectuosa o casi inexistente, y se da el ejemplo de las normas de Derecho Internacional. Pero ello se desvirtúa si se atiende a que en el plano ideal ellas también implican coacción; y que si ésta no se ha concretado en la época actual, ello se debe a que el Derecho Internacional está aún en la etapa gestativa y, por lo tanto, no siendo una forma totalmente realizada, la coacción no aparece regulada, lo cual no quiere decir que no se hagan cada vez mayores esfuerzos para establecerla y organizarla, creando instituciones jurídicas, tribunales y ejércitos internacionales.

Concluimos, entonces, que en nuestro concepto la norma jurídica es esencialmente coactiva, y que la coactividad no es algo que esté fuera de ella, sino que, por el contrario, constituye su íntima energía y su especial disposición para realizarse. Si la norma jurídica no con-

tuviera en sí la posibilidad de imponerse coactivamente, no tendría fundamento esa dimensión coactiva que se presenta en la vida jurídica; ya que, si la coactividad no fuera esencial a ella, debería ser algo ajeno a su propia esencia y, por lo tanto, algo no fundable en su misma naturaleza y entonces resultaría imposible justificar el ejercicio práctico de la coacción para imponer el cumplimiento de la norma jurídica, pues si la imposición inexorable no fuera una nota esencial de ella, entonces el poder jurídico constituiría sólo fuerza material injustificable.

La coactividad se extiende hasta donde llega la norma jurídica y, en consecuencia, puede utilizarse por vía de prevención, de defensa o de indemnización; esto es, para asegurar la norma amenazada, para sostener la actualmente atacada o para restituir el imperio de ella cuando es violada, respectivamente.

Todo lo que hemos dicho sobre la coactividad no nos impide aspirar al ideal de que en los actos jurídicos circule la sangre de la propia convicción. Lo único que hemos pretendido afirmar es que, en el ámbito conceptual, hay que seguir considerando la coactividad como nota esencial de la norma jurídica.

F) *Finalidad.* La norma jurídica persigue como finalidad el establecer un ordenamiento justo de las relaciones entre los hombres, que permita a cada cual su integral desarrollo con miras al bien común de la sociedad.

II. RELACIONES ENTRE LOS NORMAS JURIDICAS Y LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL

1. SEMEJANZAS. Entre las normas del trato social y las normas jurídicas se pueden establecer puntos de contacto o semejanzas, como así también claras diferencias. Procuraremos determinar unas y otras.

Las normas del trato social se asemejan a las normas jurídicas en:

A) *Carácter social.* Las normas del traso social consideran al individuo en cuanto forma parte de una comunidad o colectividad, adscrito a un determinado círculo social. Convencionalismos sociales como los relativos a las visitas, al compañerismo, a las propinas, sólo son concebibles en la vida social. No podríamos imaginar a Robinson Crusoe, abandonado en la isla Juan Fernández, sujeto a este tipo de normas.

La norma jurídica también presenta este carácter. Ella es una regla de coexistencia, de convivencia. Trata de armonizar las conductas de los hombre con el objeto de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana. El Derecho no toma al hombre en su vida individual, sino que lo considera en sus relaciones con los demás. La conducta de un sujeto aislado escapa a toda posible regulación jurídica.

B) *Exterioridad.* Tanto las normas del trato social como las normas jurídicas se ocupan de la conducta humana, pero sólo cuando ésta se ha manifestado en actos externos. El campo de su imperio es la dimensión exterior de los actos, no la esfera de las intenciones. Sin embargo, como expusimos anteriormente, el Derecho no permanece extraño a las intenciones, sino que las toma en cuenta en la medida en que tengan trascendencia. Por otra parte, el carácter de exterioridad de las normas del trato social no implica la falta de una intencionalidad de valor, pues ellas procuran realizar valores como el decoro, los buenos modales, el hacer fácil y agradable la convivencia, etc.

C) *Heteronomía.* Las normas jurídicas y las normas del trato social obligan con prescindencia de la opinión del sujeto. No requieren de una adhesión íntima, de una justificación en la conciencia del sujeto. Dicho en otras palabras, la norma del trato social y la norma jurídica obligan al destinatario, esté o no conforme con ellas.

D) *Relación dinámica.* Parte de lo que hoy es materia del Derecho, ayer lo era de las normas del trato social, así como materias que antes estuvieron sometidas al Derecho, actualmente son reguladas por las normas del trato social.

Además, las normas del trato social sirven muchas veces de material para las normas jurídicas.

Finalmente, el Derecho recoge ciertas normas del trato social y las convierte en normas jurídicas para algunas personas en una especial situación.

2. Diferencias. El problema de diferenciar las normas jurídicas de los usos o costumbres sociales constituye uno de los escollos difíciles de la Filosofía del Derecho. Algunos autores llegan a negar la posibilidad de distinguir conceptualmente los preceptos jurídicos de las normas del trato social, y aun dentro de los que aceptan la distinción existe disparidad de opiniones acerca del criterio diferencial entre unas y otras.

A) Expondremos primeramente las teorías de Giorgio del Vecchio y Gustavo Radbruch, que niegan la posibilidad de distinguir ambas clases de normas y, en seguida, las teorías que tratan de establecer un criterio diferencial, como las de Rodolfo Stammler, Rodolfo von Ihering, Luis Recaséns Siches y Eduardo García Maynez.

a) *Giorgio del Vecchio* (1878-1970). Este egregio filósofo del Derecho italiano sostiene que la conducta humana sólo puede estar regulada por normas jurídicas o morales. Las primeras son bilaterales; las segundas, unilaterales. Toda norma debe, en consecuencia, encuadrarse dentro de la estructura uni o bilateral. No obstante, en la vida práctica nos encontramos con ciertas normas cuya naturaleza es difícil precisar y que tienen ciertas semejanzas con la Moral y con el Derecho. Sin embargo, ellas deben ser necesariamente normas morales si

sólo imponen obligaciones, o normas jurídicas si además conceden facultades.

Por ello, concluye Del Vecchio que, en su concepto, "las normas de cortesía, de decencia, de etiqueta, de decoro (a las que hizo particular referencia Tomasio) no son en rigor especies autónomas de normas, sino que entran necesariamente en una u otra de las dos categorías antedichas" [5].

b) *Gustavo Radbruch* (1878-1949). Este jurista afirma [6] que no es posible distinguir conceptualmente las normas jurídicas de las normas del trato social.

Para Radbruch, los productos de la cultura como la Religión, la Moral, el Derecho, el Arte, etc., se caracterizan por tender al logro de un valor: santidad, bondad, justicia y belleza, respectivamente. Si analizamos los convencionalismos sociales, nos encontraremos con que ellos no tienden a la consecución de ningún valor.

Radbruch afirma que no existe una relación sistemática, sino simplemente histórica entre normas jurídicas y normas del trato social. Las normas del trato social serían productos en los que se encuentran preceptos jurídicos o morales en embrión o en degeneración.

B) A continuación nos referiremos a las teorías que aceptan la distinción entre ambas categorías de normas.

a) *Rodolfo von Ihering* (1818-1892). "Si en otra época, antes de que profundizara mis estudios sobre las reglas convencionales —escribe Ihering— se me hubiera preguntado en dónde radica la diferencia entre aquéllas y el Derecho, habría respondido únicamente en la diversidad de su fuerza obligatoria. El Derecho apoya la suya en el poder coactivo, puramente mecánico, del Estado; los usos en la coacción psicológica de la sociedad. Desde el punto de vista del contenido no ofrecen ninguna diferencia; la misma materia puede asumir forma jurídica o forma convencional. A mis investigaciones posteriores sobre el propio tema debo la convicción de que al contraste externo corresponde otro interno; es decir que hay materias que, de acuerdo con su fin, pertenecen al Derecho, y otras que, por igual razón, corresponden a los convencionalismos: lo que no excluye la posibilidad de que históricamente, adopte aquél la forma de éstos, o los segundos la del primero" [7].

b) *Rodolfo Stammler* (1856-1938). Según este jurista alemán [8], las normas jurídicas pueden distinguirse de las normas del trato social tomando en cuenta su diverso grado de pretensión de validez. Las normas jurídicas aspiran a tener validez en forma absoluta, sin limitaciones; en cambio, las normas del trato social son meras invitaciones

[5] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho.* Págs. 323.
[6] GUSTAVO RADBRUCH. *Filosofía del Derecho.* Pág. 52.
[7] RODOLFO VON IHERING. *El fin en el Derecho.* Pág. 158.
[8] RODOLFO STAMMLER. *Tratado de Filosofía del Derecho.* Págs. 102 y siguientes.

del grupo social al individuo para que se conduzca de una manera dada.

c) *Luis Recaséns Siches.* Este distinguido filósofo del Derecho es, sin duda, quien ha elaborado uno de los estudios más brillantes al respecto.

"La diferencia esencial –nos dice este autor– entre las reglas del trato social y las normas jurídicas, según yo la entiendo, consiste en una diferencia fundamental entre la forma de imperio de unas y otras y, consiguientemente, también en una diferencia entre el tipo de sanción de una y otras". Y más adelante, refiriéndose a las consecuencias por la infracción del uso, agrega: "Ahora bien, esa sanción por el incumplimiento de las reglas del trato social es sólo expresiva de una censura –que puede llegar hasta excluir del círculo social correspondiente al infractor–, pero no es jamás la imposición forzada de la observancia de la norma. Los efectos de esa sanción de las reglas del trato podrán resultar para el sujeto todo lo terrible que se quiera; pero esa sanción nunca consiste en imponer la conducta debida de un modo forzado al sujeto. La sanción de las reglas del trato puede incluso estar contenida previamente en la norma –que es lo que no acertó a ver Max Weber–, cual sucede en los llamados códigos del honor; pero esa sanción no consiste en forzar al cumplimiento de lo que la regla manda. Por el contrario, lo esencialmente característico del Derecho es la posibilidad de imponer forzadamente, de modo inexorable, irresistible, la ejecución de la conducta debida, o de una sucedánea prevista en la misma norma (o de evitar a todo trance el comportamiento prohibido, o de imponer como equivalente otra conducta). La sanción jurídica, como ejecución forzada de la conducta prescrita –lo cual constituye la forma primaria y normal de la inexorabilidad del Derecho– es una nota esencial de lo jurídico; y, por el contrario, la ausencia de esta forma de sanción consistente en forzar el cumplimiento, es lo que caracteriza esencialmente a las reglas del trato social, como diferencia de éstas frente a las jurídicas" [9].

d) *Eduardo García Maynez.* Para este jurista mexicano, la diferencia esencial entre las normas del trato social y las normas jurídicas radica en el carácter unilateral de las primeras y bilateral de las segundas. Las normas de Derecho imponen deberes y correlativamente conceden facultades, en tanto que los convencionalismos sociales sólo imponen deberes [10].

III. RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL

Las relaciones entre Derecho y Moral ha preocupado a los pensadores de todas las épocas y constituye uno de los temas más discutidos

[9] Luis Recaséns Siches. *Vida Humana, Sociedad y Derecho.* Págs. 195 y 196.

[10] Eduardo García Maynez. *Introducción al Estudio del Derecho.* Pág. 33.

de la filosofía jurídica. Rodolfo von Ihering decía que este problema era el "Cabo de Hornos de la Ciencia Jurídica".

1. SÓCRATES. (469-399 antes de Cristo). Sócrates proclamó su fe en una justicia superior, para cuya validez no era necesaria una formulación escrita ni una sanción positiva. La obediencia a las leyes del Estado era para él un deber. El buen ciudadano debía obedecer aun las leyes malas, para no estimular al mal ciudadano a violar las buenas. El mismo Sócrates puso en práctica este principio cuando, acusado de haber introducido nuevos dioses a Grecia y de haber corrompido a la juventud, fue procesado y condenado a beber la cicuta por estos supuestos delitos, y él, habiendo podido evitar la condena, la sufrió serenamente. El modo sublime con que afrontó la muerte lo convierte en personalidad precursora de otros mártires del pensamiento.

2. PLATÓN. (427-347 antes de Cristo). Para Platón la justicia es la virtud por excelencia, que consiste en una relación armónica entre las varias partes de un todo. La justicia exige que cada cual haga aquello que le corresponde.

En el diálogo "La República", Platón sostiene que el ser perfecto que se basta a sí mismo, que todo lo absorbe y lo domina, es el Estado. El fin del Estado es universal, porque comprende en sus atribuciones la vida toda de los individuos; el Estado tiene por fin la felicidad de todos, mediante la virtud de todos. El Estado rige la actividad humana en todas sus manifestaciones. El poder del Estado es ilimitado; nada queda reservado al arbitrio de los ciudadanos, sino que todo cae bajo la competencia del Estado.

En el diálogo "Las Leyes", Platón desarrolla su concepción de lo que idealmente debería ser y aquello que acontece en la vida y se refiere ampliamente al problema de la legislación. Los principios fundamentales de "La República" permanecen, sin embargo, los mismos en el diálogo "Las Leyes".

3. ARISTÓTELES. (384-322 antes de Cristo). Para Aristóteles, lo mismo que para Platón, el sumo bien es la felicidad producida por la virtud. El Estado es una necesidad; no es sólo una asociación temporal para alcanzar algún fin particular, sino que constituye una unión orgánica perfecta, que tiene por fin la virtud y la felicidad universal. El hombre es animal político y está llamado a la vida política por su propia naturaleza.

El Estado regula la vida de los ciudadanos mediante leyes, cuyo contenido es la justicia. El principio de la justicia es la igualdad.

En el pensamiento de Sócrates, Platón y Aristóteles aparece el Derecho confundido en parte con la Moral. No se encuentran en el pensamiento helénico concepciones sobre los caracteres específicos de las normas jurídicas.

4. LOS JURISTAS ROMANOS. ¿Tuvieron los romanos una noción científica de las relaciones entre Derecho y Moral? Este problema ha

sido largamente debatido. Algunos autores están por la negativa, porque no existen teorías generales y explícitas de los juristas romanos al respecto, o porque cuando las hay, ellas son erradas. Un ejemplo lo tenemos en la definición del Derecho que da Ulpiano citando a Celso: "es el arte de lo bueno y de lo equitativo". Se podría admitir que "el arte de lo equitativo" pertenece al Derecho, pero evidentemente que "el arte de lo bueno" cae dentro del campo de la Moral. Esta confusión también puede apreciarse en Ulpiano cuando enuncia los tres preceptos del Derecho: "vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo". Indudablemente, "vivir honestamente" pertenece a la Moral y no al Derecho.

Otros autores, entre ellos Giorgio del Vecchio, sostienen, por el contrario, que los romanos tuvieron una noción clara de los límites del Derecho. "A mí —dice Del Vecchio— no me ofrece duda que los romanos tuvieron un concepto, o por lo menos una intuición fina y exacta de los límites del Derecho. Pues en verdad procedieron siempre de un modo seguro en las aplicaciones prácticas; y a veces también entrevieron la distinción teórica, diciendo por boca de Paulo: "Non omne quod licet honestum est" (no todo lo que es lícito jurídicamente, es también conforme a la Moral). En los hechos, los romanos conocieron siempre suficientemente la naturaleza específica del Derecho, no obstante no haberse dedicado "ex profeso" (al menos en los escritos llegados a nosotros) a trazar su distinción teórica de la Moral" [11].

5. San Agustín. (354-430). Durante la Patrística, período en el cual se expone el pensamiento cristiano y se produce la síntesis de éste y la filosofía griega, se destaca la figura de San Agustín, quien adapta las concepciones de Heráclito y de Platón al dogma cristiano.

San Agustín distingue tres clases de leyes: la eterna, la natural y la humana o positiva. La ley eterna es "la razón y voluntad de Dios que manda guardar el orden natural y prohíbe perturbarlo". Para San Agustín el orden consiste en "la disposición de cosas iguales y desiguales, dando a cada uno el lugar que le corresponde". Hay que hacer notar que lo que la ley eterna manda con carácter imperativo debe cumplirse necesariamente en el mundo físico y respecto de los seres irracionales, pero que ella ha de realizarse en el mundo moral voluntariamente por el espíritu libre de los hombres.

La ley natural no es más que un sector de la ley eterna y se manifiesta habitualmente en la conciencia de los hombres, de modo que consiste en una participación de la creatura racional en la ley eterna. Esta ley natural permite al hombre distinguir el bien del mal, lo justo de lo injusto. De aquí que esta ley natural eminentemente ética comprende tanto el campo del Derecho como el de la Moral.

San Agustín decía que la ley natural estaba "naturalmente grabada en el corazón del hombre" o "transcrita en el alma racional", para que los hombres conservaran en sus costumbres las imágenes de

[11] Giorgio del Vecchio. *Filosofía del Derecho.* Pág. 331.

las ideas morales que les fueron comunicadas. Afirmaba que las leyes humanas o positivas tenían por misión hacer volver al hombre que se había apartado del camino de la ley natural a sus prescripciones.

Para San Agustín, la ley natural es inmutable y universal, mientras que la ley humana es variable de acuerdo con el tiempo y el lugar. Esta última soluciona los problemas por aquélla no contemplados y tiene por finalidad establecer el orden y la paz en la sociedad, para así permitir a los hombres el cumplimiento de sus fines temporales y sobrenaturales.

Como puede apreciarse en la concepción de San Agustín, la ley natural es eminentemente ética y las leyes humanas o positivas están subordinadas a ella. En conclusión, para San Agustín, el Derecho está subordinado a la Moral.

6. Santo Tomás de Aquino (1225-1274). A la filosofía cristiana de la Edad Media anterior al siglo XIII, en que predominaban las ideas platónicas y neoplatónicas, sucede la Escolástica, en que se impone el influjo aristótelico. Este movimiento filosófico tiene en Santo Tomás de Aquino su figura cumbre. La escolástica clásica considera al Derecho como el objeto particular de una virtud especial: la justicia. Estudia, pues, la justicia como un hábito subjetivo, como una virtud y llama Derecho a su contenido en sentido objetivo. El Derecho, y por tanto la justicia, presupone la vida social a cuya ordenación se dirige. La justicia implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, pues se dice vulgarmente que se ajustan las cosas que se igualan; y la igualdad se refiere siempre a una relación plural. La justicia no tiene por objeto toda la materia de la virtud moral, sino sólo las acciones exteriores según cierta razón especial del objeto. El Derecho implica, pues, la idea de cierta igualdad, armonía o proporción. Y esta proporcionalidad la hace consistir la mayoría de los escolásticos (siguiendo a Aristóteles y a los jurisconsultos romanos) en "dar a cada uno lo suyo", entendiendo por suyo con relación a otro, todo aquello que le está subordinado o establecido para su utilidad. El fin global del ordenamiento jurídico no es el bien absoluto, la virtud plena y perfecta, sino el bien común de la sociedad política, esto es, de todos sus miembros, entendiendo como bien común una situación de paz y orden en que se cumplan los principios de la justicia.

Para Santo Tomás de Aquino, Derecho y Moral se presentan "como dos ordenamientos de la actividad humana; los dos racionales, los dos éticos en cuanto enderezados al bien humano, el cual, aunque puede ser también útil y deleitable, debe ser siempre honesto. Los dos son también sociales, pero aquí está la raíz de la divergencia entre los dos órdenes. El moral ve al hombre colocado en la sociedad universal o espiritual de los seres racionales, cuyo bien común hace concluir toda la perfección interna y externa de los individuos singulares. Esta sociedad, presidida por Dios mismo, se realiza en el interior de los hombres, y es tan íntima y necesaria que acabamos por no advertirla más, por lo cual a veces se llega a decir que la Moral sólo atiende a la perfección

del individuo, mientras que debiéramos decir que el bien moral del individuo coincide siempre con el bien de la sociedad ética universal. El orden jurídico, en cambio, ve al hombre moverse en la sociedad exterior, cuyo bien común, al menos de modo inmediato y controlable, no se funda sin el efecto de la actividad externa. Por lo tanto el orden moral inviste a todo el hombre, promoviéndolo directamente a toda perfección, aun a aquella que el ojo empírico ve como individual e interior; el orden jurídico se limita a regular las acciones externas en cuanto con ellas los hombres mueven sus relaciones de justicia, y en cuanto son regulables con medios sociales" [12].

7. Cristián Tomasio (1655-1728). Puede ser señalado como el primero que afrontó el problema de deslindar sistemáticamente la Moral del Derecho. Si bien es cierto que Tomasio no se ocupó de esta cuestión guiado por un afán estrictamente científico, sino más bien impulsado por motivos políticos, ya que con ello trataba de reivindicar la libertad de conciencia y de pensamiento y limitar la acción del Estado, no podemos dejar de reconocer que su teoría marca el punto de partida de las futuras distinciones verdaderamente científicas entre Moral y Derecho.

Tomasio expone su teoría en su obra "Fundamenta iuris naturae et gentium" (1705). Allí sostiene que la Moral versa únicamente sobre lo interno, y el Derecho exclusivamente sobre lo externo. De allí se desprende que la Moral no es coercible, pero sí el Derecho.

Más adelante formula los preceptos fundamentales del Derecho y la Moral. El primero puede enunciarse así: "no hagas a los demás aquello que no querrías que te fuese hecho", y el segundo de esta manera: "hazte a ti mismo aquello que querrías que los demás se hiciesen a sí mismos".

8. Manuel Kant (1724-1804). Siguió en esta materia las doctrinas de Tomasio, desarrollándolas y ampliándolas en forma sistemática. Para él, la metafísica de las costumbres comprende dos sectores perfectamente diferenciados: la teoría del Derecho y la teoría de la virtud o Etica. La primera versa acerca de los deberes jurídicos, a los cuales se aplica la legislación externa; en cambio, la segunda se refiere a los deberes éticos, los que están regulados por la legislación interna. Para Kant, ambas legislaciones no presentan ninguna diferencia en cuanto al fin mediato, ya que ambas persiguen garantizar la libertad humana, pero sí se diferencian en cuanto al fin inmediato, porque la primera pretende garantizar la libertad de la conducta externa del hombre, en tanto que la segunda persigue la misma finalidad respecto de la libertad interna. Esta diferencia fue la que lo llevó a definir el Derecho como "el conjunto de las condiciones por medio de las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el de los demás según una ley general de libertad" [13].

[12] Giuseppe Graneris. *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho.* Pág. 59.
[13] Manuel Kant. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit.* Pág. 43.

Pero la Moral y el Derecho no sólo se diferencian en cuanto al fin, sino que también por el objeto, puesto que el Derecho abarca los deberes externos y no los internos, mientras que la Moral los comprende a ambos; por su origen y fundamento, ya que la Moral se fundamenta en el imperativo categórico —"procede siempre de tal modo que la máxima (motivo) de tu acción pueda valer en todo tiempo como principio de una legislación universal"— y tiene su origen primario en la razón humana, en tanto que el Derecho emana de la autoridad; por el fundamento de su validez, porque el Derecho lo encuentra en la legalidad, mientras que la Moral lo halla en la moralidad; y, por último, se diferencian en cuanto a la coacción, ya que el Derecho la admite, al contrario de la Moral que la rechaza.

9. JUAN AMADEO FICHTE (1762-1814). La separación entre Derecho y Moral, iniciada por Tomasio y continuada por Kant, llega al extremo con Fichte, quien *cree* encontrar una contradicción absoluta entre Moral y Derecho.

Para Fichte, el imperativo jurídico puede formularse de la siguiente manera: "Tengo que reconocer en todos los casos la naturaleza libre fuera de mí; es decir, tengo que limitar mi libertad ante la idea de la posibilidad de la libertad de los demás, a condición de que los otros hagan lo mismo" [14].

Fichte concluye afirmando que entre Derecho y Moral existe una oposición absoluta, en atención a que el primero permite actos que la segunda prohíbe, como por ejemplo, que el acreedor sea despiadado con su deudor.

Después de los excesos de Fichte viene una reacción. Los autores tratan de aproximar la Moral y el Derecho destacando sus fundamentos comunes.

10. ENRIQUE AHRENS (1808-1874). Para Ahrens el Derecho consiste en el conjunto de las condiciones dependientes de la voluntad y necesarias para la realización de los bienes individuales y comunes que forman el destino del hombre y de la sociedad.

Tanto la Moral como el Derecho tienen como fundamento el bien objetivo; pero respecto de las relaciones humanas, la Moral se refiere únicamente a la intención del sujeto, mientras que el Derecho atiende a la conducta externa del individuo en cuanto ésta es necesaria para la existencia y progreso de la vida social.

Termina agregando que lo Moral debe dominar a lo jurídico, y que todo lo que el Derecho ordena o impide también lo manda o prohíbe la Moral [15].

11. JORGE JELLINEK (1851-1911). Para Jellinek el Derecho se diferencia esencialmente de la Moral en que aquél mira preferentemente

[14] J. A. FICHTE. *Fundamentos del Derecho Natural*. III. 52, citado por E. Luño Peña. Derecho Natural, págs. 352 y 353.

[15] ENRIQUE AHRENS. *Curso de Derecho Natural*. Págs. 139 y siguientes.

a la manifestación externa de la conducta, en tanto que la segunda atiende preferentemente a las intenciones. Se dice preferentemente porque el Derecho no permanece ajeno por completo a las intenciones, sino que las considera, como sucede con los delitos en que su verificación influye de manera decisiva en la responsabilidad; y porque la Moral tampoco es indiferente a las manifestaciones externas de la conducta en tanto que éstas sean imputadas a un sujeto. Tratándose, por ejemplo, de una deuda, al Derecho sólo le importa el hecho del pago, prescindiendo de si el deudor canceló la deuda por sentimiento del deber o por temor a las consecuencias coactivas. No sucede lo mismo con la Moral para la cual adquiere gran relevancia averiguar si el deudor cumplió o no por sentimiento del deber. En el Derecho, la interioridad se valora desde fuera; en cambio en la Moral, lo externo se valora desde dentro. "Por este camino se llega a una diferenciación más profunda: la Moral exige siempre una realización perfecta de la intención ética; el Derecho se conforma con una realización parcial de la misma". Y más adelante agrega: "Un ejemplo concreto: el Derecho se conformará con que un hombre vigoroso atienda, mientras le sea posible, a la subsistencia de su madre, pobre y anciana, sin poner en peligro su subsistencia propia: en cambio, la Moral exigirá que ese hombre realice en favor de su madre toda clase de esfuerzos, sin reparar en sacrificios, por lo mismo que la Moral quiere acciones realizadas en conciencia"[16]. A esto alude la célebre frase de Jellinek: "el Derecho es el mínimo ético".

12. Julius Moor (1888-1950). Para este autor, la distinción entre Derecho y Moral consiste en que "las normas de moralidad no amenazan con la aplicación de medios externos de coacción; no hay garantías externas de ejecución forzosa de sus postulados. La garantía de su cumplimiento queda exclusivamente en el alma del individuo de que se trata. Su sola autoridad está basada en el convencimiento de que indican la línea de conducta recta. Lo que da por resultado el cumplimiento de las normas morales no es la coacción física exterior, ni las amenazas, sino la coacción íntima de la rectitud inherente a ellas. El mandato moral apela, pues, a nuestra rectitud, a nuestra conciencia. Por el contrario, el Derecho pide un absoluto cumplimiento a sus normas y mandatos, sin tener en cuenta si determinado individuo lo aprueba o no; y se caracteriza por el hecho de que lleva siempre consigo la amenaza de coacción física"[17].

13. Giorgio del Vecchio (1878-1970). El gran filósofo del Derecho italiano afirma que el Derecho y la Moral, siendo normas de conducta, deben tener un fundamento común. Puesto que la conducta humana es única, las normas que la determinan deben ser coherentes

[16] Max Ernst Mayer. *Filosofía del Derecho.* Pág. 140.

[17] Julius Moor. *Macht, Recht, Moral.* Págs. 15 y 16 (Citado por Edgar Bodenheimer. Teoría del Derecho. Págs. 95 y 96.

entre sí, esto es, no contradictorias. "Entre Derecho y Moral existe distinción, pero no separación y muchísimo menos antítesis".

Para Giorgio del Vecchio la distinción entre Derecho y Moral se funda sobre la diversa posición lógica de las dos categorías. "La Moral impone al sujeto una elección entre las acciones que éste puede cumplir; se refiere al sujeto de por sí; y en consecuencia contrapone actos del mismo sujeto. El Derecho, en cambio, confronta acciones de diversos sujetos. Este carácter diferencial puede expresarse diciendo que la Moral es unilateral, mientras que el Derecho es bilateral. En realidad el Derecho pone siempre frente a frente, por lo menos, a dos sujetos; y da normas a ambos, en el sentido de que aquello que es posible por una parte no es impedible por la otra".

"El valer frente a otros no es un elemento sobrevenido o complementario, sino la misma esencia lógica del Derecho. La Moral indica un deber cuyo cumplimiento podrá tener efectos, además de para el agente, para otras personas, pero no da normas a éstas, no determina el comportamiento de éstas: por la norma moral se define sólo la conducta de aquel al que se impone un deber. El Derecho, en cambio, señala el contenido de la conducta de un sujeto, considerada siempre en relación con la de otro sujeto. De un lado se impone a una de las partes una obligación; de otro lado se atribuye a la otra una facultad o pretensión correlativa; y no se trata de dos cosas distintas: es una sola determinación jurídica la que asigna, al mismo tiempo, la obligación de uno y la pretensión o exigencia del otro. Se puede decir que este concepto de la bilateralidad es el elemento fundamental y esencial del edificio jurídico. Por esto se comprende que no pudo escapar a la consideración de las principales escuelas filosóficas. Santo Tomás de Aquino, por ejemplo, y después Rosmini, han hablado de la alteridad del Derecho (en el sentido de que el Derecho se refiere siempre a una relación con otro sujeto; esto es, que tiende a ligar o entrelazar diversas personas, y a delimitar el comportamiento de las mismas entre sí). Y ciertamente el vocablo alteridad resulta muy expresivo. Este concepto, por lo demás, deriva ya de Aristóteles. También Dante, en su famosa definición: "jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit" (Mon., II, 5) recalcó con vigor este carácter, mediante la frase "hominis ad hominem".

"Una simple observación sirve para comprobar esta diversa posición lógica del Derecho y de la Moral. Cada cual se considera óptimo juez de sí mismo en cuestiones de Moral, y de los demás en problemas de Derecho. El juicio moral supone un punto de vista interior, el jurídico un punto de vista exterior. No se puede juzgar sobre la moralidad de otro sujeto sino colocándose idealmente —y esto de un modo ficticio— en la misma conciencia del sujeto que se considera: cosa ciertamente no fácil; no se puede juzgar sobre el propio derecho, sino trasladándose en cierta manera fuera de sí mismo, esto es, mirándose

a sí mismo objetivamente, cosa no menos difícil (de ahí el adagio: "Nemo judex in causa propia")".

"Para expresar este pensamiento en pocas palabras, podríamos decir que el Derecho constituye la Etica objetiva y, en cambio, la Moral la Etica subjetiva. Tanto una como otra categoría abrazan el campo entero del obrar humano, aun cuando considerándolo de los diversos modos que hemos explicado".

"De esta diversa posición lógica se infieren todos los demás caracteres diferenciales. Ante todo se sigue, que al valorar las acciones, el Derecho parte del aspecto exterior (físico), mientras que la Moral parte de la consideración del elemento interior (psíquico). El criterio moral se ejerce de este modo, es decir, en sentido opuesto al jurídico, porque es en la conciencia subjetiva donde tiene lugar el encuentro o interferencia entre las diversas posibilidades del obrar, una de las cuales debe ser escogida por el sujeto. En cambio, el Derecho tiende a establecer un orden objetivo de coexistencia; por lo cual debe mirar ante todo el aspecto exterior de las acciones; porque es en el campo externo o físico donde tiene lugar la interferencia o encuentro entre las conductas de varios sujetos, de lo que surge la exigencia de la limitación mutua. Pero las valoraciones jurídicas, partiendo del elemento exterior, llegan forzosamente al momento interior o psíquico, porque sin esto no se podría conocer integralmente de ninguna manera un acto. Análogamente, las valoraciones morales no se limitan a considerar sólo el elemento psíquico o sea la intención o el motivo de la conducta, sino que se extienden hasta abrazar también la realización de ésta, o sea, el hecho físico. Se trata, pues, sólo de un punto de partida, y no en modo alguno de una consideración exclusiva. El objeto de la valoración es y permanece siempre el mismo, esto es, el acto humano en su integridad. Sería absurdo concebir el Derecho como incompetente sobre la esfera psíquica. Ya ha quedado explicado esto al tratar de los llamados "actos internos".

"De esta diferencia fundamental, se deduce asimismo el carácter de la coercibilidad, que es propio únicamente del Derecho. La coercibilidad, o sea la posibilidad de constreñir al cumplimiento, deriva de que el Derecho es un límite, un confín entre el obrar de varios sujetos. El traspasar este confín por una de las partes, implica en la otra la posibilidad de repeler la invasión. Entiéndase, empero, que se trata sólo de una posibilidad jurídica: en los hechos puede caber que no se ejerza dicha reacción. Acerca de esto discurriremos con más extensión, cuando tratemos del Derecho en sentido objetivo".

"En el hecho de que el Derecho sea coercible (a diferencia de la Moral), han querido ver algunos una mayor perfección de aquél. Según tal opinión, los deberes jurídicos serían perfectos, cabalmente porque son exigibles por medio de la fuerza; mientras que los deberes morales resultarían imperfectos, porque si no son observados espontáneamente, no se puede ejercer coacción para obtener su cumplimiento. El hecho sobre el cual se funda esta tesis, es cierto; pero la

inferencia que pretende deducirse del mismo es inexacta. Tanto el Derecho como la Moral tienen sanciones propias, y son ambos perfectos en su respectiva esfera y a tenor de su modo propio. Si la coercibilidad es una sanción propia del Derecho, también la Moral posee por su parte otras sanciones: ante todo, el sentimiento de satisfacción o de remordimiento que sigue a la observancia o a la transgresión del deber moral; después, la sanción de la opinión pública, que en el fondo es el reflejo de aquel mismo sentimiento de satisfacción o de remordimiento de la conciencia individual".

"Otro carácter diferencial, que se deduce también de la diversa posición lógica de las dos categorías éticas, consiste en que el Derecho está más definido que la Moral. Si el Derecho es una línea de confín, ha de estar determinado con toda precisión o al menos ha de poder serlo. La Moral, en cambio, vive principalmente en la conciencia individual, y en la conciencia social se presenta como algo amorfo o "en estado difuso", según la expresión de Vanni; y no tiene necesidad de ser formulada o fijada en códigos o leyes, como el Derecho. Así, pues, acontece que los elementos esenciales de la Etica adquieren consistencia jurídica; y los no tan esenciales quedan bajo la forma moral, más vaga, más indefinida. Se ha querido expresar este carácter por algunos autores —entre otros por Jellinek— diciendo que el Derecho es el "mínimun ético", esto es, aquella porción de la Etica que es indispensable para la convivencia. Otros autores (como Petrone), con frase más imaginativa, han dicho que el Derecho es "el precipitado histórico" de la Moral o de la justicia. Si quisiéramos usar otra metáfora, podríamos decir que el Derecho es la columna vertebral del cuerpo social o del organismo ético. Más simplemente, puede decirse que el Derecho es la parte de la Etica que establece las bases de la coexistencia entre varios individuos; por esto no se puede concebir una sociedad sin Derecho. Ubi societas, ibi jus. Y puesto que ubi homo, ibi societas, podemos deducir: ubi homo, ibi jus" [18].

14. H. L. A. HART. El distinguido profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oxford analiza las semejanzas y diferencias existentes entre las normas morales y las jurídicas.

Con respecto a las semejanzas expresa que "unas y otras reglas son concebidas como obligatorias con independencia del consentimiento del individuo obligado y están sustentadas por una seria presión social en procura de la conducta regular; el cumplimiento de las obligaciones morales y el de las obligaciones jurídicas no es considerado digno de encomio, sino una contribución mínima a la vida social, que ha de tomarse como cosa corriente. Además, tanto el Derecho como la Moral incluyen reglas que rigen la conducta de los individuos en situaciones que se repiten constantemente a lo largo de la vida, y no en ocasiones o actividades especiales, y aunque ambos pueden incluir mucho de lo que es peculiar a las necesidades reales o imaginadas de

[18] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho*. Págs. 334 a 338.

una particular sociedad, tanto el Derecho como la Moral formulan exigencias que, obviamente, tienen que ser satisfechas por cualquier grupo de seres humanos para poder convivir. Por ello es que en ambos hallaremos algún tipo de prohibición de la violencia a las personas o a la propiedad, y algunas exigencias de honestidad y veracidad" [19].

En relación con las diferencias, Hart enuncia cuatro categorías de distinciones:

a) *Importancia.* Para Hart la importancia de la Moral "se manifiesta de muchas maneras: primero, en el hecho simple de que las pautas o criterios morales son observados en contra del impulso de las fuertes pasiones que ellos limitan, y al costo de sacrificar considerable interés personal; en segundo lugar, en las serias formas de presión social ejercida no sólo para obtener conformidad en los casos individuales, sino para asegurar que las pautas o criterios morales sean enseñados o transmitidos como cosa corriente a todos los miembros de la sociedad; en tercer lugar, en el reconocimiento general de que si las pautas o criterios morales no fueran generalmente aceptados, ocurrirían cambios considerables, y poco gratos en la vida de los individuos. En contraste con la Moral, las reglas de la compostura, de las buenas maneras, de la vestimenta, y a veces, aunque no siempre, las reglas de Derecho, ocupan un lugar relativamente bajo en la escala de importancia. Ellas pueden ser tediosas, pero no exigen gran sacrificio; no se ejerce una gran presión para obtener conformidad, y no sobrevendrían grandes alteraciones en otras áreas de la vida social si no se las observara o si se las cambiase" [20].

"Las reglas jurídicas, como hemos visto, pueden concordar con las reglas morales en el sentido de exigir o prohibir la misma conducta. Las que así lo hacen son consideradas, sin duda, tan importantes como las correspondientes reglas morales. La importancia, sin embargo, no es esencial al status de todas las reglas jurídicas como lo es al status de las reglas morales. Es posible que una regla jurídica sea generalmente concebida como algo cuya preservación carece de toda importancia; en verdad puede haber consenso general de que debiera ser derogada. Sin embargo, continúa siendo una regla jurídica mientras no se la derogue. Por otra parte, sería absurdo pensar que una regla forma parte de la Moral de una sociedad aun cuando nadie la considerara ya importante o digna de ser conservada" [21].

b) *Inmunidad al cambio deliberado.* "Es característico de un sistema jurídico el hecho de que pueden introducirse en él nuevas reglas, y modificarse o derogarse reglas anteriores, mediante sanción deliberada, aun cuando algunas normas puedan ser colocadas a cubierto de cambios por una constitución escrita que limite la competencia de la legislatura suprema. Por contraste, las reglas o principios

[19] H. L. A. HART. *El concepto de Derecho.* Pág. 214.
[20] H. L. A. HART. *El concepto de Derecho.* Págs. 215 y 216.
[21] H. L. A. HART. *El concepto de Derecho.* Pág. 217.

morales no pueden ser implantados, modificados o eliminados de esa manera" [22].

"Es incompatible con el papel desempeñado por la Moral en la vida de los individuos, que las reglas, principios o pautas morales sean considerados, como lo son las normas jurídicas, cosas susceptibles de creación o cambio mediante acto deliberado. Las pautas o criterios de conducta no pueden recibir status moral, ni verse privados de él, por un fiat humano, mientras que el uso cotidiano de conceptos tales como los de sanción y derogación de normas jurídicas muestra que no ocurre lo mismo en el campo del Derecho"[23].

c) *Carácter voluntario de las transgresiones morales.* "Si una persona cuya acción, juzgada "ab extra", ha transgredido reglas o principios morales, consigue acreditar que lo hizo en forma no intencional y a pesar de todas las precauciones que pudo tomar, resulta excusada de responsabilidad moral y, en estas circunstancias, reprobar su conducta sería considerado moralmente objetable. La reprobación moral queda, por lo tanto, excluida porque la persona ha hecho todo lo que podía hacer. En cualquier sistema jurídico desarrollado ocurre lo mismo hasta cierto punto; porque el requisito general de "mens rea" es un elemento de la responsabilidad penal dirigido a asegurar que sean excusados aquellos que actuaron sin negligencia, inconscientemente o en condiciones en que carecieron de capacidad física o mental para ajustar su conducta al Derecho. Un sistema jurídico sería moralmente censurable si esto no fuera así, por lo menos en los casos de delitos serios que traen aparejados castigos severos. Sin embargo, la admisión de tales excusas está condicionada, en todos los sistemas jurídicos, de muchas diferentes maneras" [24].

"Resulta claro, por lo tanto, que la responsabilidad jurídica no queda necesariamente excluida por la demostración de que el acusado no podía haber observado la norma que transgredió; por el contrario, en el campo de la moral "no pude evitarlo" es siempre una excusa, y la obligación moral sería totalmente diferente de lo que es si el "deber" moral no implicara, en este sentido, un "poder" [25].

d) *La forma de presión moral.* Si siempre que alguien estuviera por transgredir una determinada regla de conducta únicamente se usaran para disuadirlo las amenazas de castigo físico o de consecuencias desagradables, sería entonces imposible considerar a tal regla como una parte de la Moral de la sociedad, aunque no habría objeción alguna para tratarla como una parte de su Derecho. En verdad, bien se puede decir que la forma típica de presión jurídica consiste en tales amenazas. En la Moral, por su parte, la forma típica de presión consiste en apelar al respeto hacia las reglas, en cuanto cosas importantes

[22] H. L. A. HART. *El concepto de Derecho.* Págs. 217 y 218.
[23] H. L. A. HART. *El concepto de Derecho.* Pág. 218.
[24] H. L. A. HART. *El concepto de Derecho.* Págs. 220 y 221.
[25] H. L. A. HART. *El concepto de Derecho.* Págs. 221 y 222.

en sí mismas, que se presume compartido por aquellos a quienes se dirige la exhortación. De tal modo la presión moral es ejercida en forma característica, aunque no exclusiva, no mediante amenazas o apelaciones al temor o al interés, sino mediante advertencias de la calificación moral que merece la acción que se tiene a la vista y de las exigencias de las normas morales" [26].

15. LON L. FULLER. Fuller distingue entre moral de aspiración y moral de deber. La moral de aspiración es, para él, la "de la vida ejemplar, de la excelencia, de la realización más completa de las facultades humanas". La moral de deber "prescribe las normas básicas sin las cuales es imposible lograr una sociedad ordenada, o sin las cuales una sociedad ordenada encaminada a ciertos fines específicos tiene que fracasar en sus intentos" [27].

En lo que se refiere a la relación existente entre Derecho y Moral, Fuller distingue dos aspectos, uno relativo al problema de los fines morales substantivos del Derecho y otro que se refiere a "la moral que hace posible el Derecho", la moral interna del Derecho [28].

Fuller afirma que uno de los problemas más importantes es "aclarar las tendencias del esfuerzo humano que es esencial para conservar cualquier sistema legal, aquel cuyos objetivos fundamentales pudieran ser considerados erroneos o nocivos" [29].

Fuller, al analizar los objetivos substanciales del Derecho, demuestra "como el debido respeto por la moral interna del Derecho limita las clases de objetivos substanciales que pueden lograrse por medio de normas legales" [30].

Finalmente Fuller afirma que "tratando de saber si es posible deducir de la moral de aspiración algo más imperativo que meros consejos y estímulos, he llegado hasta ahora a la conclusión de que, puesto que la moral de aspiración es necesariamente una moral de aspiración humana, no puede negar la cualidad humana a aquellos que la poseen sin perder su integridad". Y luego se pregunta: "¿Pero podremos deducir de la moral de aspiración en sí misma algún propósito de Derecho Natural que sea substantivo más bien que procesal, en calidad?" [31] Y se contesta: "Si se me pidiera que señalara un principio básico indiscutible de lo que puede llamarse derecho natural substantivo —Derecho Natural con mayúsculas— lo encontraría en el mandato: Descubre, mantén y preserva la integridad de los conductos mediante los cuales los hombres se comunican entre sí lo que perciben, sienten y desean" [32].

[26] H. L. A. HART. *El concepto de Derecho.* Págs. 222 y 223.
[27] LON L. FULLER. *La moral del Derecho.* Págs. 13 y 14.
[28] LON L. FULLER. *La moral del Derecho.* Págs. 43 y siguientes.
[29] LON L. FULLER. *La moral del Derecho.* Pág. 12.
[30] LON L. FULLER. *La moral del Derecho.* Pág. 12.
[31] LON L. FULLER. *La moral del Derecho.* Pág. 202.
[32] LON L. FULLER. *La moral del Derecho.* Pág. 204.

16. ALF ROSS. Este jurista escandinavo sostiene que "el problema de la relación entre el Derecho y la Moral no puede ser planteado como si se tratara de una comparación entre dos sistemas de normas análogos. En lugar de ello, hay que mostrar cómo está relacionado el sistema institucional del derecho con las actitudes morales individuales que predominan en la comunidad jurídica. Es obvio que tiene que haber un grado considerable de armonía entre uno y otros. Porque uno y otras están arraigados en valoraciones fundamentales comunes, en la tradición de cultura de la comunidad. El orden jurídico y las actitudes morales se hallan también en relación de cooperación recíproca. Las instituciones del derecho constituyen uno de los factores del medio ambiente que conforman las actitudes morales individuales. Las últimas, a su vez, son parte de los factores prácticos que, a través de la conciencia jurídica moral, contribuyen a conformar la evolución del derecho".

"Por otra parte, hay diferencias típicas que traen como resultado que sea difícil hacer una comparación real entre el derecho y la moral. Las reglas jurídicas tienden a quedar fijadas en conceptos dirigidos a alcanzar certeza y objetividad en la administración de justicia. Este es un aspecto de la idea de justicia. Pero las actitudes morales resultan de la reacción del individuo en situaciones concretas. Aun cuando mediante este proceso se desarrollan ciertas máximas que son aceptadas como guías morales, ellas no son vividas como reglas obligatorias, sino solamente como generalizaciones empíricas, sujetas a cambio cada vez que sea necesario, si la situación es considerada en toda su plenitud de concreción. Este es el verdadero significado de la expresión popular "los principios están hechos para ser violados". Si meditamos sobre una máxima moral corriente, por ejemplo la exigencia de veracidad, descubriremos de inmediato que ella no puede ser aceptada como "absoluta", como ingenuamente cree el Rearme Moral. La máxima tiene que ser adaptada a la luz de múltiples circunstancias, que el sentimiento moral no puede ni desea racionalizar en reglas fijas clasificadas de acuerdo con conceptos. La experiencia moral asume siempre sus manifestaciones más vivas en la decisión concreta ajustada a una situación particular, y solo a ella".

"Es por esto que la tendencia del derecho hacia una racionalización en forma de conceptos sólo puede ser lograda a expensas del deseo moral de alcanzar soluciones adecuadas a los casos concretos. En esa medida, por lo tanto, el derecho y la moral se hallan en perpetuo e indisoluble conflicto. Se suele decir que la suprema justicia puede constituir una injusticia suprema. Cuando el derecho cede ante las presiones del deseo moral de soluciones adecuadas para los casos concretos, y disminuye su objetividad conformándose a "las circunstancias particulares", hablamos de "moralización" del derecho, o de "equidad" como cosa opuesta al derecho estricto. Con frecuencia el ajuste o adecuación obedece a la simple razón de que las reglas de

derecho prescriben que el juez se guíe por los estándares morales corrientes".

"El derecho y la moral difieren considerablemente en cuanto a sus efectos en la vida social. Puesto que el derecho es un fenómeno social, un orden integrado común que busca el monopolio de la fuerza, es siempre un orden para la creación de una comunidad, para el mantenimiento de la paz. En cierto sentido puede decirse que el propósito del derecho es la paz, en la medida en que todo orden jurídico, cualquiera sea su contenido, es productor de paz, aunque no sea más que la paz de la prisión. La moral, por su parte, es un fenómeno individual y con la misma facilidad puede arrastrar a los hombres al conflicto o unirlos. Las ideas morales encontradas pueden ciertamente constituir una fuente de discordia del tipo más profundo, más peligroso y menos controlable" [33].

17. GIUSEPPE GRANERIS. Para este distinguido profesor de la Universidad Pontificia Lateranense de Roma, la Moral es el alimento de que se nutre y la atmósfera que respira el Derecho, que es moral o no es verdaderamente Derecho.

Sin embargo, el Derecho no es la cosa justa en toda su perfección, sino un "iustum imperfecto", en cuanto puede darse independientemente de las disposiciones de ánimo del agente.

"Esta es una profunda separación de la moral, y según el punto de vista del cual se mire puede parecer una gloria o una vergüenza. Es una gloria bajo el aspecto objetivo, porque revela un valor indestructible en la "res iusta", que no cae ni siquiera cuando el agente lo descuida, lo reniega, lo combate. Es una vergüenza bajo el aspecto subjetivo, porque pone a viva luz la debilidad de la conciencia humana, que demasiado a menudo rechaza adecuarse con las exigencias objetivas de la justicia, y entonces nace la necesidad de sonsacar al hombre el "opus iustum". Así el derecho, en el seno de la moralidad, llega a tomar el carácter de un "corpus mortuum", diría casi de un "foetus abortivus". La moral le ha dado la vida, asistiendo a su devenir y haciéndole un deber; pero no ha llevado a la madurez su propio parto, y a veces lo abandona o más bien se lo ve arrancar antes que haya obtenido su plena actuación, que después deberá ser lograda con medios extrínsecos y artificiales".

"Vemos surgir así un momento de amoralidad en el campo del derecho. A fin de que esta doctrina llanamente tomista no genere escándalo, procuremos asignarle el sentido y los límites con exactitud. Es claro que en el derecho entendido como "res iusta" u "opus iustum" no puede nacer por endogénesis ningún elemento amoral. El interior está totalmente ocupado por la "res iusta", "res debita"; es decir, está saturado de ética y respira ética en todas direcciones. Si la "res" fuera o resultara ella misma amoral o, peor, inmoral, cesaría ipso facto de ser justa y debida, no respondería más al concepto tomista del derecho.

[33] ALF ROSS. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Págs. 62 y 63.

Luego la amoralidad debe venir de fuera. Y nace del contacto de la "res iusta" con el sujeto en el momento de la ejecución. Es el sujeto quien puede acercarse al fuego de la justicia con las manos heladas y no calentarse; puede manejar la cosa justa con ánimo injusto; puede pagar o exigir lo debido con sentido de avaricia, con corazón de ladrón. La cosa permanece justa y la solución del débito es aún un acto de justicia; sólo que el ánimo humano no se adecua a la moralidad objetiva del acto".

"De estas consideraciones nacen dos postulados relativos a la materia del ordenamiento jurídico. El primero es que ella sea moral, o que al menos no sea inmoral. El segundo es que sea capaz de resistir la falta de la moralidad subjetiva, conservando algún valor independientemente del ánimo del agente" [34].

18. GIUSEPPE CAPOGRASSI (1889-1956). El insigne filósofo del Derecho italiano Giuseppe Capograssi considera que la diferencia esencial entre la Moral y el Derecho estriba en que, mientras éste se reduce a defender y regular las acciones humanas, la Moral busca la perfección de la vida del agente en su integridad. Establecida en estos términos, la distinción no implica en absoluto separación, sino compenetración mutua [35].

Capograssi rechaza el criterio de distinción fundado en el carácter positivo de la Moral frente al negativo del Derecho, ya que para él el Derecho no se reduce a frenar la actividad humana que contraviene sus preceptos, sino que al mismo tiempo estimula las actividades humanas coherentes.

Igualmente inadmisible se le presenta el criterio de distinción basado en la relación con el otro, como distintivo del Derecho, porque ésta se presenta en todas las acciones debido al carácter social de ellas.

También rechaza el criterio de distinción basado en la exterioridad del Derecho frente a la interioridad de la Moral, puesto que el Derecho viene a salvar la acción humana en su integridad [36].

19. RELACIONES ENTRE EL DERECHO SOVIÉTICO Y LA MORAL COMUNISTA. "En la educación comunista de los trabajadores, el Derecho soviético y la ética comunista se complementan mutuamente".

"La lucha contra los infractores de las normas del Derecho soviético mediante la coerción estatal se complementa con la organización de la opinión pública contra los infractores de las leyes soviéticas y de los individuos que cometieron actos inmorales.

"A diferencia de las normas de Derecho, el cumplimiento de las cuales se asegura no sólo con medidas de carácter educativo, sino también con las medidas de coerción que el Estado aplica, la obser-

[34] GIUSEPPE GRANERIS. *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho.* Págs. 45 y 46.

[35] JESÚS BALLESTEROS. *La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi.* Pág. 176.

[36] GIUSEPPE CAPOGRASSI. *Opere.* Tomo II. Págs. 182 y 200 y Tomo III. Págs. 310, 405 y 422.

vancia de las normas éticas se logra únicamente con la fuerza de la opinión pública o medidas de influencia social".

"Federico Engels escribía sobre la relación de la moral con los demás fenómenos de la supraestructura: "El desarrollo político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc., se basa en el desarrollo económico. Pero todos ellos ejercen también influencia unos sobre otros y sobre la base económica".

"La moral es lo que está en más íntima relación con el Derecho, por cuanto las normas y los conceptos morales, lo mismo que las normas y los conceptos jurídicos, son reglas de conducta de las personas entre sí y respecto a la sociedad".

"Los principios fundamentales del Derecho socialista y de la moral comunista son idénticos, por cuanto son parte integrante de una misma supraestructura socialista, sirven a los fines de la edificación de la sociedad comunista".

"Al mismo tiempo, el Derecho y la moral son partes distintas de la supraestructura socialista, poseen cada uno rasgos propios y específicos. En la mayoría de los casos, la infracción de las normas de Derecho es al mismo tiempo una infracción de las normas de la moral. Sin embargo, existen normas jurídicas que de por sí no pueden ser incluidas entre las categorías morales (por ejemplo, el orden, establecido por la ley, en que han de realizarse ciertas transacciones, el orden en que se examinan los asuntos en las instituciones estatales)".

"Las normas jurídicas que afectan al Estado, deben ser cumplidas bajo la amenaza del empleo de la coerción estatal".

"El cumplimiento de las normas de la moral comunista está garantizado por la opinión pública, por medidas de influencia social como, por ejemplo, la expulsión de las filas de una organización social (del Partido Comunista, de los sindicatos, etc.) como castigo por un comportamiento indigno".

"Otra diferencia entre la moral y el Derecho es que la primera existió en el régimen de la comunidad primitiva, anterior a la formación de las clases, mientras que el Derecho surgió únicamente con la división de la sociedad en clases y la aparición del Estado. Así, el Derecho es una categoría histórica, que desaparece con la extinción del Estado, mientras que la moral existirá también en la sociedad comunista sin clases".

"Durante la edificación de la sociedad comunista en todos los frentes, la interacción del Derecho y la moral se amplía y ahonda, hay un mayor entrelazamiento de las normas morales y jurídicas. Para el cumplimiento de las normas del Derecho, lo mismo que de las normas morales, la opinión pública de los ciudadanos soviéticos adquiere una importancia cada día mayor".

"Entre los medios de coerción social para el cumplimiento de las normas de la moral comunista está el privar de la confianza moral de la sociedad a los individuos que hayan cometido actos inmorales".

"El Derecho y la moral sirven a unos mismos fines de clase, por

lo que es imposible el conflicto entre el Derecho soviético y la moral comunista, entre el Derecho burgués y la moral burguesa".

"En la sociedad socialista, las normas del Derecho socialista no pueden estar en contradicción con las normas éticas, pues tanto unas como otras están llamadas a servir a un fin único, a la edificación de la sociedad comunista. Las normas éticas piden el estricto cumplimiento de las leyes soviéticas. El cumplimiento de la ley soviética es para el ciudadano de la U.R.S.S. un deber moral".

"Sin embargo, debemos tener en cuenta que, con el tiempo, ciertas normas del Derecho soviético quedan anticuadas, dejan de responder a las nuevas condiciones y pierden el apoyo moral de la opinión pública. La conciencia de las masas es una de las fuentes de creación de las normas jurídicas que viene a reemplazar a las anticuadas, a las que perdieron su significación al cambiar de condiciones".

"En la mayoría de los casos, los postulados de las normas jurídicas son, al mismo tiempo, postulados de carácter moral. Así, el artículo 130 de la Constitución de la U.R.S.S. impone a los ciudadanos el deber de respetar la Constitución, cumplir las leyes y observar la disciplina de trabajo, es decir, trata de la obligación jurídica de observar la ley fundamental del Estado soviético. Al mismo tiempo, este artículo contiene también deberes puramente morales que hacen referencia al cumplimiento honrado del deber social y al respeto de las normas de convivencia socialista".

"Si ciertas normas de Derecho no son al mismo tiempo normas éticas, existen a su vez normas morales que el Derecho no recoge".

"Por ejemplo, las cuestiones relacionadas con la legislación del matrimonio y su disolución son reguladas por la ley. En cambio, las relaciones personales de los esposos entre sí y respecto a sus hijos corresponden a la moral y, en la mayoría de los casos, no traen consigo consecuencias jurídicas de ningún tipo; pero el mal comportamiento respecto a la familia puede traer consigo la condena de la sociedad, y se considera como un delito moral".

"El Derecho soviético y la moral comunista son de gran importancia en la educación de una nueva relación social hacia el trabajo, como Lenin señaló frecuentemente en sus obras".

"Las heroicas hazañas de los obreros y koljosianos avanzados en el trabajo, la creación de brigadas de trabajo comunista, los éxitos alcanzados por las personalidades de la ciencia y de la técnica, los triunfos de los escritores, dramaturgos, pintores y escultores, músicos y artistas nos hablan de que en la U.R.S.S. el trabajo es tenido como causa de honor, valor y heroísmo".

"El Derecho soviético exige de los ciudadanos el cumplimiento de las leyes que se refieren a la disciplina del trabajo, al desempeño escrupuloso de sus obligaciones. Simultáneamente, el desarrollo de los estímulos morales hacia el trabajo halla su brillante expresión en el incremento de la emulación socialista, en la creación de brigadas de trabajo comunista. Al mismo tiempo, las normas del Derecho soviético

prevén el estímulo a los trabajadores por los éxitos alcanzados en la emulación socialista. La dirección de las empresas responde jurídicamente de que se creen todas las condiciones necesarias para el progreso del movimiento encaminado a elevar la productividad del trabajo, al fomento de la labor de los inventores y a la realización práctica de las propuestas racionalizadoras, para una meior organización de la producción, etc."

"Así, pues, las normas del Derecho y de la moral se entrelazan íntimamente" [37].

20. Los Estados totalitarios. En lo que se refiere a las realizaciones podemos manifestar que los Estados totalitarios desconocen la distinción entre Derecho y Moral. Ellos sancionan como inmorales los actos contrarios al objetivo supremo del Estado y castigan severamente a quienes los cometen, aun cuando no exista norma jurídica definida aplicable al caso.

En la Alemania nacional-socialista, por ejemplo, se reconocían como valores supremos de moralidad el heroísmo colectivo, el espíritu militar, la dureza y un patriotismo inconmovible, y se sancionaba severamente a quienes los infringían. Cualquiera desaprobación de la conducta del gobierno, manifestada verbalmente o expresada en actos abiertos de desagrado o en meras abstenciones pasivas, podía comportar para el individuo las consecuencias más serias. Algunos intérpretes legales del nacional-socialismo han expresado que para esta forma de totalitarismo Derecho y Moral eran considerados como idénticos [38].

Para el nacional-socialismo la moral nacional era la fuente de la ley y, como decía Goering, "la ley y la voluntad de Hitler son la misma cosa". Fundado en ello el Dr. Frank, jurisconsulto jefe del Reich, estableció que cada juez debía interrogarse antes de dictar sentencia: "¿Cómo juzgaría el Führer en mi lugar?" [39].

En la Alemania nacional-socialista el Derecho, confundido con la Moral y con la ideología nazi, era el instrumento político que utilizaba la dictadura para oprimir y exterminar a sus adversarios.

21. Nuestra opinión. Nuestra opinión sobre las relaciones entre Derecho y Moral la desarrollamos al explicar las características de las normas jurídicas. No obstante ello, la sintetizaremos reiterando que, en nuestro concepto, el orden jurídico forma parte esencial del orden moral, pero no puede confundirse con éste. Ambos son diferentes, pero no opuestos ni contradictorios.

El Derecho regula las acciones del hombre con el fin de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.

La Moral regula la conducta libre del hombre, de conformidad

[37] M. G. Alexandrov. *Teoría del Estado y del Derecho.* Págs. 245 a 247.

[38] Roder. *Die Untrennbarkeit on Sittlichkeit und Recht.* Pág. 29. Laun. Recht und Sittlinchkeit. Citados por Edgar Bodenheimer. Teoría del Derecho. Págs. 100 y 101.

[39] Stephen H. Roberts. *Hitler, el constructor de la Nueva Alemania.* Pág. 259.

con los dictados de la recta razón, con el propósito de que pueda realizar su destino trascendente y alcanzar su último fin.

Todo el orden jurídico forma parte del orden moral porque representa esencialmente la aplicación de las normas morales a las relaciones sociales. En consecuencia, el Derecho es parte esencial de la Moral.

No obstante lo expuesto, es posible distinguir el Derecho de la Moral y precisar sus características diferenciales:

a) El Derecho se ocupa, primeramente, de la acción exterior y sólo indirectamente del acto interno, que no es excluido. La Moral, en cambio, parte de la valoración del acto interior, extendiendo después su consideración a los actos exteriores;

b) El Derecho se ocupa de las acciones externas de la vida social, pero no de todas ellas sino únicamente de las relacionadas con los demás hombres, según exigencias objetivas de la justicia, sin tomar en cuenta la intención del sujeto. Por ello el Derecho valora las acciones según criterios objetivos y puede realizarse independientemente del ánimo de las personas. La Moral, en cambio, juzga y valora los actos atendiendo a las disposiciones subjetivas de los hombres;

c) En relación con lo expuesto anteriormente podemos decir que el Derecho es bilateral en cuanto vincula los actos de una persona con los de otra, estableciendo una coordinación objetiva entre ellos y determinando derechos y deberes recíprocos. La Moral, en cambio, valora los actos humanos en relación con la conciencia de la persona que los ejecuta y establece deberes de acción u omisión, pero no derechos, pues la Moral no compara los actos posibles para una conciencia con los actos posibles para otra conciencia;

d) El Derecho está investido de poder de coacción, del cual carecen las normas morales. Los deberes jurídicos son susceptibles de exigirse por la fuerza, en cambio los morales no;

e) El fin del Derecho es temporal y consiste en la realización de un ordenamiento justo de la convivencia humana. La Moral, en cambio, ordena las acciones del hombre en relación a su último fin.

Podemos concluir diciendo que, en nuestro concepto, el Derecho es parte integrante del orden moral, pero no puede confundirse con éste.

El Derecho y la Moral son diferentes, pero no opuestos ni contradictorios. Por ello cuando el Derecho está en contra de la Moral deja de ser Derecho.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué son las normas jurídicas?*
2. *¿Cuáles son las principales características de las normas jurídicas?*
3. *¿Considera Ud. que el Derecho es el objeto de la justicia?* (Santo Tomás de Aquino).
4. *¿Piensa Ud. que el Derecho es una organización de la fuerza?* (Hans Kelsen).
5. *¿Estima Ud. que el Derecho y la Moral consideran las acciones humanas desde puntos de vista diversos?*
6. *¿Está de acuerdo Ud. que entre Derecho y Moral existe distinción, pero no separación y muchísimo menos antítesis?* (Giorgio del Vecchio).
7. *¿Considera Ud. que el Derecho es el mínimo ético?* (Jorge Jellinek).
8. *¿Estima Ud. que el Derecho es amoral?*
9. *¿Cree Ud. que no todo lo que es lícito jurídicamente, es también conforme a la Moral?* (Paulo).
10. *¿Considera Ud. que entre Derecho y Moral existe una oposición absoluta?* (Juan Amadeo Fichte).
11. *Desarrolle su pensamiento sobre las relaciones existentes entre Derecho y Moral.*
12. *¿Qué influencia ha tenido la Moral en la estructuración del ordenamiento jurídico chileno y en qué normas o instituciones aparece de manifiesto esta influencia?*
13. *¿Cree Ud. que existen en el ordenamiento jurídico chileno normas o instituciones contrarias a la Moral y, en caso de existir, cuáles serían ellas?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

ALEXANDROV, N. G. y otros. *Teoría del Estado y del Derecho.* Capítulo XII. Págs. 284 a 289.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Quinta parte. Capítulo I. Págs. 237 a 245.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. *Manual de Introducción al Derecho.* Tomo III. Quinta parte. Págs. 24 a 34.

BOBBIO, NORBERTO. *Studi per una teoría del diritto.* Primera parte. Capítulos I y II. Págs. 11 a 17 y Parte sexta. Capítulo II. Págs. 122 a 124.

BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho.* Parte primera. Capítulo V. Págs. 92 a 124.

CASTRO BRAVO, FEDERICO DE. *Derecho Civil de España.* Tomo I. Parte primera. Capítulo I. Págs. 20 a 56.

CATHREIN, VÍCTOR. *Filosofía del Derecho.* Tercera parte. Capítulo V. Págs. 268 a 286.

COSSIO, CARLOS. *Teoría de la Verdad Jurídica.* Capítulo III. Págs. 93 a 124.

COSSIO, CARLOS. *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho.* Capítulo III. Págs. 71 a 112.

COSSIO, CARLOS. *La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad.* Introducción. Nº 3 a 7. Págs. 101 a 196 y Parte Fundamental. Capítulo I. Letra a). Págs. 199 a 212.

COVIELLO, NICOLÁS. *Doctrina General del Derecho Civil.* Parte General. Sección Primera. Capítulo I. Págs. 1 a 34.

DAVID, RENÉ Y HAZARD, JOHN N. *El Derecho Soviético.* Tomo I. Primera Parte. Capítulo II. Sección Tercera. Nº 2. Págs. 202 a 223.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho.* Parte Sistemática. Primera Sección. Págs. 311 a 338 y Págs. 356 a 364.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Supuestos, Conceptos y Principios del Derecho.* Parte Segunda. Capítulo III. Págs. 161 a 174. Capítulo V. Págs. 185 a 197.

ENGISCH, KARL. *Introducción al Pensamiento Jurídico.* Capítulo II. Págs. 21 a 60.

FERNÁNDEZ CONCHA RAFAEL. *Filosofía del Derecho o Derecho Natural.* Tomo I. Capítulo VII. Sección Primera. Págs. 335 a 361.

FULLER, LON L. *La Moral del Derecho.* Capítulo I. Págs. 12, 13 y 14. Capítulo II. Págs. 43 y siguientes. Capítulo IV. Págs. 202 a 204.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho.* Primera Parte. Capítulos I y II. Págs. 3 a 24.

GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción al Derecho.* Parte General. Capítulo IV. Págs. 177 a 195.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho.* Capítulos II y IV. Págs. 23 a 62 y Capítulos IX y X. Págs. 193 a 262.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Introducción al Derecho.* Quinta Parte. Capítulo I. Págs. 243 a 272.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulos I y II. Págs. 34 a 64. Capítulo IV. Págs. 79 a 86.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Primera Parte. Capítulo I. Letra C y D. Págs. 34 a 57.

LECLERCQ, JACQUES. *El Derecho y la Sociedad, sus Fundamentos.* Capítulo I. Págs. 21 a 45.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo II. N.os 1 y 3. Págs. 212 a 226 y 241 a 254.

MAYER, MAX ERNST. *Filosofía del Derecho. Parte Sistemática.* Capítulo I. Subcapítulo II. Nº 1. Págs. 120 a 127 y Nº 3 Págs. 138 a 141.

MERKEL, ADOLFO. *Enciclopedia Jurídica.* Parte General. Capítulo I. Sección Primera. Subcapítulo III. Págs. 53 a 62.

MILLAS JIMÉNEZ, JORGE. *Filosofía del Derecho.* Segunda Parte. Capítulos II, III IV. Págs. 51 a 130.

MORINEAU, OSCAR. *El Estudio del Derecho.* Capítulo III. Págs. 43 a 56 y 64 a 69.

MOUCHET, CARLOS Y ZORRAQUÍN BECU, RICARDO. *Introducción al Derecho.* Primera Parte. Capítulo III. N.os 1, 3, 5, 6 y 7. Págs. 9 a 24.

OLIVECRONA, KARL. *El Derecho como Hecho.* Capítulo I. Págs. 17 a 35 y Capítulo IV. Págs. 95 a 130.

ORGAZ, ARTURO. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales.* Lección Segunda. Nº 1, 3 y 4. Págs. 25 a 30 y 33 a 50.

PASQUIER, CLAUDE DU. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.* Segunda Parte. Capítulo IV. Págs. 105 a 111 y Capítulo XI. Págs. 315 a 321.

PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL. *Lecciones de Filosofía del Derecho.* Segunda Parte. Libro Primero, Capítulo VI. Págs. 69 a 91 y Capítulos VII y VIII. Págs. 102 a 140.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Capítulo IV. Págs. 53 a 64.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Filosofía del Derecho.* Capítulo V. Págs. 52 a 64.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Vida Humana, Sociedad y Derecho.* Capítulo III. Págs. 148 a 182.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo V. Págs. 171 a 198.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* Parte II. Letra A. Capítulos I, II y III. Págs. 285 a 311. Letra E) Capítulo I. Págs. 511 a 522.

ROMMEN, ENRIQUE. *Derecho Natural. Historia.* Doctrina. Segunda Parte. Capítulo V. Págs. 165 a 176.

ROSS, ALF. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Capítulo II. Págs. 58 a 63.

TORRE, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Segunda Parte. Capítulo IV. Sección Segunda. Págs. 120 a 130.

VINOGRADOFF, PAUL. *Introducción al Derecho.* Capítulos I y II. Págs. 9 a 46.

VIVES, FRANCISCO. *Filosofía del Derecho.* Primera Parte. Capítulo V. Págs. 73 a 102.

CAPÍTULO CUARTO

LA ESTRUCTURA LOGICA DE LA NORMA JURIDICA

"El sentido lógico de una norma jurídica rebasa a menudo los límites de su simple exposición y sólo se manifiesta cuando se toma la norma, no materialmente aislada, en su estricta unidad proposicional, sino en conexión con las otras normas del orden jurídico a que pertenece".

JORGE MILLAS

SUMARIO

I. LOS JUICIOS Y SUS DIVERSAS CLASIFICACIONES. II. LA NORMA JURÍDICA COMO JUICIO CATEGÓRICO. III. LA NORMA JURÍDICA COMO JUICIO HIPOTÉTICO. IV. LA NORMA JURÍDICA COMO JUICIO DISYUNTIVO. V. LA NORMA JURÍDICA COMO COMPLEJO PROPOSICIONAL CONJUNTIVO DE DOS JUICIOS HIPOTÉTICOS.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. LOS JUICIOS Y SUS DIVERSAS CLASIFICACIONES

Toda norma de conducta es una forma especial de pensar y de expresarse.

La estructura fundamental del pensamiento es el juicio, que es un acto mental por medio del cual pensamos un enunciado.

Los juicios admiten múltiples clasificaciones, de las cuales, según José Ferrater Mora [1], las más importantes son:

A) Desde el punto de vista de la inclusión o no inclusión del predicado en el sujeto, los juicios se dividen en analíticos o sintéticos;

B) Según la cualidad, los juicios se dividen en afirmativos y negativos;

C) Según la cantidad, los juicios se dividen en universales y particulares;

D) Según la modalidad, los juicios se dividen en asertóricos, problemáticos y apodícticos;

E) Según la relación establecida entre sus términos, los juicios se dividen en categóricos, hipotéticos y disyuntivos:

a) Juicios categóricos son aquellos que relacionan dos conceptos entre sí como sujeto y predicado, en forma independiente o no

[1] JOSÉ FERRATER MORA. *Diccionario de Filosofía.*

condicionada. Son juicios de estructura simple. Su fórmula es: S es P. (por ejemplo, Raúl es bueno);

b) Juicios hipotéticos son aquellos que relacionan dos juicios entre sí, de tal modo que la verdad del primero trae como consecuencia la verdad del segundo. Los dos juicios por separado no tienen sentido sino que adquieren valor cuando se relacionan. Su fórmula es: Si S es P, entonces Q es R (por ejemplo, si Pedro compra acciones de esta sociedad anónima entonces será socio de ella);

c) Juicios disyuntivos son aquellos que relacionan dos o más juicios en una oposición lógica de tal manera que si uno de ellos es verdadero, no pueden serlo los otros. Su fórmula es: S es P o Q es R (por ejemplo, Homero escribió la Odisea u Homero no escribió la Odisea).

Dado que, como hemos visto, la norma es un pensamiento que se expone mediante el lenguaje, la proposición del juicio debe corresponder a una de las clasificaciones mencionadas.

El estudio de la estructura lógica de la norma jurídica consiste en determinar cuál es la forma correcta en que ella debe manifestarse.

Las normas jurídicas pueden manifestarse en las más variadas formas de expresión verbal o escrita; utilizando juicios simples o complejos, categóricos, hipotéticos o disyuntivos, asertivos o prescriptivos.

Cualquiera que sea la forma gramatical o la expresión utilizada, el contenido de la norma jurídica puede reducirse a una estructura lógica única.

En relación a la estructura lógica de las normas jurídicas existen diversas teorías que expondremos a continuación.

II. LA NORMA JURIDICA COMO JUICIO CATEGORICO

La doctrina jurídica tradicional, si bien no se planteó derechamente el problema de la estructura lógica de las normas, las consideró como órdenes impartidas por el Estado en forma de juicios categóricos. Así, "el hombre no debe matar", "no debe causar daño a otro", "debe pagar los impuestos", "debe cumplir los pactos" y otros tantos juicios categóricos son proposiciones que utiliza el Derecho para regular las conductas del hombre en sociedad. Su fórmula, de acuerdo con la tesis tradicional, es: "S debe ser P".

III. LA NORMA JURIDICA COMO JUICIO HIPOTETICO

Para Hans Kelsen (1881-1973) el Derecho es un sistema de normas y, al respecto, expone: "Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquéllos con los cuales se relacionan sólo tienen

importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas".

Luego agrega Kelsen: "En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas".

Termina Kelsen expresando que "la ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes en las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden" [2].

A continuación Hans Kelsen se plantea el problema de las normas jurídicas y de las reglas de Derecho y, al respecto, expone: "La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad".

"De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista

[2] HANS KELSEN. *Teoría pura del Derecho*. Págs. 43 a 45.

detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige".

"La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor".

"Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas" [3].

IV. LA NORMA JURIDICA COMO JUICIO DISYUNTIVO

Para Carlos Cossio, el Derecho no es prescripción de conducta sino "la conducta humana considerada en su interferencia intersubjetiva". No ya la conducta reducida a un puro ser, que puede ser patrimonio de otras ciencias, sino "la conducta como conducta, es decir, la conducta en su libertad" [4]. El Derecho no es la regulación de la conducta, sino la conducta regulada.

La norma jurídica es, para Cossio, el concepto mediante el cual se explica la conducta del hombre en interferencia intersubjetiva. "Las normas son simplemente los conceptos con que pensamos esa conducta" [5].

La estructura lógica de la norma jurídica es un juicio que en forma disyuntiva une dos juicios hipotéticos, uno de los cuales constituye el deber y el otro la sanción, según la fórmula siguiente: dado un hecho con su determinación temporal (H), debe ser la prestación (P), por alguien obligado (A o) frente a alguien pretensor (A p); o dada la no prestación (no p), debe ser la sanción (S), a cargo de un funcionario obligado (F o) por la comunidad pretensora (C p). Por

[3] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Págs. 47 a 48.

[4] CARLOS COSSIO. *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad.* Pág. 51.

[5] CARLOS COSSIO. *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad.* Pág. 26.

ejemplo, la configuración del homicidio, como delito, significaría en términos normativos lo siguiente: dada una cierta situación de convivencia y libertad debe ser no matar o dado el homicidio debe ser la condena del reo. Esquemáticamente: dado A, debe ser P (prestación), o dado no P, debe ser S (sanción).

"Lo más notable de esta estructura normativa es que se encuentra dividida en dos miembros por la conjunción "o". La teoría egológica ha denominado endonorma al primer miembro y perinorma al segundo. La prestación es lo que debe ser según la endonorma, pero según la perinorma es la sanción la que debe ser. La norma completa resulta, por lo tanto, un juicio lógicamente disyuntivo... La lógica jurídica formal sólo conoce juicios disyuntivos; no conoce juicios categóricos como el pensamiento moral, ni juicios hipotéticos como el pensamiento técnico" [6].

V. LA NORMA JURIDICA COMO COMPLEJO PROPOSICIONAL CONJUNTIVO DE DOS JUICIOS HIPOTETICOS

El distinguido profesor de la Universidad de Chile Jorge Millas afirma que "todo parece indicar la conveniencia de reconocer en la norma jurídica un complejo proposicional de carácter *conjuntivo*, según la fórmula general "Si A es, debe ser B y si no es B, debe ser S". Este esquema, siguiendo el de Cossio en su descripción de la complejidad de tercer grado que tiene la norma jurídica, lo aventaja en que expresa la coexistencia de las dos fases, es decir el carácter conjuntivo de su coordinación. La *norma jurídica*, diremos pues, *constituye* desde el *punto de vista* de su *estructura lógica, una coordinación conjuntiva de dos proposiciones hipotéticas*. Esta interpretación permite ver la norma en una función de conocimiento jurídico muy importante: la de definir lógicamente el deber ser jurídico, en un sentido análogo al que ha mostrado Kelsen. En la expresión "Si A es, debe ser B y si no es B, debe ser S", aparece, en efecto, gracias al símbolo conjuntivo, que indica la concurrencia de las dos proposiciones hipotéticas, el alcance exacto del *deber ser* de la conducta principal: que B deba ser significa que si no B es (es decir, si ocurre la conducta contraria) debe ser S (esto es, debe ocurrir sanción)" [7].

[6] Carlos Cossio. *Teoría de la verdad jurídica*. Págs. 134 y 135.
[7] Jorge Millas, *Filosofía del Derecho*. Pág. 127.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es el juicio?*
2. *Estudie los distintos significados y clasificaciones de los juicios en el Diccionario de Filosofía de José Ferrater Mora.*
3. *¿Cuál es la significación y trascendencia de considerar a la norma jurídica como juicio categórico?*
4. *¿Cuál es la significación y trascendencia de considerar a la norma jurídica como juicio hipotético?*
5. *¿Cuál es la significación y trascendencia de considerar a la norma jurídica como juicio disyuntivo?*
6. *¿Cuál es la significación y trascendencia de considerar a la norma jurídica como complejo proposicional conjuntivo de dos juicios hipotéticos?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

COSSIO, CARLOS. *La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad.* Prefacio. Introducción y Capítulo Primero. Páginas 9 a 199.

COSSIO, CARLOS. *Teoría de la verdad jurídica.* Capítulo III. Páginas 93 a 120.

COSSIO, CARLOS. *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho.* Capítulo II. Págs. 33 a 70.

DEL VECCHIO, GIORGIO Y RECASÉNS SICHES, LUIS. *Filosofía del Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho.* Tomo I. Parte Sistemática. Capítulo XII. Páginas 238 a 247.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulo I, Nº 3. Págs. 24 a 48.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo I. Páginas 193 a 200.

MILLAS, JORGE. *Filosofía del Derecho.* Capítulo IV. Páginas 107 a 130.

CAPÍTULO QUINTO

LOS SUJETOS DEL DERECHO

"Lo que en el Derecho funciona como persona no es la totalidad del hombre, en su ser íntegro, en su plenaria realidad individual, sino una especial categoría jurídica que se adhiere a esa realidad, pero sin contenerla dentro de sí. Lo mismo ocurre con la persona colectiva: lo que en el ámbito del Derecho tiene personalidad jurídica no es la realidad concreta del ente social, sino un sujeto constituido jurídicamente, en suma, una categoría jurídica atribuida por el ordenamiento a un complejo de situaciones o relaciones".

LUIS RECASÉNS SICHES

SUMARIO

I. CONCEPTO DE PERSONA. II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA. III. DIFERENTES TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PERSONAS. IV. LAS PERSONAS JURÍDICAS INDIVIDUALES. V. LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS. VI. LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. CONCEPTO DE PERSONA

La palabra persona posee varias acepciones, siendo las más importantes la moral y la jurídica. Desde el punto de vista ético, persona es una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre o, dicho en otros términos, es el ser dotado de voluntad y razón, capaz de proponerse fines libremente y encontrar medios para realizarlos.

Desde el punto de vista jurídico persona o sujeto del Derecho es todo ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones jurídicas.

II. EVOLUCION DEL CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA

Si tenemos presente que el Derecho se refiere esencialmente al querer y al obrar, entenderemos fácilmente que pueden ser sujetos del Derecho aquellos que tienen naturalmente la capacidad de querer y de obrar. Estos requisitos se encuentran, fundamentalmente, en el hombre, por lo cual podemos afirmar que todo hombre es sujeto de Derecho.

Históricamente este principio no ha sido siempre reconocido. En la antigüedad se negó la calidad de sujetos de Derecho Civil Romano a los esclavos y a los extranjeros. En el Derecho Romano, por ejemplo,

los esclavos eran considerados objetos del Derecho, aun cuando esto fue afirmado más bien dogmáticamente que observado de modo riguroso en la práctica [1]. Igual cosa sucedió con respecto a los extranjeros: en un comienzo se les privó de derechos y se les excluyó de algunas instituciones jurídicas, pero pronto se les concedió protección, por las necesidades del tráfico comercial. En la Ley de las XII Tablas a los extranjeros se les llamó "hostis". Se les designaba, por tanto, con la misma palabra que se empleó después para el enemigo. Posteriormente se les denominó "peregrinus", esto es, el que ha llegado por tierra [2].

En otras épocas se dio calificación de sujetos del Derecho a algunos objetos. "En la Edad Media se seguían procesos contra los cadáveres; los exhumaban, los hacían comparecer, les imponían penas póstumas y les confiscaban los bienes que antes del fallecimiento formaban el patrimonio del difunto. Singular es el caso de la campana de Florencia llamada la "Pignona" —hoy en un museo— que fue procesada como cómplice de la insurrección fracasada de Savonarola, condenada —mientras al monje que la tocó en las vísperas del movimiento se le mandó a la hoguera— a ser paseada en la carreta de los condenados a muerte y, después, mantenida en exilio por varios años".

"Del mismo modo los animales han tenido consideración de sujetos activos y pasivos del Derecho. Recordemos a los múltiples animales que tienen la calidad de dioses y semidioses en la historia de las religiones y que como tales reciben culto y ofrendas; el caballo de Calígula que fue exaltado al Consulado; el derecho que la legislación persa reconocía al perro pastor de saciar su hambre con piezas del ganado a su cargo, cuando su dueño rehusaba darle de comer; las leyes medievales que procesaban a los animales dañinos como orugas, gorgojos, etc.; la pena de horca expedida en contra de una marrana por haber dado muerte a una de sus crías, en la época de Luis XI; la prohibición de comer carne de un buey que había dado muerte a un niño, etc." [3].

También se ha otorgado la calidad de sujetos del Derecho a las personas jurídicas colectivas, que son entes dotados de capacidad legal.

En nuestro concepto, solamente pueden ser considerados sujetos del Derecho las personas jurídicas individuales y las personas jurídicas colectivas.

No puede considerarse como sujeto del Derecho a los muertos. El cumplimiento de la última voluntad del difunto es el respeto hacia las decisiones tomadas por él en vida y la garantía de los derechos de las personas a cuyo favor él testó. La tutela jurídica que se les presta a los cadáveres, tiene su fundamento en el sentimiento de respeto que merece a los sobrevivientes la memoria de los muertos.

[1] FRANCISCO SAMPER. *Derecho Romano.* Pág. 183.
[2] WOLFGANG KUNKEL. *Historia del Derecho Romano.* Pág. 20.
[3] ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Pág. 248.

Tampoco pueden considerarse como sujetos del Derecho a los animales. La protección acordada por el Derecho en favor de ellos, al castigar a quienes los maltratan y al garantizar los bienes destinados a su mantenimiento y cuidado, mira a los intereses humanos de conservar y cuidar a seres que son útiles al hombre y hacia los cuales éste siente afecto.

Tampoco pueden considerarse como sujetos del Derecho la divinidad y los santos. Ellos no tienen intereses terrenos, y el respeto que se les garantiza es en consideración a las creencias y a los sentimientos de los hombres.

Si el Código Civil de Chile establece que "servidumbre predial o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño" (artículo 820), lo que da a entender que un predio podría ser sujeto de Derecho, esta es una figura literaria que en realidad significa que el propietario de un inmueble goza de un derecho sobre otro inmueble de distinto dueño.

III. DIFERENTES TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS PERSONAS

Existen diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de las personas [4]:

A) *Teorías realistas*, enunciada por Bernardo Windscheid, Rodolfo von Ihering, Federico Carlos de Savigny, Marcel Planiol, Henri Capitant, Nicolás Coviello, George Renard, Joaquín Ruiz Giménez y otros, para los cuales no hay más personas que el hombre, al que esta calidad no le es dispensada por el ordenamiento jurídico positivo, sino que le es inherente en cuanto tal. El Derecho tiene que reconocer esta situación, y si no lo hace infringe la justicia;

B) *Teorías formalistas*, enunciadas por Louis Josserand, Francisco Ferrara, Hans Kelsen y otros, para los cuales la persona es una mera categoría formal, una constitución lógica-normativa. Francisco Ferrara sostiene que ella "es un concepto puramente formal que no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en el investido" y "es una cualidad abstracta, ideal, proporcionada por la capacidad jurídica y no resultante de la individualidad corporal y psíquica" [5]. Hans Kelsen, por su parte, afirma que "en rigor de verdad la persona sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas" [6]; y

C) *Teorías eclécticas* expuestas por Alberto Spota, Arturo Orgaz, Jean Dabin y otros, que procuran armonizar y refundir las dos teorías

[4] Carlos Fernández Sessarego. *La noción jurídica de persona*. Págs. 87 a 169.

[5] Francisco Ferrara. *Teoría de las personas jurídicas*. Págs. 318 y 319.

[6] Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. Pág. 125.

anteriores, concibiendo al sujeto del Derecho como un sustrato natural o real que sirve de fundamento a una aptitud jurídica.

No han faltado autores que afirman que la noción de persona es innecesaria y, por ende, debe ser eliminada. Esta es la posición, entre otros, de Léon Duguit [7], quien considera que no existe más sujeto del Derecho que la simple situación de estar sometido a las reglas del Derecho objetivo. Por tanto, él considera que resulta inútil la noción de persona como sujeto de derechos subjetivos. Lo que interesa, para Duguit, es la situación del individuo frente a la norma jurídica y, por ello, sustituye la noción de persona por la de "situación jurídica objetiva".

IV. LAS PERSONAS JURIDICAS INDIVIDUALES

La primera categoría de sujetos del Derecho está constituida por los seres humanos. El hombre es sujeto del Derecho, en cuanto ser capaz de relaciones jurídicas.

Lo que constituye la persona jurídica individual no es la totalidad de la persona humana, no es la plenitud del hombre, sino solamente algunos de sus aspectos y dimensiones, aquellos que se refieren a su conducta externa prevista en las normas jurídicas como supuesto de determinadas consecuencias.

La personalidad jurídica del hombre comienza con su nacimiento y termina con su muerte.

1. Principio de existencia de las personas jurídicas individuales. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad jurídica del hombre. Tiene lugar cuando el feto se separa completamente del claustro materno, no importando que dicha separación se haya operado naturalmente o por medios quirúrgicos. Este requisito se ha prestado a discusiones. Algunos creen que es necesario que la criatura se separe completamente de la madre, sin que exista vínculo alguno que los una, y exigen, por tanto, el corte del cordón umbilical. En cambio, otros sostienen que dicho requisito no es indispensable, bastando que el feto haya salido íntegro del claustro materno. Los partidarios de la primera tesis argumentan de la siguiente manera: el requisito exigido es la separación material completa del feto del cuerpo de la madre y no la separación fisiológica, de manera que para que ella se repute perfecta es menester que nada una al feto con el cuerpo de la madre. Los sostenedores de la segunda tesis afirman que el corte del cordón umbilical no constituye un requisito, ya que, de aceptarlo, resultaría que el momento del nacimiento quedaría entregado al arbitrio de los padres. Además, el nacimiento se transformaría de fenómeno natural en fenómeno artificial, lo que es inaceptable. Añaden, por último,

[7] Léon Duguit. *Las transformaciones generales del Derecho Privado.*

que el cordón umbilical es un simple anexo, que no forma parte ni del cuerpo del hijo ni del de la madre.

Antes del nacimiento, el feto no posee personalidad jurídica. No obstante, el Derecho no puede desconocer una realidad que se presume llevará al nacimiento de un nuevo ser, por lo cual protege la vida y los derechos del que está por nacer. El Código Civil de Chile establece que "la ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la creatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento" (artículo 75). En nuestro país se prohíbe aplicar la pena de muerte y notificar dicha sentencia a la mujer que se encuentre encinta (Código Penal de Chile, artículo 85), y se prohíbe y se castiga el aborto provocado maliciosamente (Código Penal de Chile, artículos 342 y siguientes). Además, al que está por nacer se le reconocen derechos hereditarios y se le otorga protección civil a sus derechos (Código Civil de Chile, artículo 77).

El fundamento de esta protección no radica en el hecho de "que se reconozca una capacidad parcial al concebido sobre la base de una ficción de personalidad, es que el fundamento de la protección estriba en la posibilidad del nacimiento, y su objeto son los derechos eventuales y futuros, no los actuales. En efecto, la adquisición de tales derechos está subordinada a la condición de que el feto viva; si esto ocurre, se verifica la adquisición; pero si no ocurre, sea por causa del aborto, o porque el feto nazca muerto, no hay pérdida o transmisión de derechos, como debería acontecer si al concebido se le reconociera una personalidad ficticia. Sencillamente no se realiza la adquisición del derecho" [8].

Pero el solo nacimiento no basta para dar origen a la personalidad jurídica. Es necesario, además, que el ser nazca vivo, ya que si nace muerto es como si nunca hubiese nacido. No importa que la muerte haya tenido lugar antes o durante el parto. A este respecto, el Código Civil de Chile establece que "la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás" (artículo 74, inciso segundo).

El requisito que nos ocupa puede probarse recurriendo al testimonio de las personas presentes al momento del parto (médico, matrona, etc.). Esta prueba sólo será posible cuando el recién nacido haya dado signos evidentes de vida (movimientos, llanto u otros). En caso contrario, deberá recurrirse a los procedimientos médico-legales. Entre ellos el más conocido es el de la docimasia pulmonar hidrostá-

[8] Nicolás Coviello. *Doctrina General del Derecho Civil*. Pág. 161.

tica [9]. En torno a esta prueba cabe recordar en la época del Derecho Romano la polémica entre proculeyanos y sabinianos. Los primeros aceptaban únicamente como prueba de vida el grito del recién nacido, en tanto que los segundos admitían cualquier signo de vitalidad (Código de Justiniano. 6, 29, 3, 1).

Fuera de los dos requisitos estudiados, algunos ordenamientos jurídicos exigen, además, la viabilidad, esto es, que el sujeto nazca en condiciones de seguir viviendo por sí mismo.

2. El principio de existencia de las personas jurídicas individuales en el ordenamiento jurídico chileno. De acuerdo con el ordenamiento jurídico chileno, "la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre" (Código Civil de Chile, artículo 74, inciso primero).

Tradicionalmente se ha considerado la separación completa a que se refiere el Código Civil como sinónimo de la sección del cordón umbilical o, al menos, de la expulsión completa de dicho cordón, la placenta y sus anexos del interior del vientre materno.

En ausencia de una definición legal explícita de lo que debe entenderse por separación completa de la madre, algunos autores interpretan el artículo 74 del Código Civil de Chile en relación con el artículo 55 del mismo cuerpo legal, que establece que "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición". De ello concluyen que "la completa separación no significa tanto el concepto material de distancia espacial entre los cuerpos de la madre y del hijo como el concepto fisiológico de vida separadas, independencia biológica de ambos, esencialmente referida a las funciones circulatorias y respiratorias" [10].

Por ello, consideran que el feto es un ser vivo distinto e independiente de la madre. La independencia del feto respecto de su madre presenta un triple aspecto: el de su independencia ontogénica o embriológica, el de su independencia fisiológica y el de su independencia finalista. Por esto estiman que, en el ordenamiento jurídico chileno, el feto es persona y tiene existencia legal.

3. Fin de la existencia de las personas jurídicas individuales. La existencia jurídica del hombre termina con la muerte natural y solamente con ella.

En otros tiempos existió la llamada "muerte civil", que acarreaba la pérdida de la personalidad jurídica respecto de determinados derechos. En Chile la muerte civil existió hasta 1943 en que se la suprimió.

[9] La docimasia pulmonar hidrostática tiene por objeto "comprobar si existe aire intrapulmonar, para cuyo efecto se introduce el conjunto de los pulmones, corazón, tráquea, timo y laringe del cadáver en un recipiente lleno de agua: si estas vísceras flotan en el líquido, no obstante su peso específico superior al del agua, es porque existe aire" (Luis Cousiño Mac Iver. Manual de Medicina Legal. Pág. 136).

[10] Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal.* Tomo III. Pág. 32.

Su causal era la profesión religiosa solemne, ejecutada conforme a las leyes, en institutos monásticos reconocidos por la Iglesia Católica. Esta muerte ocasionaba la extinción de la personalidad respecto de los derechos de propiedad.

Otro motivo de muerte civil que existió en algunos países fue la condena penal, pero ella fue desterrada por todos los ordenamientos jurídicos en el siglo XIX.

La muerte natural es la cesación de los fenómenos fisiológicos en el ser humano, sea que ella haya ocurrido efectivamente o haya sido declarada por la autoridad competente. La muerte natural se divide en real y presunta.

La muerte real es aquella que efectivamente ha ocurrido. No existe un concepto unánimemente admitido acerca de lo que es la muerte. Algunos han dicho que ella consiste en la cesación o término de la vida, definición negativa que, no obstante, debemos mantener ante la imposibilidad de dar una mejor. Hay que dejar establecido, sí, que la muerte no es un momento sino un proceso, que se caracteriza por la cesación de los fenómenos fisiológicos fundamentales como la circulación, la respiración, el movimiento, etc. [11].

La muerte presunta es la declarada por la autoridad competente, en conformidad con las normas jurídicas, respecto de un individuo que ha desaparecido y se presume muerto. La muerte presunta tiene lugar cuando se dan dos condiciones: primero, que el individuo haya desaparecido por largo tiempo del lugar del último domicilio o residencia; y segundo, que no se tengan noticias de él. La declaración de muerte presunta se otorga con el objeto de resguardar diversos intereses: el del desaparecido, el de aquellos que tengan derechos eventuales a la sucesión del mismo y, por último, en resguardo del interés social, ya que no es conveniente que existan bienes y derechos abandonados (Código Civil de Chile, artículos 80 a 94).

El problema de determinar el momento de la muerte de una persona en relación con la defunción de otro individuo, puede revestir especial importancia. Ello sucede, preferentemente, cuando la premorencia respectiva origina derechos para un tercero, como cuando mueren dos personas llamadas a sucederse recíprocamente. Esta determinación puede ser fácil en ciertas ocasiones, pero en otras se hace casi imposible, como cuando dos o más individuos mueren conjuntamente en un accidente. Esta dificultad ha obligado a las legislaciones de los diferentes países a adoptar normas que solucionen el problema de los comurientes. El Derecho Romano disponía para este caso que todas las personas se estimasen fallecidas en el mismo momento. Se exceptuaba de esta regla general el caso surgido entre padre o madre e hijos. Si este último era púber, se presumía premuerto el padre o la madre; por el contrario, si era impúber, se presumía premuerto el

[11] Luis Cousiño Mac Iver. *Manual de Medicina Legal.* Págs. 417 y siguientes.

hijo [12]. La legislación chilena prescribe, adoptando el principio general del Derecho Romano, que "se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras" (Código Civil de Chile, artículo 79).

V. LAS PERSONAS JURIDICAS COLECTIVAS

1. CONCEPTO. Las personas jurídicas colectivas se denominan también personas morales, personas ficticias, personas abstractas, personas incorporales o personas artificiales.

"Para comprender la existencia de tales entes, conviene partir del concepto de que hay fines que el individuo no puede alcanzar por sí solo, porque superan las fuerzas y los límites de la vida individual. En relación con estos fines, se forman naturalmente organizaciones —no simples uniones mecánicas— que tienen una estructura y una personalidad propias. Tales organizaciones, al no tener existencia física propia, actúan por medio de individuos, pero éstos no obran en nombre propio, sino como órganos de dichas entidades. La personalidad jurídica de la entidad es siempre bien distinta de la de los individuos en cuanto tales; los derechos y el patrimonio de la primera, están separados de los derechos y patrimonio de los segundos" [13].

Francisco Ferrara define las personas jurídicas colectivas como "asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por el ordenamiento jurídico como sujetos de derechos" [14].

El Código Civil de Chile establece que "se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente" (artículo 545).

2. HISTORIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS. La teoría de la personalidad jurídica se formó, especialmente, por la influencia del Derecho Romano y del Derecho Canónico [15].

En el Derecho Romano aparece la noción de personas colectivas, calidad que se reconocía a la República Romana, a los municipios y a las ciudades [16]. Durante el Bajo Imperio, este reconocimiento se extendió a las agrupaciones cristianas como iglesias, monasterios y hospitales. Esto, en lo concerniente a las personas colectivas públicas. Respecto de las privadas en Roma existió amplia libertad de asociación de acuerdo con las disposiciones de la Ley de las Doce Tablas, libertad que fue restringida más tarde por la Ley Julia de Colegüs de fines de la República. Según las prescripciones de esta ley, las

[12] *Digesto*. 36, 1, 35; 34, 5, 18; 34, 5, 9, 4.
[13] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho*. Pág. 403.
[14] FRANCISCO FERRARA. *Teoría de las personas jurídicas*. Pág. 359.
[15] FRANCISCO FERRARA. *Teoría de las personas jurídicas*. Págs. 19 y siguientes.
[16] *Digesto* 3, 4, 1, 1.

asociaciones no religiosas o no funerarias necesitaban, para adquirir personalidad jurídica, autorización del Senado y del Emperador [17].

La certidumbre que existe acerca del origen de las corporaciones como personas jurídicas, no es tal respecto de las fundaciones, ya que los fines de éstas eran realizados por la Iglesia. No obstante, algunos autores creen que dicha calidad les fue reconocida a las fundaciones hacia fines del Imperio.

En la Edad Media, el problema de los entes colectivos adquirió gran importancia por el enorme desarrollo de las agrupaciones (cofradías, gremios, etc.). Glosadores y canonistas, reconocieron personalidad jurídica a las asociaciones, y el Derecho Canónico elaboró la teoría jurídica de la fundación.

El período que sigue al de los postglosadores no fue fructífero en teorías propias. El hecho de que las asociaciones y corporaciones pudieran adquirir bienes y poseer patrimonio, hizo que el poder real tratara de someterlas a su autoridad. Con tal fin, se buscó un fundamento legal y se lo encontró en la autoridad de los jurisconsultos romanos, que sostenían que toda persona moral emanaba del rey y que, por tanto, necesitaba de una expresa autorización del soberano para que su existencia fuera lícita.

En la primera mitad del siglo XVIII, la concepción legalista del Derecho opuso al principio corporativo de la Edad Media un criterio esencialmente individualista. Esta concepción la hizo suya la Revolución Francesa, que echó por tierra la construcción de las agrupaciones intermedias entre el Estado y los individuos.

3. Teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas colectivas. Este problema es uno de los más discutidos de la Ciencia del Derecho. En torno a él se han elaborado un sinnúmero de teorías que tratan de resolverlo, de manera que para exponerlas sistemáticamente es preciso hacer ciertas distinciones previas [18].

Las diversas teorías que expondremos a continuación no enfocan este problema desde un mismo punto de vista. Así, unas han tratado de desentrañar la esencia de la realidad de las personas colectivas; otras se han preocupado preferentemente de explicar el concepto jurídico de personalidad, no faltando doctrinas que hayan tomado en consideración puntos de vista puramente políticos o de otra naturaleza. Es por esto que, al exponer las distintas doctrinas, hay que atender a estos diversos enfoques y no hacerlo por el orden cronológico de su aparición, lo que a menudo procura una visión confusa.

A) *Teoría organicista biológica.* Son sostenedores de esta doctrina, entre otros, Paul von Lilienfeld, Albert Schaeffle, Renée de Worms, G. Novicow y Alfredo Fouillée. Estos autores pretenden equi-

[17] Paul Jors. *Derecho Privado Romano.* Págs. 104 y siguientes.

[18] Al respecto, ver Giorgio del Vecchio y Luis Recaséns Siches. *Filosofía del Derecho.* Tomo I. Págs. 370 a 380.

parar a las personas colectivas con los seres humanos. Comparan los elementos de estos entes morales con las células del cuerpo humano, como elementos que dan origen a una verdadera voluntad colectiva análoga a la del hombre.

B) *Teoría voluntarista.* Entre sus partidarios se cuentan Fricker, Ernesto Zitelmann, Christian Meurer y otros. Pertenece al grupo de las teorías realistas, pero se diferencia de la doctrina organicista en que, en vez de considerar la persona colectiva como una realidad orgánica o biológica, la hace consistir en una especie de voluntad colectiva cuantitativamente distinta de las voluntades individuales.

Zitelmann, para demostrar que la persona moral tiene una voluntad colectiva distinta a la de cada uno de sus miembros, compara dos expresiones aritméticas: 7 más 5 igual 12 y 7 más 5 igual (7 más 5). El doce sintético (12) es distinto del doce analítico (7 más 5), y representa una cantidad nueva (vendría a ser la voluntad colectiva).

C) *Teoría del organismo social.* La más difundida de estas concepciones es la de Julius von Gierke. Este autor no equipara las personas colectivas con los seres humanos, pero sostiene que ellas constituyen organismos sociales con vida propia e independiente de la de los individuos que las componen. Esta teoría, que hace de las personas morales entidades corpóreas y psíquicamente distintas de los seres humanos, tiene numerosos partidarios, entre los cuales pueden mencionarse a Guillermo Wundt, Lasson, Hugo Preuss y Alphonse Boistel.

D) *Teoría de la institución.* Fue enunciada por Maurice Hauriou (1856-1929) y desarrollada posteriormente por George Renard y J. T. Delos.

"Las grandes líneas de esta nueva teoría son las siguientes: una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos".

"Existen dos tipos de instituciones: las que se personifican y las que no se personifican. En las primeras, que integran la categoría de las instituciones-personas o de los cuerpos constituidos (Estados, asociaciones, sindicatos, etc.), el poder organizado y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo se interiorizan en el marco de la idea de la obra; después de haber sido el objeto de la institución corporativa, la idea deviene el sujeto de la persona moral que se desarrolla en el cuerpo constituido".

"En las instituciones de la segunda categoría, que pueden denominarse instituciones-cosas, el elemento del poder organizado y el de las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo, no están interiorizados en el marco de la idea de la obra, y aunque existen en el medio social, permanecen exteriores a la idea. La regla del Derecho,

socialmente establecida, es una institución de este segundo tipo: es institución porque, en tanto que es idea, se propaga y vive en el medio social, pero ella no engendra, visiblemente, una corporación que le sea propia: vive en el cuerpo social —en el Estado, por ejemplo— tomando de éste su poder de sanción y aprovechando de las manifestaciones de comunión que se producen en él, pero no puede engendrar una corporación porque no es un principio de acción o de empresa, sino por el contrario, un principio de limitación".

"Las instituciones nacen, viven y mueren jurídicamente; nacen por operaciones de fundación que les suministran su fundamento jurídico al continuarse; viven una vida a la vez objetiva y subjetiva, gracias a operaciones jurídicas de gobierno y de administración repetidas y, además, ligadas por procedimientos; por fin, ellas mueren por operaciones jurídicas de disolución o de abrogación. De este modo, las instituciones representan jurídicamente la duración, y su urdimbre sólida se cruza con la trama más floja de las relaciones jurídicas pasajeras" [19].

Según Hauriou, los elementos de toda institución corporativa son tres: la idea de la obra por realizar en un grupo social; el poder organizado puesto al servicio de esta idea para su realización; y la manifestación de comunión que se produce en el grupo social respecto de la idea y de su realización.

Para Hauriou, "el elemento más importante de toda institución corporativa es el de la idea de la obra a realizar en una agrupación social o en beneficio de esa agrupación. Todo cuerpo constituido lo es para la realización de una obra o de una empresa" [20].

Pero "no se debe confundir la idea de la obra a realizar, que merece el nombre de idea directriz de la empresa, con la noción del fin, ni con la de la función" [21].

"La idea directriz de la obra, que sobrepasa de este modo las nociones de fin y de función, podría identificarse más justamente con la noción de objeto. La idea de la empresa es el objeto de la empresa, porque la empresa tiene por objeto realizar la idea. Esta es de tal modo el objeto de la empresa que es por ella y en ella que la empresa va a objetivarse y a adquirir una individualidad social" [22].

Según Hauriou, "el segundo elemento de toda institución corporativa es, en efecto, un poder de gobierno organizado para la realización de la idea de la empresa y que está a su servicio. Es lo que corrientemente se denomina organización de la institución..." [23].

El tercer elemento de la institución corporativa es "la manifestación de comunión de los miembros del grupo y también de los órganos

[19] MAURICE HAURIOU. *La teoría de la institución y de la fundación.* Págs. 39 a 41.
[20] MAURICE HAURIOU. *La Teoría de la institución y de la fundación.* Pág. 42.
[21] MAURICE HAURIOU. *La teoría de la institución y de la fundación.* Pág. 42.
[22] MAURICE HAURIOU. *La teoría de la institución y de la fundación.* Pág. 44.
[23] MAURICE HAURIOU. *La teoría de la institución y de la fundación.* Pág. 47.

de gobierno, sea en la idea de la obra a realizar, sea en la de los medios a emplear" [24].

Para Hauriou, "las instituciones corporativas sufren el fenómeno de la incorporación, que las conduce al de la personificación. Estos dos fenómenos están, a su vez, bajo la dependencia de un movimiento de interiorización que hace pasar al marco de la idea directriz de la empresa, en primer lugar, a los órganos de gobierno con su poder de voluntad y, luego, a las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo. Este triple movimiento de interiorización, de incorporación y de personificación, es de capital importancia para la teoría de la personalidad" [25].

— E) *Teoría del patrimonio adscrito a un fin o del patrimonio de afectación.* Los representantes más caracterizados de esta tesis son Aloys von Brinz y Ernst Immanuel Bekker. Sostienen que pueden existir derechos y obligaciones sin sujetos. Existen patrimonios sin dueño en el caso de las asociaciones, de las fundaciones y del Estado, que están adscritos a un fin. Estos patrimonios reciben el nombre de patrimonios de afectación. Mas esta afectación no significa la creación de un sujeto de Derecho o persona moral. Lo que ocurre es que el Derecho objetivo asegura la afectación de ciertos bienes al cumplimiento de determinados fines.

Según Brinz los romanos jamás distinguieron entre personas naturales y jurídicas; sólo el hombre era sujeto de Derecho. Se limitaron a establecer que ciertos bienes no pertenecían a nadie en particular, aunque estaban bajo el imperio del Derecho. Según Brinz han sido los modernos los que introdujeron la noción de personalidad moral, y para justificarla idearon el axioma de que no hay patrimonio sin sujeto; pero esto, a juicio de Brinz, es una fantasía y son vanas las argumentaciones tendientes a probar lo contrario. Si se considera el patrimonio "como un conjunto de riquezas afectadas a cierto fin, esta afectación puede ser protegida socialmente sin que haya una persona titular del patrimonio: el patrimonio de la persona jurídica es, en realidad, patrimonio del fin ideal perseguido por ella. Esta idea es más visible en las fundaciones que precisamente se caracterizan por dominar en ellas el fin perseguido; pero el mismo principio se aplica a las corporaciones. En ellas, la "universitas" misma es la que forma ese fin" [26].

— F) *Teoría del patrimonio colectivo.* La sustentan, entre otros, Marcel Planiol y Joseph Barthelemy. Para esta teoría, las personas colectivas consisten en patrimonios colectivos que han sido sustraídos del régimen de la propiedad individual. Mas esta propiedad colectiva no debe ser confundida con la propiedad indivisa, una de las formas

[24] MAURICE HAURIOU. *La teoría de la institución y de la fundación.* Pág. 49.
[25] MAURICE HAURIOU. *La teoría de la institución y de la fundación.* Págs. 51 y 52.
[26] CARLOS BALMACEDA LAZCANO. *El estatuto de las personas jurídicas.* Págs. 32 y 33.

de la individual; la mera copropiedad es aún virtualmente divisible; pero hay casos en que los derechos individuales de los asociados, por su misma indivisibilidad, llegan a constituir una unidad jurídica que no puede romperse; entonces, cuando se tiene un patrimonio colectivo, surge una persona jurídica colectiva.

G) *Teoría de la ficción legal.* Fue desarrollada por Federico Carlos de Savigny, Rodolfo von Ihering y otros representantes de la Escuela Histórica, y sostiene que los únicos seres que son sujetos de Derecho son los hombres, ya que solamente ellos están dotados de razón y de voluntad. Las personas jurídicas son meras creaciones artificiales del legislador, quien les da vida guiado por razones de interés general, y no tienen más capacidad que la que éste les otorga.

Al respecto escribe Federico Carlos de Savigny: "Yo uso la denominación personas jurídicas simplemente (a la cual se contrapone por tanto la persona natural, o sea el hombre particular), para expresar que aquéllas tienen existencia como persona sólo en virtud de este fin jurídico. Antes se usaba mucho el nombre de persona moral, que yo lo rechazo por dos razones: en primer lugar porque, en general, no toca lo que hay de esencial en este concepto, donde no entra para nada ninguna relación moral; en segundo lugar, porque esa expresión es más bien apropiada para indicar, entre los hombres, a aquellos que son lo opuesto a los inmorales, de modo que ese nombre lleva nuestro pensamiento a un orden de ideas realmente distinto".

"Tampoco los romanos tienen un término general para indicar todos los casos de esta especie. Cuando quieren expresar este carácter de tales sujetos en general, dicen sólo que toman el lugar de las personas, lo que equivale a decir que son personas ficticias" [27].

Rodolfo von Ihering sostiene que "los verdaderos sujetos del Derecho, no son las personas jurídicas, sino los miembros aislados; aquéllas no son más que la forma especial mediante la cual éstos manifiestan sus relaciones jurídicas al mundo exterior, forma que no tiene importancia alguna para las relaciones jurídicas de los miembros entre sí" [28]. Para von Ihering la personalidad jurídica es un medio técnico consagrado por el Derecho, más bien por razones prácticas, pues, de esta manera se facilita la prosecución de determinados intereses comunes. Es una unidad personal artificial; un sujeto jurídico aparente bajo el cual se oculta el verdadero: los asociados o los destinatarios.

H) *Teoría de la persona jurídica colectiva como unidad de un conjunto de normas.* Para esta teoría, enunciada por Hans Kelsen, (1881-1973), "el concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos...".

[27] Federico Carlo di Savigny. *Sistema del Diritto Romano attuale.* Volume Secondo. Págs. 244 y 245.

[28] Rodolfo von Ihering. *El espíritu del Derecho Romano.* Tomo IV. Pág. 382.

"A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es a veces la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación, y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado".

"Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común".

"Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que tiene sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez".

"Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son reales las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa, La persona jurídica, concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre, así como tampoco la persona física es un hombre".

"Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial".

"Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica unicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita".

"Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad".

"La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total" [29].

4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS. Cualquiera que sea la teoría que admitamos sobre la naturaleza de las personas jurídicas colectivas, tenemos que concluir que existen algunos elementos constitutivos esenciales que les son comunes. Ellos son:

A) *Una pluralidad de sujetos* que deben ser considerados como una sola persona. Este elemento no se advierte con claridad respecto de las fundaciones, porque es indeterminado, mas un examen detenido nos revela que dicha pluralidad de personas la constituyen los beneficiarios de la fundación: los enfermos, por ejemplo, tratándose de un hospital. No debe creerse que el elemento que estamos tratando comprende sólo los actuales beneficiarios sino que también los futuros,

[29] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Págs. 126 a 130.

es decir, todas aquellas personas que se encuentren en el porvenir en las condiciones previstas, y precisamente en vista de las cuales se creó la fundación.

B) *Un fin por el cual trabajan los asociados,* o al cual esté destinado el patrimonio proveído por una persona. Este fin debe ser determinado y lícito no importando que él sea público o privado.

C) *Un patrimonio actual o potencial* que se considere perteneciente a la persona jurídica, ya que, si no existe, el fin se hace inalcanzable y no es posible tratar al conjunto de personas como un solo sujeto de Derecho.

D) *Intención o ánimo de los miembros de la agrupación de constituir una sola persona,* con una organización capaz de dirigirla hacia la obtención de sus propósitos.

Una vez que se reúnen los elementos de hecho antes mencionados, los miembros de la persona jurídica pueden actuar en igual forma y lograr idénticos resultados como si fuera una persona colectiva, pero, en realidad, dicho grupo no tiene tal calidad, ya que sus integrantes son tratados como sujetos aislados. Para que nazca la persona jurídica, no sólo se requiere la reunión de aquellos elementos de hecho, sino, además, un elemento jurídico: el reconocimiento por parte del Estado.

Como ya lo hemos visto, algunas teorías afirman que es el Estado el que crea la personalidad jurídica, en tanto que otras sostienen que esta autorización no es más que un reconocimiento de un estado de cosas ya existente. Esta discusión carece de importancia en la práctica. La autorización se exige, y sin ella la persona jurídica colectiva no puede actuar.

5. Capacidad de las personas jurídicas colectivas. La persona jurídica colectiva adquiere capacidad una vez que se reúnen los elementos de hecho y el Estado le presta su reconocimiento. Esta capacidad se extiende tanto a los derechos privados como a los públicos, excepción hecha de todos aquellos derechos que tienen como presupuesto necesario la existencia del organismo humano. Esto en lo que dice relación con la capacidad de goce.

Respecto de la capacidad de ejercicio, la opinión dominante es que las personas jurídicas no la tienen. La razón proviene de la naturaleza misma de las cosas: si la persona colectiva es una abstracción, no obstante la realidad que la sustenta, y la capacidad de obrar requiere de un organismo físico, es lógico que no tenga tal capacidad. Es por eso que ella debe nombrar de entre sus miembros algunos que actúen en su nombre y representación, los que, por tal razón, reciben el nombre de representantes. Ahora bien, si la persona colectiva no tiene capacidad de ejercicio, ¿cuál es la responsabilidad que le corresponde por los actos ilícitos de sus representantes? Sólo dejamos planteado aquí este problema. Le dedicaremos más adelante un párrafo especial, por su importancia.

Las personas jurídicas colectivas están, además, sometidas a otra serie de limitaciones, establecidas ya en el interés social, ya en su propio beneficio. En razón de las primeras el Estado tiene ingerencia en ellas y las vigila; en virtud de las segundas, fuera de otras limitaciones, las personas jurídicas colectivas no pueden realizar actos que no estén comprendidos en la esfera del fin preciso para el que nacieron y los derechos que adquieran sólo pueden emplearse en la realización de dicho fin. Este es el llamado "principio de la especialidad del fin".

A este respecto el Código Civil de Chile establece que "las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación ha conferido este carácter" (artículo 551). Y luego agrega que "los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante" (artículo 552).

6. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS. Intimamente ligado al problema de la naturaleza de las personas jurídicas colectivas está el de su responsabilidad o irresponsabilidad penal. ¿Puede la persona jurídica colectiva cometer delitos penales y ser procesada para perseguir su responsabilidad criminal? He aquí el problema que debemos analizar.

Existen dos teorías: una que niega la responsabilidad penal de las personas colectivas, y otra que la acepta.

A) *Teoría de la no responsabilidad penal.* Deriva de la teoría de la ficción legal y es aceptada por muchos tratadistas de Derecho Penal.

Francisco Carrara, por ejemplo, considera que sólo el hombre puede ser sujeto activo de delito porque al delito le es esencial que el hecho provenga de una voluntad inteligente, que no existe más que en el hombre.

Feuerbach, por su parte, sostiene que sólo el individuo es sujeto posible del crimen, porque si una sociedad, sólo a causa de un fin determinado subsiste como persona moral, los individuos que la forman no obran como tal sociedad, cuando obran, no por el fin de la sociedad misma, sino por otro diverso, como sería el caso de la ejecución de un hecho ilícito.

Manzini tampoco acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Mezger es del mismo parecer que los autores anteriores, al considerar que el delito, siendo acción es, como tal, propio sólo de la conducta humana; sólo el hacer y el omitir del hombre es punible.

Si analizamos estas concepciones y algunas otras análogas, podemos resumir las objeciones a la responsabilidad de los entes morales en las siguientes:

a) La persona jurídica colectiva no puede tener responsabilidad penal porque, careciendo de conciencia y de voluntad, no podría imputársele un delito.

b) Es de la esencia de la persona jurídica colectiva que el fin o fines que se proponga sean lícitos.

c) La pena que se impusiera a la persona jurídica colectiva recaería sobre los miembros inocentes y aun sobre los que se hubiesen opuesto a la comisión del delito.

d) De todas las sanciones punitivas admitidas, sólo son aplicables a las personas jurídicas colectivas las penas pecuniarias.

La legislación chilena no acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas. En efecto, el Código de Procedimiento Penal de Chile establece que "la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hayan obrado" (artículo 39, inciso 2°).

B) *Teoría de la responsabilidad penal.* Es una consecuencia de la teoría de la realidad.

En concepto de los partidarios de esta teoría, si la persona jurídica posee vida propia e independiente de la de sus integrantes, y puede, por lo tanto, ser sujeto de derechos y obligaciones, no hay imposibilidad lógica ni material para imponerle responsabilidad penal.

Argumentan de la siguiente manera:

a) No es efectivo que las personas colectivas carezcan de voluntad; por el contrario, ellas poseen una voluntad independiente de la de sus asociados, tendiente a realizar el fin de la colectividad; si bien no es una voluntad psicológica, como la del hombre, es una voluntad orgánica al servicio de la asociación. Esta voluntad orgánica es suficiente para realizar el elemento intencional que es la condición subjetiva del delito.

Aunque la intención delictual se confunda con la voluntad del individuo que sirve de órgano de la colectividad, no puede identificarse enteramente con la voluntad personal, porque estos individuos quieren lo que realizan no para sí, sino para la persona jurídica.

La que obra es, pues, la voluntad corporativa, la misma que tiene como substrato a los derechos patrimoniales que pertenecen a la persona jurídica colectiva.

b) No es efectiva la objeción que se basa en el principio de la especialidad del fin, según el cual las personas morales no podrían cometer delitos ya que sólo pueden perseguir el fin determinado para el que fueron autorizadas por el Estado, y este fin, según el Estado, debe ser lícito. No es cierta tal objeción, porque el principio de la especialidad del fin es solamente una medida de carácter administrativo, que tiene por objeto evitar las confusiones que se presentarían si una misma persona colectiva persiguiera fines diferentes.

Además, el principio de la especialidad del fin no tiene influencia alguna sobre la capacidad de la persona jurídica.

c) A la pretendida objeción de la violación del principio de la personalidad de las penas, en virtud del cual éstas no deben afectar sino al delincuente y no a aquellos que no han intervenido personalmente en la comisión del delito, los partidarios de la teoría de la responsabilidad responden de la siguiente manera: en el delito corporativo, su gestación y ejecución presentan características especialísimas. Para que una persona jurídica delinca, es indispensable que previamente se haya decidido por el órgano correspondiente la comisión del delito, y que su ejecución se haga también en forma corporativa. Por consiguiente, a un delito corporativo le corresponde también una sanción corporativa, de carácter colectivo, ya que no se trata de penar una suma de delitos individuales con una sanción penal corriente que afecte a cada uno de los componentes de la corporación, sino de penar un delito colectivo. Esto no significa una infracción del principio de la personalidad de las penas, sino, más bien, una aplicación del mismo.

d) Respecto a la objeción de que a las personas jurídicas colectivas sólo pueden imponerse penas pecuniarias, los partidarios de la teoría de la responsabilidad contraargumentan afirmando que ello no es efectivo, ya que existen penas colectivas como la disolución, la privación de privilegios, la suspensión de actividades, la clausura, la prohibición de celebrar determinados negocios y otras. Agregan, por último, que el imponer penas colectivas a las personas morales es una necesidad, porque bien podría suceder que éstas, apoyándose en su impunidad, desarrollasen una acción perturbadora del orden social.

7. El delito corporativo. El delito corporativo, que es aquel cometido por las personas jurídicas colectivas, reviste particulares características:

a) El hecho delictuoso debe ser acordado por el órgano deliberante y realizado en la práctica por el órgano ejecutivo. Esto, si ambos órganos se encuentran separados, pero bien puede suceder que actúen confundidos, como cuando el Directorio de una sociedad aprueba la comisión de un delito y al mismo tiempo lo ejecuta. En todo caso, el órgano deliberante debe decidir la comisión del delito, ya que sin esta manifestación de voluntad no hay intención y, por consiguiente, responsabilidad penal para la persona jurídica colectiva. Como expresábamos anteriormente, también se exige que el delito haya sido llevado a la práctica por el órgano ejecutivo; esta condición es lógica, porque la labor específica y propia del órgano ejecutivo es cumplir las resoluciones del órgano deliberante.

b) Además, los órganos de la persona jurídica colectiva deben actuar dentro de la esfera de sus respectivas atribuciones. Si, por el contrario, los órganos se extralimitan en sus funciones, quedarán ellos mismos sujetos a responsabilidad frente a la persona jurídica colectiva por los daños y perjuicios que hayan podido causarle, sin perjuicio de

las medidas correctivas que establezcan los estatutos correspondientes. Si los órganos van más allá de su competencia, la persona jurídica colectiva queda exenta de responsabilidad penal.

c) Se exige, también, como requisito, que la manifestación de la voluntad delictiva se haga en forma corporativa, es decir en la forma y condiciones que una legislación determinada exige para que la voluntad de la persona jurídica colectiva sea legalmente válida. En este sentido, el órgano deliberante deberá observar rigurosamente las solemnidades y demás requisitos que los estatutos prescriben para la adopción de los acuerdos.

d) Algunos autores agregan, como requisito, el que la persona jurídica colectiva pueda ser objeto de pena, ya que si ello no ocurriere, la penalidad corporativa sería ilusoria. Como vimos al estudiar la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas, es perfectamente posible aplicar penas a esta especial categoría de entes.

e) La ejecución del delito corporativo requiere de la participación de dos personas: de la persona jurídica colectiva y de la persona física mediante la cual actúa.

Los delitos corporativos son generalmente de carácter económico (especulación, acaparamiento, etc.) y sólo se sancionan una vez que han sido consumados.

En estos delitos, la voluntad delictiva se exterioriza por el acuerdo del órgano deliberante, de modo que la prueba de la intención es fácil, en contraposición al delito individual, en que la intención delictiva es de difícil constatación.

8. Clasificación de las personas jurídicas colectivas. Las personas jurídicas colectivas se clasifican en personas jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado.

Esta distinción se hace atendiendo a diversos criterios. Algunos autores sostienen que el criterio de diferenciación entre estas dos clases de personas jurídicas colectivas, radica en la iniciativa para la creación del ente; así, las personas jurídicas colectivas de Derecho Privado emanan de la iniciativa privada, en tanto que las personas jurídicas colectivas de Derecho Público son creadas por resolución de la autoridad pública. Otros autores, en cambio, atienden a la potestad pública, y definen las personas jurídicas colectivas públicas como aquellas que están investidas de imperio, y a las privadas como las que carecen de dicha potestad. Otros se apartan de las soluciones dadas y proclaman como criterio diferencial la naturaleza del fin; para ellos, lo determinante en las personas jurídicas colectivas públicas es la consecución de un fin de interés general, y en las privadas, el propósito de realizar los fines particulares de los asociados. Por último, no faltan algunos que atiendan a la fuente de los recursos; las personas jurídicas colectivas públicas obtienen sus recursos de la generalidad de los habitantes de la Nación, mientras que las privadas los reciben de sus miembros.

A) *Las personas jurídicas colectivas de Derecho Público* son el Estado; el Fisco, esto es, el Estado considerado desde el punto de vista de sus intereses patrimoniales; las municipalidades; las iglesias; las comunidades religiosas; las universidades estatales, etc.

B) *Las personas jurídicas colectivas de Derecho Privado* son de dos clases: *las que persiguen fines de lucro y las que no persiguen fines de lucro.*

La persona jurídica colectiva de Derecho Privado que persigue fines de lucro se denomina también sociedad o compañía y se entiende por tal un "contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan". "La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados" (Código Civil de Chile, artículo 2053).

Atendiendo a su objeto, las sociedades se clasifican en civiles y comerciales. "Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles". (Código Civil de Chile, artículo 2059).

En cuanto a sus caracteres, las sociedades pueden ser colectivas, anónimas, encomanditas o de responsabilidad limitada.

La sociedad colectiva es "aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo" (Código Civil de Chile, artículo 2061, inciso 2°). Las sociedades colectivas pueden ser civiles o comerciales. Entre unas y otras existen ciertas diferencias que es preciso destacar. Desde luego se diferencian en la responsabilidad de los socios, porque en las sociedades colectivas civiles los socios responden con todos sus bienes, personal e ilimitadamente, dividiéndose la deuda entre todos a prorrata de sus aportes; en tanto que en las colectivas comerciales la responsabilidad es solidaria e ilimitada. También se distinguen en cuanto a su perfeccionamiento, pues la civil es consensual, mientras que la comercial es solemne. Existen otras diferencias, pero son de menor importancia.

La sociedad anónima se define como "una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo hasta el monto de sus respectivos aportes, administrada por mandatarios revocables y conocida por la designación del objeto de la empresa" (Código de Comercio de Chile, artículo 424).

La sociedad encomandita es la que se celebra entre una o más personas que se comprometen a llevar a la caja común un determinado aporte, obligándose sólo hasta la concurrencia de él, y una o más personas que se obligan a administrar exclusivamente la sociedad, por sí o sus delegados y en su nombre particular. Los primeros socios se llaman comanditarios, y los segundos, gestores. A los comanditarios les está prohibido administrar, y no pueden incluir sus nombres en la razón social. (Código Civil de Chile, artículo 2061 inciso 3° y Código de Comercio de Chile, artículo 470).

La sociedad de responsabilidad limitada es aquella compuesta

exclusivamente de socios responsables hasta el monto de sus aportes, en la cual las cuotas sociales no pueden ser representadas por títulos negociables, ni pueden cederse sino bajo ciertas condiciones imperativamente determinadas por la ley. Entre sus características más distintivas pueden citarse las siguientes: a) Existencia de un capital determinado como única garantía para los acreedores; b) Número reducido de socios; c) Representación del capital por partes o cuotas sociales que no son negociables y cuya transmisión se somete generalmente a restricciones; d) Prohibición de recurrir a la suscripción pública para formar o aumentar el capital social; e) Determinación, en ciertos casos, de una responsabilidad común o solidaria de los socios; y f) Simplificación de las formalidades de constitución y funcionamiento con relación a las de las sociedades anónimas.

Las personas jurídicas de derecho privado que no persiguen fines de lucro se dividen en corporaciones y fundaciones.

La corporación consiste en la reunión permanente de un grupo de personas que persigue fines ideales o no lucrativos. El substrato de la corporación es el conjunto de sus asociados. Para su creación se requiere la presencia, por lo menos, de dos personas. Es independiente de sus miembros y no desaparece por el hecho de que todos sus asociados se renueven por continuos cambios o por la circunstancia de que desaparezcan todos sus miembros, ya que basta que quede uno de ellos para que la corporación subsista. Son ejemplos de corporaciones los centros estudiantiles y deportivos.

Las fundaciones tienen por objeto realizar un fin lícito, de interés general, por medio de un patrimonio, proporcionado por su fundador, afecto permanentemente a su consecución.

Se discute sobre el verdadero substrato de las fundaciones. Rodolfo von Ihering sostiene que la base de las fundaciones está constituida por los destinatarios, es decir, por las personas beneficiadas con ella, como los enfermos en el caso de un hospital. Julius von Gierke, Ernesto Zitelmann y otros creen que es la voluntad del fundador la que determina el sujeto del Derecho, voluntad que sobrevive a la muerte del fundador. Para Heise y Arndts, las fundaciones consisten en patrimonios afectos a un fin general. Algunos, como Federico Carlos de Savigny, Enneccerus y Andreas von Tuhr, afirman, por último, que la personalidad de la fundación reside en la finalidad a que ella se dedica.

9. TÉRMINO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS. El fin de la existencia de las personas jurídicas colectivas puede ocurrir por varias causas:

a) Por la voluntad de los asociados; pero en algunos casos es necesaria la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia (Código Civil de Chile, artículo 559, inciso 1°).

b) Por disposición de la autoridad que legitimó su existencia, en contra de la voluntad de los asociados, si la persona no cumple o ha desvirtuado los fines para los cuales se creó, o realiza actividades

contrarias al ordenamiento jurídico, al orden público o a la moral (Código Civil de Chile, artículo 559, inciso 2°).

c) Por reducción de sus miembros a un número tan pequeño que no pueda cumplir los fines para los cuales se estableció (Código Civil de Chile, artículo 560).

d) Por la destrucción de los bienes destinados al cumplimiento de sus finalidades, en el caso de las fundaciones (Código Civil de Chile, artículo 564).

e) Por la reforma de los estatutos efectuada con el objeto de transformarla absolutamente o fusionarla con otros entes, otorgando una distinta finalidad y un diverso carácter y organización a los elementos personales y reales que la constituyen.

f) Por disposición de los estatutos, cuando se realizan los acontecimientos previstos en ellos como causales de disolución.

VI. LOS ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS JURIDICAS

1. Concepto. Bajo la expresión atributos de las personas jurídicas se comprenden una serie de cualidades, propiedades o prerrogativas que pertenecen a las personas por el solo hecho de serlo. Estos atributos se refieren tanto a las personas jurídicas individuales como a las colectivas, claro está que atendidas ciertas limitaciones establecidas en consideración a la distinta naturaleza de unas y otras.

Entre estos atributos, los más importantes, por su trascendencia jurídica, son: la capacidad de goce, la nacionalidad, el nombre, el domicilio, el estado civil y el patrimonio.

2. La capacidad de goce. Se entiende por capacidad de goce la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Hoy en día, habiendo desaparecido la institución de la esclavitud, esta capacidad pertenece a todos los seres humanos, sin excepción de ninguna especie. En efecto, no se concibe una persona sin esta capacidad, y de allí que pueda decirse que la personalidad se identifica con la capacidad de goce. Sin embargo, existen ciertas incapacidades de goce, pero ellas en ningún caso son generales sino particulares, esto es, se refieren a determinados derechos. De estas incapacidades particulares, las más importantes son las que recaen sobre los derechos sucesorios.

La regla general de que la capacidad de goce debe pertenecer a todas las personas, sin excepción, se cumple en su totalidad respecto de las personas jurídicas individuales, pese a ciertas incapacidades especiales o particulares que pueden existir.

Sin embargo, tratándose de las personas jurídicas colectivas, la regla general sufre frecuentes excepciones, establecidas en consideración a su naturaleza especial. Como acertadamente expone Nicolás Coviello, "la persona jurídica tiene la capacidad de todos los derechos menos de aquellos que presuponen la existencia del organismo físico, los cuales, como hemos visto, pueden ser tanto personales como patri-

moniales. Por consiguiente, la capacidad de la persona jurídica, habida cuenta de su naturaleza, es plena y genérica y no limitada a sólo los derechos que le atribuye la ley, como querrían algunos partidarios demasiado lógicos de la teoría de la ficción; en la ley encontramos solamente, y para casos especiales, algunas limitaciones que, siendo excepciones, vienen a confirmar la regla" [30]. De lo dicho anteriormente se desprende que los derechos de familia y los patrimoniales derivados de los de familia no pueden pertenecer a las personas jurídicas colectivas, ya que requieren de una individualidad física. No obstante, ciertas legislaciones extienden a las personas jurídicas colectivas algunos derechos que suponen una persona física. Esto sucede, por ejemplo, con los derechos de curaduría de dementes y de tutela, que se dan al establecimiento en que el demente se encuentra internado y al asilo en que se encuentra el hijo de padre desconocido, respectivamente.

En cuanto a los derechos patrimoniales, las personas jurídicas son plenamente capaces de goce. Sin embargo, algunos autores hacen una excepción tratándose de los derechos de uso y habitación. Otras limitaciones establecidas en atención a la naturaleza de las personas jurídicas colectivas dicen relación con la capacidad para ser testigo y para prestar declaración en juicio. En este último caso, son los representantes de la persona jurídica colectiva los que prestan la confesión a su nombre, y se discute en nuestro ordenamiento jurídico si se requiere o no autorización expresa de los miembros de la asociación para llevar a cabo la confesión.

Es frecuente también que las legislaciones establezcan ciertas limitaciones a la capacidad de las personas jurídicas colectivas, no en atención a su especial naturaleza, sino por consideraciones políticas o económicas. Estas restricciones dicen relación, la mayoría de las veces, con la conservación y enajenación de los bienes raíces, las que no pueden realizarse sino bajo las condiciones que la ley establece.

3. La nacionalidad. Se acostumbra definir la nacionalidad como el vínculo jurídico que une a un individuo con un Estado determinado. La nacionalidad es fuente de derechos y obligaciones recíprocas.

Ciertas legislaciones no reglamentan la nacionalidad en sus Constituciones Políticas, sino que lo hacen en sus Códigos Civiles o en leyes especiales. En nuestro país sucede lo contrario. Nuestro legislador, comprendiendo que la mayor importancia de la nacionalidad se da en el Derecho Público y no en el Privado, estableció en el Código Civil de Chile el principio general de que "son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros" (artículo 56).

La distinción de las personas en nacionales y extranjeras, reviste importancia tratándose de la adquisición y goce de los derechos públicos y de los privados.

[30] Nicolás Coviello. *Doctrina General del Derecho Civil*. Pág. 244.

En Chile, respecto de los derechos públicos, la facultad de elegir y de ser elegidos para cargos de representación popular no se concede a los extranjeros. De allí que éstos no puedan ser ni Diputados ni Senadores. No obstante, los extranjeros varones y mujeres mayores de veintiún años pueden inscribirse en los Registros Municipales para participar en las elecciones municipales, siempre que cuenten con más de cinco años consecutivos de residencia en el país, que sepan leer y escribir y que residan en la comuna correspondiente (Ley de Municipalidades de Chile, artículo 19, letra b).

En relación con las garantías constitucionales, en general éstas se reconocen a todos los habitantes del territorio nacional, principio que está contenido en la Constitución Política de Chile que expresa que: "la Constitución asegura a todos los habitantes de la República...", los siguientes derechos (artículo 10). Esta expresión es amplia y comprensiva de todas aquellas personas que habitan el territorio nacional.

En lo que dice relación con los derechos civiles o privados, en Chile existe amplia igualdad entre los chilenos y los extranjeros. "La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles..." (Código Civil de Chile, artículo 57). Esta disposición tiene algunas excepciones establecidas en el mismo Código Civil de Chile o en leyes especiales. Las más importantes son las siguientes: a) En el mar territorial no pueden pescar los extranjeros no domiciliados (Código Civil de Chile, artículo 611); b) Los extranjeros no domiciliados en la República no pueden ser albaceas, esto es, personas a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones (Código Civil de Chile, artículos 1.270 y 1.272 en relación con el 497); c) Los extranjeros no domiciliados en Chile no pueden ser testigos de un testamento solemne otorgado en Chile (Código Civil de Chile, artículo 1.012 N° 10); d) Los extranjeros que no tienen domicilio en Chile no pueden ser testigos de matrimonio (Ley de Matrimonio Civil de Chile, artículo 14 N° 6); y e) Está prohibido adquirir el dominio de bienes raíces ubicados en los Departamentos que determine el Presidente de la República a los nacionales de países en que haya una prohibición análoga respecto de los chilenos (Ley 5.922).

En relación con la nacionalidad, los más importantes principios consagrados por el Derecho Internacional son los siguientes: a) La nacionalidad no debe imponerse; dicho en otros términos, un Estado no puede impedir que sus nacionales renuncien a su nacionalidad para adquirir otra; b) Toda persona debe tener una nacionalidad. El Estado, para constituirse y funcionar regularmente, necesita del concurso de los individuos. A su vez, a éstos les es preciso, para la satisfacción completa de sus necesidades, la colaboración de sus semejantes. Por ello, toda persona debe pertenecer a un Estado, dentro del cual pueda desarrollar sus actividades. De aquí se infiere que todo individuo ha de poseer una nacionalidad; c) Ningún individuo debe tener más de una nacionalidad. Esta regla es lógica, porque si un individuo es

nacional de dos Estados, podría suceder que se encontrase obligado al cumplimiento de deberes contradictorios, impuestos por los respectivos Estados. Sin embargo, sucede que por la diferencia de legislaciones una misma persona puede tener más de una nacionalidad. En tal caso sólo puede hacer valer una de ellas. Sin embargo, algunos Estados admiten la doble nacionalidad; d) La pérdida de la nacionalidad no debe imponerse como pena. Si la nacionalidad es un atributo de la personalidad jurídica, es un grave atentado contra ésta privar a una persona de ella.

Todo lo que hemos dicho sobre la nacionalidad se refiere a las personas jurídicas individuales. Debemos detenernos ahora a analizar este problema respecto de las personas jurídicas colectivas.

¿Tienen nacionalidad las personas jurídicas colectivas? Este problema ha sido ampliamente discutido por la doctrina.

Muchos autores niegan la posibilidad de que las personas jurídicas tengan nacionalidad. Argumentan que la nacionalidad supone sentimientos o afectos, los que no pueden darse en las personas jurídicas colectivas. Agregan que ninguna de las fuentes de la nacionalidad es aplicable a esta especial categoría de entes. Añaden, por último, que la nacionalidad es fuente de derechos y deberes recíprocos, muchos de los cuales no podrían ser cumplidos por las personas jurídicas dada su naturaleza abstracta.

Otros autores sostienen, en cambio, que el concepto de nacionalidad es perfectamente aplicable a las personas jurídicas colectivas.

Si bien la legislación chilena no contempla normas generales sobre la nacionalidad de las personas jurídicas colectivas, de diversas disposiciones contenidas en el Código de Comercio de Chile y en el Código de Derecho Internacional Privado, se desprende que la acepta. El primero de estos Códigos dispone que "las compañías anónimas extranjeras no podrán establecer agentes en Chile sin autorización del Presidente de la República" (artículo 468, inciso 1°). El Código de Derecho Internacional Privado también acepta implícitamente la nacionalidad de las personas jurídicas (artículos 9 y 16 a 21).

Nuestra legislación nada dice sobre la manera de determinar la nacionalidad de las personas jurídicas colectivas. Ante una ausencia de disposición expresa, debemos apelar al Código de Derecho Internacional Privado, que establece que "la nacionalidad de origen de las corporaciones y fundaciones se determinará por la ley del Estado que las autorice o apruebe" (artículo 18). Como vemos, esta disposición no soluciona el problema, ya que se limita a remitirnos a la ley chilena que nada dice al respecto.

En la actualidad se acepta que las personas jurídicas colectivas de Derecho Público tengan la nacionalidad del Estado que las crea. En cuanto a las de Derecho Privado, se siguen diversos criterios para determinar su nacionalidad; se atiende ya a la nacionalidad de los miembros, al territorio en que se encuentran los bienes, a la sede

principal de la persona jurídica colectiva o a la nacionalidad del Estado que las crea.

En relación con este tema y por ser de gran actualidad, nos referiremos a las empresas multinacionales, llamadas también empresas internacionales, empresas transnacionales, grandes unidades interterritoriales, etc.

Los factores que inducen a la multinacionalización de una empresa son múltiples y están relacionados con algunas de las características estructurales de los sistemas económicos de países como Estados Unidos de América, Japón y algunos de Europa Occidental.

En las empresas de cierta magnitud, que dependen fundamentalmente del progreso científico y tecnológico, se confunden los objetivos de autopreservación y de autoexpansión: el crecimiento es una forma, quizá la única, de supervivencia en mercados de productos de alta tecnología. El crecer para sobrevivir exige aprovechar las oportunidades de inversión donde ellas existan, diversificar riesgos encarando producciones o actividades económicas distintas, ampliar el horizonte temporal y espacial de la firma y aceptar las consecuencias que ello implica para su organización interna, su sistema de decisión y su comportamiento externo. La firma que se multinacionaliza percibe el mercado internacional como su ámbito natural y no como algo marginal.

Se sostiene que una firma reúne las características de multinacional cuando se dan en ella, al menos, dos requisitos:

"a) Hace negocios en dos o más países en tal volumen como para que su solidez y crecimiento dependan de la evolución de sus mercados externos; y

"b) Quienes las dirigen adoptan sus decisiones en función de alternativas multinacionales" [31].

Las ventajas o desventajas de las empresas multinacionales sólo pueden establecerse en cada caso concreto, teniendo en cuenta una serie de variables significativas, entre ellas, el tipo de producción o servicio, el grado y tipo de integración económica existente entre los países involucrados, las motivaciones políticas o económicas que persiguen, el origen del capital que se hace intervenir, las características políticas de los países en que se establezcan, etc. No hay duda de que las empresas multinacionales adquieren, a veces, un poder tan grande, que ponen en peligro la estabilidad institucional de los Estados.

4. EL NOMBRE. El nombre es otro de los atributos de las personas jurídicas individuales. El nombre comprende dos elementos: el nombre propio y el nombre de familia, patronímico o apellido.

El nombre propio es el que señala la persona que requiere la inscripción. Existe amplia libertad en cuanto al número de nombres propios y a su elección.

[31] Informe del Instituto para la Integración de América Latina. En *Revista Derecho de la Integración*. Número 9. Octubre de 1971. Pág. 124.

El nombre de familia depende de la filiación, según sea legítima, ilegítima, adoptiva o desconocida.

A) *Filiación legítima.* En Chile la partida de nacimiento deberá contener, fuera de las indicaciones comunes a toda inscripción, el nombre y a continuación los apellidos del padre y de la madre. (Ley N° 4.808, artículo 31).

Los hijos legitimados están sujetos a las mismas reglas.

B) *Filiación ilegítima.* Tratándose de un hijo ilegítimo, debe designarse al inscrito por el nombre que señale la persona que requiera la inscripción del nacimiento, poniéndose a continuación el apellido del padre o madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad; si lo hubieren solicitado ambos, debe procederse como en el caso del hijo legítimo: primero el apellido del padre y después el de la madre.

C) *Filiación adoptiva.* De acuerdo con la legislación chilena, "el adoptado, personalmente o por medio de sus representantes, podrá tomar el o los apellidos del o de los adoptantes, según el caso, manifestándolo así en la escritura pública de adopción. Por esta circunstancia no se procederá a alterar la partida de nacimiento del adoptado, pero se hará, al margen de ella, la anotación correspondiente. Los descendientes legítimos del adoptado podrán también seguir usando el o los apellidos del o de los adoptantes". (Ley 7.613, artículo 14).

D) *Filiación desconocida.* La legislación chilena no señala ninguna norma para determinar el nombre de los abandonados o expósitos. La única disposición existente sobre este punto es la del Reglamento Orgánico del Registro Civil, que dice que "se expresará la hora, día, mes y año en que fuere encontrada la criatura, su edad aparente, las señas particulares que se le notaren y se indicarán los efectos y documentos que sobre él se encontraren, como también todo detalle que permita comprobar la identidad del expósito. Estas menciones se estamparán, siempre que sean conocidas, además de las generales, requeridas por las disposiciones vigentes". (Artículo 128). En Chile no existe ninguna disposición legal que determine el nombre y apellido que debe darse a dichas criaturas, por lo que, en el hecho, lo elige quien solicita su inscripción.

Cambio de nombre. El nombre no es algo definitivo sino que puede cambiarse en vida de una persona. Este cambio puede producirse por vía principal, esto es, por gestión iniciada con este exclusivo objeto, o por vía consecuencial, es decir, como resultado de un cambio de situación jurídica, como cuando un hijo natural reconocido por su madre es legitimado por el matrimonio posterior de sus padres, caso en el cual el legitimado adquiere, además del apellido materno que ya llevaba, el apellido paterno.

Naturaleza jurídica del nombre. Un problema que ha dado origen a distintas teorías, es el de la naturaleza jurídica del nombre. Las teorías más difundidas son las siguientes:

A) *Teoría de la propiedad.* Entre sus partidarios se cuentan Charles Aubry y Frederick Rau. Sostienen que el nombre constituye un derecho de propiedad. La mayoría de los autores son contrarios a esta tesis porque el nombre es inalienable, imprescriptible, no susceptible de evaluación pecuniaria ni de dominio, características que son precisamente las contrarias a las del derecho de propiedad.

B) *Teoría de la marca distintiva de la filiación.* Sus expositores más destacados son Ambroise Colin y Henri Capitant, quienes afirman que el nombre es la marca distintiva de la filiación. Se critica esta teoría porque el nombre es, muchas veces, independiente de la filiación, como en el caso de la filiación desconocida.

C) *Teoría del nombre institución de policía civil.* Para Marcel Planiol, sostenedor de esta teoría, el derecho al nombre no existe; simplemente constituye una reglamentación administrativa para hacer posible la identificación de las personas.

D) *Teoría del nombre atributo de la personalidad.* Raymond Saleilles, Perreau y Louis Josserand ven en el nombre un atributo de la personalidad al mismo tiempo que una institución de policía civil. De aquí que el nombre sea incomerciable, intransferible e intransmisible, inembargable, imprescriptible e indivisible.

El derecho al nombre de las personas jurídicas colectivas. El derecho al nombre no sólo se reconoce a las personas jurídicas individuales, sino también a las personas jurídicas colectivas. Este derecho está consagrado expresamente en la legislación chilena sobre concesión de personalidad jurídica, que establece que los estatutos de las corporaciones y fundaciones deberán contener el nombre de la respectiva entidad. Es evidente que el nombre de éstas no tiene los mismos elementos que el de las personas jurídicas individuales.

5. El domicilio. Todas las personas jurídicas individuales se encuentran ligadas a un lugar determinado. Esta estabilidad en un lugar cierto y conocido es indispensable para la buena marcha de las relaciones jurídicas. En efecto, si una persona, por el solo hecho de cambiar constantemente de lugar, pudiera eludir el cumplimiento de sus obligaciones o deberes, ninguna seguridad existiría en el comercio jurídico. Es por eso que el Derecho ha creado la ficción del domicilio, que no es más que un lugar determinado en el que se supone siempre presente la persona jurídica, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Hay que hacer notar que, al hablar del domicilio como ficción, no se quiere decir que el domicilio sea una simple relación jurídica creada por el Derecho entre las personas y el lugar, como lo sostenía la teoría clásica, sino que con ella se alude al hecho de que a la persona se le supone siempre presente, en el lugar fijado

como domicilio. El domicilio es, en realidad, una noción concreta representada por el lugar mismo.

El domicilio "consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella". (Código Civil de Chile, artículo 59).

El domicilio político es el relativo al territorio del Estado en general. Los tratadistas extranjeros tienen una concepción distinta del domicilio político. Para ellos, el domicilio político es el relativo al Derecho Público; en cambio, en nuestra legislación, la palabra político está empleada como sinónima de nacional, o sea, este domicilio comprende todo el territorio sujeto a la soberanía del Estado.

El domicilio civil es el que dice relación con una parte precisa del territorio del Estado, que se determina por el lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio.

El domicilio civil se divide en general o especial, según se refiera a la generalidad de los derechos y obligaciones o a relaciones jurídicas determinadas. Tanto el domicilio general como el especial pueden ser, a su vez, legales o voluntarios, según sean impuestos por la ley o adquiridos por las personas.

Elementos. Para la constitución del domicilio se requiere la reunión de dos elementos copulativos, que son la residencia y el ánimo. La residencia consiste en el hecho material y efectivo de vivir una persona en un lugar determinado. El ánimo es la intención de permanecer por largo tiempo en el sitio de la residencia. Estos dos elementos son indispensables para constituir el domicilio, pero para conservarlo basta el ánimo.

Características. Entre las características esenciales del domicilio merecen citarse su fijeza, su necesidad u obligatoriedad y su unidad.

Que el domicilio sea fijo, quiere decir que no cambia por el simple hecho de que una persona pase a residir en otro lugar; para que se transformara en domicilio a esta residencia tendría que añadirse el ánimo.

El domicilio es obligatorio, puesto que es un atributo de la personalidad; dicho en otros términos, todo individuo debe tener necesariamente un domicilio, salvo contadas excepciones. No obstante, existen algunos autores que estiman que la única finalidad del domicilio es lograr la identificación de las personas y consecuentemente admiten que ciertos individuos no tengan domicilio conocido.

El domicilio, además de ser fijo y necesario, es único. Ello se comprende fácilmente: si esta institución es un atributo de la personalidad, no puede concebirse que una misma persona tenga más de un domicilio. El Código Civil Chileno, considerando las dificultades que esto acarrearía en la práctica, no acepta este predicamento y admite la pluralidad de domicilios.

El domicilio de las personas jurídicas colectivas. Al igual que tratándose de la nacionalidad, existe una doctrina positiva y otra ne-

gativa. La positiva hace a las personas jurídicas colectivas susceptibles de domicilio, ya que ocupan un lugar determinado en el espacio en donde ejercen sus actividades. La doctrina negativa, en cambio, arguye que las personas jurídicas colectivas no pueden tener domicilio, en razón de que son incapaces de ánimo, elemento esencial para la constitución de aquél.

Nuestra legislación ha abordado expresamente este problema en el Código Orgánico de Tribunales, que dice que: "cuando el demandado fuere una persona jurídica, se reputará por domicilio, para el objeto de fijar la competencia del juez, el lugar donde tenga su asiento la respectiva corporación o fundación. Y si la persona jurídica demandada tuviere establecimientos, comisiones u oficinas que la representen en diversos lugares, como sucede con las sociedades comerciales, deberá ser demandada ante el juez del lugar donde exista el establecimiento, comisión u oficina que celebró el contrato o que intervino en el hecho que da origen al juicio". (Artículo 142). En doctrina, la regla general respecto del domicilio de las personas jurídicas colectivas es que se tiene por tal el señalado en el estatuto de la respectiva persona, y, en su defecto, el lugar donde se encuentra su sede principal.

6. El estado civil. El estado civil es la posición permanente que una persona jurídica individual ocupa en la sociedad, en orden a sus relaciones de familia, que le confiere o impone determinados derechos y obligaciones civiles. Este es un atributo exclusivo de las personas jurídicas individuales.

El estado civil es un estado social, porque no depende del individuo considerado en sí mismo, sino de las relaciones que tenga con otras personas. Los estados de soltero, casado, viudo, hijo legítimo o ilegítimo, no pueden determinarse más que por la relación que se establece entre la persona cuyo estado se quiere averiguar y otros sujetos.

Consecuencias. El estado civil da origen a importantes consecuencias. Desde luego, impone obligaciones y concede derechos. Así, los cónyuges tienen derechos y obligaciones recíprocas; el padre los tiene también para con sus hijos, y viceversa. El estado civil también tiene importancia en orden a la capacidad. Un ejemplo lo tenemos en Chile en el caso de la mujer absolutamente capaz que se transforma en relativamente incapaz por el hecho de contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal.

Fuentes. Tres son las fuentes de las cuales puede provenir el estado civil: la imposición de la ley, como en el caso del nacimiento en que el estado de hijo legítimo o ilegítimo nace con prescindencia de la voluntad de los padres o del hijo; de hechos ajenos a la voluntad humana, cual sucede con la muerte (el cónyuge sobreviviente pasa a tener el estado civil de viudo); o, de la voluntad humana, como ocurre con el matrimonio o con el reconocimiento de hijo natural.

Características. Entre las características del estado civil, pueden mencionarse las siguientes: a) Toda persona jurídica individual tiene un estado civil; b) El estado civil es uno e indivisible; con esto se quiere decir que no pueden coexistir dos estados que emanen de una misma fuente, pero es perfectamente concebible la coexistencia de dos estados civiles que provengan de fuentes distintas; así, un individuo puede tener el estado civil de casado y de hijo ilegítimo; c) Las normas sobre el estado civil son de orden público, y, por ende, irrenunciables, y d) El estado civil es permanente, es decir, sólo se pierde por el hecho de adquirir otro estado civil.

7. EL PATRIMONIO. El patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona jurídica, evaluables en dinero.

Como se advierte de la definición, el patrimonio es una noción esencialmente económica que excluye de su órbita todos aquellos derechos no susceptibles de una determinada apreciación pecuniaria.

Dos son los elementos principales del patrimonio: el activo, que comprende los derechos, y el pasivo, que está compuesto por el conjunto de obligaciones o deudas.

El patrimonio constituye una universalidad jurídica, esto es, una realidad independiente de las partes que lo componen. El activo y el pasivo pueden acrecentarse o disminuirse; las obligaciones y los derechos pueden ser modificados o reemplazados por nuevas obligaciones o derechos que con el tiempo renueven el activo o el pasivo primitivo, mas todo esto no influye para nada en la unidad y existencia del patrimonio que siempre continúa siendo el mismo.

Según la teoría clásica subjetiva, el patrimonio es un atributo de la personalidad, con las siguientes características: a) El patrimonio es inseparable de la persona jurídica; b) No hay patrimonio sin persona jurídica; c) No hay persona jurídica sin patrimonio; y d) Cada persona jurídica sólo tiene un patrimonio.

Según la teoría del patrimonio de afectación, el patrimonio es un conjunto de bienes que poseen un valor económico y que están afectados a una común destinación. De manera que siempre que exista un conjunto de bienes, afectados a la realización de un fin determinado, de naturaleza jurídica o económica, habrá un patrimonio, por cuanto se constituirá una masa autónoma de bienes, derechos y obligaciones, organizados jurídicamente en forma especial. Desligado, así, el concepto de patrimonio del de personalidad, surgen, para esta teoría, diversas conclusiones: a) Puede haber patrimonio sin personas, pues basta para que exista patrimonio que los bienes que lo componen estén afectados a un fin lícito, no importando que exista o no titular. Patrimonio y personalidad son conceptos diferentes; b) Puede haber personas sin patrimonio, como el recién nacido, que generalmente no tiene ninguno; c) El patrimonio es divisible, pues ya no está ligado a la personalidad sino al fin; y d) El patrimonio puede enajenarse por la misma razón anterior.

El patrimonio de las personas jurídicas colectivas. Las personas jurídicas colectivas tienen también un patrimonio propio e independiente del de sus miembros, el cual no pertenece ni en todo ni en parte a los individuos que las componen.

CUESTIONARIO

1. *¿Cuál es el concepto jurídico de persona?*
2. *¿Qué quiere decir en términos jurídicos ser persona?*
3. *¿Cuáles son los entes a quienes el Derecho otorga la calidad de personas jurídicas?*
4. *¿A qué entes debería el Derecho conceder la calidad de personas jurídicas?*
5. *¿Cuáles son los desacuerdos principales que existen entre las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de las personas?*
6. *¿Cuál es el principio y el fin de la existencia de las personas jurídicas individuales en el ordenamiento jurídico chileno?*
7. *¿Cuáles son las diferencias fundamentales que existen entre las diversas teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas colectivas?*
8. *¿Cuáles son los elementos constitutivos de las personas jurídicas colectivas?*
9. *¿Cuáles son los principales atributos de la personalidad jurídica?*
10. *¿Qué diferencias importantes existen entre las personas jurídicas individuales y las colectivas en lo que dice relación con los atributos de la personalidad?*
11. *¿Cómo garantiza a las personas jurídicas individuales y colectivas el ordenamiento jurídico chileno?*
12. *¿Qué críticas le merecen las garantías otorgadas a los sujetos del Derecho en Chile?*
13. *¿Cómo garantiza los atributos de la personalidad el ordenamiento jurídico chileno?*
14. *¿Qué críticas le merece la garantía de los atributos de la personalidad en Chile?*
15. *¿En su concepto, a qué entes debería el ordenamiento jurídico chileno conceder la calidad de sujetos del Derecho y no lo hace?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. Manual de Introducción al Derecho. Tomo III. Sexta Parte. Letra A. Págs. 65 a 83.

BATTAGLIA, FELICE. Curso de Filosofía del Derecho. Tomo II. Capítulo V. Págs. 215 a 260.

CAPITANT, HENRI. *Introduction a l'étude du Droit Civil.* Troisième Partie. Capítulo I y II. Págs. 127 a 241.

COVIELLO, NICOLÁS. Doctrina General del Derecho Civil. Parte General. Sección Segunda. Capítulos V y VI. Págs. 157 a 260.

DEL VECCHIO, GIORGIO. Filosofía del Derecho. Parte Sistemática. Sección Primera. Págs. 400 a 412.

FILOMUSI GUELFI, FRANCESCO. Enciclopedia Giuridica. Parte Speciale. Sezione Prima. Capítulo I. Págs. 184 a 210.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Tercera Parte. Capítulo XX. Págs. 271 a 274.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. Introducción al Derecho. Cuarta Parte. Capítulo Unico. Págs. 205 a 219.

KELSEN, HANS. Teoría Pura del Derecho. Capítulo VIII. Nº 4. Págs. 125 a 132.

KELSEN, HANS. Teoría General del Derecho y del Estado. Primera Parte. Capítulo IX. Págs. 109 a 128.

KELSEN, HANS. Teoría General del Estado. Libro Primero. Capítulo III. Nºs. 13 y 14. Págs. 81 a 92.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. Introducción a la Ciencia del Derecho. Segunda Parte. Capítulo VII. Nº 1. Págs. 501 a 528.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. Filosofía del Derecho. Segunda Parte. Capítulo VII. Nº 1. Págs. 525 a 554.

MORINEAU, OSCAR. El Estudio del Derecho. Capítulo VII. Págs. 166 a 198.

MOUCHET, CARLOS Y ZORRAQUIN BECU, RICARDO. Introducción al Derecho. Primera Parte. Capítulo IV. Págs. 89 a 96.

ORGAZ, ARTURO. Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales. Lección Novena. Págs. 189 a 213.

RADBRUCH, GUSTAVO. Filosofía del Derecho. Capítulo XVII. Págs. 169 a 175.

RECASÉNS SICHES, LUIS. Vida Humana, Sociedad y Derecho. Capítulo IX. Págs. 232 a 274.

RECASÉNS SICHES, LUIS. Tratado General de Filosofía del Derecho. Capítulo XI. Págs. 244 a 280.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, JOAQUÍN. La Concepción Institucional del Derecho Investigación Sistemática. Capítulo III. Págs. 316 a 402.

SCHREIER, FRITZ. Concepto y Formas Fundamentales del Derecho. Segunda Parte. Capítulo II. Págs. 207 a 220.

TORRE, ABELARDO. Introducción al Derecho. Segunda Parte. Capítulo V. Sección Tercera. Págs. 149 a 163.

CAPÍTULO SEXTO

LOS DERECHOS SUBJETIVOS

"Si nos interesamos en los hombres con que ahora vivimos y en las generaciones que nos seguirán en el futuro inmediato y de verdad histórico, no podemos darnos el lujo retórico de ser románticos o utópicos. El problema es demasiado serio y urgente para ello. Su formulación técnica es precisa: objetivar para su efectividad práctica, los derechos subjetivos en expansión, protegiéndolos de una nueva pérdida en el seno del Estado que los objetiva. Es el máximo problema del derecho en esta hora".

JORGE MILLAS

SUMARIO

I. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO. II. ORÍGENES DE LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO. III. ELEMENTOS DEL DERECHO SUBJETIVO. IV. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO. V. TEORÍAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. VI. TEORÍAS QUE AFIRMAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. VII. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. VIII. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. IX. EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. X. TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Derecho, en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres con el objeto de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.

Si examinamos la actuación de las personas como titulares de ciertas facultades, vemos que ellas son dueñas de exigir ciertas conductas a los otros. Estas facultades se pueden manifestar de diversas maneras: como una imposición a los demás de hacer algo, de abstenerse de hacer algo, etc. Son estas facultades que tienen los hombres, de determinar normativamente la conducta de los otros, las que constituyen los derechos subjetivos.

"La noción de derecho subjetivo está contenida, implícitamente, en la del Derecho objetivo. El concepto del Derecho es único; si se habla de Derecho objetivo y subjetivo es tan sólo porque se mira bajo diversos aspectos: el Derecho, considerado en sí, como norma, se llama objetivo; visto en relación con el hombre que actúa según la norma, se llama subjetivo. Es evidente que no estamos en presencia de dos con-

ceptos distintos y contrapuestos, sino de dos aspectos de una idea única que se presuponen entre sí y se complementan recíprocamente. La norma de obrar envuelve poder de obrar según la norma, y el poder de obrar presupone una norma que le asigna límites y lo garantice. Por esto, de la definición del Derecho objetivo se obtiene la correspondiente al derecho subjetivo, que podría formularse de este modo: poder de obrar para la satisfacción de los propios intereses, garantizado por la ley" [1].

En nuestro concepto, el derecho subjetivo es la facultad que tiene un sujeto para ejecutar determinada conducta o abstenerse de ella o para exigir de otro sujeto el cumplimiento de su deber.

II. ORIGENES DE LA NOCION DE DERECHO SUBJETIVO

Michel Villey, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, sostiene que los romanos no desarrollaron la noción de derecho subjetivo y se interesaron tan poco por ella que ni siquiera tenían un término genérico para designarla.

Si nos remontamos en la historia de la filosofía del Derecho encontramos la primera noción de derecho subjetivo en Hugo Grocio (1583-1645) quien en su obra "del Derecho de la Guerra y de la Paz" (1625) expresa que "derecho es la cualidad moral correspondiente a la persona, para poseer u obrar algo injustamente. Corresponde este derecho a la persona, aun cuando algunas veces sigue a la cosa, como las servidumbres de los predios, las cuales se llaman derechos reales en comparación a otros meramente personales; no porque no correspondan también ellos a la persona, sino porque no corresponden más que a quien posee determinada cosa. Y la cualidad moral perfecta la llamamos nosotros facultad, y la menos perfecta, aptitud: a las cuales corresponden en lo natural, a aquélla ciertamente el acto, y a ésta la potencia. Los jurisconsultos llaman a la facultad con el nombre de lo suyo; nosotros, en adelante, la llamaremos derecho propio y estrictamente dicho: en el cual se contienen la potestad, ya en sí, la cual se llama libertad, ya en otros, como la patria, la señorial; el dominio, pleno o menos pleno, como el usufructo, y el derecho de pignorar; y el crédito, al que corresponde como contrario la deuda" [2].

Samuel Puffendorf (1632-1694) se inspiró en esta concepción y dio una especial consideración a los derechos del hombre sobre sus deberes.

Cristián Tomasio (1655-1728) sigue esta inspiración al establecer que el Derecho tiene por principio lo justo, que según él puede expresarse mediante la máxima: "no hagas a los demás aquello que no querrías que te fuese hecho a ti".

[1] NICOLÁS COVIELLO. *Doctrina General del Derecho Civil.* Págs. 3 y 4.
[2] HUGO GROCIO. *Del Derecho de la guerra y la paz.* Libro I. Capítulo I. Números IV y V.

Por todo lo expuesto podemos afirmar que la noción de derecho subjetivo se remonta al siglo XVII.

Michel Villey considera que los inspiradores de esta concepción fueron pensadores contrarios a la filosofía de Aristóteles y a su idea de Derecho Natural y que ellos no pudieron evitar la tesis del doble sentido del derecho y del reconocimiento de la anterioridad histórica y lógica del sentido objetivo.

Según Villey la noción de Derecho objetivo es un producto del pensamiento griego, fundado en la creencia de la existencia de un orden natural que reina en el mundo social; y la noción de derecho subjetivo deriva de una concepción del mundo moderno, en que no se considera al hombre como una pieza de un todo organizado sino como un ser dotado de libertades naturales.

Para Villey, "la noción general de poder del individuo —derecho subjetivo, base de un nuevo arte jurídico— es el aporte de la filosofía moderna" [3].

III. ELEMENTOS DEL DERECHO SUBJETIVO

"En el derecho subjetivo se encuentran siempre dos elementos: uno, es la posibilidad de querer y de obrar, conforme al imperativo y dentro de sus límites, que puede llamarse elemento interno; el otro, está constituido por la imposibilidad de todo impedimento ajeno y por la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos del cual depende la primera delimitación. Existe, pues, una posibilidad de exigir de otros el respeto, elemento al cual podemos denominar externo, porque se desenvuelve frente a los demás. Ambos elementos son necesarios para el concepto del derecho subjetivo, el cual no consiste simplemente en una posibilidad de hacer, ni debe confundirse con la posibilidad física...".

"Es verdad que, aun cuando ambos elementos son necesarios, a veces predomina uno, a veces otro. En los derechos llamados "relativos" o "de obligación" predomina el elemento de la pretensión: frente al sujeto activo o titular del derecho vemos en seguida otro sujeto, que es el obligado, aquel a quien se refiere la pretensión. Los dos sujetos se contraponen de un modo inmediato. En cambio, en los llamados derechos "absolutos" o "erga omnes" (cuales son, por ejemplo, los derechos reales), mientras que se descubre bien pronto y claramente la figura del titular, no se ve frente a éste un sujeto determinado. Así, por ejemplo, la figura jurídica de la propiedad (especie principal y típica de los derechos reales) aparece a primera vista como una relación entre el hombre y la cosa, y así fue muchas veces definida. Pero esta definición es inexacta, porque la relación jurídica se da siempre entre personas; para admitir una relación jurídica entre hombre y cosa sería

[3] MICHEL VILLEY. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Pág. 249.

preciso admitir el absurdo de que la cosa estuviese obligada frente a la persona. Es fácil demostrar que también en el derecho de propiedad hay sujetos a los cuales se refiere la pretensión del propietario; estos sujetos son todos los no propietarios" [4].

IV. FORMAS DE MANIFESTACION DEL DERECHO SUBJETIVO

El derecho subjetivo puede manifestarse de diversas formas:

A) *Como derecho de libertad jurídica.* En este caso el titular puede optar entre ejecutar o no la conducta a que se refiere la facultad jurídica respectiva. Por ejemplo, el derecho que tiene una persona para contraer matrimonio.

B) *Como poder de creación de derechos y deberes o poder jurídico.* En este caso el titular del derecho subjetivo puede crear nuevos derechos y obligaciones mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por ejemplo el derecho que tiene una persona para establecer una fundación.

C) *Como pretensión o derecho a exigir el cumplimiento del deber ajeno.* En este caso el titular del derecho puede exigir de otro el cumplimiento de su deber correlativo. Por ejemplo el derecho que tiene el acreedor de exigir al deudor el pago de lo adeudado.

D) *Como derecho de cumplir el propio deber.* En este caso el titular, a quien se le ha impuesto un deber, tiene el derecho de cumplir ese deber y de solicitar que se prohíba a los demás que le impidan ese cumplimiento. Por ejemplo el derecho que tiene el deudor de pagar por consignación cuando el acreedor rehúsa recibir el pago.

V. TEORIAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Las principales teorías que niegan la existencia de los derechos subjetivos son las siguientes:

A) *Teoría de Léon Duguit.* (1859-1928). El niega que existan derechos subjetivos y afirma que ni los individuos ni la colectividad tienen derechos. Al respecto expresa: "Estimo que individuo y colectividad carecen de derechos; pero los primeros en su calidad de entes sociales deberán acatar la regla social; un acto que quiebre esta regla traerá necesariamente una reacción, diversa en el tiempo y en el espacio, así como los actos que acomodan su existencia a la norma, tendrán una sanción variable en función de la época y del lugar"[5]. Según Du-

[4] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho.* Págs. 392 y 393.
[5] LÉON DUGUIT. *Le droit social individuel et la transformation de l'Etat.* Pág. 6.

guit, de existir el derecho subjetivo, sería un problema insoluble. Esto, porque sólo podría basarse en la noción metafísica de voluntad, que precisamente por ser metafísica, no puede ser demostrada. Si nosotros aceptamos el derecho subjetivo, éste implicaría una jerarquía de voluntades ya que sitúa frente a frente dos voluntades: una que subordina y otra subordinada a la primera. Y como esta jerarquía de voluntades también representaría una noción de carácter metafísico, también sería imposible de demostrar. El derecho subjetivo es para él una pura abstracción; abstracción que se desentiende por completo de la realidad. El hecho que existan personas que afirmen su existencia, se debe solamente a que el concepto de derecho subjetivo reviste una caparazón romana que lo protege y defiende. Duguit afirma que no existen los derechos subjetivos; lo que sí existen son "situaciones subjetivas jurídicas". La génesis de este concepto es, para Duguit, la siguiente: la norma jurídica, que en su origen reviste un carácter objetivo y social, al ser aplicada al individuo en sí se transforma en una norma particular, singular, individual, y de esta manera nacen las "situaciones jurídicas subjetivas". Estas "situaciones jurídicas subjetivas", como representan una concretización de la regla de Derecho objetivo en el sujeto individualmente considerado, suponen la idea de solidaridad social. Esto significa que esas situaciones subjetivas no afirman poderes del hombre sobre el hombre, sino que ellas solamente representan "funciones sociales". Por ello afirma Duguit que nosotros, como miembros de la colectividad, no poseemos derechos sino únicamente deberes.

B) *Teoría de Hans Kelsen* (1881-1973). La Teoría Pura del Derecho reduce la concepción del derecho subjetivo al Derecho objetivo al afirmar que "hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses con un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste...".

"Después de haber analizado así la noción de derecho entendido en el sentido subjetivo, la Teoría Pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada

a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas" [6].

C) *Teoría funcional del Derecho.* La teoría funcional del Derecho, que se ha desarrollado especialmente en los Estados Unidos de América, postula "la eliminación de los conceptos desprovistos de significado, de aquellos que no pueden ser definidos en términos de experiencia, y de los cuales se supone que fluyen decisiones empíricas de todo tipo; esta teoría considera también necesaria la supresión de los problemas desprovistos de significado, ya que cree que sólo hay dos cuestiones con significación en el campo del Derecho. Una es: ¿cómo deciden de hecho los tribunales casos de un tipo determinado?; y la otra es: ¿cómo deberían decidir los tribunales casos de un tipo determinado? Finalmente la teoría funcional postula la redefinición de los conceptos porque considera que "en lugar de presuponer causas ocultas o principios trascendentales detrás de todo lo que vemos o hacemos, debemos redefinir los conceptos del pensamiento abstracto como construcciones, o funciones, o complejos, o pautas, o arreglos, de las cosas que efectivamente vemos o hacemos. Todos los conceptos que no puedan ser definidos en términos de los elementos de la experiencia efectiva carecen de significado" [7]. Entre estos conceptos está el de derecho subjetivo.

VI. TEORIAS QUE AFIRMAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

A) *Teorías a base de técnica jurídica.* Dos son los exponentes máximos de la teoría de los derechos subjetivos a base de técnica jurídica: François Gény y Alf Ross.

El jurista francés François Gény (1861-1959), sostiene que el Derecho reviste dos aspectos fundamentales: por un lado está la ciencia de la disciplina jurídica y por el otro la técnica, que representan el contenido y la forma del Derecho, respectivamente [8].

Es entre las nociones de técnica donde Gény clasifica el concepto de derecho subjetivo. El derecho subjetivo es una noción de técnica jurídica. Como tal, no puede ser un producto de la naturaleza de las cosas, sino que es un mero artificio jurídico. Por esta razón, para Gény el concepto de derecho subjetivo no tiene por qué permanecer constante e invariable; perfectamente puede cambiar e incluso desaparecer, siempre que aparezca otro concepto mejor, para reemplazarlo más efectivamente. Y entonces, ¿para qué mantiene Gény el concepto de derecho subjetivo? Simplemente porque en el momento actual éste le parece útil y porque actualmente no hay otro concepto que lo pueda reemplazar eficazmente.

[6] HANS KELSEN. *La Teoría Pura del Derecho.* Págs. 122 y 123.
[7] FÉLIX S. COHEN. *El método funcional en el Derecho.* Pág. 65.
[8] FRANCOIS GÉNY. *Science et technique en droit privé positif.* Tome I. Pág. 26.

Como el derecho subjetivo es una construcción, una noción creada artificialmente por el espíritu humano, constituye un estorbo en el acercamiento entre el ideal de justicia y la vida social, que es, para Gény, el objeto primero y fundamental del Derecho. Una vez que este acercamiento se haya producido real y efectivamente, el concepto de derecho subjetivo podrá desaparecer, pero en este momento su utilidad es inmensa, porque permite poner orden en la multiplicidad de situaciones jurídicas que existen y su contenido está formado por ideas aptas para hacer progresar el Derecho.

El jurista danés Alf Ross sostiene [9], que los conceptos fundamentales pertenecientes a la esfera de los derechos subjetivos no han sido creados por los juristas sino heredados de ideas generalmente aceptadas.

Según Ross, el concepto de derecho subjetivo puede ser determinado en tres contextos:

a) En el Derecho vigente la expresión derecho subjetivo no tiene ninguna referencia semántica. Las frases en las que ella aparece pueden ser reescritas sin hacer uso de dicha expresión, indicando la conexión que existe en las directivas jurídicas entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionales.

b) En las argumentaciones de los abogados ante los tribunales y en los fundamentos de las decisiones judiciales ocurre algo semejante a lo expuesto anteriormente.

c) El concepto de derecho subjetivo se emplea en enunciados que no parecen exponer normas jurídicas sino describir hechos.

"Podemos concluir, por lo tanto, que en todos los contextos que hemos considerado los enunciados referentes a derechos subjetivos cumplen la función de describir el Derecho vigente o su aplicación a situaciones específicas concretas. Al mismo tiempo, sin embargo, hay que afirmar que el concepto de derecho subjetivo no tiene referencia semántica alguna. No designa fenómeno alguno de ningún tipo que esté insertado entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas; únicamente es un medio que hace posible —en forma más o menos precisa— representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas" [10].

Según Alf Ross, el concepto de derecho subjetivo es una herramienta técnica que no designa ningún fenómeno que exista en ciertas condiciones específicas y por eso es perfectamente posible exponer el Derecho vigente sin emplear el concepto de derecho subjetivo.

B) *Teorías del derecho y la acción.* Los principales exponentes de las teorías que confunden el derecho con la acción son Joseph Barthélemy y Augusto Thon.

El jurista francés Joseph Barthélemy (1874-1945), define al derecho subjetivo diciendo que "es aquel cuya realización puede obtenerse por

[9] Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia.* Págs. 164 y siguientes.
[10] Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia.* Pág. 168.

un medio jurídico puesto a disposición del titular. Este medio jurídico es la acción". Barthélemy admite, tácitamente, que este concepto de derecho subjetivo no es el verdadero, al decir que en verdad la acción sólo es un medio formal; pero considera que este medio es mil veces preferible a cualquier otro, empleado por aquellas personas que tratan de encontrar el fundamento del derecho subjetivo y sólo consiguen enredarse en el Derecho Natural.

El jurista alemán Augusto Thon (1839-1912), sostiene que la norma de Derecho y su infracción son del dominio del Derecho Público. Este punto de vista lo explica diciendo que toda norma tiende a la protección de un bien y que esta protección es esencialmente pública. Para Thon sólo existe derecho subjetivo al producirse una infracción a la norma, infracción que pone a disposición del perjudicado por ella una acción cuyo objeto es perseguir la sanción a la trasgresión de la norma. Los derechos subjetivos son "intereses jurídicos protegidos por la policía jurídica". Esta protección, que se realiza a través de lo que Thon llama "policía jurídica", tendrá la calidad de derecho subjetivo sólo en la medida en que una acción se ponga a disposición del individuo lesionado en sus intereses [11].

C) *Teoría de la realidad de los derechos subjetivos.* Entre los autores partidarios de esta teoría mencionaremos a Raymond Saleilles (1855-1912), Paul Cuche y George Ripert (1880-1959).

Para esta teoría el derecho subjetivo consiste en relaciones jurídicas que se establecen entre los individuos. Estas relaciones pueden ser de carácter eminentemente personal o tener como objeto cosas determinadas. Sea como fuere, siempre estaremos frente a una realidad; y esta realidad es la relación misma. La existencia del derecho subjetivo radica en el hecho que la relación que establece es una realidad jurídica.

Para esta teoría, el hecho de celebrar un contrato, de ejercer el derecho de propiedad, de recurrir a la fuerza si es necesario para asegurar su respeto, no son conceptos vacíos; son realidades que se llaman derechos subjetivos.

La existencia de relaciones supone siempre la existencia de los principios que forman su base y de los cuales derivan. En lo que se refiere a los derechos subjetivos, estos principios son las normas objetivas de Derecho, que tienen por misión permitir el natural desenvolvimiento físico y espiritual del hombre.

De esta manera, aplicando las normas del Derecho objetivo, el hombre tiene la facultad de fundar una familia a través del matrimonio; así nacen los derechos del padre, del hijo, de la potestad marital, etc. Igualmente, de acuerdo con las normas objetivas, es justo que el hombre sea dueño de bienes, y de esta manera nacen los derechos de propiedad, de crédito, etc.

[11] AUGUSTO THON. *Rechtsnorm und subjektives recht.* Pág. 37.

Por lo tanto, los derechos vienen a ser la aplicación a los casos individuales de las normas jurídicas.

Para esta teoría la realidad del derecho subjetivo es la existencia de ciertas relaciones jurídicas sancionadas por una acción, que se establecen en virtud de los principios objetivos de Derecho entre dos o más sujetos, con el propósito de realizar un interés protegido por la ley.

También afirma la realidad del derecho subjetivo el profesor de la Universidad de Lovaina, Jean Dabin, quien expone que "en cualquiera perspectiva que se le mire y considere, en sí mismo y aparte del derecho objetivo, o bien en el marco y a partir del Derecho objetivo, el derecho subjetivo es una noción no sólo defendible, sino indispensable. Es imposible construir el Derecho sin esa noción, porque ella es la traducción inmediata, sin disimulo ni doblez, de una realidad elemental: la de que si los hombres están sometidos a una regla social, que por otra parte existe para ellos y para su bien, son, sin embargo, seres individuales. La sociedad existe, y por consecuencia la regla; pero también existe el individuo. La sociedad y la regla social no suprimen el derecho subjetivo".

"El movimiento es doble. De una parte, el derecho subjetivo, en el sentido moral, que es anterior a la sociedad, pasa a la regla social garantizada: se trata de los "derechos del hombre", convertidos, gracias a esa mutación, en derechos subjetivos jurídicos. Por otra parte, en cumplimiento de su misión de coordinación y armonía, la regla social se ve llevada a establecer íntegramente unos derechos subjetivos puramente jurídicos, que sólo en ella tienen su base. Pero de todas formas el sentido de la intervención de la regla, el resultado a que tiende, es la colación de derechos. No se refiere solamente a individuos que van a beneficiarse del juego de una regla; se trata de individuos investidos por esa regla de prerrogativas que les son propias y de las que son reconocidos como dueños. Del Derecho objetivo sale un derecho subjetivo" [12].

"A la luz de las explicaciones precedentes, la definición del derecho subjetivo podría hacerse con la fórmula siguiente: el derecho subjetivo es la prerrogativa, concedida a una persona por el Derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido. Naturalmente, esta pertenencia y ese dominio sólo existen en los límites más o menos estrictos, de extensión o incluso de finalidad, que les asigna el Derecho objetivo, pero dentro de estos límites el titular del derecho subjetivo tiene el pleno dominio de su bien" [13].

[12] JEAN DABIN. *El derecho subjetivo*. Pág. 64.
[13] JEAN DABIN. *El derecho subjetivo*. Pág. 130.

VII. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Los juristas que afirman la existencia del derecho subjetivo, no siempre están de acuerdo respecto de los elementos que lo integran. Así, unos sostienen que el elemento principal es la voluntad, otros afirman que lo primordial en la noción de derecho subjetivo es el interés, y un tercer grupo afirma que ambos elementos, voluntad e interés, son los determinantes del concepto.

Estas tres posiciones se traducen en otras tantas teorías, a saber: a) La teoría de la voluntad; b) La teoría del interés; y c) La teoría de la voluntad y el interés combinados o teoría ecléctica.

A) *Teoría de la voluntad.* La teoría de la voluntad fue formulada, por primera vez, por el jurista alemán Federico Carlos de Savigny (1779-1861), pero su representante máximo es Bernardo Windscheid (1817-1892).

Para Bernardo Windscheid, el derecho subjetivo es un poder o señorío concedido a la voluntad por el ordenamiento jurídico positivo [14].

Afirma este jurista que el derecho subjetivo se puede considerar en dos acepciones: primero el derecho-facultad se nos presenta como derecho a una cierta conducta, a cierta acción u omisión, tanto de una persona singular como de todas las otras que se encuentran frente a ésta. Respecto de esta clase de derechos, el Derecho objetivo, la legislación positiva, nos da una norma que prescribe cierta conducta que debemos observar frente a la prerrogativa que ese mismo Derecho objetivo ha puesto a disposición de otro sujeto. El ordenamiento jurídico entrega esta prerrogativa para actuar o no actuar a la voluntad del individuo, quien puede o no hacer uso de esta facultad; o sea, es la voluntad del individuo la que realiza esa facultad que el ordenamiento jurídico le ha dado.

Antes de referirse a la segunda acepción de la noción de derecho subjetivo es necesario hacer un alcance: en la primera categoría de derechos a que nos referimos, ellos existen por un mandato del Derecho objetivo y por esto a la voluntad del individuo sólo le corresponde realizar estos derechos subjetivos; en cambio no sucede tal cosa al decirse, por ejemplo, el dueño de una cosa tiene derecho a venderla, el acreedor a ceder su crédito, etc. En estos casos la voluntad del individuo no sólo realiza el derecho sino que también lo crea. La voluntad del sujeto es decisoria para el nacimiento y también para la modificación o extinción del derecho.

Lo que tienen de común ambas categorías es que la voluntad, en los unos y en los otros, es necesaria para su realización. Sin la intervención del elemento volitivo, el derecho subjetivo sólo es tal en potencia. El papel de la voluntad es aún mayor en la segunda categoría de derechos a que se refiere Windscheid, en que llega a crear, modificar o extinguir el derecho, a la par que lo realiza.

[14] BERNARDO WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette*. Pág. 108.

Windscheid concluye que, sin el elemento voluntad, no se puede hablar de derechos subjetivos. Es la voluntad la que permite que el sujeto sea titular de un derecho. Por ésto, como afirma Savigny, el derecho subjetivo es una esfera, que representa al ordenamiento jurídico, en la cual reina la voluntad, y reina con nuestro consentimiento.

B) *Teoría del interés.* El jurista alemán Rodolfo von Ihering (1818-1892), desarrolla su teoría sobre los derechos subjetivos en la obra titulada "El espíritu del Derecho Romano".

La teoría del interés es opuesta a la teoría de la voluntad. Para la teoría de la voluntad la esencia del derecho subjetivo es un acto de voluntad. Von Ihering rechaza este planteamiento, diciendo que la voluntad no es otra cosa que el objeto del derecho subjetivo, su fuerza motriz.

Para von Ihering, los derechos subjetivos existen en razón de la existencia de ciertos fines que el individuo desea alcanzar. Estos fines, estos intereses, son el alma del derecho subjetivo, que la ley decide proteger. Por eso von Ihering define a los derechos subjetivos como "intereses jurídicamente protegidos" y distingue en ellos, dos elementos: la esencia del derecho, el elemento sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, y el elemento externo, el elemento formal, que es la protección jurídica del derecho. En gráfica expresión dice von Ihering que el primero de estos dos elementos es el fruto, y el segundo, el formal, la cáscara de este fruto.

Para von Ihering, utilidad, bien, valor, goce, interés, es la sucesión de ideas que despierta el primer elemento recién enunciado. Pero el derecho no da a estos conceptos una medida exclusivamente económica. Hay otros intereses fuera de los netamente pecuniarios que deben ser protegidos. Por encima de la riqueza material hay bienes morales, mucho más dignos de ser protegidos: la libertad, el honor, etc. Para von Ihering cualquiera que sea la diversidad del interés que presenten los diversos derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador, que merece y reclama su protección. Los derechos se transforman a medida que cambian los intereses de la vida; así, intereses y derechos son, en cierto modo, teóricamente paralelos.

C) *Teoría de la voluntad y del interés.* El creador de esta teoría es el jurista alemán Ernst Immanuel Bekker. Sin embargo, quien la formuló con mayor perfección fue el francés León Michaud en su obra "'La teoría de la personalidad moral". A Michaud se le debe también que la teoría en referencia sea llamada "teoría ecléctica", ya que ella toma de las demás teorías todo lo que le parece bueno. Otro de los seguidores de esta teoría es el ex profesor de la Universidad de Heidelberg, Jorge Jellinek (1851-1911), para quien "el derecho subjetivo es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual".

Para ellos las dos teorías anteriores nos dan una visión incompleta de lo que son los derechos subjetivos. La estructura del derecho subjetivo no se compone exclusivamente de un interés que la ley protege ni tampoco exclusivamente de un acto de voluntad. Ambos, voluntad e interés, son elementos estructurales del derecho subjetivo, pero es necesario reunirlos, combinarlos, porque por sí solos son insuficientes para explicar la estructura del derecho subjetivo.

Para esta teoría el derecho subjetivo tiene dos elementos: el interés o beneficio y la voluntad. Estos dos elementos: el goce, interés o provecho más el poder de actuar, de disponer, son básicos de todo derecho. Sólo si los reunimos podremos tipificar completamente el derecho subjetivo. Por ello para esta teoría el derecho subjetivo es el poder de obrar de una persona individual o colectiva con la mira de realizar un interés dentro de los límites de la ley.

VIII. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

A) Clasificación que atiende al carácter público o privado. La mayoría de los tratadistas afirman que existen derechos subjetivos públicos o privados. Para distinguir entre ambos hay que considerar la norma de Derecho objetivo en que se fundamentan: si ésta es de Derecho Público o de Derecho Privado. A este respecto expresa Roberto de Ruggiero: "Por sujeto a que la norma se refiere no debe entenderse el sujeto de la facultad o pretensión que de la norma brota, sino que la persona en interés de la cual se da la norma. Y esto explica como puede ser titular del derecho subjetivo público, no sólo el Estado, sino también el ciudadano. Por el contrario, no es decisiva para determinar la naturaleza del derecho subjetivo la cualidad, porque si normalmente al particular corresponden los derechos subjetivos privados, y al Estado los derechos subjetivos públicos, existen algunos de estos derechos subjetivos públicos que corresponden al particular (como por ejemplo, el electoral) y otros privados, que competen al Estado y a otras colectividades en cuanto éstas y aquél se presentan con una determinada relación desprovista de carácter político" [15].

Hay autores que afirman que sólo el Estado puede ser titular de los derechos subjetivos públicos. El derecho subjetivo público individual, como ser el electoral, que corresponde al ciudadano, no podría ser entonces un derecho subjetivo, ya que esta concepción significaría que el individuo frente al Estado no puede tener derechos. El Estado sería un ente político soberano, que dicta a los que lo forman: normas, obligaciones, limitaciones; pero el Estado no podría sufrir en estas condiciones esas limitaciones en sí mismo. No es difícil demostrar lo errado de esta concepción que significa una exageración desmedida en cuanto al poder estatal. No podemos negar que cuando

[15] Roberto de Ruggiero. *Instituzioni di Diritto Civile*. Volume I. Pág. 197.

el ciudadano ejerce una facultad que posee en su calidad de miembro integrante del grupo social, lleva en sí el interés general de todos. Esta facultad que el ordenamiento jurídico protege y garantiza, constituye de esta manera un verdadero derecho subjetivo.

Hay otros autores que sostienen que el Estado no tiene derechos subjetivos públicos. Según ellos, el Estado sólo tiene "poderes", pero no derechos.

Sin embargo, podemos decir que existen derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados. Los primeros pueden pertenecer al Estado y demás comunidades de orden político y también a los particulares; y los derechos privados a su vez pertenecen fundamentalmente a los particulares, pero también pueden pertenecer al Estado.

Los derechos subjetivos públicos no deben ser considerados como sinónimos de los derechos políticos. Los derechos políticos sólo constituyen una categoría de los derechos públicos los cuales son múltiples y de variada índole (derecho a la percepción de los impuestos, derecho de los empleados a ser promovidos, etc.) y pertenecen al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo.

B) CLASIFICACIÓN QUE ATIENDE A LA EFICACIA Y NATURALEZA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. Podemos distinguir varias clasificaciones, a saber: derechos subjetivos absolutos y relativos; originarios y derivados; puros y simples y sujetos a modalidades; transmisibles e intransmisibles.

a) Los derechos son absolutos o relativos desde el punto de vista de su eficacia y del número de personas que son obligadas.

Derechos absolutos son aquellos que obligan para con el titular a todos los demás miembros de la comunidad. Generalmente esta obligación se traduce en un deber general y negativo para todos los individuos que consiste en no perturbar al titular del derecho. Por lo tanto pueden hacerse valer contra cualquier persona. Ejemplos de derechos absolutos son los derechos reales, que el Código Civil de Chile define como aquellos "que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona" (artículo 577).

Derechos relativos son aquellos que implican sólo para algunas personas un deber u obligación, ya sea para hacer algo o para abstenerse de algo, con respecto al titular del derecho. Ejemplos de derechos relativos son los derechos de obligación y los derechos personales.

Existe discusión respecto si los derechos de familia son absolutos o relativos. Los partidarios del primer punto de vista, o sea, los que afirman que son absolutos, dicen que cualquier individuo tiene la obligación de reconocer la posición que otro tiene dentro del grupo familiar. Los otros, por su parte, afirman que los derechos de familia son relativos, por cuanto existen sólo entre los miembros de la familia. Nosotros compartimos el primer punto de vista y por ello mencionamos a los derechos de familia como ejemplo de derechos absolutos.

b) *Derechos originarios y derivados.* Derechos originarios son aquellos que posee el titular con independencia de su actividad encaminada

a adquirirlos. Caso típico es el de los derechos inherentes a la personalidad humana.

Derechos derivados son aquellos que se adquieren en virtud de un hecho del titular. Se llaman derivados porque resultan de un acto, de una actividad del particular.

c) *Derechos puros y simples y sujetos a modalidades.* Derechos puros y simples son aquellos que no están sujetos a las modalidades de plazo y condición. Los derechos que de ahí derivan para el vendedor y para el comprador son derechos puros y simples, que nacen enseguida y cuya ejecución puede exigirse de inmediato.

Derechos sujetos a modalidades son aquellos cuya existencia, ejercicio o efectos están sujetos a modalidades.

Vale la pena detenerse en el concepto de modalidades del derecho, ya que es el antecedente necesario para explicar las meras expectativas, los derechos eventuales y la jerarquía de los derechos. La palabra "modalidades" significa las maneras de ser, las variaciones que experimenta un derecho. De ellas las más importantes son la condición, el plazo y el modo.

Conexos con la clasificación de los derechos en puros y simples y sujetos a modalidades están los derechos eventuales y las meras expectativas.

Los derechos eventuales son aquellos cuya existencia depende de un hecho futuro, acontecimiento que viene a ser uno de los elementos esenciales y constitutivos del mismo derecho, sin el cual su existencia no podría concebirse.

Lo característico de los derechos eventuales es que, mientras en los actos y derechos condicionales, lo futuro afecta a un elemento completamente accidental, extraño al hecho, en los derechos eventuales este elemento futuro es uno de sus integrantes fundamentales.

Las meras expectativas no son derechos, ni siquiera eventuales; las podríamos definir diciendo que son intereses, en la mayoría de los casos no protegidos jurídicamente.

Sin embargo, se dan casos en los cuales el ordenamiento jurídico positivo, en una forma más o menos eficaz, protege a la expectativa, en la seguridad o en la confianza absoluta que ella un día será derecho.

d) *Derechos transmisibles e intransmisibles.* Derechos transmisibles son aquellos que pueden ser traspasados de una persona a otra. Derechos intransmisibles son aquellos que no pueden ser transferidos de un sujeto a otro.

En los derechos transmisibles hay que distinguir dos situaciones: cuando el traspaso de derechos se hace entre vivos se habla de una transferencia de derechos; y cuando ese traspaso se hace por un acto de última voluntad se habla de una transmisión propiamente tal.

La mayoría de los derechos pueden traspasarse; esta es la regla general. Sin embargo, existen ciertos derechos que no pueden ni transferirse ni transmitirse. Esto, en razón de que ellos se encuentran tan

íntimamente ligados a la persona del titular, que desvincularlos de él significaría desnaturalizarlos. Estos derechos intransmisibles son los que la doctrina llama personalísimos. A este tipo de derechos personalísimos pertenecen, en primer lugar, aquellos derechos que forman el contenido de la personalidad, los derechos propios del Estado, los derechos de familia, etc.

Algunos autores son partidarios de incluir, en la clasificación que comentamos, a los derechos potestativos. Para ellos los derechos potestativos son los poderes que corresponden a una persona para influir con su declaración de voluntad sobre la condición jurídica de otra, sin el concurso de la voluntad de ésta, haciendo cesar un estado jurídico existente, o produciendo un nuevo derecho. Serían ejemplo de ellos el derecho de pedir la división de la cosa común, el derecho de testar, etc.

C) CLASIFICACIÓN QUE ATIENDE AL OBJETO Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. Es esta la clasificación más importante de los derechos subjetivos. Distingue entre derechos subjetivos patrimoniales y derechos subjetivos extrapatrimoniales. Los derechos patrimoniales, a su vez, se dividen en derechos reales y personales, llamados también derechos de crédito y derechos de obligaciones. Los derechos extrapatrimoniales se dividen en derechos de la personalidad y derechos de familia.

Derechos patrimoniales. Sabemos que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona avaluables en dinero. Por lo tanto derechos patrimoniales son aquellos derechos pecuniarios avaluables en dinero.

Los derechos patrimoniales se dividen en derechos reales y derechos personales.

Los derechos reales son aquellos "que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca". (Código Civil de Chile, artículo 577).

Los derechos personales o créditos son "los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimento". (Código Civil de Chile, artículo 578).

Las diferencias más importantes entre los derechos reales y personales, son: 1) El derecho real es absoluto y puede hacerse valer contra cualquier persona, ya que frente a él hay un sujeto pasivo universal; los derechos personales, en cambio, pueden hacerse valer sólo contra la o las personas por él obligadas; 2) El derecho real implica para el resto de la comunidad un deber de abstención; el derecho personal es una obligación que significa para el deudor dar, hacer o

no hacer algo en favor del acreedor; 3) El derecho real es perpetuo; en cambio el derecho personal es temporal y un día se extinguirá; 4) En el derecho real el objeto siempre es una cosa; en el derecho personal puede ser una cosa o un hecho; 5) El objeto del derecho real es determinable por su especie; el objeto del derecho personal sólo puede ser determinado por su género, y 6) Los derechos reales se generan por los modos de adquirir y los derechos personales por las fuentes de las obligaciones.

Derechos extrapatrimoniales. En los derechos extrapatrimoniales hay que distinguir dos categorías: los derechos de la personalidad y los derechos de familia.

Los derechos de la personalidad. Se pueden dividir también en dos categorías: 1) Los derechos que se refieren al individuo considerado aisladamente, y 2) Los que se refieren al individuo como miembro integrante de una familia.

1) *Derechos del individuo considerado aisladamente.* Podemos distinguir dos categorías: a) derechos que se refieren a la individualidad física del individuo; y b) derechos que se refieren a la individualidad moral. Los primeros están encaminados a proteger la vida, la integridad corporal, la salud. Los segundos se refieren a la integridad moral del individuo; velan por el honor en cualquiera de sus manifestaciones, la protección del derecho al nombre, la actividad intelectual que el hombre desarrolla, etc.

a) *Derechos referentes a la individualidad física de la persona.* La existencia de estos derechos ha sido discutida; algunos la admiten y otros la rechazan.

Posición de los que admiten el derecho sobre la propia persona. Bernardo Windscheid es quizás el autor que más enfáticamente ha manifestado su punto de vista en este sentido. Dice él que de la misma manera como el ordenamiento jurídico establece como fundamental la voluntad del titular respecto a una cosa, de esta misma manera el ordenamiento jurídico actúa frente a la persona, en lo referente a su integridad física o moral. El derecho a la vida, a la integridad corporal, al honor, a la exteriorización de las actividades físicas o psíquicas y otros, no implican una acción sobre personas o cosas ajenas, sino que representan poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales.

Posición de los que niegan los derechos sobre la propia persona. Dos argumentos dan los partidarios de esta posición para justificar su punto de vista: 1) Ni la fuerza física, ni la psíquica, ni la intelectual pueden ser separadas del hombre del cual proceden. Esta separación es imposible, igual como su representación como entidades independientes y separadas de las personas, que son un todo orgánico, que no puede ser descompuesto en los elementos que lo forman; 2) Es imposible dar a la persona como objeto del derecho subjetivo dos funciones

que son contradictorias e irreconciliables en la relación jurídica: la de sujeto y de objeto del Derecho a la vez; esto es un error, aun en el supuesto que como sujeto del Derecho se considerara a las personas en su totalidad y, como objeto del Derecho sólo partes o condiciones de la persona, como ser los miembros del cuerpo, las facultades intelectuales, etc.

Si llevamos el problema ya enunciado a un plano concreto, examinando los derechos que constituyen la personalidad en lo que respecta al elemento físico o material, la cuestión planteada se reduce a la siguiente interrogante: ¿Tiene o no la persona un derecho sobre el propio cuerpo? El problema presenta tres aspectos, según se considere: 1) El cuerpo de la persona viva; 2) El cadáver, y 3) Las partes ya separadas del cuerpo.

1) *Respecto del cuerpo de una persona.* No se puede hablar de un derecho de propiedad sobre el propio cuerpo, ni de un derecho personalísimo del individuo para disponer de su cuerpo y de su vida. Por razones morales el Derecho positivo limita o suprime estos derechos, en cuanto a la disposición del propio cuerpo se refiere; situación ésta que cada legislación resuelve a su manera, en una forma estricta y severa, de tal manera que en la práctica el derecho a disponer del propio cuerpo no existe. Así se considera ilícito el aborto, la automutilación no curable, la esclavitud, etc. También todos los ordenamientos jurídicos contemplan disposiciones que castigan el uso arbitrario de la actividad personal en provecho de terceros.

El ordenamiento jurídico chileno no da ninguna protección al que atente contra su propia vida. Más aún, la ley obliga a todas las personas a impedir que se consume un suicidio y sanciona al que "con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide" (Código Penal de Chile, artículo 393) ¿El hecho que el autor de la tentativa de suicidio no reciba un castigo, significa acaso que el ordenamiento jurídico protege el derecho de darse muerte? Evidentemente que no. El ordenamiento jurídico no castiga al autor de tentativa de suicidio —al autor de suicidio consumado por razones obvias no lo puede sancionar— porque considera que los sufrimientos físicos y morales que debe sufrir el autor de semejante tentativa son suficientes como sanción.

Tampoco es lícito suprimir la vida intrauterina del feto. Constituye este acto delito de aborto que la legislación penal sanciona (Código Penal de Chile, artículos 344 y siguientes).

¿Está permitido el contrato referente a la enajenación de una parte del cuerpo humano? Si estos miembros o partes del cuerpo no son vitales y su ausencia no produce una disminución permanente o consecuencias en los descendientes, es perfectamente lícito enajenar una parte del cuerpo, supongamos una cantidad determinada de sangre, un trozo de piel, etc. Pero un órgano esencial, como un ojo por ejemplo, no puede ser enajenado. El límite en cada caso entre lo enaje-

nable y lo no enajenable lo determina la circunstancia de producir o no una disminución permanente del sujeto.

2) *Derechos sobre el propio cadáver.* La persona viva puede disponer de su cadáver a título gratuito u oneroso porque, en el momento de morir, su cuerpo será una cosa.

En cuanto a los derechos que tienen los herederos sobre el cadáver del causante, es necesario distinguir dos situaciones: a) Si el causante en vida contrajo relaciones patrimoniales sobre su cadáver, los herederos tienen los derechos que resulten de esta relación, ya que ellos son los sucesores del causante en todas las relaciones patrimoniales que éste tenía a la fecha de producirse la muerte. Así, si el causante antes de morir no recibió el precio por su cadáver, los herederos podrán reclamarlo para sí; y b) la otra situación es la que se presenta si el difunto no había contraído en vida ninguna relación patrimonial con respecto al cadáver. En este caso el cadáver no pertenece a los herederos, debido a que el cuerpo se transforma en cosa a contar del momento en que se produjo la muerte. El heredero en estas circunstancias no tiene ningún derecho patrimonial sobre el cadáver del difunto; este cadáver quedará entonces sometido a las reglas de orden público.

Esta es la opinión de la doctrina. Sin embargo, el Código Sanitario de Chile reconoce un derecho a los deudos sobre el cadáver del difunto al expresar que: "podrán ser dedicados a fines de investigación científica y estudios anatómico-patológicos, los cadáveres de personas cuyos deudos así lo autoricen, así como los cadáveres de personas fallecidas en establecimientos de beneficencia, no reclamados dentro de un plazo prudencial, siempre que se cumplan los requisitos y disposiciones sanitarias indicadas en el reglamento respectivo y que se haya practicado la inscripción del fallecimiento en la Oficina del Registro Civil correspondiente". (Artículo 237).

3) *Derecho de las personas sobre las partes separadas de su cuerpo.* Este derecho no se puede negar a ningún individuo. Las partes separadas del cuerpo, no importa cual sea su naturaleza, se convierten por el hecho de la separación en cosas independientes y comerciables y, como tales, son propiedad de la persona de cuyo cuerpo provienen.

b) *Derechos referentes a la individualidad moral de la persona.* Comprenden estos derechos, en primer lugar, el honor en todas sus manifestaciones, el derecho al nombre y el derecho sobre la actividad intelectual.

Hay autores que niegan que éstos sean verdaderos derechos subjetivos. No nos parece acertada esta afirmación. Es innegable que el hombre tiene, por ejemplo, derecho a su honor y si éste es ofendido o menoscabado por expresiones injuriosas, la persona afectada puede perseguir, por la vía judicial, al autor de esos ataques e incluso puede el

perjudicado pedir una indemnización de perjuicios. (Código Penal de Chile, artículos 412 a 431).

Tampoco se puede negar que el individuo tiene derecho a su trabajo intelectual, ya que de éste nacen instituciones tan importantes como la propiedad literaria y la artística, por ejemplo.

2) *Derecho del individuo como miembro integrante de una familia.* Los principales derechos son: a) el derecho al nombre de familia; b) los derechos que el individuo tiene a que se le reconozca el estado civil que posee; y c) los derechos de potestad.

a) *El derecho al nombre de familia* se adquiere por nacimiento legítimo dentro de una familia, o por reconocimiento posterior hecho por el padre, la madre o ambos, si el nacimiento es producto de relaciones sexuales extramatrimoniales.

No se puede negar la importancia que tiene el nombre en la vida social, ya que sirve de distintivo para diferenciar a una persona de otra. Toda persona tiene derecho al nombre, el cual no puede ser considerado como un derecho patrimonial cualquiera, ya que es esencialmente personal. Es un derecho inalienable e intransferible.

b) *Derecho a que se reconozca a la persona el estado civil que posee.* El estado civil es la calidad permanente que ocupa un individuo en la sociedad y que depende esencialmente de sus relaciones de familia. Se desprende de esta definición que es imposible dejar de reconocer el derecho que las personas tienen al reconocimiento de su estado civil.

c) *Los derechos de potestad.* Son esencialmente dos: la patria potestad y la potestad marital.

La patria potestad es "el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes de sus hijos no emancipados". (Código Civil de Chile, artículo 240).

La potestad marital es "el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer". (Código Civil de Chile, artículo 132).

Derechos de familia. Los derechos de familia son aquellos que se producen como consecuencia de las relaciones en que el sujeto se encuentra en el grupo familiar en relación con los demás integrantes de él. El fundamento de estos derechos es el matrimonio. Ejemplos de derechos de familia son las obligaciones de fidelidad, socorro y ayuda mutua que tienen los cónyuges entre sí; el deber del marido de proteger a la mujer; la obligación alimenticia que tienen los cónyuges, etc. (Código Civil de Chile, artículos 131 y 134).

Los derechos de familia pueden ser de dos clases: a) los derechos de familia propiamente tales; y b) los derechos de familia patrimoniales.

a) *Los derechos de familia propiamente tales* son aquellos que no persiguen ventaja o utilidad económica alguna. Pertenecen a esta ca-

tegoría los derechos de los padres de criar y educar a los hijos, las acciones de reclamación del estado civil, los derechos del tutor, etc.

b) *Los derechos de familia patrimoniales* son los que entrañan ventajas económicas. Ejemplos de ellos son el derecho de usufructo que tiene el padre sobre los bienes del hijo, el derecho del hijo a recibir alimentos y subsidios para vivir, el derecho de sucesión, etc.

IX. EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Respecto del ejercicio de los derechos hay dos posiciones: una es la del absolutismo de los derechos y otra la de la relatividad de los derechos.

A) *Absolutismo de los derechos.* Para aquellos que son partidarios de la concepción individualista del Derecho, los derechos subjetivos son las facultades que la ley reconoce al individuo para que éste disponga de ellas a su mejor parecer, sin tener que rendir cuenta de este uso a terceros. Por lo tanto, si ejercitando un derecho un tercero sale perjudicado, según esta concepción ninguna responsabilidad cabe al titular del derecho, por cuanto sólo ejercitó lo que la ley le permitió. Y un mismo acto no puede ser jurídicamente lícito o ilícito a la vez. "Quien su derecho ejerce a nadie ofende". Esta es la idea de los partidarios del absolutismo de los derechos, absolutismo que mira al individuo aisladamente y que vela primero por la satisfacción de sus propias necesidades y en seguida por las de la comunidad.

B) *Relatividad de los derechos.* La máxima tradicional, enunciada en los términos absolutos recién expuestos, es contraria a la idea social e incluso resulta inmoral, si no se le colocan limitaciones. Es por eso que se ha abandonado la idea del absolutismo del ejercicio de los derechos. No hay que olvidar que a los derechos de unos, otros también oponen los suyos. Además cada derecho existe porque hay una razón que condiciona su existencia, de la cual no puede desligarse. Si los titulares de derechos se desentienden de su objeto, no ejercitan un derecho adecuadamente y abusan de él. Concebido de esta manera el ejercicio de los derechos, la máxima debería ser: "El ejercicio de un derecho no debe lesionar a otro derecho".

Así aparece enunciada la teoría de la relatividad de los derechos. A pesar del gran impulso que esta teoría ha tomado últimamente, ella no es una novedad, pero es en las legislaciones posteriores al primer cuarto de este siglo en las que con más vigor se manifiesta la teoría de la relatividad de los derechos.

X. TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

El hombre debe conducirse según la ley de su ser y de su vocación de persona.

En consecuencia, desde un punto de vista moral, él usa mal o abusa de sus derechos cuando los utiliza para fines inmorales, para su propio mal o para el mal de otros hombres.

Desde un punto de vista jurídico "el uso de un derecho legal se transforma en abuso de ese derecho legal cuando se hace de él un uso contrario a la moralidad. El summun ius del derecho positivo se cambia entonces en la summa iniuria de la moral".

"Sólo en este plano puede mantenerse la idea del abuso sin contradicción: sólo en este plano puede encontrar su justificación y su criterio distintivo. Al recoger la noción de abuso, el derecho legal se abre sobre la moralidad, que viene a airearle, a humanizarle e individualizarle también en lo que tiene de demasiado abstracto y demasiado técnico. En una palabra, la teoría del abuso representa el correctivo de moralidad que postula la legalidad".

"Evidentemente, con el nombre de moralidad llamada a corregir al derecho no se entiende la totalidad de los deberes morales del hombre, sino solamente aquella parte de la moral que se refiere a nuestros deberes para con los demás. El jurista no tiene competencia para censurar en nombre del abuso un uso del derecho por el cual el titular iría en contra de sus deberes para consigo mismo. Como tales, los deberes del hombre para consigo mismo no interesan al Derecho, que regula exclusivamente las relaciones entre los hombres. A menos que la falta pueda repercutir sobre otro, en cuyo caso, por lo demás, incumbirá a la norma positiva y no a la teoría del abuso prohibir el uso socialmente nocivo, mediante una limitación formal del derecho".

"Tampoco es toda la moral social la que entra en liza con el abuso; moralmente, el hombre tiene la obligación de hacer el bien a su prójimo, y no solamente no hacerle mal. Pero, fuera del caso en que la norma positiva haya gravado el derecho con algún deber de asistencia para con un beneficiario determinado, no corresponde al jurista sancionar en nombre del abuso un uso avaricioso y poco liberal del derecho. De una parte, el ejercicio con fines personales de un derecho de carácter egoísta está dentro de la línea normal, y de otra parte, la noción de abuso jamás ha llegado a englobar la falta de altruismo" [16].

Un ejemplo de abuso del derecho lo encontramos en la conducta de Shylock en el drama de William Shakespeare "El Mercader de Venecia".

Hay diversas teorías que determinan cuando hay abuso del derecho:

a) Raymond Saleilles y Francois Gény son partidarios de la teoría finalista de los derechos subjetivos. Para ellos, el abuso del dere-

[16] JEAN DABIN: *El Derecho subjetivo*. Págs. 366 y 367.

cho se produce si este se desvía de su función social y de su finalidad específica;

b) Según Louis Josserand, para determinar si existe abuso del derecho es necesario examinar por qué motivos actuó el titular, qué fuerzas lo impulsaron para conseguir el fin que se propuso alcanzar. Si las fuerzas y los móviles que impulsaron al sujeto a actuar en determinada manera están de acuerdo con el sentido del Derecho, el derecho subjetivo es legítimo y su ejercicio correcto y justo. El abuso del derecho se produce cuando los móviles que inducen a la persona a actuar, son contrarios al espíritu del Derecho.

Como se ve, las dos teorías sostienen que es necesario actuar conforme a la finalidad social del Derecho, y ambas concuerdan en que hay abuso del derecho cuando el titular no procede conforme a esta finalidad.

c) La tercera posición que examinaremos es sustentada por Henri Capitant, George Ripert y otros, los cuales dicen que el abuso del derecho es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil; ese abuso no es sino una especie de acto ilícito. Debe, por lo tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito: habrá abuso del derecho cuando su titular lo ejerce dolosa o culpablemente, es decir, con intención de dañar, o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios.

Esta última doctrina es la que ha aceptado la jurisprudencia chilena. En realidad, de las tres teorías expuestas, ella es la que mejor interpreta la realidad y se reduce a averiguar si el individuo que ha abusado de su derecho ha actuado con dolo o culpa.

Excepciones a la teoría del abuso del derecho. En general todos los derechos son relativos y, por lo tanto, con respecto a todos ellos cabe la posibilidad de un abuso del derecho. Incluso esta posibilidad cabe en lo referente al derecho de dominio, que es el poder tipo; a pesar de ello, no puede disponerse de él en forma absoluta.

Existen algunos derechos que por su carácter absoluto no son regidos por el principio del abuso del derecho. Hay que insistir, sin embargo, que estos derechos son los menos y constituyen la excepción a la regla general. Los titulares de estos derechos pueden ejercerlos con la intención y fines que deseen, sin responsabilidad y su ejercicio jamás podrá ser considerado abusivo. En la legislación chilena encontramos varios ejemplos de derechos absolutos: a) en el matrimonio, "si la persona que debe prestar este consentimiento (para casarse) lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de 21 años" (Código Civil de Chile, artículo 112); b) Otro derecho absoluto es el que tiene el testador para disponer de los bienes que son de libre disposición (artículo 1184 del Código Civil de Chile); c) También es derecho absoluto el que permite a las mujeres excusarse de ejercitar tutelas o curatelas. (Código Civil de Chile, artículo 514 N° 5); y d) El comunero puede pedir siempre la parti-

ción de los bienes comunes a menos que haya estipulado lo contrario. (Código Civil de Chile, artículo 1317).

Sanción de los actos cometidos con abuso del derecho. El abuso del derecho es sancionado mediante la indemnización del daño que el titular ha causado con éste. Sin embargo es necesario, además, hacer cesar el daño producido mediante la anulación del acto abusivo y la aplicación de medidas destinadas a prevenir la realización de nuevos actos abusivos.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué son los derechos subjetivos?*
2. *¿Cuáles son los elementos de los derechos subjetivos?*
3. *¿Cuáles son las diferentes formas en que se manifiestan los derechos subjetivos?*
4. *¿Cuáles son los desacuerdos principales que existen entre las teorías que afirman y las que niegan la existencia de los derechos subjetivos?*
5. *¿Qué diferencias fundamentales considera Ud. que existen entre las teorías de la voluntad y del interés en lo que dice relación con la estructura de los derechos subjetivos?*
6. *¿Cuáles son los principales derechos referentes a la individualidad física del hombre?*
7. *¿Cómo garantiza los derechos subjetivos el ordenamiento jurídico chileno?*
8. *¿Qué críticas le merece la garantía de los derechos subjetivos en Chile?*
9. *¿Qué es la teoría del abuso del derecho?*
10. *Estudie la teoría del abuso del derecho en la legislación y la jurisprudencia chilenas.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AFTALIÓN, ENRIQUE R.; GARCÍA OLANO, FERNANDO; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho.* Tomo I. Capítulo IX. Págs. 267 a 314.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. *Manual de Introducción al Derecho.* Tomo III. Sexta Parte. Letra C. Nº 3. Págs. 94 a 112.

BATTAGLIA, FELICE. *Curso de Filosofía del Derecho.* Tomo II. Capítulos III y IV. Págs. 129 a 214.

BRETHE DE LA GRESSAYE, JEAN Y LABORDE-LACOSTE, MARCEL. *Introduction Générale a l'étude du droit.* Deuxième Partie. Capítulo I. Págs. 329 a 339.

CASTRO BRAVO, FEDERICO DE. *Derecho Civil de España.* Tomo I. Parte Quinta. Capítulo II. Págs. 566 a 599.

CESARINI SFORZA, WIDAR. *Filosofía del Derecho.* Capítulo X. Págs. 189 a 208.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho.* Parte Sistemática. Sección Primera. Págs. 338 a 356 y págs. 391 a 416.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho.* Tercera Parte. Capítulos XIII y XIV. Págs. 186 a 204.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Introducción al Derecho.* Cuarta Parte. Capítulo único. Págs. 233 a 242.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulo VIII. Nº 2 y 3. Págs. 112 a 125.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Primera Parte. Capítulo VI. Págs. 87 a 105.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Estado.* Libro Primero. Capítulo III. Págs. 61 a 78.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo VII. Págs. 545 a 560.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo VII. Págs. 572 a 591.

MERKEL, ADOLFO. *Enciclopedia Jurídica.* Parte General. Capítulo II. Sección Primera. Págs. 102 a 113.

MORINEAU, OSCAR. *El estudio del Derecho.* Capítulo V. Págs. 111 a 144.

MOUCHET, CARLOS Y ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO. *Introducción al Derecho.* Primera Parte. Capítulo V. Págs. 109 a 130.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Vida Humana, Sociedad y Derecho.* Capítulo VII. Págs. 217 a 226.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo IX. Págs. 232 a 239.

ROSS, ALF. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Capítulo VI. Págs. 164 a 183.

RUGGIERO, ROBERTO DE. *Introducción al Estudio del Derecho y Parte General.* Capítulo VI. Págs. 147 a 167.

SCHREIER, FRITZ. *Concepto y Formas fundamentales del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo II. Subcapítulo II. Págs. 220 a 232.

STERNBERG, THEODOR. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Segunda Parte. Libro Cuarto. Págs. 213 a 245.

TORRÉ, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Segunda Parte. Capítulo VI. Págs. 173 a 206.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

"Mientras todos los hombres que habitan un mismo país no sientan asegurado su derecho a nacer, a comer y a que se respete su integridad física y moral, mientras no se sientan invitados a participar y a crear, esperar y amar, no habrá verdadera paz".

COMITÉ PERMANENTE DEL EPISCOPADO DE CHILE

SUMARIO

I. LA DIGNIDAD DEL HOMBRE Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES. II. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. III. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. IV. DERECHO A LA VIDA O A LA CONSERVACIÓN DE LA VIDA. V. DERECHO DE LIBERTAD. VI. DERECHO DE IGUALDAD. VII. INVIOLABILIDAD DE LA VIDA PRIVADA, DE LA FAMILIA, DEL DOMICILIO Y DE LA CORRESPONDENCIA. VIII. GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. LA DIGNIDAD DEL HOMBRE Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

La dignidad del hombre y el reconocimiento de sus derechos fundamentales tienen, en el Cristianismo, su más trascendente afirmación. La Biblia expresa: "Crió, pues, Dios al hombre a imagen suya: a imagen de Dios le crió, los crió varón y hembra" [1]. "Formó, pues, el Señor Dios al hombre del lodo de la tierra, e inspiróle en el rostro un soplo o espíritu de vida y quedó hecho el hombre viviente con alma racional" [2].

Esta doctrina obtiene aún mayor significación en el Nuevo Testamento, en el cual se proclama que Jesucristo, hijo de Dios, es el Redentor de todos los hombres y de todos los pueblos. Para El "no hay distinción de judío, ni griego; ni de siervo, ni libre; ni tampoco de hombre, ni mujer" [3], sino que en la fe todos son lo mismo, identi-

[1] *Biblia. "Libro del Génesis".* Capítulo 1º, Versículo 27 y Capítulo 2º, Versículo 7.
[2] *Biblia. Libro del Génesis,* Capítulo 1º, Versículo 27 y Capítulo 2º, Versículo 7.
[3] *Biblia. Carta de San Pablo a los Gálatas.* Capítulo 3º, Versículo 28.

ficados con Jesucristo, en el cual se hizo manifiesto el verdadero ser de Dios.

Esta idea de la dignidad del hombre es característica de la cultura cristiana, pero no exclusiva de ella.

Los grandes filósofos griegos, Platón y Aristóteles, no formularon este principio con dimensión universal pues sostuvieron que existían algunos hombres que no tan sólo no poseían derechos iguales, sino que no tenían ningún derecho: los esclavos. Según Aristóteles, "el que por una ley natural no se pertenece a sí mismo, sino que, no obstante ser hombre, pertenece a otro, es naturalmente esclavo. Es hombre de otro el que en tanto que hombre se convierte en una propiedad, y como propiedad es un instrumento de uso y completamente individual" [4].

En la antigüedad clásica, sólo la filosofía estoica de Epicteto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio desarrolló una concepción de la igualdad esencial de todos los hombres.

En el pensamiento de la Edad Media se concedió un máximo vigor a la idea cristiana de la igualdad de la persona humana.

La mayoría de los pensadores de la época moderna afirmaron que el hombre es el centro y fin de toda la cultura.

En el siglo XVIII se produjo un gran desarrollo de las ideas humanistas, democráticas y libertarias, que se concretó en los movimientos político-sociales de la época y de los cuales el más significativo fue la Revolución Francesa.

La Revolución Francesa, con su ideario de igualdad, libertad y fraternidad, hizo un aporte significativo a la historia de la cultura, al haber desarrollado una fórmula política inspirada en los principios de garantía de los derechos de la persona humana contra los abusos del poder estatal.

En la época contemporánea, filósofos como Soren Kierkegaard, Henri Bergson, Martín Heidegger, Eduardo Husserl, Max Scheler, Teilhard de Chardin, José Ortega y Gasset, Gabriel Marcel, Jacques Maritain y otros han desarrollado un pensamiento en el cual la concepción de la persona humana y sus derechos fundamentales ocupa un lugar central.

Por nuestra parte, consideramos que el fundamento de los derechos de la persona humana reside en que el hombre es un ser dotado de razón y libre voluntad, que posee un fin propio. Estos caracteres son los que le dan la dignidad de que goza. La persona humana, por ser un todo dueño de sí y de sus actos, no puede ser tratada por el ordenamiento jurídico como un medio, sino como un fin y, por ello, debe reconocérsele la facultad de obrar conforme a las exigencias del último fin y garantizársele, por parte de los demás integrantes del grupo social, el respeto al uso lícito de su actividad. En consecuencia, la verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa en la dignidad y en el fin trascendente de ella.

[4] ARISTÓTELES. *Política*. Tomo I, Pág. 539.

II. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana y su manifestación en declaraciones de carácter político y jurídico, se ha ido concretando y precisando a través de la historia, especialmente por la influencia de tres grandes culturas: la hispánica, la anglosajona y la francesa.

1. EL DERECHO ESPAÑOL. "Las primeras manifestaciones de garantías individuales en el derecho español se producen aparentemente en el siglo VII y aparecen como aporte del derecho canónico al derecho hispano-visigodo. Estas normas están contenidas entre los acuerdos o cánones de los Concilios V, VI y VIII, realizados en Toledo en los años 636, 638 y 653, respectivamente" [5]. Sucesivos Concilios originaron diversas leyes que otorgaron protección a los derechos de libertad, propiedad y otros y que representaron un avance de indiscutible importancia.

Los fueros castellanos, leoneses y aragoneses de los siglos XI y XII, reglamentaron ciertas garantías individuales.

El conjunto de leyes aprobadas en León en 1188, denominado la Carta Magna Leonesa, estableció garantías procesales de la libertad personal, el derecho de propiedad y la inviolabilidad del domicilio para todos los hombres del territorio del reino [6].

2. EL DERECHO INGLÉS. A) *La Carta Magna.* En 1215 los barones y el clero inglés impusieron al monarca Juan Sin Tierra el reconocimiento de un conjunto de garantías individuales que se conoce con el nombre de Carta Magna.

La Carta Magna consagra la libertad personal y el derecho de propiedad, algunas garantías personales y ciertas limitaciones al establecimiento de las cargas tributarias. Ella establece, además, procedimientos concretos para asegurar la observancia de estos derechos, los que llegan hasta el establecimiento de una especie de comisión fiscalizadora compuesta de 25 barones del reino. Si se produjere cualquiera infracción a la paz, a las libertades y a la seguridad y éstas no fueren reparadas oportunamente, los barones podían embargar los castillos, bienes y posesiones reales y adoptar las medidas necesarias para reparar satisfactoriamente el agravio [7].

[5] FIGUEROA, MA. ANGÉLICA. *Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena.* Estudios de Historia de las Instituciones políticas y sociales. Págs. 37 y 44 y siguientes.

[6] FIGUEROA, MA. ANGÉLICA. *Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena.* Estudios de Historia de las Instituciones políticas y sociales. Págs. 37 y 44 y siguientes.

[7] Carta Magna. Número 61. Reproducida por JORGE IVÁN HÜBNER. *Panorama de los Dos. Humanos.* Anexo Documental. Págs. 157 a 165.

La Carta Magna consignó un conjunto de principios y normas consuetudinarias y "las expresó concretamente en el característico estilo inglés y en la forma de un cuerpo de previsiones específicas para males presentes, no en un cuerpo de declaraciones generales en términos universales. En esto, tal vez, se halle el secreto de su perdurable vitalidad" [8].

La trascendencia de la Carta Magna fue inmensa, tanto en la posterior evolución institucional inglesa como en el desenvolvimiento y consolidación jurídica de los derechos del hombre.

B) *La Petición de Derechos*, formulada en 1628, "representó una reiteración de los principios de la Carta Magna, reafirmándose las limitaciones del poder monárquico y el imperio de la ley. Se estableció expresamente que no podrían imponerse tributos sin la aprobación del Parlamento, y que nadie sería detenido o juzgado, sino en conformidad a las leyes comunes" [9].

C) *El Acta del Habeas Corpus*, de 1679, consagró y reglamentó el recurso de amparo de la libertad personal.

D) *El Bill of Rights o Declaración de Derechos*, de 1689, considerada como el principal documento constitucional de la historia de Inglaterra, "precisó y fortaleció las atribuciones legislativas del Parlamento frente a la Corona y proclamó la libertad de las elecciones de los parlamentarios. Al mismo tiempo, consignó algunas garantías individuales, como el derecho de petición, la proscripción de penas crueles o inusitadas y el resguardo del patrimonio personal contra las multas excesivas, las exacciones y las confiscaciones" [10].

3. EL DERECHO NORTEAMERICANO. A) *El acta de Independencia.* El 4 de julio de 1776, el Congreso de Filadelfia proclamó la independencia de los Estados Unidos de América y en el Acta correspondiente se estableció: "Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales; que a todos confiere su Creador ciertos derechos individuales entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice mejor su seguridad y su felicidad" [11].

[8] ROSCOE POUND. Desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad. Pág. 24.

[9] JORGE IVÁN HÜBNER. *Panorama de los Derechos Humanos.* Pág. 41.

[10] JORGE IVÁN HÜBNER. *Panorama de los Derechos Humanos.* Pág. 41.

[11] y [12] *Declaración de la Independencia de los Estados Unidos.* Reproducida por JORGE IVÁN HÜBNER. Panorama de los derechos humanos. Anexo Documental. Págs. 167, 171 y 172.

B) *La Constitución.* En 1787 se promulgó la Constitución de los Estados Unidos de América y en 1789 ella fue complementada con las diez primeras enmiendas, que consagran la libertad religiosa; las libertades de palabra, prensa y reunión; la inviolabilidad del hogar; la seguridad personal; el derecho de propiedad; y algunas garantías judiciales [12].

4. EL DERECHO FRANCÉS. En 1789, la Asamblea Nacional Constituyente de Francia aprobó la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano". En su preámbulo se establece que los representantes del pueblo francés "considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración, teniéndola siempre presente todos los miembros del cuerpo social, les recuerde constantemente sus derechos y deberes..." [13]. El artículo primero establece que "los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común". El artículo segundo prescribe que "el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" [14]. Los artículos siguientes garantizan la libertad personal, religiosa, de opinión y de imprenta; la igualdad ante la ley; las garantías procesales y el derecho de propiedad.

5. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. En el siglo XX se advierte un movimiento para obtener la protección internacional de los derechos humanos.

Entre los antecedentes de este movimiento, podemos señalar los siguientes:

a) El Proyecto de reconocimiento internacional de los derechos del individuo presentado en 1917 por el eminente internacionalista chileno don Alejandro Alvarez al Instituto Americano de Derecho Internacional;

b) El Mensaje presentado el 6 de enero de 1941 al Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica por el Presidente Franklin Délano Roosevelt, en el que expresó:

"En los días futuros, cuya seguridad buscamos, miramos hacia un mundo fundado sobre cuatro esenciales libertades humanas:

"La primera es la libertad de palabra y opinión en cualquiera parte del mundo.

"La segunda es la libertad para cada persona de adorar a Dios de su propio modo, en cualquier parte del universo.

13 y 14 *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.* Reproducida por JORGE IVÁN HÜBNER. Panorama de los derechos humanos. Anexo documental. Págs. 169 y 170.

"La tercera es la libertad de la necesidad, la que, traducida en términos mundiales, significa entendimientos económicos que aseguren a cada nación una vida de apacible bienestar para sus habitantes, en cualquier parte del mundo.

"La cuarta es la libertad del temor —la que vertida a la extensión mundial, significa una amplia reducción universal de los armamentos a tal punto y en tan completa forma que ninguna nación quede en la posibilidad de cometer un acto de agresión física sobre cualquiera vecina— en parte alguna del mundo.

"Esa no es visión de un milenio distante. Es base definida para una especie de humanidad alcanzable en nuestro propio tiempo y generación. Un mundo así es la antítesis del llamado nuevo orden que los dictadores buscan crear con el estallido de una bomba" [15];

c) La Carta del Atlántico suscrita por Franklin Délano Roosevelt y Winston Churchill en 1941;

d) La Declaración formulada por 45 Estados signatarios del citado documento, en 1942;

e) La Declaración común de las cuatro potencias sobre seguridad colectiva firmada en 1943 por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la República Popular China;

f) Los acuerdos de la Conferencia de Dumbarton Oaks de 1944; y

g) Las Resoluciones de los países americanos representados en la Conferencia de Chapultepec, de 1945.

Todo este movimiento culminó con tres importantes Declaraciones que dieron origen a otros tantos sistemas de protección internacional de los derechos humanos: *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), *la Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) *y la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales* (1950).

III. DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

1. Historia de la Declaración. Según René Cassin, jurista francés y ex presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, "desde el momento en que, en nombre de un nacismo monstruoso, Hitler desencadenó su criminal ofensiva contra los derechos del hombre, alemán o extranjero, y contra los principios de 1789: libertad, igualdad, fraternidad; pero sobre todo desde el momento en que su agresión contra otros países empujó al mundo a una nueva guerra, hubo voces cada vez más numerosas y fuertes que calificaron dicha guerra de "cruzada por los derechos y las libertades fundamentales" y dijeron que no podrían lograrse sin inscribir, entre los fines esenciales de la Organización, que debía perpetuar en la paz la unión dictada por la guerra, el respeto y la promoción de esos dere-

[15] Alejandro Silva Bascuñán. *Tratado de Derecho Constitucional.* Tomo I. Págs. 432 y 433.

chos, llenando así una laguna en el Pacto de la vieja Sociedad de las Naciones. En la Conferencia de San Francisco, dedicada a redactar a mediados de 1945 la Carta de Naciones Unidas, hubo unanimidad sobre ese punto. El espectáculo de los campos de exterminación hitlerianos, a los que las fuerzas aliadas habían llegado poco antes, despertó tal horror en el mundo que, bajo la presión de la opinión pública, e independientemente del castigo de los autores de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, los gobiernos tuvieron que prometer a los pueblos la redacción de un Bill of Rights" [16].

En 1946 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas acordó la creación de la Comisión de Derechos Humanos, la que fue presidida por la señora Eleonora Roosevelt, viuda del ex Presidente norteamericano Franklin Délano Roosevelt. "La Comisión celebró numerosas sesiones durante cerca de dos años, en las que sus miembros, que representaban a distintos Estados, plantearon puntos de vista muy diversos e incluso divergentes, inspirados en el humanismo occidental, en el marxismo y en la filosofía china. Finalmente, no obstante las notables discrepancias de opiniones existentes entre los delegados, se llegó a un acuerdo práctico sobre un Proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual, después de prolongados debates, fue aprobado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París. La aprobación se produjo, sin ningún sufragio en contra, por 48 votos a favor y 8 abstenciones, correspondientes a la Unión Soviética, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Yugoslavia, la Unión Sud-Africana y Arabia Saudita" [17].

2. Texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos es el siguiente:

Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

[16] René Cassin. *La génesis de la carta de derechos del hombre.* El Correo. Unesco. Enero de 1968. Pág. 4.

[17] Jorge Iván Hübner. *Panorama de los derechos humanos.* Págs. 58 y 59.

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

La Asamblea General
proclama

La presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente 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.

Artículo 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 12. Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias o ataques.

Artículo 13. 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14. 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 15. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Artículo 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 17. 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 21. 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización

y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26. 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27. 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Artículo 28. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29. 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30. Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

3. VALIDEZ JURÍDICA. Mucho se ha discutido sobre la validez jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

"La tesis de que la Declaración Universal viene a definir y precisar las disposiciones de la Carta de San Francisco en materia de derechos del hombre, y que, por tanto, es un texto de Derecho Internacional Positivo, obligatorio para los Estados, ha sido sostenida por ilustres internacionalistas, entre ellos por el profesor Lauterpacht, y también por varios Estados, entre los que figuran Francia, Bélgica, Líbano, Australia, México, Chile y Panamá" [18].

No obstante, la mayoría considera que la declaración sólo comprende un conjunto de orientaciones o recomendaciones, que tienen fuerza moral, pero carecen de eficacia jurídica; y ello, porque la Asamblea General de las Naciones Unidas no tiene, en principio, competencia legislativa y sólo puede hacer recomendaciones. Además, la Declaración no fue aprobada ni ratificada como tratado internacional por los distintos Estados, de acuerdo con sus respectivos mecanismos constitucionales, por lo cual no los obliga legalmente; el voto conforme de los delegados, en las Naciones Unidas, no pudo obligar jurídicamente a países que no habían completado ni lo hicieron posteriormente, los trámites exigidos por su derecho interno para conferir a este texto la solidez y la eficacia de un tratado; y, finalmente, la Declaración no con-

[18] LUIS RECASÉNS SICHES. *Filosofía del Derecho*. Pág. 555.

templa la aplicación de sanciones contra los infractores de esas disposiciones [19].

El más grave problema jurídico que ha enfrentado la Declaración es la falta de órganos jurisdiccionales con facultades suficientes para imponer el cumplimiento de los derechos humanos en los distintos países en que son infringidos.

La *Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* ha cumplido la función de fiscalizar el cumplimiento de los derechos humanos en aquellos países en que son violados; pero, lamentablemente, su labor se ha visto obstaculizada por la acción de algunos gobiernos que le han negado acceso a sus territorios como también información fidedigna para efectuar las investigaciones correspondientes.

Con el objeto de subsanar, en parte, estas graves dificultades, se ha propuesto la creación de un *Alto Comisionado* que actuaría en esta materia, con amplias facultades; pero la iniciativa no ha prosperado hasta la fecha.

4. IMPORTANCIA. A pesar de las limitaciones e imperfecciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ella ha ejercido durante más de un cuarto de siglo una influencia muy beneficiosa. Sus principios son considerados como un ideal que todos los pueblos deben alcanzar. Es efectivo que en muchos países estos derechos no se cumplen, pero no por eso la Declaración deja de reconocerse como válida. Ella ha tenido una considerable influencia en el campo del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional; además, ha inspirado diversas leyes y fallos judiciales en distintos países.

Como afirmara el ex Presidente de Chile Eduardo Frei, "al proclamar las Naciones Unidas, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, recogió la lección más profunda de ese desastre que significó para la humanidad la Segunda Guerra Mundial. Fue en su hora una demostración de fe en la paz, que no puede sustentarse en un mundo de injusticia; de fe en los pueblos que salían de la muerte para conquistar la vida; de fe en el progreso moral, que se funda en la dignidad de todos los hombres, cualesquiera que sean su raza, ideas o condición. Sin embargo, preciso es reconocerlo, los años recientes nos han revelado que la esperanza de ver llegar la plenitud humana está constante y gravemente amenazada por nuevas formas de opresión y de injusticias que no sólo desconocen los derechos fundamentales del individuo, sino que ponen en peligro la paz. Se proclama el derecho a la vida, cuando en vastas zonas de la tierra millones de seres humanos mueren de hambre o sufren la miseria. Se proclama la libertad y la seguridad personal, mientras pueblos enteros sufren la alienación de sus conciencias ahogadas por la propaganda de los grupos de poder. Se proclama el derecho a la educación y a la igualdad ante la ley,

[19] ALFRED VERDROSS. *Derecho Internacional Público*. Pág. 444.

mientras subsisten el analfabetismo, la falta de oportunidades y las más odiosas discriminaciones. Se proclama la libertad de religión, de asociación y de información, cuando sabemos que millones de hombres viven duramente regimentados y sólo reciben una visión deformada y unilateral de la realidad cultural, social y política del mundo".

"Estos hechos hacen de la lucha por la extensión de los derechos humanos, pilar de las Naciones Unidas, uno de los más grandes objetivos de los pueblos y de los gobiernos".

"Hoy día en el mundo no hay naciones grandes y pequeñas, para los fines de conservar la paz; los hechos lo están demostrando. Cualquier conflicto que se produce en cualquier zona de la tierra, se convierte pronto en un problema mundial, cuyas implicancias y consecuencias nadie está en situación de prever y a todos afecta. Igualmente, cualquier injusticia perpetrada en contra de un hombre se convierte en una injusticia perpetrada en contra de todos los hombres. Sin este sentido de la singularidad, sin la profunda convicción de que cada individuo debe ser respetado en sus derechos para conservar los valores de nuestra civilización, nunca será posible la liberación de la humanidad"[20].

Por su parte, el Papa Juan XXIII expresó: "No se nos oculta que algunos capítulos de esta Declaración parecieron a algunos menos dignos de aprobación y no sin razón. Sin embargo, creemos que esta Declaración se ha de considerar como un primer paso o introducción hacia la organización jurídico-política de la comunidad mundial, ya que en ella solemnemente se reconoce la dignidad de la persona humana de todos los hombres y se afirman los derechos que todos tienen a buscar libremente la verdad, a observar las normas morales, a ejercer los deberes de la justicia, a exigir una vida digna del hombre, y otros derechos que están vinculados a éstos".

"Deseamos, pues, vivamente que la Organización de las Naciones Unidas pueda ir acomodando cada vez mejor su estructura y sus medios a la amplitud y nobleza de sus objetivos. Ojalá venga cuanto antes el tiempo en que esta Organización pueda garantizar eficazmente los derechos del hombre: derechos que, por brotar inmediatamente de la dignidad de la persona humana, son universales, inviolables e inalienables. Con mayor razón si tomamos en cuenta que los hombres participan hoy cada vez más activamente en los asuntos públicos de sus respectivas naciones, siguen con creciente interés la vida de los otros, y se hacen más conscientes de que pertenecen como miembros vivos a una comunidad mundial" [21].

El problema del reconocimiento universal de los derechos humanos es extraordinariamente complejo y, por ello, es necesario, como

[20] EDUARDO FREI MONTALVA. Mensaje del 14 de junio de 1968.
[21] PAPA JUAN XXIII. *Pacem in terris*. —54—.

afirmara Pierre Teilhard de Chardin, tener presente al respecto las siguientes condiciones:

"1º En el seno de una humanidad en vías de organización colectiva, el individuo no tiene ya derecho a quedar inactivo, es decir, a no buscar el desarrollarse hasta el final de sí mismo, puesto que de su perfeccionamiento depende el perfeccionamiento de todos los demás en torno suyo";

"2º Alrededor de los individuos que agrupa, la sociedad debe, en interés propio, tender a crear el medio más favorable para el pleno desarrollo (físico y psíquico) de lo que hay de más original en cada uno de ellos. Proposición obvia, en verdad, pero cuyas modalidades de aplicación son imposibles de fijar para todos los casos, puesto que varían con el nivel de educación y con el valor progresivo de los diversos elementos que se han de organizar";

"3º Sean cuales fueren las medidas adoptadas en este sentido, hay que afirmar un punto capital y mantenerlo siempre: es que, en ningún caso, para cualquier fin que sea, pueden las fuerzas colectivas obligar al individuo a deformarse o falsearse (como sería el reconocer por verdadero lo que ve como falso, es decir, el mentirse a sí mismo). Para ser legítima toda limitación de las direcciones impuesta a la autonomía del elemento por la fuerza del grupo, no puede ejercerse más que con arreglo a la estructura interna y libre de este elemento. De otro modo, en el corazón mismo del organismo colectivo humano habría sido introducida una desarmonía fundamental" [22].

IV. DERECHO A LA VIDA O A LA CONSERVACION DE LA VIDA

Es el derecho que tenemos a conservar nuestra vida y a que nadie atente contra ella. No consiste en un dominio absoluto sobre nuestra vida misma, en virtud del cual podemos destruirla si queremos, sino en la facultad de exigir de los otros la inviolabilidad de ella. Todos los seres humanos, aun un niño en el seno de su madre, tienen derecho a vivir. Ese derecho no procede de la sociedad. No existe autoridad humana, ciencia, ni motivos médicos, eugenésicos, sociales, económicos o morales, que puedan proporcionar una decisión jurídica válida para la eliminación directa y deliberada de una vida humana. La vida es sagrada y el principio de no matar es absoluto. Como expresa el Sermón de la Montaña: "Habéis oído que se dijo a vuestros mayores: No matarás; y que quien matare, será condenado en juicio" [23].

No obstante, en concepto de algunos, existen cuatro excepciones a este derecho: la pena de muerte, la guerra justa, la legítima defensa y el estado de necesidad.

[22] PIERRE TEILHARD DE CHARDIN. *El porvenir del hombre*. Pág. 239.
[23] *Biblia*. "Evangelio según San Mateo". Capítulo V. Versículo 21.

1. LA PENA DE MUERTE. El problema de la licitud y conveniencia de la pena de muerte es muy controvertido.

Hay quienes nos oponemos a ella, fundados, principalmente, en que la vida humana es sagrada. El principio de no matar es absoluto. La sociedad no tiene el derecho a disponer de la vida de sus miembros, por cuanto no fue ella quien se la otorgó; además se pueden cometer con dicha pena injusticias irreparables, fundadas en errores judiciales; y su sola existencia es una demostración del fracaso social para readaptar al delincuente, que es uno de los fines de la pena.

Otros, en cambio, la justifican y argumentan que correspondiéndole al Estado velar por el bien común y la seguridad de los individuos, él puede aplicar las sanciones necesarias, aun la suprema, a los que atenten contra ella; además, la pena de muerte, según ellos, es un medio para precaver la paz social, pues es ejemplarizadora y enseña a los demás miembros de la comunidad a no cometer determinados actos por temor a sufrir semejante sanción. Santo Tomás, que justifica la pena de muerte, afirma que así como es conveniente a la salud del cuerpo humano la amputación de un miembro enfermo que pueda contagiar a los demás, lo es también, velando por el bien común de éste, la eliminación de un hombre peligroso que corrompe a la sociedad [24].

2. LA GUERRA JUSTA. La guerra es, según algunos, otra limitación al derecho de vida. Así como el Estado tiene derecho a defender su existencia contra sus enemigos internos, tiene también derecho a perseverar su integridad contra los enemigos externos.

Algunos admiten la excepción de la guerra en forma absoluta, porque la consideran como una necesidad biológica o como un instrumento necesario de progreso.

Otros, como Francisco de Vitoria y Francisco Suárez, la justifican sólo cuando es declarada por la autoridad legítima con el fin de preservar la vida de la comunidad o de asegurar el imperio de la justicia y el Derecho, y siempre que se empleen medios lícitos y proporcionados. Luego, los requisitos exigidos son: a) que sea declarada por la autoridad legítima que tiene el gobierno de la sociedad; b) que haya sido declarada por una causa justa, que puede ser defender un derecho legítimo o castigar su violación; c) que los medios que se empleen sean lícitos y proporcionados; y d) que se evite todo daño a las personas o a los bienes que no posean una razón estratégica suficiente para aplicársela.

Si la guerra no es justa, la doctrina tradicional, que compartimos, establece que no es lícito tomar parte en ella y que el soldado enrolado en forma obligatoria puede desertar o negarse a combatir.

3. LA LEGÍTIMA DEFENSA. Hemos dicho que al derecho que tiene todo individuo a la conservación de la vida corresponde, correlativa-

[24] SANTO TOMÁS. *Suma Teológica*. II-II, c. 64, a. 2.

mente, la obligación de los demás de respetársela. Cuando ocurre que alguien viola este derecho, puede la persona afectada repeler la agresión; esto se llama la defensa legítima, que consiste en el rechazo de una agresión ilegítima, actual o inminente, mediante un acto perjudicial al agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la proporcionalidad del medio empleado para impedirla o repelerla.

Para que la defensa sea legítima, la mayor parte de los tratadistas exige: a) que se trate de una agresión actual. La defensa de las agresiones pasadas corresponde a la justicia ordinaria, y la venganza por ellas es ilegítima; b) que la agresión sea injusta y grave; c) que la defensa sea necesaria, es decir, que no exista otro medio de repeler la agresión que la fuerza; d) que la defensa sea proporcionada, esto es, que con ella no se cause más daño que el necesario; y e) que no se busque el daño del agresor, sino la defensa propia.

En cuanto a la extensión de la legítima defensa, la mayor parte de los autores aceptan que puede defenderse la vida, la integridad corporal, la libertad, la seguridad y el honor. Y respecto a las personas que pueden ser defendidas, se autoriza la defensa propia, la de los parientes y la de los extraños, siempre que el defensor no actúe impulsado por motivos de venganza, resentimiento u otros ilegítimos.

4. El estado de necesidad. El estado de necesidad es una situación de peligro actual de intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, también jurídicamente protegidos. Este es un caso de conflicto entre bienes o derechos, que exige la destrucción o menoscabo de alguno o algunos de ellos para la salvación del otro u otros.

Para determinar el fundamento del estado de necesidad, hay que distinguir según que los bienes o derechos en conflicto sean de desigual o de igual valor. En el primer caso (por ejemplo el robo o hurto famélico, la echazón o avería común) la justificación es el interés preponderante. En el segundo caso (por ejemplo cuando una persona desaloja a otra de una tabla de salvación) la justificación es el instinto de conservación.

Para que exista estado de necesidad deben reunirse los siguientes requisitos: a) peligro actual o inminente, proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor o de un fenómeno natural; b) injusticia del mal que se trata de evitar; c) imposibilidad de evitarlo por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno; d) proporcionalidad entre el mal que amenaza y el que se causa para prevenirlo; y e) que el necesitado no haya dado lugar dolosamente al surgimiento del estado de necesidad.

5. Temas conexos. En íntima relación con el derecho a la vida están el suicidio, el duelo, el malthusianismo, la eugenesia, la eutanasia y el aborto.

A) *El suicidio.* El suicidio consiste en la muerte de una persona, querida y provocada intencionalmente por ella misma. Lo que carac-

teriza al suicidio es la voluntad determinada a un hecho que ponga término a la propia vida.

Desde el punto de vista moral y jurídico las opiniones que se sustentan sobre el suicidio se dividen en tres grupos:

a) Hay quienes lo justifican plenamente, considerándolo como un acto de valor y dignidad;

b) Hay otros que sostienen que el suicidio supone necesariamente un trastorno de las facultades mentales, ya que significa vencer el instinto de conservación, que es una de las características más constante de la psicología normal, y

c) Por último, hay quienes lo condenan como un acto contrario a la naturaleza, a la sociedad y a Dios. Es contrario a la naturaleza, porque atenta contra la realización del fin supremo de la persona humana; contrario a la sociedad, porque ésta tiene el derecho de exigir la cooperación de todos los hombres para la consecución del bien común; y contrario a Dios, porque la vida del hombre sólo pertenece al Creador.

Para esta teoría, que compartimos, el suicidio nunca es lícito; "no hay ni puede haber circunstancias, aun entre las más extraordinarias, capaz de justificarlo ni de excusarlo. Por magnos e innumerables que sean los infortunios de la vida presente, ella no deja nunca de ser apta para el objeto a que está destinada... Como en la edad del gentilismo lo dijo Séneca, no puede ofrecerse a la Deidad un espectáculo más digno de ella que el del justo en combate con la adversidad de la suerte" [25].

Desde el punto de vista jurídico, se considera, por la mayor parte de los ordenamientos, que la vida no es objeto de dominio, por cuanto este derecho supone una relación entre un sujeto activo, que es su titular, y algo de que él es dueño, y esta relación es imposible entre un ser y su vida, como quiera que aquél no se distingue de ésta. Por ello, las legislaciones positivas condenan el suicidio. Sin embargo, la legislación penal chilena no considera el suicidio como un delito específico, y no sanciona ni la tentativa de suicidio, ni el suicidio frustrado, y sólo castiga al que, con conocimiento de causa, presta auxilio a otro para que se suicide. (Código Penal de Chile, artículo 393).

El suicidio se acostumbra a clasificarlo en directo e indirecto. Suicidio directo es aquel en que el sujeto voluntariamente se provoca la muerte en forma directa. Suicidio indirecto es aquel en que la muerte se produce por causa extraña a la voluntad del sujeto, o como consecuencia de una acción voluntaria realizada por él sin la intención de quitarse la vida sino de alcanzar otro fin, como es el caso del militar que combate en la guerra, del médico que atiende a un enfermo con peligro de contagio mortífero, del que busca salvar la vida ajena con peligro de la propia, del que se lanza al mar a rescatar a una persona o del misionero que predica en una colonia de leprosos, etc. El sujeto,

[25] RAFAEL FERNÁNDEZ CONCHA. *Filosofía del Derecho*. Tomo II. Págs. 29 y 30.

en todos estos casos y en los demás análogos, es causa física, mas no moral, de la propia muerte, por cuanto ésta sucede fuera de su intención, y no es más que un resultado accidental de una acción de suyo lícita.

B) *El duelo.* El duelo es un combate entre dos personas, realizado en virtud de un convenio previo sobre el día, lugar y armas, con el riesgo mutuamente aceptado de heridas y muerte.

Hay autores que lo justifican, considerándolo como una excepción al derecho de vida, que se funda en el uso lícito de la fuerza para defender los derechos atacados, y que procede debido a la insuficiencia de las leyes que protegen el honor.

Sin embargo, la mayor parte lo condena, opinión que compartimos, no sólo por ser un atentado contra el derecho a la vida, sino, además, por considerarlo un resabio de instituciones bárbaras, que persigue el verdadero objeto de devolver mal por mal, y que nada resuelve, porque el vencedor no siempre es el que tiene la razón.

Hoy en día la mayoría de los ordenamientos jurídicos lo sanciona como delito. La legislación penal chilena condena la provocación a duelo, el hecho de que se desacredite a una persona por no aceptar un duelo y, finalmente, el duelo mismo, aunque no produzca lesiones; y sanciona a los duelistas y a los padrinos. (Código Penal de Chile, artículos 404 a 409).

C) *El malthusianismo.* El pastor protestante inglés Roberto Malthus (1776-1836) es autor de la obra "Ensayo sobre el principio de población", en la cual sostiene que mientras la población aumenta en progresión geométrica la producción lo hace en progresión aritmética; y recomienda que, para evitar la crisis que sobrevendrá con motivo de esta desproporción, es necesario reducir la natalidad, absteniéndose de relaciones sexuales fuera del matrimonio, aplazando éste hasta que el hombre pueda mantener una familia, y utilizando dentro del matrimonio métodos anticoncepcionales, en caso de que no se tenga la independencia económica suficiente. La historia no ha confirmado la tesis de Malthus, el cual, al enunciarla, no tuvo en consideración los progresos que posteriormente alcanzarían la ciencia y la técnica y el cultivo de nuevas áreas.

Los discípulos de Malthus propician la limitación de la natalidad mediante el empleo masivo de métodos anticoncepcionales.

D) *La eugenesia.* La eugenesia es la ciencia que se propone como fin el mejoramiento de la especie humana, por medio de la selección de los caracteres hereditarios.

Medidas de orden eugenésico se han puesto en práctica desde tiempos muy remotos, pero es en el siglo XIX cuando la eugenesia adquiere categoría científica, gracias a los trabajos de Francisco Galton (1822-1911), quien le dio tal nombre y la definió como "el estudio de los agentes bajo control social que pueden mejorar o empobrecer las

cualidades raciales de las futuras generaciones, ya sea física o mentalmente" [26].

Las medidas eugenésicas pueden ser de dos clases: positivas o negativas.

Las positivas consisten en el mejoramiento de las condiciones de vida, la lucha contra el alcoholismo, la prostitución y las enfermedades venéreas, etc.

Las medidas negativas tienden a eliminar las cualidades hereditarias perjudiciales para la sociedad, con la intención de mejorar la herencia. Las medidas más importantes son la castración y la esterilización. La castración es la extirpación de los órganos sexuales, y la esterilización consiste en la supresión de la aptitud genésica en la persona mediante una intervención quirúrgica que respete sus glándulas sexuales. Las intervenciones de esterilización más frecuentes son el ligamento del conducto deferente en el hombre, y de las trompas de Falopio, en la mujer.

Somos contrarios a las medidas eugenésicas negativas fundados en la dignidad e inviolabilidad de la persona humana. Ni el hombre con respecto a sí mismo ni el Estado en relación a los ciudadanos tienen derecho a atentar contra esta inviolabilidad. El hombre no tiene derecho a ir contra esta inviolabilidad, salvo el caso de que ello sea necesario para evitar peligros graves a la vida o a la salud (lo que justifica, por ejemplo, las operaciones quirúrgicas) y el Estado no tiene derecho a ello, más que en el caso que sea necesario imponer un castigo (que, en nuestro concepto, no puede ser la pena de muerte). Por estas razones consideramos moral y jurídicamente inadmisibles la castración y la esterilización forzosa y voluntaria.

E) *La eutanasia.* "Francisco Bacon, en el siglo XVII, sostuvo el derecho que asistía a una persona para dar muerte a otra por razones piadosas, cuando los dolores le eran insoportables y no había esperanzas de curación; bautizó este género de muerte con el nombre de "eutanasia" (del griego: "en" = buen y "thanatos" = muerte)".

"De las numerosas definiciones que se han propuesto, podemos decir que son cinco los elementos que se comprenden dentro de su concepto: 1) Que se trate de un enfermo incurable; 2) Que padezca de crueles dolores; 3) Que la muerte se dé a su propio pedido, de los miembros de su familia o de sus guardadores; 4) Que se haga a impulsos de un sentimiento profundo de piedad y humanidad, y 5) Que se le procure una muerte exenta de sufrimientos" [27].

Somos contrarios a la eutanasia porque creemos que ella no constituye una ayuda al moribundo, sino una decisión deliberada de darle muerte.

En efecto, todo hombre tiene derecho a una muerte digna de un ser humano. La muerte es la última gran tarea de la vida que el

[26] Luis Cousiño Mac-Iver. *Manual de Medicina Legal.* Pág. 69.
[27] Luis Cousiño Mac-Iver. *Manual de Medicina Legal.* Pág. 448.

hombre debe cumplir. Esta tarea nadie puede arrebatársela, aun cuando se puede y se debe ayudar a la persona en esta ocasión. Pero rechazamos la eutanasia como medio deliberado para poner fin prematuro a la vida humana pues no se trata en este caso de una ayuda otorgada al moribundo, sino de la muerte deliberada de un hombre. No puede ser justificación el hecho que el paciente la solicite, porque el hombre de ninguna manera tiene derecho a disponer de su propia vida porque ello está en contradicción con una escala de valores fundada sobre el respeto incondicional a la vida humana. Por otra parte con la eutanasia, el fundamento del orden jurídico según el cual ningún hombre puede disponer de la vida de otro sería quebrantado y no modifica el fondo del problema el consentimiento del enfermo, porque cada vez que se pone fin prematuramente a la vida de un hombre, se trata de una muerte que se provoca y ello contraviene el derecho que tiene toda persona a la conservación de su vida.

F) *El aborto.* Etimológicamente la palabra aborto deriva del griego "ab", que significa privación, y "ortus", nacimiento, y significa privación de nacimiento. En obstetricia se llama aborto a la expulsión del producto de la concepción, durante los seis primeros meses de la vida intrauterina. Desde el punto de vista jurídico, el aborto es la interrupción provocada del proceso fisiológico de la preñez en cualquiera de sus etapas; lo característico del aborto es la interrupción del embarazo, siendo indiferente que ella se traduzca en la expulsión prematura del embrión o feto o en su muerte en el vientre materno.

El aborto admite las siguientes clasificaciones: *espontáneo,* que es aquel que se produce por causas naturales, y *provocado,* el que es consecuencia de una intervención. El provocado puede ser: *indirecto,* cuando se produce sin intención, como consecuencia de un hecho tendiente a otro objetivo, y *directo,* cuando se ha perseguido directamente la expulsión del feto. El aborto directo, a su vez, puede ser: *médico,* que es el realizado por un facultativo, con fines terapéuticos, en caso de enfermedad de la madre o con el objeto de salvar su vida, y *criminal,* que es el provocado con el único fin de dar muerte al feto.

Las diversas opiniones sobre el aborto pueden agruparse en tres corrientes: a) La que defiende el aborto como un derecho y, por lo tanto, propicia el aborto libre; b) La que lo permite en ciertos casos; y c) La que lo condena siempre como inmoral y contrario a la justicia.

a) *El derecho al aborto libre.* El fundamento de este derecho es, según sus defensores, de orden biológico. Para ellos, el feto es la simple prolongación del organismo materno; de consiguiente, la madre, dueña de su cuerpo, tendría también sobre el feto el derecho de destrucción.

"La mujer tiene el derecho de atentar contra su propia vida, ¿cómo no ha de poder destruir el fruto de su vientre antes del alumbramiento? Una madre puede cortarse un brazo, ¿cómo no ha de poder perforar las membranas fetales que limitan el proceso de la generación? Fisio-

lógicamente, el embrión puede tener una vida independiente; jurídicamente, sólo constituye una víscera más del organismo materno. La madre que opera sobre sí misma, aniquilando, destruyendo el producto de la concepción, opera, como decían los antiguos juristas, "in materiam brutam". La vida del embrión no es más que un aspecto, un latido, un episodio de la vida de la madre. El cuerpo del embrión no es nada más que un órgano, en el conjunto de órganos que integran la estructura fisiológica de la mujer. Si una infeliz procura suicidarse y fracasa en su intento, pero como consecuencia del atentado contra su propia vida sufre un aborto, los juristas están contestes en que el aborto no puede ser castigado; ¿por qué ha de serlo, cuando la mujer en lugar de dirigir la muerte a toda su existencia, al conjunto de sus órganos, la circunscribe, puede decirse, a una sola de las vísceras componentes?" [28].

Los que así piensan concluyen que la ley no debe penar el aborto; que es necesario establecer clínicas para practicarlo científicamente y que la natalidad podría disminuir, pero los hijos que nacieran recibirían una educación mejor y podrían ser atendidos con mayor dedicación y con más amor, porque han sido deseados.

b) *El aborto es permitido en determinados casos.*

I. Hay quienes justifican el aborto terapéutico, realizado por el facultativo en caso de enfermedad de la madre o para salvar su vida.

Al respecto dan los siguientes argumentos: 1º *El del mal menor:* tanto la vida del hijo como la de la madre son sagradas, pero, desde el momento que vemos que el feto pone en peligro la vida de la madre, estamos autorizados a sacrificar aquella vida cuya existencia es problemática, mientras sabemos que la madre está desempeñando un papel en la familia y en la sociedad, el que puede ser de valor inapreciable; 2º *El de la legítima defensa:* cuando el feto pone en peligro la vida de la madre, ésta puede eliminarlo con la eximente de la legítima defensa. Concurren aquí, dicen, las tres circunstancias necesarias: a) *agresión ilegítima*: no puede ser más ilegítima la agresión del feto contra la vida de la madre. Lo mismo que cuando un hijo mata a su madre y la justicia lo condena a muerte, el feto en el primer caso y el hijo en éste cometen un matricidio. En el primer caso interviene y condena el médico; en el caso del hijo juzga y condena el juez. El médico juzga y condena antes que el hijo mate a la madre; el juez, en cambio, interviene después de la muerte de la madre; b) *necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla*: al médico no le queda otro medio racional para impedir la muerte de la madre que el aborto; c) *falta de provocación suficiente del que se defiende*: la madre no ha provocado al hijo. Además no es ella la que se hace justicia sino que es la ciencia quien la protege; 3º *El del consentimiento tácito:* hay quienes legitiman el aborto sosteniendo que si el

[28] José Irureta Goyena. *Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y de otras personas incapaces.* Págs. 19 y 20.

feto pudiera ser consultado, seguramente renunciaría a su vida para salvar la de su madre; 4º *La condena por utilidad pública:* hay quienes creen que el médico llamado junto a la enferma para provocarle el aborto no hace otra cosa que cumplir una sentencia pronunciada por un tribunal integrado por los miembros de la familia de la madre, quienes han condenado a muerte al feto.

II. Hay quienes admiten como lícito, además del aborto terapéutico, el aborto eugenésico. Se trata en este caso de evitar el nacimiento de monstruos o seres con taras hereditarias que signifiquen un desmejoramiento de la raza.

III. Hay quienes admiten solamente el aborto por causas de honor muy calificadas. El penalista español Luis Jiménez de Asúa escribe: "Teniendo en cuenta que hay casos excepcionales de violación en que la ultrajada que queda encinta verá en el hijo, concebido por fuerza, un recuerdo amarguísimo de los instantes más penosos de su vida, puede formularse un artículo, que podría instalarse en los códigos penales de toda la América hispana, concediendo al magistrado la facultad de otorgar a la mujer violada que lo solicite, por excepcionales causas sentimentales, un permiso para que un médico de solvencia moral y científica le practique el aborto liberador de sus justas repugnancias" [29].

En general, los que así piensan, autorizan el aborto sentimental en los casos de: 1) *violación*, que se comete: cuando se yace con mujer empleando fuerza o intimidación; cuando se yace con mujer privada de sentido o razón; o cuando se yace con mujer menor de doce años (Código Penal de Chile, artículo 361); 2) *estupro*, que se comete cuando se yace con mujer doncella, mayor de doce años y menor de 20, interviniendo engaño (Código Penal de Chile, artículo 363); y 3) *rapto* (Código Penal de Chile, artículos 358 y 359).

c) *El aborto es condenado siempre como inmoral, contrario a la naturaleza humana y a la justicia.* Consideramos que el aborto es inmoral, contrario a la naturaleza humana y a la justicia, por las siguientes razones:

1º *El feto es un ser vivo distinto e independiente de la madre.* No es efectivo que el hijo sea parte de la madre, un órgano o un episodio de ella. Por el contrario, el feto presenta sus propios procesos vitales, que no son los mismos de la madre, sino que forman un todo independiente de su ser.

La independencia del feto respecto de su madre presenta un triple aspecto: el de su independencia ontogénica o embriológica; el de su independencia fisiológica; y el de su independencia finalista.

Independencia ontogénica. Lo que caracteriza la individualidad biológica de un ser, es el número de cromosomas de su célula, que es igual y fijo para todas las células de un mismo organismo.

[29] Luis Jiménez de Asúa. *Libertad de amar y derecho a morir.* Pág. 102.

Ahora bien, la célula sexual femenina, esto es, el óvulo, al desprenderse de la madre, pierde la mitad de sus cromosomas y por consiguiente deja de pertenecer al mismo grupo de células que componen el organismo materno. Igual cosa ocurre con la célula masculina. Sólo al fusionarse ambas células van a reconstruir la especificidad del ser humano. Si no fuera por la reducción cromosomática, no podría nacer un ser humano. Por consiguiente, tanto el óvulo como el espermatozoide son independientes de la madre y el padre y consecuencialmente el producto de su fusión es también independiente del organismo de la madre y del padre.

Independencia fisiológica. La independencia fisiológica del feto se manifiesta a través de la independencia de sus grandes procesos vitales: alimentación, respiración y circulación; aparato genital y sistema nervioso.

Independencia finalista. El feto, como todo ser vivo, es una unidad con un fin propio e independiente de todo otro ser.

2° *No hay diferencia esencial entre el feto y la madre.* Tratándose de dos vidas humanas, ambas son igualmente valiosas. Cuando se causa la muerte al feto no se trata de escoger entre salvar la vida de la madre o la del hijo, sino de dejar morir a la madre a consecuencia de un mal para el que la ciencia se declara impotente, o matar el feto vivo en sus entrañas. Se trata en este caso de un hecho positivo: matar.

3° *No es efectivo que siempre haya que escoger el mal menor.* Hay que escoger el mal menor siempre que este mal no implique una acción esencialmente mala, como sería la muerte de un inocente. Un fin bueno no puede buscarse sino con la ayuda de medios también buenos o, por lo menos, indiferentes.

4° *El feto no es un injusto agresor.* La primera condición esencial para que se justifique dar muerte a otro en virtud de legítima defensa es que exista un agresor injusto. Toda agresión supone un acto positivo dirigido contra alguien. El feto no es un agresor, por cuanto no realiza ningún acto positivo, ni menos es injusto, por cuanto no se sale de la esfera de sus derechos. Si él produce un mal, éste proviene de fuerza mayor, que no le puede ser imputable, o de defectos de la madre, y en tal caso más bien podría considerarse a ésta injusta agresora del hijo, ya que ella lo ha concebido, por lo general, libremente, mientras que él no ha tenido participación alguna en el hecho de su concepción.

5° *Consentimiento tácito.* En derecho no puede presumirse que se renuncia a un derecho cuando no existe la posibilidad de hacerlo valer, cual es el caso del feto.

Por lo demás, no existe un derecho sobre la propia existencia y, por consiguiente, nadie puede autorizar a otro para ser eliminado.

6° *Condena por un tribunal.* Es principio fundamental en el derecho que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales, y que

todo tribunal debe estar constituido con anterioridad a la comisión del delito que se trata de juzgar.

En el caso del aborto el tribunal familiar no cumple con ninguno de estos requisitos, y, además, carece de la independencia necesaria.

El aborto en el Derecho Penal. El Código Penal de Chile considera al aborto como un delito, y sanciona al que maliciosamente causare aborto; al que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no hubiere tenido intención de hacerlo, cuando el embarazo fuere notorio o le constare al hechor; a la mujer que causare su aborto o consintiera que otra persona se lo causare; y al facultativo que, abusando de su oficio, causare un aborto o cooperare a él. (Artículos 342 a 345).

El aborto y la Iglesia Católica. El ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica condena también el aborto y establece que "los que procuran el aborto, incluso la madre, incurren, si el aborto se verifica, en excomunión ipso facto". (Código de Derecho Canónico, canon 2.350).

Además, incurren en excomunión todos los que, directamente y con intención, cooperan en la ejecución del aborto, ya sea físicamente o con su influencia moral en la decisión o en la ejecución.

La explosión demográfica y la limitación de los nacimientos.

La explosión demográfica es un tema actual. Son cada día más numerosos los científicos y escritores que estudian los índices actuales de crecimiento de la población mundial, especialmente en los países en vías de desarrollo, y la falta de recursos alimenticios suficientes para atender sus futuras necesidades.

La solución propuesta por muchos consiste en aplicar drásticos sistemas de limitación de la natalidad y organizar campañas anticonceptivas en gran escala que eduquen a las masas populares en los criterios científicos y técnicos de la regulación de la natalidad.

También se han esbozado políticas de planificación familiar que persiguen finalidades semejantes.

Desgraciadamente, el desarrollo de estas materias tan interesantes y actuales supera las posibilidades de este Capítulo.

V. DERECHO DE LIBERTAD

La libertad es la facultad que posee el hombre de determinarse a sí mismo en el plano de la acción. Ella es propia únicamente de los seres racionales, es decir, de los hombres; los animales viven bajo el determinismo de sus instintos y del medio ambiente; y las cosas, bajo el determinismo de las leyes físicas.

Filosóficamente se distinguen la libertad física y la moral. "La primera, o sea el libre albedrío, se extiende tanto a lo bueno como a lo malo: de hecho podemos obrar, ya lo lícito y justo, ya lo ilícito e injusto. La segunda se contiene dentro del orden de la razón, y consiste

en la facultad de escoger entre los varios medios que él nos ofrece para alcanzar nuestro bien" [30].

De estas dos, el Derecho garantiza solamente la libertad moral, y ello, fundamentalmente, por las siguientes razones: "Primero, el poder de obrar lo malo no es de la esencia de la libertad, sino un defecto de ella, propio de la imperfección de nuestro espíritu durante esta vida. Segundo, todo derecho es una potestad moral y debe, por lo tanto, fundarse en el orden de la razón, del cual son extravíos, el error y el mal. Tercero, elevada a derecho la libertad de obrar, ya lo lícito, ya lo ilícito, ya lo justo, ya lo injusto, se hacen imposibles la sociedad y aun la simple coexistencia de los hombres" [31].

De consiguiente, la libertad que garantiza el Derecho no es la libertad física, sino la libertad moral.

Pero la libertad moral no es más que una facultad, que debe aplicarse a un objeto, a la consecución de un fin. El fin general que debe lograrse con la libertad es el cumplimiento del destino individual y social del hombre. Como este fin se subdivide en muchos fines particulares, de aquí resultan tantas especies de libertad como fines particulares a que se refiere.

1. La libertad individual. Es la facultad que posee toda persona para fijar su residencia en cualquier punto del territorio de un país; trasladarse de una parte a otra y salir y regresar al país, sin más restricciones que las limitaciones establecidas por la autoridad judicial o la del Estado en orden a la justicia y el bien común.

La Constitución Política de Chile garantiza a todos los habitantes de la República: "La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de tercero, sin que nadie pueda ser detenido, preso, desterrado o extrañado, sino en la forma determinada por las leyes". (Artículo 10, Nº 15).

2. La libertad de opinión. Es la facultad que posee toda persona para expresar su pensamiento, de palabra o por escrito, siempre que él no sea contrario a la moral o al orden público.

La Constitución Política de Chile garantiza a todos los habitantes de la República: "La libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa, la radio, la televisión o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad, en la forma y casos determinados por la ley. No podrá ser constitutivo de delito o abuso, sustentar y difundir cualquiera idea política".

"Toda persona natural o jurídica ofendida o aludida por alguna información, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gra-

[30] Rafael Fernández Concha. *Filosofía del Derecho.* Tomo II. Páginas 19 y 20.

[31] Rafael Fernández Concha. *Filosofía del Derecho.* Tomo II. Pág. 20.

tuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el órgano de publicidad en que esa información hubiere sido emitida".

"Todas las corrientes de opinión tendrán derecho a utilizar, en las condiciones de igualdad que determine la ley, los medios de difusión y comunicación social de propiedad o uso de particulares".

"Toda persona natural o jurídica, especialmente las universidades y los partidos políticos, tendrán el derecho de organizar, fundar y mantener diarios, revistas, periódicos y estaciones transmisoras de radio, en las condiciones que establezca la ley. Sólo por ley podrá modificarse el régimen de propiedad y de funcionamiento de esos medios de comunicación. La expropiación de los mismos podrá únicamente realizarse por ley aprobada, en cada Cámara, con el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio".

"La importación y comercialización de libros, impresos y revistas serán libres, sin perjuicio de las reglamentaciones y gravámenes que la ley imponga. Se prohíbe discriminar arbitrariamente entre las empresas propietarias de editoriales, diarios, periódicos, revistas, radiodifusoras y estaciones de televisión en lo relativo a venta o suministro en cualquier forma de papel, tinta, maquinaria u otros elementos de trabajo, o respecto de las autorizaciones o permisos que fueren necesarios para efectuar tales adquisiciones, dentro o fuera del país".

"Sólo el Estado y las Universidades tendrán el derecho de establecer y mantener estaciones de televisión, cumpliendo con los requisitos que la ley señale.

"Queda garantizada la circulación, remisión y transmisión, por cualquier medio, de escritos, impresos y noticias, que no se opongan a la moral y a las buenas costumbres. Sólo en virtud de una ley, dictada en los casos previstos en el artículo 44, N° 12, podrá restringirse el ejercicio de esta libertad". (Artículo 10 N° 3).

3. La libertad de conciencia y de culto. La libertad de conciencia y de culto es la facultad que tiene todo hombre para profesar la religión que considere verdadera y sostener sus creencias mediante manifestaciones externas.

La Constitución Política de Chile garantiza a todos los habitantes de la República: "La manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, pudiendo, por tanto, las respectivas confesiones religiosas erigir y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas".

"Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto, tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor; pero quedarán sometidas, dentro de las garantías de esta Constitución, al derecho común para el ejercicio del dominio de sus bienes futuros".

"Los templos y sus dependencias, destinadas al servicio de un culto, estarán exentos de contribuciones". (Artículo 10 N° 2).

4. La libertad de enseñanza. Comprende dos aspectos: la libertad de enseñar y la libertad de aprender. Dentro de ellas se considera necesario fijar algunas normas, como, por ejemplo, las referentes a la idoneidad de los profesores y a los programas de estudio. Pero no puede privarse a nadie del derecho a elegir el tipo de educación que desea recibir, como tampoco imponer una determinada enseñanza.

La Constitución Política de Chile garantiza a todos los habitantes de la República: "La libertad de enseñanza".

"La educación básica es obligatoria".

"La educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales".

"La organización administrativa y la designación del personal de las instituciones privadas de enseñanza serán determinadas por las particulares que las establezcan, con sujeción a las normas legales".

"Sólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento, de acuerdo a las normas que establezca la ley".

"La educación que se imparta a través del sistema nacional será democrática y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial. Su modificación se realizará también en forma democrática, previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista".

"Habrá una Superintendencia de Educación Pública, bajo la autoridad del Gobierno, cuyo Consejo estará integrado por representantes de todos los sectores vinculados al sistema nacional de educación. La representación de estos sectores deberá ser generada democráticamente".

"La Superintendencia de Educación tendrá a su cargo la inspección de la enseñanza nacional".

"Los organismos técnicos competentes harán la selección de los textos de estudio sobre la base de concursos públicos a los cuales tendrán acceso todos los educadores idóneos, cualquiera que sea su ideología. Habrá facilidades equitativas para editar y difundir esos textos escolares, y los establecimientos educacionales tendrán libertad para elegir los que prefieran".

"Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica. Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país".

"El acceso a las Universidades dependerá exclusivamente de la idoneidad de los postulados, quienes deberán ser egresados de la enseñanza media o tener estudios equivalentes, que les permitan cumplir las exigencias objetivas de tipo académico. El ingreso y promoción

de profesores e investigadores a la carrera académica se hará tomando en cuenta su capacidad y aptitudes".

"El personal académico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes".

"Los estudiantes universitarios tienen derecho a expresar sus propias ideas y a escoger, en cuanto sea posible, la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran". (Artículo 10 N° 7).

5. La libertad de reunión. Es la facultad que posee todo hombre de vincularse libremente con otras personas con finalidades comunes. Este derecho emana de la sociabilidad del hombre. Algunos autores consideran que ésta no es una libertad específica, sino la manifestación simultánea de las libertades de tránsito y de opinión.

La libertad de reunión no solamente implica el derecho de reunirse para fines lícitos sino también el principio de que nadie puede ser obligado a concurrir a una reunión en contra de su voluntad.

La Constitución Política de Chile garantiza a todos los habitantes de la República: "El derecho de reunirse sin permiso previo y sin armas. En las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales que la ley establezca". (Artículo 10 N° 4).

6. La libertad de asociación. Es la facultad que tiene todo hombre de establecer, mediante acuerdos, relaciones permanentes con otras personas, con finalidades de interés común, que sean compatibles con los derechos de los demás y el bien común.

La Constitución Política de Chile garantiza a todos los habitantes de la República: "El derecho de asociarse sin permiso previo y en conformidad a la ley". (Artículo 10 N° 5).

Además, "la Constitución asegura a todos los ciudadanos el libre ejercicio de los derechos políticos, dentro del sistema democrático y republicano".

"Todos los chilenos pueden agruparse libremente en partidos políticos, a los que se reconoce la calidad de personas jurídicas de derecho público y cuyos objetivos son concurrir de manera democrática a determinar la política nacional".

"Los partidos políticos gozarán de libertad para darse la organización interna que estimen conveniente, para definir y modificar sus declaraciones de principios y programas y sus acuerdos sobre política concreta, para presentar candidatos en las elecciones de regidores, diputados, senadores y Presidente de la República, para mantener secretarías de propaganda y medios de comunicación y, en general, para desarrollar sus actividades propias. La ley podrá fijar normas que tengan por exclusivo objeto reglamentar la intervención de los partidos políticos en la generación de los Poderes Públicos".

"Los partidos políticos tendrán libre acceso a los medios de difusión y comunicación social de propiedad estatal o controlados por el Estado, en las condiciones que la ley determine, sobre la base de garantizar una adecuada expresión a las distintas corrientes de opinión en proporción a los sufragios obtenidos por cada una en la última elección general de diputados y senadores o regidores". (Artículo 9°).

7. La libertad de trabajo. Es la facultad que tiene toda persona de ejercer libremente sus actividades laborales y de ejecutar el trabajo lícito que haya obtenido y para el cual posea la competencia exigida.

El fundamento de este derecho es la trascendencia del quehacer humano, porque preguntar cuál es la más honda significación del trabajo equivale a preguntar cuál es el sentido último de la vida. El fin del trabajo es proporcionar al hombre lo necesario para el mantenimiento de su vida y la satisfacción de sus necesidades, y posibilitarle el contribuir a hacer al mundo más humano y a la humanidad más fraterna. Todo trabajo honesto es un acto moralmente bueno y, por lo tanto, digno de respeto. El trabajo es un acto individual que participa de la dignidad de la persona que lo ejecuta, porque forma parte de lo más íntimo de su ser. Todo trabajo trasciende al tiempo y al espacio y posee un valor original y singular, debido a que la actividad de un hombre es siempre distinta a la de otro hombre, porque es el reflejo de su personalidad.

La Constitución Política de Chile garantiza a todos los habitantes de la República: "La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan".

"El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley".

"Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley".

"Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines".

"Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así". (Artículo 10 N° 14).

VI. DERECHO DE IGUALDAD

El derecho de igualdad es la facultad que tiene toda persona de que se la trate en las mismas condiciones que a las demás que se encuentren en similar situación.

El fundamento de este derecho reside en que los hombres son esencialmente iguales, en cuanto participan de la naturaleza propia de la condición humana; pero esta igualdad no dice relación con las calidades accidentales de cada individuo, en virtud de las cuales cada hombre es distinto de los demás por un variado conjunto de caracteres físicos y espirituales, específicos y concretos, que, sin alterar su esencia de ser humano, se agregan a ella para constituir la condición propia, única e intransferible de cada persona humana. Los hombres son, por lo tanto, iguales y desiguales a la vez, vale decir, iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros.

La legislación positiva de los distintos países contempla las principales aplicaciones del derecho de igualdad: ante la ley, ante la justicia, ante las cargas públicas, ante los cargos administrativos, etc.

La Constitución Política de Chile garantiza a todos los habitantes de la República:

a) "La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase privilegiada". "En Chile no hay esclavos, y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República". (Artículo 10 N° 1).

b) "La admisión a todos los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes". (Artículo 10 N° 8).

c) "La igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la ley; y la igual repartición de las demás cargas públicas" (Artículo 10 N° 9).

VII. INVIOLABILIDAD DE LA VIDA PRIVADA, DE LA FAMILIA, DEL DOMICILIO Y DE LA CORRESPONDENCIA

La persona humana vive en el espacio y en el tiempo y convive con sus semejantes; por ello la libertad personal se proyecta en esferas materiales y sociales, por ejemplo en la vida privada, en el lugar, en la correspondencia, etc., campos que vienen a quedar en cierta manera incorporados a la propia persona y, por consiguiente, deben ser considerados como propios de ella, es decir, como libres de toda ingerencia arbitraria o injustificada, a la vez que deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico.

La persona humana tiene el derecho a disfrutar de la pacífica intimidad de su existencia.

La Constitución Política de Chile otorga a todos los habitantes de la República las siguientes garantías:

a) "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio". (Artículo 11).

b) "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta". (Artículo 12).

c) "Nadie puede ser detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal, a menos de ser sorprendido en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducido ante juez competente". (Artículo 13).

d) "Nadie puede ser detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto".

"Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de detenido, procesado o preso, sin copiar en su registro la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal. Pueden, sin embargo, recibir en el recinto de la prisión, en clase de detenidos, a los que fueren conducidos con el objeto de ser presentados al juez competente, pero con la obligación de dar cuenta a éste dentro de las veinticuatro horas". (Artículo 14).

e) "La inviolabilidad del hogar".

"La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente". (Artículo 10 N° 12).

f) "La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica y de las comunicaciones telefónicas. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley". (Artículo 10 N° 13).

VIII. GARANTIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El "Seminario acerca de la protección de los derechos humanos en el Derecho y el procedimiento penales", organizado por las Naciones Unidas en colaboración con el gobierno de Chile, que se desarrolló en Santiago en 1958, bajo la presidencia del profesor de la Universidad de Chile Luis Cousiño Mac-Iver, adoptó interesantes conclusiones en relación con la garantía de los derechos humanos [32]:

1) Uno de los aspectos fundamentales radica en las condiciones personales del juez. Las leyes e instituciones, por buenas que sean, pueden quedar desvirtuadas por un mal juez. "Sería preciso repetir la frase según la cual no hay más garantía de justicia que la personalidad del juez".

[32] *Naciones Unidas*. Seminario acerca de la protección de los derechos humanos en el Derecho y el procedimiento penales. Nueva York. 1959.

2) Tanto la independencia como la imparcialidad de los jueces se asegura mediante la selección de las personas más capacitadas —en sentido integral, o sea ético, intelectual, de carácter, etc.— para el desempeño de la elevada función de juzgar;

3) Toda persona detenida, procesada o condenada injustamente tiene derecho a ser indemnizada por el Estado de todos los daños materiales y morales ocasionados. Las disposiciones de los artículos 3, 6, 8, 9, 12 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituyen normas de derecho universal que, sistemáticamente interpretadas, conducen a superar la tesis según la cual el particular damnificado carecería de derecho o de acción contra el Estado y estaría obligado a aceptar las consecuencias del error judicial y de detenciones arbitrarias;

4) No se justifica, en ningún caso, "que el tiempo de detención provisional sufrida sea prolongado en demasía por la lentitud de las investigaciones judiciales, debiendo señalarse un plazo prudencialmente corto de duración";

5) "La detención policial por delitos no debe jamás exceder del límite máximo de 24 ó 72 horas, pasadas las cuales debe entregarse al presunto culpable a la autoridad judicial competente";

6) El recurso de amparo o "habeas corpus" "debe ser lo suficientemente amplio y eficaz sin que pueda admitirse excepción alguna";

7) Sean cuales fueren los sistemas procesales de cada país, es indispensable que el detenido y el procesado gocen de todos los derechos y garantías, en especial, "comunicación con su familia, amigos y abogados; asistencia letrada, y gratuita a falta de medios; información acerca de las diligencias de la investigación y del proceso; ausencia de cualesquiera coacción o influencia indebida, enjuiciamiento pronto y expedito, porque la justicia tardía no responde a las garantías fundamentales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la morosidad judicial es fuente directa o indirecta de violaciones de dichos derechos; y libertad en el ejercicio de la defensa, exenta de toda clase de presiones e influencias";

8) Los detenidos o procesados tienen derecho "a no ser objeto de vejaciones, tratos o amenazas que tiendan a menoscabar su libertad de decisión y acción, su memoria, su inteligencia o su juicio (por ejemplo: lesiones corporales, insultos, fatiga, administración de estupefacientes, narcoanálisis, torturas, engaños, hipnosis)".

"El fundamento de esta prohibición general se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 5, 11 y 30) y, en el plano de los ordenamientos nacionales, en todas aquellas disposiciones, constitucionales y legales, que establecen que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, o sea —dicho en otras palabras— que las únicas declaraciones válidas son las prestadas sin coerción de ninguna especie y en estado de conciencia".

Al respecto el Seminario adoptó, por unanimidad, los siguientes principios y recomendaciones:

"a) Inadmisibilidad de interrogatorios sin la presencia del abogado;

"b) Prohibición estricta de todos los métodos de coerción física y moral con respecto a personas detenidas o procesadas, incluyendo los detectores de mentiras, drogas o cualquier otro procedimiento de inquisición del subconsciente. El uso prohibido deberá reprimirse como delito por las leyes de cada país;

"c) Necesidad de extender el recurso de "habeas corpus" —de organizarlo si aun no lo estuviere— para amparar a todas las personas interrogadas mediante estos métodos prohibidos, comprendiendo también a los testigos;

"d) Importancia de que los jueces, ante quienes se produzcan o eleven las confesiones o declaraciones, examinen severa y estrictamente los procedimientos empleados para obtener tales confesiones o declaraciones o para suprimir respuestas;

"e) Necesidad de examen físico del detenido o procesado antes de cualquier interrogatorio, y aun después en caso de petición expresa de aquellos o de sus defensores;

"f) Necesidad de consignar, en todos los interrogatorios escritos, tanto las respuestas como las preguntas que las originaron, y, asimismo, la fidelidad de los interrogatorios y declaraciones valiéndose de los instrumentos o de los recursos técnicos adecuados (taquigrafía, cintas magnéticas, etc.)".

9) El procesado tiene derecho a un juicio público, cualquiera que fuere el sistema procesal vigente, ya sea oral o escrito y tanto en la instrucción o sumario como en el plenario;

10) La existencia de penas inhumanas, crueles y degradantes, que excedan los límites de la justicia y de la ley, están en contradicción con los principios contenidos en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué son los derechos de la persona humana?*
2. *¿Cuál es el fundamento de los derechos de la persona humana?*
3. *Estudie la concepción de los derechos humanos en algunos de los siguientes filósofos: Sócrates, Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Manuel Kant, Federico Hegel, Soren Kierkegaard, Henri Bergson, Martín Heidegger, Max Scheler o Jacques Maritain.*
4. *¿Cuál es la trascendencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos?*
5. *¿Cuál es la validez jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos?*
6. *¿Cuál es la obligatoriedad jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos en Chile?*
7. *¿En qué consiste el derecho a la vida?*
8. *¿Cuáles son las limitaciones al derecho a la vida?*
9. *¿Cuál es la significación y trascendencia de la libertad humana?*
10. *¿Cuáles son las limitaciones a la libertad humana?*
11. *¿Cuál es el alcance del derecho de igualdad?*
12. *¿Cuáles son las limitaciones al derecho de igualdad?*
13. *¿Cuál es la garantía de los derechos humanos?*
14. *¿Cómo garantiza los derechos humanos el ordenamiento jurídico chileno?*
15. *¿Qué críticas le merecen la forma como están garantizados los derechos humanos en Chile?*
16. *Estudie las principales sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia de Chile en materia de derechos humanos con posterioridad a 1925.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

COING, HELMUT. *Fundamentos de Filosofía del Derecho.* Parte Segunda. Capítulo VI. Págs. 180 a 189.

FERNÁNDEZ CONCHA, RAFAEL. *Filosofía del Derecho o Derecho Natural.* Tomo II. Libro Segundo. Capítulo V. Págs. 14 a 54.

FILOMUSI GUELFI, FRANCESCO. *Enciclopedia Giuridica.* Parte Speciale. Sezione Prima. Págs. 184 a 210.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho.* Tercera Parte. Capítulo XVI. Págs. 215 a 226.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Introducción al Derecho.* Segunda Parte. Capítulo III. Págs. 121 a 178.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Panorama de los Derechos Humanos.* Referencia íntegra a todo el libro.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo III. Nº 2. Págs. 272 a 284 y Capítulo VII. Nº 1. Págs. 501 a 514.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo III. Nº 2. Págs. 311 a 322.

MARITAIN, JACQUES. *El Hombre y el Estado.* Capítulo IV. Págs. 93 a 128.

MARITAIN, JACQUES. *Los derechos del hombre y la ley natural.* Capítulo II y Anexo. Págs. 77 a 159.

OSORIO Y GALLARDO, ANGEL. *Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado.*

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo XX. Págs. 548 a 614.

CAPÍTULO OCTAVO

LOS DEBERES JURIDICOS

"El deber sin el amor es una cosa fría y estéril, la cual puede permitir al hombre no volver hacia atrás, pero no lo empuja adelante en el camino de la civilización".

FRANCISCO CARNELUTTI

SUMARIO

I. CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO. II. TEORÍAS QUE ESTABLECEN LA IDENTIFICACIÓN ENTRE DEBERES JURÍDICOS Y DEBERES MORALES. III. TEORÍAS QUE SOSTIENEN LA INDEPENDENCIA ENTRE DEBERES JURÍDICOS Y DEBERES MORALES. IV. RELACIONES ENTRE DEBER JURÍDICO Y DERECHO SUBJETIVO. CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. CONCEPTO DE DEBER JURIDICO

Las normas jurídicas producen determinadas consecuencias de Derecho, las cuales pueden consistir en el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de facultades y deberes. De ello se infiere que las principales consecuencias de las normas jurídicas son los derechos subjetivos y los deberes jurídicos.

A los derechos subjetivos nos referimos en el Capítulo Sexto de esta obra.

Eduardo García Maynez define el deber jurídico como "la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa" [1].

Es necesario distinguir entre los deberes jurídicos, fundados en las normas jurídicas, de aquellos otros deberes que derivan de normas morales, religiosas, del trato social, etc. Por ejemplo un padre tiene el deber jurídico de alimentar a su hijo menor; pero además tiene el deber moral de hacerlo, la religión se lo impone y las normas del trato social lo obligan también a ello. Es preciso no confundir estos deberes

[1] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho.* Pág. 268.

porque aunque se parezcan son distintos debido a que cada tipo de normas determina un tipo especial de deberes.

Por otra parte es necesario distinguir entre el deber específicamente jurídico, creado por la norma jurídica, y el deber moral de cumplir lo que mandan las normas del Derecho vigente. Ellos son deberes distintos, aunque se den como coincidentes. El deber jurídico se funda única y exclusivamente en la existencia de una norma de Derecho positivo que lo impone. El deber moral de cumplir lo ordenado en las normas jurídicas tiene como contenido dichas normas, pero no se funda en ella sino en valores morales.

Por ello, como acertadamente expone Luis Recaséns Siches, "cuando formulamos la pregunta de cuál sea la esencia del deber jurídico, necesariamente se tiene que buscar la solución dentro del mismo concepto de norma jurídica, dejando a un lado la circunstancia de que los contenidos del deber jurídico puedan concurrir con los contenidos de deberes morales y sociales y ser semejantes a éstos; y, de otro lado, prescindiendo, asimismo, de la cuestión de cuál sea la razón por la cual el Derecho obligue también moralmente. No se trata, en manera alguna, de negar estos dos problemas, ni de restarles importancia; antes bien, reconozco la sustantividad y el alcance de estos temas. Lo único que se hace es distinguirlos y separarlos del que ahora tenemos planteado, a saber: el del concepto puro de deber jurídico, como algo que se funda en la norma de Derecho y existe en virtud de ella" [2].

II. TEORIAS QUE ESTABLECEN LA IDENTIFICACION ENTRE DEBERES JURIDICOS Y DEBERES MORALES

Entre las principales teorías que establecen una identificación entre deberes jurídicos y deberes morales podemos mencionar las siguientes:

A) *Teoría de Manuel Kant (1734-1804).* Para Kant el Derecho positivo no puede ser mirado como fuente de auténticos deberes. Para que un precepto legal posea obligatoriedad, es indispensable que derive de la voluntad del sujeto que ha de cumplirlo y tenga, a la vez, valor universal.

"Por consiguiente —como expresa Kant— la ley universal de Derecho, obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal es, en verdad, una ley que me impone una obligación; pero que no exige de mí el que a causa de esta obligación deba yo sujetar mi libertad a estas condiciones mismas; únicamente la razón dice que éste es el límite asignado a la libertad por su idea, y que de hecho puede ser contenida en él por otro. Esto es lo que la razón proclama como un postulado, que no es susceptible de prueba ulterior. No proponiéndose

[2] Luis Recaséns Siches. *Filosofía del Derecho.* Página 242.

enseñar la virtud, sino solamente exponer en qué consiste el derecho, no se puede, ni se debe presentar esta ley de derecho como un motivo de acción" [3].

B) *Teoría de Rodolfo Laun.* El ex Rector de la Universidad de Hamburgo afirma que "el verdadero derecho no es heterónomo, sino autónomo. Para que una conducta constituya la realización de un deber jurídico, la norma que lo establece ha de derivar de la voluntad del obligado. Cuando el sujeto convierte en máxima de sus actos determinada regla, convencido de su validez universal, sí puede hablarse de un auténtico deber jurídico. Con gran frecuencia, los particulares acatan voluntariamente, sin pensar siquiera en las sanciones y castigos, los preceptos que el legislador formula. Y, al acatarlos, seguros de que expresan un deber, transforman la exigencia ajena (que como tal no puede obligarles), en norma autónoma, es decir, en verdadero derecho".

"De lo expuesto se desprende que sólo existe un deber. Derecho y Moral, concebidos ambos como un deber, en oposición al acontecer, son una y la misma cosa. Son la totalidad de las vivencias del deber; el deber concebido unitariamente. Tal unidad no queda destruida por los llamados conflictos entre Derecho y Moral, porque, o se trata de oposiciones entre un deber auténtico y una necesidad impuesta por la fuerza, o de una pugna entre dos deberes de la misma índole. Ahora bien: en el primer caso no es el Derecho el que entra en lucha con la Moral, sino un poder arbitrario; en el segundo, el deber se opone al deber; pero nada nos autoriza para afirmar que de un lado se halle precisamente el Derecho, y del otro la moral... En realidad, los conflictos entre deber y deber no difieren de los que en la actualidad consideramos como conflictos internos de la Moral, o conflictos morales. Estos son resueltos por el legislador que los ha creado, es decir, por el mismo individuo. El es el único capaz de resolver dentro de su conciencia, qué valor, qué deber, qué obligación merecen preferencia. Por tanto, tampoco en esta hipótesis se pone en duda la unidad de Moral y Derecho" [4].

III. TEORIAS QUE SOSTIENEN LA INDEPENDENCIA ENTRE DEBERES JURIDICOS Y DEBERES MORALES

A) *Teoría de Hans Kelsen (1881-1973).* "Para la Teoría Pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y

[3] MANUEL KANT. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho.* Pág. 33.
[4] RODOLFO LAUN. *Recht und Sittlichkeit.* Citado por Eduardo García Maynez. Introducción al Estudio del Derecho. Págs. 260 a 263.

por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta" [5]

B) *Teoría de Gustavo Radbruch (1878-1949).* Según Radbruch el deber moral difiere del jurídico en que el primero no puede ser exigido en cambio el segundo sí. La obligación moral es deber, pura y simplemente; la jurídica no es sólo deber, sino deuda. Frente al obligado por la norma moral no hay otra persona que pueda exigirle el cumplimiento; frente al obligado por una norma jurídica, en cambio, existe un pretensor. De ahí la correlatividad de las nociones de deber jurídico y derecho subjetivo [6].

IV. RELACIONES ENTRE DEBER JURIDICO Y DERECHO SUBJETIVO

Según Eduardo García Maynez, "el análisis de las conexiones esenciales de índole formal entre deber jurídico y derecho subjetivo revela cómo toda obligación restringe la libertad jurídica del obligado. Cuando un deber jurídico nace a cargo de su sujeto, éste pierde, al mismo tiempo, ya el derecho de omitir lo que se le ordena, ya el de hacer lo que se le prohíbe. En relación con la conducta objeto de una prohibición o de un mandato, el obligado no es, ni puede ser, jurídicamente libre. Si aquélla está prohibida, el sujeto del deber puede lícitamente omitirla, mas no ejecutarla; si está ordenada, se le permite ejecutarla, pero no omitirla. Lo que llamamos deber jurídico es, por tanto, la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa. Expresado en otro giro: tenemos el deber de hacer (o de omitir algo), si carecemos del derecho de optar entre hacerlo y omitirlo".

"Cuando se nos ordena una acción, el deber jurídico es fundante del derecho de ejecutar la conducta obligatoria; cuando se nos prohíbe un cierto acto, el deber es fundante del derecho a la omisión de la conducta ilícita" [7].

[5] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Página 121.
[6] GUSTAVO RADBRUCH. *Filosofía del Derecho.* Página 61 y siguientes.
[7] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho.* Pág. 268.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es el deber jurídico?*
2. *¿En qué se distinguen los deberes jurídicos de los morales, religiosos y del trato social?*
3. *¿En qué se distingue el deber jurídico del deber moral de cumplir la norma jurídica?*
4. *¿Qué diferencias fundamentales considera Ud. que existen entre las teorías de Manuel Kant y de Hans Kelsen respecto de los deberes jurídicos y los deberes morales?*
5. *¿Qué relaciones esenciales existen entre el deber jurídico y el derecho subjetivo?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

CASTRO BRAVO, FEDERICO. *Derecho Civil de España.* Tomo I. Parte Quinta. Capítulo I. Págs. 522 a 525.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho.* Tercera Parte. Capítulo XIX. Págs. 259 a 270.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulo VIII. Págs. 101 a 134.

MILLAS JIMÉNEZ, JORGE. *Filosofía del Derecho.* Capítulo VI. Págs. 173 a 195.

MORINEAU, OSCAR. *El estudio del Derecho.* Capítulo VI. Págs. 145 a 165.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Filosofía del Derecho.* Capítulo VI. Págs. 52 a 64.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Vida Humana, Sociedad y Derecho.* Capítulo VIII. Págs. 227 a 232.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo X. Págs. 240 a 243.

VINOGRADOFF, PAUL. *Introducción al Derecho.* Capítulo III. Págs. 47 a 64.

CAPÍTULO NOVENO

LOS OBJETOS DEL DERECHO

"El hombre puede ser, no sólo por su condición corporal, sino también por su condición espiritual, objeto de relaciones jurídicas".

FRANCISCO CARNELUTTI

SUMARIO

I. CONCEPTO DE OBJETO DEL DERECHO. II. CLASIFICACIÓN DE LOS OBJETOS DEL DERECHO. III. LAS COSAS Y LOS BIENES. IV. CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS. V. EL CUERPO HUMANO COMO OBJETO DEL DERECHO. CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. CONCEPTO DE OBJETO DEL DERECHO

La expresión objeto del Derecho se emplea en distintos sentidos. "Algunas veces se designa con ella lo que cae bajo la potestad del hombre, y se llama objeto inmediato del Derecho; otras significa aquello a que tiende el Derecho, lo que se nos hace posible a causa del Derecho, el objetivo final del Derecho, y se llama, asimismo, objeto inmediato del Derecho. Así, en los derechos de obligación, por ejemplo, se llama objeto tanto el hecho del deudor, o sea la prestación, como la cosa de que se debe gozar de la prestación. Por esta razón, en obsequio de mayor exactitud de lenguaje y precisión de ideas, se ha convenido en llamar objeto del Derecho lo que cae bajo el poder del hombre, y contenido de los mismos lo que podemos obtener a causa del Derecho" [1].

También ocurre a menudo que se identifican el objeto del Derecho y el objeto del acto jurídico, identificación que si bien podría tener alguna justificación práctica, es del todo inaceptable en términos jurídicos. Se entiende por objeto de un acto jurídico el conjunto de derechos y obligaciones que se crean, modifican o extinguen. Como puede advertirse, es un concepto del todo diferente al anterior.

[1] NICOLÁS COVIELLO. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 273.

Jorge Iván Hübner, profesor de la Universidad de Chile, distingue tres acepciones o sentidos del término "objeto del Derecho": el objeto del Derecho objetivo, el objeto de la relación jurídica y el objeto de los derechos y obligaciones [2].

1. EL OBJETO DEL DERECHO OBJETIVO es la conducta humana, pero "no toda conducta, sino sólo aquellos tipos de comportamiento interhumano que tienen relevancia jurídica, o sea, que dicen relación con el orden, la paz, la justicia, la seguridad y el bien común, que son los fines del Derecho. Esa conducta puede consistir en acciones u omisiones que concuerden con la norma jurídica o que la infrinjan. (Actos y contratos, ejercicio de derechos, cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, delitos y cuasidelitos, etc.) [3].

2. EL OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA es la materia sobre la cual versa dicha relación. Esta materia es siempre una prestación, o sea, es una obligación consistente en un hecho o una abstención debidos por el sujeto pasivo en favor del sujeto activo de la relación jurídica, al que compete el derecho correspondiente" [4, 5].

3. EL OBJETO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SURGEN DE LA RELACIÓN JURÍDICA, o sea, el objeto de la prestación, es la materia sobre la cual recaen, y está constituido por los bienes.

En nuestro concepto, objeto del Derecho es todo aquello que es susceptible de constituir materia de relación o protección jurídica.

II. CLASIFICACION DE LOS OBJETOS DEL DERECHO

Precisado el alcance de la expresión "objeto del Derecho", debemos ocuparnos de establecer lo que puede ser objeto del mismo.

Para algunos autores, solamente las cosas, sean ellas corporales o incorporales, pueden ser objeto del Derecho. Entienden por cosa todos los objetos del mundo exterior que tienen una existencia ya real o abstracta, ya natural o artificial, y que presentan una utilidad susceptible de evaluación pecuniaria.

Para otros, en cambio, no solamente las cosas pueden ser objetos del Derecho, sino también los hombres [6]. Los que sostienen esta teoría, afirman que el hombre no es objeto del Derecho en su totalidad, sino solamente en ciertas direcciones particulares de su actividad y únicamente respecto de los derechos de familia, y así sostienen, por ejemplo, que el objeto del derecho de patria potestad es el hijo, y que la persona del incapaz lo es del derecho de tutela o curatela. Esto es perfectamente posible, y con ello en ningún momento se está descono-

[2] JORGE IVÁN HÜBNER. *Introducción al Derecho.* Págs. 225 a 226.
[3] JORGE IVÁN HÜBNER. *Introducción al Derecho.* Pág. 225.
[4] JORGE IVÁN HÜBNER. *Introducción al Derecho.* Págs. 225 y 226.
[5] AVELINO LEÓN HURTADO. *El objeto en los actos jurídicos.* Pág. 14.
[6] FRANCISCO CARNELUTTI. *Teoría General del Derecho.* Págs. 164 a 167.

ciendo la dignidad humana, porque el hombre no es equiparado en su totalidad al objeto del Derecho, sino que, por el contrario, continúa siendo persona y, además, porque sólo es objeto de derechos de familia, los cuales son eminentemente morales.

Una interesante clasificación de los objetos del Derecho es la que hace Arturo Orgaz, quien los divide en cuatro categorías:

1. Los BIENES, que son los objetos corpóreos e incorpóreos que pueden procurar al hombre utilidad y son susceptibles de apropiación.

2. Los HECHOS JURÍDICOS, "constituyen objetos para el Derecho, en cuanto son apreciables económicamente y pueden constituir materia de relaciones jurídicas. Pero no cualquier hecho, es decir, cualquier acontecimiento debido a la actividad del hombre o a las fuerzas naturales, se denomina jurídico, porque para poseer este carácter debe producir algún efecto en el campo de las relaciones jurídicas. Si un propietario, por vía de distracción, se ocupa en pintar algunas habitaciones de su casa, este hecho no tiene repercusión jurídica alguna, pero sí la tiene si ese mismo hecho es realizado por un operario a quien el propietario ha ocupado para la tarea, porque genera obligaciones y derechos recíprocos y es una actividad valorable, por días o por metros, según como se haya convenido, esto es, constituye el objeto de una relación lícita y jurídica a la vez" [7].

3. Los VALORES ADSCRITOS A LA PERSONALIDAD HUMANA "poseen indudable significación de objetos jurídicos porque, además de establecerse la protección legal indispensable para asegurarlos, su ataque causa un agravio que debe ser reparado. La libertad, el honor, la buena fama pueden ser menoscabados y el ofensor debe satisfacer el daño moral causado. La situación es enteramente semejante a cuando alguien incendia un campo ajeno o destruye cualquier cosa del patrimonio de otra persona; debe pagarse el daño causado en la cosa. Y si el agravio ha recaído sobre una realidad moral, también procede la indemnización. Las detenciones arbitrarias, las calumnias, las injurias, las difamaciones, los ultrajes al pudor, son otros tantos hechos lesivos para la integridad subjetiva de las personas, objeto de especial protección jurídica" [8].

4. Los VALORES INSTITUCIONALES: el Estado y sus múltiples manifestaciones (documentos, monedas, actos, etc.) se hallan amparados por el Derecho, y los ataques que se consuman contra ellos acarrean la sanción pertinente por vulnerar un objeto creado para el orden legal, aunque sin duda no valorable económicamente, por tratarse de formas jurídicas [9].

[7] ARTURO ORGAZ. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales*. Pág. 205.

[8] ARTURO ORGAZ. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales*. Págs. 206 y 207.

[9] ARTURO ORGAZ. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales*. Pág. 207.

III. LAS COSAS Y LOS BIENES

En términos generales, cosa es todo aquello que tiene existencia ya sea corporal o espiritual, natural o artificial. Esta significación es más bien filosófica y no interesa a la ciencia jurídica. El Derecho sólo considera a las cosas como objetos jurídicos cuando producen una utilidad al hombre y son susceptibles de apropiación. Las cosas que reúnen los dos requisitos indicados, se denominan bienes, y son las únicas que verdaderamente pueden llamarse objetos del Derecho. De lo dicho se desprende que todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes.

Para hablar de bien no es necesario que la cosa tenga una existencia material perceptible por los sentidos; basta que ella sea susceptible de apropiación y que procure una utilidad al hombre. Por eso las cosas incorporales, como los derechos, por ejemplo, aunque no pueden apreciarse por los sentidos sino por la inteligencia, se incluyen en la categoría de bienes.

IV. CLASIFICACION DE LAS COSAS

Las cosas admiten múltiples clasificaciones, atendiendo a diversos puntos de vista:

A) *Cosas apropiables e inapropiables*

Las cosas, según sean o no susceptibles de dominio, se clasifican en apropiables e inapropiables.

Las cosas inapropiables son aquellas sobre las cuales no se puede constituir dominio. El Código Civil de Chile las denomina cosas comunes a todos los hombres, y se refiere a ellas diciendo que "las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional". (Artículo 585).

Son cosas apropiables aquellas sobre las cuales se puede constituir dominio. Se llaman, como dijimos anteriormente, bienes. Los bienes se clasifican, a su vez, en bienes de dominio privado y en bienes de dominio público.

Bienes de dominio privado son aquellos que son susceptibles de adquirirse por los particulares.

Bienes de dominio público o bienes nacionales son "aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda". (Código Civil de Chile, artículo

589, inciso 1°). Se subdividen en bienes nacionales de uso público y en bienes del Estado o fiscales.

Bienes nacionales de uso público son aquellos cuyo "uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas". (Código Civil de Chile, artículo 589, inciso 2°). "Se entiende por playa del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas". (Código Civil de Chile, artículo 594).

En Chile los bienes nacionales de uso público pueden agruparse en cuatro categorías: dominio público marítimo (el mar territorial, el mar adyacente, la alta mar y las playas); dominio público fluvial (los ríos que corren por cauces naturales y los lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas); y dominio público aéreo (espacio aéreo que cubre el territorio nacional y sus aguas territoriales).

Los bienes nacionales de uso público son incomerciables e imprescriptibles.

Bienes del Estado o fiscales son aquellos "cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes". (Código Civil de Chile, artículo 589, inciso 3°). Son bienes fiscales, entre otros, los inmuebles en que funcionan los servicios públicos, las tierras situadas dentro de los límites territoriales pero carentes de dueño, los bienes adquiridos por captura bélica, etc.

Los bienes del Estado o fiscales son comerciables y pueden ser adquiridos por prescripción.

B) *Cosas comerciables e incomerciables*

Las cosas, según sean o no susceptibles de enajenación o transferencia, se clasifican en comerciables e incomerciables. La regla general es que las cosas sean comerciables. Excepcionalmente, son *incomerciables en forma absoluta*: las cosas comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público, los derechos personalísimos, las cosas consagradas al culto divino, etc.; y son *incomerciables en forma transitoria*: las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; y las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio (Código Civil de Chile, artículo 1.464, N°s. 3 y 4).

C) *Bienes corporales e incorporales*

Atendiendo a su naturaleza, los bienes se dividen en corporales e incorporales.

Bienes corporales son los que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos, como una casa o un libro.

Bienes incorporales son los que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas. (Código Civil de Chile, artículo 565).

Esta clasificación reviste importancia, ya que ciertos modos de adquirir sólo proceden respecto de una u otra categoría; así, por ejemplo, la ocupación y la accesión solamente se aplican a los bienes corporales.

D) *Bienes muebles e inmuebles*

Esta clasificación se aplica tanto a las cosas corporales como a las incorporales.

Bienes muebles son los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos mismos, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas (Código Civil de Chile, artículo 567, inciso 1°). Sin embargo, el legislador, tomando en cuenta la destinación de ciertos muebles por naturaleza, los considera bienes inmuebles: son los llamados inmuebles por destinación, a que nos referiremos posteriormente.

Se entiende por *bienes inmuebles, fincas o bienes raíces* "las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles". (Código Civil de Chile, artículo 568, inciso 1°).

Los bienes muebles comprenden dos categorías: los muebles por naturaleza o propiamente tales y los muebles por anticipación.

Los muebles por naturaleza coinciden con la definición de muebles que hemos dado anteriormente. Se clasifican en semovientes e inanimados.

Son semovientes los bienes muebles que pueden transportarse de un lugar a otro moviéndose ellos mismos, como los animales.

Son inanimados los bienes muebles que sólo se mueven por una fuerza externa, como un libro o una silla.

Muebles por anticipación son aquellos bienes que, aunque unidos a un inmueble, son considerados como muebles para el efecto de constituir derechos sobre ellos a favor de otra persona que el dueño. "Los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aún antes de su separación, para el afecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño. Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina, y a las piedras de una cantera". (Código Civil de Chile, artículo 571).

Los bienes inmuebles, por su parte, pueden clasificarse en tres categorías: por naturaleza, por adherencia y por destinación.

Inmuebles por naturaleza son aquellos que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas.

Inmuebles por adherencia son ciertos bienes que, aun siendo muebles, se consideran inmuebles por estar adheridos permanente-

mente a un inmueble, como los edificios y los árboles. Para que estos bienes sean reputados como tales, se requiere la concurrencia de dos requisitos: que la cosa esté adherida a un inmueble y que dicha adherencia sea permanente. Es indiferente que la adherencia haya sido hecha por el propietario del inmueble o por un tercero.

Inmuebles por destinación. "Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento". (Código Civil de Chile, artículo 570).

Para que un bien sea reputado inmueble por destinación, debe reunir dos requisitos: que la cosa esté destinada al uso, cultivo y beneficio de un inmueble y que dicho destino sea permanente.

Como dijimos en un principio, la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles no sólo se aplica a las cosas corporales, sino también a las incorporales.

Bienes incorporales son los que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas. Se clasifican en derechos reales y personales.

"*Derecho real* es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales". (Código Civil de Chile. Artículo 577).

Derechos personales o créditos "son lo que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales". (Código Civil de Chile, artículo 578).

"Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerce o que se debe. Así el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble, y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble". (Código Civil de Chile, artículo 580).

"Los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que un artífice ejecute la obra convenida, o resarza los perjuicios causados por la inejecución del convenio, entra por consiguiente en la clase de los bienes muebles". (Código Civil de Chile, artículo 581).

E) *Bienes principales y accesorios*

Bienes principales son aquellos que pueden subsistir por sí mismos, sin necesidad de otros, como las tierras.

Bienes accesorios son los que tienen subordinada su existencia a otros bienes, como los árboles.

A esta clasificación se aplica la conocida máxima de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. De aquí que los efectos de los actos jurídicos que tengan por objeto una cosa principal se extiendan también a las cosas accesorias, que son parte integrante de la misma.

Esta clasificación también es válida para los bienes incorporales. Así, por ejemplo, el derecho real de hipoteca es un derecho accesorio al de dominio.

F) *Bienes divisibles e indivisibles*

La división de las cosas es de dos especies: física e intelectual o de cuota.

Son *físicamente divisibles* "las cosas que al dividirse no pierden su substancia, ni sufren disminución en cuanto al valor que tienen con respecto al todo, de modo que las partes que resultan forman cosas existentes por sí, homogéneas en relación al todo primitivo, y cuyo valor en conjunto no es inferior al valor del todo" [10].

Una cosa es *intelectualmente divisible* cuando puede dividirse en su totalidad, como un automóvil, por ejemplo.

La regla general es que las cosas sean intelectualmente divisibles; son excepcionalmente indivisibles la prenda, la hipoteca, los lagos de dominio privado, etc.

La divisibilidad es un problema de hecho en relación al cual no puede elaborarse una teoría general.

G) *Bienes consumibles y no consumibles*

Bienes consumibles son aquellos de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza, sin que se destruyan. "El consumo en que consiste la utilidad de la cosa puede ser material, esto es, una destrucción, como sucede respecto del vino, el grano, el aceite y todos los comestibles; y también puede ser jurídico, por consistir en una enajenación, es una pérdida que constituye justamente el único uso posible de la cosa, sin que ésta llegue a destruirse materialmente, lo cual sucede con respecto al dinero y los subrogados de la moneda" [11].

Son *bienes inconsumibles* aquellos que no se destruyen por el primer uso, pese a que ello pueda suceder a la larga, como los libros, los aviones, etc.

La consumibilidad o inconsumibilidad es una cualidad objetiva de las cosas que se determina por su especial naturaleza y destino.

La importancia práctica de esta clasificación reside en el hecho de que sirve para determinar la aptitud de determinadas cosas para ser objeto de actos jurídicos. Así, por ejemplo, el arrendamiento y el comodato sólo pueden tener como objeto cosas inconsumibles.

[10] Nicolás Coviello. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 299.
[11] Nicolás Coviello *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 297.

H) *Bienes fungibles y no fungibles*

Atendiendo a si las cosas muebles pueden o no reemplazarse las unas por las otras en el cumplimiento de las obligaciones, se clasifican en fungibles y no fungibles.

Sucede que en algunos casos "las cualidades individuales son tan poco importantes que, según la opinión que prevalece en el comercio, se consideran como perfectamente equivalentes; de modo que no hay interés en tener una más bien que otra, bastando sólo tener cierta cantidad de ellas" [12]. Estos son los llamados bienes fungibles, ejemplos de los cuales son las monedas de un mismo valor nominal, los diversos ejemplares de la misma edición de un libro, etc.

La no fungibilidad de una cosa depende de su estado objetivo o de la estimación subjetiva que se tenga de ella. Son ejemplos de bienes no fungibles un billete que se encuentra muy deteriorado o un libro que perteneció a Napoleón y lleva su firma.

V. EL CUERPO HUMANO COMO OBJETO DEL DERECHO

1. El Mercader de Venecia. En el drama de William Shakespeare (1564-1616), "El Mercader de Venecia" (estrenado en 1598), encontramos ejemplo de una convención que tiene por objeto el cuerpo humano.

Antonio, rico mercader de Venecia, solicita a Shylock, prestamista de la ciudad, un crédito de tres mil ducados, por un plazo de tres meses.

Shylock accede a ello, en principio, pero exige una garantía; y al respecto expone: "Quiero daros una prueba del deseo que tengo de serviros. Venid conmigo a casa de un notario, y me firmaréis allí la escritura. Sin embargo, quisiera que... por una broma tan sólo, se pusiera en el documento la cláusula de que si en el día y en el sitio que determináremos no me habéis devuelto la suma o las sumas designadas, os comprometéis a perder una libra de vuestra carne, que podré cortar de la parte que se me antoje escoger" [13].

Al respecto Antonio expresa: "Consiento sin vacilar, y después de firmar esa cláusula, diré que eres muy complaciente" [14].

Posteriormente Antonio se encuentra en la imposibilidad de cumplir la obligación en el plazo estipulado y Shylock recurre al Tribunal de Venecia para hacer efectiva la garantía, y expresa a los Magistrados: "No he ocultado a Vuestra Gracia cuales eran mis intenciones. He jurado por el santo del día del Sábado que exigiré lo que se me debe

[12] Nicolás Coviello. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 295.

[13] William Shakespeare. *El Mercader de Venecia.* Acto Primero. Escena Tercera.

[14] William Shakespeare. *El Mercader de Venecia.* Acto Primero. Escena Tercera.

y la pena estipulada en el convenio. Si me lo negáis, ¡desgraciada sea vuestra Constitución y las libertades de vuestra República!" [15].

A esto responde Porcia, en el Tribunal de Venecia: "...El poder terrenal que más se asemeja al de Dios es la justicia templada por la clemencia. Así, pues, aunque la justicia sea el argumento de que te vales, recuerda que, si sólo alcanzásemos justicia en la vida, no habría salvación para ninguno de nosotros...".

Luego agrega Porcia: "Te pertenece una libra de carne de este mercader; el tribunal te la concede, la ley te la da".

Shylock responde: "¡Oh juez irreprochable!"

Porcia agrega: "Y debes cortarla de su pecho; la ley te la da y el tribunal te la concede".

Shylock manifiesta: "¡Oh sapientísimo juez! Eso es saber fallar. Prepárate, pues, Antonio".

Porcia continúa: "Aguarda un momento; aún no he terminado. El convenio te concede expresamente una libra de carne; pero no te concede una sola gota de sangre. Toma, pues, lo que te concede tu convenio, toma la libra de carne; pero si al cortarla viertes una sola gota de sangre cristiana, tus bienes, según la ley de Venecia, serán confiscados en beneficio del Estado".

Shylock expresa: "En tal caso, acepto la oferta. Que me paguen triplicado la suma y que pongan en libertad al cristiano".

Porcia continúa: "Prepárate, pues, a cortar la carne que te pertenece, pero no viertas sangre, ni cortes más ni menos de una libra justa. Si cortas algo más o menos, aunque sea la vigésima parte de un gramo, si la balanza se inclina del grosor de un cabello, morirás y serán confiscados todos tus bienes".

Shylock manifiesta: "Dadme la suma sin intereses, y dejadme salir".

Porcia: "Un momento, la justicia tiene otros derechos sobre ti. Está escrito en las leyes de Venecia que si se prueba que un extranjero ha atentado directa o indirectamente contra la vida de un ciudadano, ha de embargarse la mitad de sus bienes para dárselos a quien pudo ser su víctima; la otra mitad ha de entrar en las arcas del Estado, y únicamente el Dux puede perdonar la vida al culpable que todos los demás jueces deberán condenar a muerte. Ahora bien, tú te encuentras en este caso, porque está probado hasta la evidencia que has maquinado directa o indirectamente contra la vida de este mercader y, por lo tanto, has incurrido en la pena que acabo de indicar. Así, pues, arrodíllate e implora la piedad del Dux".

El Dux interviene: "Para que veas la diferencia que hay entre nuestros sentimientos y los tuyos, te perdono la vida antes que lo pidas; pero una mitad de tus bienes pertenece de derecho a Antonio y la otra mitad ha de entrar en las arcas del Estado. Puedes con una

[15] WILLIAM SHAKESPEARE. *El Mercader de Venecia.* Acto Cuarto. Escena Primera.

sumisión humilde conseguir que se conmute la pena de muerte por la de confiscación" [16].

2. Los actos jurídicos sobre la persona humana en su totalidad. La persona humana, en su totalidad, no puede ser objeto de relaciones jurídicas, porque ella, por ser una substancia individual de naturaleza racional, es lo más perfecto que existe en el mundo creado. Por esto son ilícitas las convenciones en que se renuncia a la dignidad de persona, como la esclavitud, la servidumbre, etc.

3. Los actos jurídicos sobre partes del cuerpo humano. En principio, los actos de disposición de partes del cuerpo humano son legítimos si ellos son efectuados por la misma persona y siempre que no importen daño grave y permanente para su integridad física.

Al respecto el Código Civil de Italia establece que "los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando son contrarios a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres" (artículo 5°).

"La tutela de la integridad física se da, así, no contra los atentados que a la misma pueden venir de los terceros, sino contra los atentados que el mismo sujeto podría llevar a cabo sobre sí, consistiendo con actos de disposición, en que sea disminuida de un modo permanente su integridad. Así, el carácter implícitamente ilícito que los actos de disposición tienen en tales casos, da oportunidad al sujeto de defenderse —aún después de haber celebrado un pacto con tal objeto— sustrayéndose válidamente —y sin deber sufrir las consecuencias del incumplimiento— a la ejecución de dicho pacto" [17].

En virtud de lo expuesto son válidos los actos jurídicos de venta de pelo, leche y sangre humanos.

Por el contrario, son ilícitos los actos jurídicos relativos al transplante de órganos vitales del cuerpo humano como córnea, riñón, glándulas sexuales, etc.

Hay quienes también consideran "ilícito el contrato por el cual una persona se compromete a juegos deportivos que sean peligrosos para su vida o para su integridad física; de ello se sigue que —desde el punto de vista civilístico— pueda arrepentirse o negarse a cumplir; en caso de muerte, los familiares tienen derecho al resarcimiento del daño, y en caso de lesión, el lesionado tiene derecho, igualmente, al resarcimiento, sin que obste —en ambos casos— el hecho de que el sujeto, conscientemente y por lucro, se haya puesto en condiciones de sufrir la muerte o la lesión" [18].

[16] William Shakespeare. *El Mercader de Venecia*. Acto Cuarto. Escena primera.

[17] Francisco Messineo. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Pág. 18.

[18] Francisco Messineo. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Pág. 19. Ver León Mazzeaud. "Los contratos sobre el cuerpo humano". Revista de

4. Los actos jurídicos sobre cadáveres humanos. Los actos jurídicos relativos a los cadáveres humanos, en su totalidad o en parte, a título gratuito u oneroso, son legítimos, siempre que sean hechos por el que un día será cadáver y no por sus herederos o por terceras personas.

No obstante ello, algunos ordenamientos jurídicos autorizan la celebración de actos jurídicos, gratuitos u onerosos, sobre los restos humanos "por razones judiciales (investigación de delitos), razones científicas (investigación científica) y razones de utilización de partes de un cadáver en beneficio de una persona viva" [19]. En Chile "los directores de Clínicas Universitarias y de los hospitales dependientes del Servicio Nacional de Salud podrán autorizar a los médicos y estudiantes de medicina para extraer de los cadáveres de personas allí fallecidas, tejidos oculares, con el objeto de realizar con ellos injertos de córneas de los pacientes que lo requieran. Asimismo, y con idéntica finalidad, se autoriza para extraer de los cadáveres trozos de huesos, cartílagos o cualquier otro elemento que pueda ser empleado con fines médicos o científicos...".

"Los médicos o estudiantes de medicina quedarán liberados de toda responsabilidad por las extracciones de órganos o tejidos que realicen con cadáveres con la finalidad indicada. Con todo, no se podrán realizar estas extracciones si algún pariente del difunto manifestare su oposición para ello". (Ley Número 15.262, artículos 1º y 2º).

Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Tomo XLVII. Números 3 y 4. Pág. 33.

[19] Luis Cousiño Mac-Iver. *El ser humano como objeto jurídico.* Pág. 99.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es objeto del Derecho?*
2. *¿Cómo se clasifican los objetos del Derecho?*
3. *¿Qué diferencias existen entre cosas y bienes?*
4. *¿Cómo se clasifican los bienes?*
5. *¿La persona humana, en su totalidad, puede ser objeto del Derecho?*
6. *¿Son lícitos los actos jurídicos de disposición de partes del cuerpo humano?*
7. *¿Son lícitos los actos jurídicos de venta de pelo, leche y sangre humanos?*
8. *¿Son lícitos los actos jurídicos relativos al trasplante de órganos vitales del cuerpo humano como córnea, riñón, etc.?*
9. *¿Son lícitos los actos jurídicos por los cuales una persona se compromete a un juego deportivo que sea peligroso para su vida o integridad física?*
10. *¿Son lícitos los actos jurídicos relativos a los cadáveres humanos?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Quinta Parte. Capítulo III. Págs. 259 a 265.

CAPITANT, HENRI. *Introduction a l'étude du droit civil:* Quatrième Partie. Capítulo Unico. Págs. 243 a 265.

CARNELUTTI, FRANCISCO. *Teoría General del Derecho.* Segunda Parte. Libro Primero. Título 2°. Págs. 164 a 182.

COUSIÑO MAC-IVER, LUIS. *Curso de Derecho Profundizado. El ser humano como objeto jurídico.*

COVIELLO, NICOLÁS. *Doctrina General del Derecho Civil.* Sección Tercera. Capítulo VII. Págs. 273 a 342.

HUBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Introducción al Derecho.* Cuarta Parte. Capítulo único. Págs. 224 a 227.

LEÓN H., AVELINO. *El objeto en los actos jurídicos.* Capítulos I y II.

MESSINEO, FRANCISCO. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Tomo III. Cap. I. Págs. 5 a 20.

ORGAZ, ARTURO. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales.* Lección Novena. Págs. 201 a 209.

CAPÍTULO DÉCIMO

LA RELACION JURIDICA

"La relación jurídica es un vínculo entre personas en virtud del cual una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada".

GIORGIO DEL VECCHIO

SUMARIO

I. CONCEPTO. II. ESTRUCTURA. III. ELEMENTOS. IV. TEORÍA DE HANS KELSEN. V. TEORÍA DE FRITZ SCHREIER.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. CONCEPTO

El Derecho no sólo regula las relaciones entre las personas jurídicas individuales y colectivas sino que él mismo es un complejo de relaciones jurídicas.

El concepto de relación jurídica es dado con la idea misma del Derecho, "así como la existencia de relaciones jurídicas concretas es una simple implicancia de la realidad de un orden jurídico dado" [1].

Según Giorgio del Vecchio, "la norma jurídica pone siempre en relación varias personas, de las cuales a una le corresponde una facultad o pretensión, y la otra tiene una obligación correlativa. La relación jurídica se puede, pues, definir como un vínculo entre personas, en virtud del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada. Admitamos que la relación jurídica tiene siempre un substrato real en las cosas y en las personas. El Derecho no crea los elementos o términos de la relación, sino que los encuentra ya naturalmente constituidos y no hace más que determinarlos y disciplinarlos: reconoce algo preexistente a lo que da o imprime su forma, fijando los límites de las exigibilidades recíprocas" [2].

[1] LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del Derecho*. Pág. 555.
[2] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho*. Págs. 400 y 401.

Por su parte, Luis Legaz y Lacambra define la relación jurídica como "un vínculo entre sujetos de Derecho, nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción" [3].

Para Antonio Bascuñán, profesor de la Universidad de Chile, la relación jurídica es "el vínculo entre dos sujetos surgido de la realización de un supuesto normativo y que coloca a uno de estos sujetos en calidad de sujeto activo frente al otro en calidad de sujeto pasivo en la realización de una prestación determinada. Por sujeto activo entendemos aquel facultado jurídicamente para exigir el cumplimiento de un deber, impuesto éste por una norma de Derecho. Sujeto pasivo es aquel que tiene un deber jurídico, es decir, está obligado a cumplir la exigencia impuesta por la norma jurídica" [4].

II. ESTRUCTURA

La relación jurídica se expresa en la fórmula siguiente: dado un hecho con su determinación temporal debe ser la prestación por un sujeto obligado frente a un sujeto pretensor.

La relación jurídica corresponde a la norma secundaria de Hans Kelsen y a la endonorma de Carlos Cossio.

III. ELEMENTOS

Los elementos de la relación jurídica, según Luis Legaz y Lacambra, son los siguientes: la norma, la persona, el hecho condicionante, la correlatividad de situaciones jurídicas, la prestación y la sanción [5].

Analizaremos en detalle estos elementos:

a) Para que exista relación jurídica debe haber una norma jurídica positiva.

b) La relación jurídica se establece entre sujetos de Derecho y jamás entre personas y objetos o animales.

c) La relación jurídica se origina en un hecho condicionante o supuesto de hecho. La relación surge siempre con ocasión de un hecho de la naturaleza o de un acto de la voluntad del sujeto de Derecho. El hecho condicionante puede ser un hecho jurídico o un acto jurídico. El supuesto jurídico comprende tanto los sucesos o acontecimientos de la realidad como los estados o situaciones. El supuesto puede ser simple o complejo, según lo conforme una o varias circunstancias. Es frecuente que el antecedente normativo esté constituido

[3] LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del Derecho*. Pág. 555.
[4] ANTONIO BASCUÑÁN VALDÉS. *Introducción al Derecho*. Tomo III. Pág. 88.
[5] LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del Derecho*. Págs. 555 y siguientes.

por diversos elementos, cada uno de los cuales podría constituir por sí mismo la hipótesis respectiva.

d) Existe en la relación jurídica una correlatividad de situaciones jurídicas de facultad y deber. Desde el momento que dos personas se relacionan jurídicamente, sobre la una pesa una obligación cuyo cumplimiento es un derecho subjetivo de la otra.

e) La relación jurídica tiene lugar entre sujetos de Derecho y versa sobre algo que se les subordina por su valor de utilidad y que constituye el objeto de la misma. Este objeto puede ser determinada cosa o prestación humana. "Ahora bien, las cosas sólo entran como objeto de una relación a través de un hacer humano, por lo cual podemos decir que, en general, el objeto de las relaciones es una prestación (de hacer o de dar) la cual constituye para el sujeto pasivo el contenido del deber y para el sujeto activo el de su facultad o derecho subjetivo" [6].

f) La garantía de la relación radica en una sanción, cuya aplicación al sujeto pasivo, por los órganos estatales, puede promover el sujeto activo mediante una manifestación de voluntad reconocida como acto condicionante por el orden jurídico. La sanción comprende tanto la pena como la ejecución civil.

IV. TEORIA DE HANS KELSEN (1881-1973)

Para Hans Kelsen la relación jurídica es "una relación de hechos establecida por la norma de Derecho".

"La existencia de una relación jurídica entre el acreedor y el deudor significa que una determinada conducta del acreedor y una determinada conducta del deudor están enlazadas de modo específico en una norma de Derecho, de tal manera que la conducta de uno aparece en forma de facultad (una manifestación de voluntad dirigida al acto coactivo, cuya condición constituye), y la del otro en forma de obligación (la conducta contraria es otro supuesto del acto coactivo). Por eso la relación jurídica no es una relación entre personas, sino entre hechos. Se comprende que sólo interesen como propiedades jurídicas aquellas propiedades de los hechos que éstos poseen en relación a otros hechos por el puesto que ocupan en la norma de Derecho. Compréndese igualmente que esas cualidades diferenciales sólo pueden poseerlas los hechos y no los sujetos o las personas, desde el momento que éstas no constituyen otra cosa que representaciones auxiliares para los fines del conocimiento, personificaciones que poseen esta propiedad única: la de ser expresión de la unidad de un complejo de normas jurídicas. Por eso se diferencian únicamente unas de otras, según que se trate de la personificación de la totalidad del orden jurídico o de personificaciones de órdenes jurídicos parciales. Por esta razón está de antemano condenado al fracaso el intento de

[6] Luis Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho*. Pág. 561.

diferenciar unos de otros los sujetos de Derecho, atendiendo a otras cualidades de los mismos" [7].

V. TEORIA DE FRITZ SCHREIER

La teoría de Hans Kelsen fue llevada a sus últimas consecuencias por Fritz Schreier, el cual la aplicó con gran rigor fundándose en la teoría fenomenológica de Edmundo Husserl (1859-1938). Al respecto plantea las siguientes consideraciones [8]: "las leyes fenoménicas del mundo real y las normas del Derecho son dispares y poseen distinta esfera y modo diverso de vigencia. La relación jurídica se constituye, pues, no entre realidades o hechos, sino entre los conceptos jurídicos específicos que integran la norma. La estructura de las relaciones jurídicas no depende de las leyes de hecho, sino de la norma de Derecho. La regulación jurídica consiste en el enlace normativo de ciertas consecuencias a determinados supuestos. La relación jurídica consiste en una relación hipotética normativa entre dos extremos: si se da A debe darse B. Ahora bien, la relación jurídica no es algo que se superponga a los dos extremos que conecta (supuestos-consecuencias), como algo adherido a posteriori a estos conceptos, sino que la relación y sus conceptos relacionados aparecen dados conjuntamente y primariamente por la norma, están lógicamente coordinados en ella. Así como, en otro orden, los conceptos de padre e hijo, los de causa y efecto, son sólo definibles en función de la relación que entre ellos media de modo esencial y primario; así también en el plano del Derecho, supuesto jurídico y consecuencia jurídica se dan indisolublemente unidos, relacionados en la norma, como elementos esenciales de la misma".

"Adviértase que la relación se constituye entre los conceptos de la norma y entre las realidades que están más allá de ella, las cuales pueden subsistir independientemente. Así, verbigracia, volviendo al ejemplo anterior, padre es un concepto relativo (a hijo) pero, sin embargo, una realidad independiente; así también las situaciones jurídicas que funcionan como supuestos y consecuencias, son conceptos esencialmente relacionados (o relativos uno a otro), pero pueden constituir hechos independientes en la esfera de la realidad".

"Como la relación jurídica —continúa Schreier— pertenece al tipo normativo, o sea está constituida por un deber ser (puramente formal, a diferencia por ejemplo del moral, que lo es también en cuanto a su contenido) requiere un sujeto y un objeto, esto es, una persona y una prestación. Supuesta, pues, cierta situación de hecho, una persona debe determinada prestación. Y lo específico del Derecho consiste en que dicha relación normativa, que, partiendo de un supuesto, media entre

[7] HANS KELSEN. *Teoría General del Estado*. Pág. 110.

[8] FRITZ SCHREIER. *Concepto y formas fundamentales del Derecho*. Págs. 89 a 125 y 162 a 176.

la persona (o sujeto) y la prestación, se da bajo una sanción para su incumplimiento. Los elementos relacionados en la norma jurídica son, pues, cuatro: situación de hecho, persona, prestación, sanción. Hay que recalcar, dice Schreier, que la relación jurídica es esencialmente una relación de carácter lógico, creada por la estructura de la proposición. La Ciencia jurídica hasta hoy dominante, solía atender únicamente a los conceptos absolutos de los hechos vinculados, esto es, a la realidad de la relación social, permaneciendo, en cambio, ciega —la mayoría de las veces— para la estructura lógico-formal de la relación".

"La noción de situación de hecho (Tatbestand) en el sentido de "supuesto jurídico", es uno de los conceptos básicos en cuyo estudio ha de profundizar la nueva Ciencia pura del Derecho. Ante todo, puede establecerse la ley fundamental: "ninguna consecuencia jurídica, sin una situación de hecho; ninguna variación de una consecuencia jurídica, sin que se dé variación de la situación de hecho que le sirve de supuesto". Esta ley es, en lo jurídico, la análoga a la de causalidad en la naturaleza. Nace como juicio analítico, de la esencia de la relación".

"Las situaciones de hecho jurídicas se dividen en: A) independientes o completas; y B) dependientes o incompletas (parciales). Las segundas se subclasifican a su vez en: a) absolutamente dependientes, que son aquellas que por sí mismas no acarrean ningún efecto o consecuencia jurídica, sino sólo en cuanto se unen a otras —por ejemplo, la mora, que sólo puede concebirse fundida a otro hecho, la existencia de una deuda a plazo—; y b) relativamente dependientes, cuando por sí son susceptibles de aportar algunas consecuencias jurídicas; pero ciertas consecuencias las producen sólo en unión con otras situaciones (por ejemplo, la tradición de la prenda: la tradición por sí produce ciertos efectos, pero otros solamente en cuanto a tradición de la prenda). En este caso no se da fusión, sino enlace".

"El modo de fusión de dos o más situaciones de hecho puede ser: A) unilateral, esto es, de tal suerte que una situación produce por sí —sin necesidad de unión con otras— ciertos efectos, pero no, en cambio, la segunda, la cual sólo acarrea consecuencias en cuanto que se funde con la primera. Tal es, verbigracia, la unión entre la situación de hecho del contrato y de la mora. El primero sin la segunda produce ciertos efectos, pero, en cambio, la segunda sin el primero no acarrea consecuencia ninguna; B) plurilateral o recíproca, cuando ninguno de los hechos unidos es por sí capaz de producir separadamente consecuencias jurídicas, sino sólo en cuanto está fusionado con el otro. En el primer caso tenemos fusión de una situación de hecho relativamente dependiente con otra absolutamente dependiente; en el segundo caso fusión de dos situaciones absolutamente dependientes entre sí de modo recíproco".

"Como se dijo ya, cuando las que se unen son dos situaciones relativamente dependientes, no se da fusión, sino enlace".

"Las situaciones de hecho, en cuanto a sus relaciones entre sí, pueden, además, ser clasificadas en: A) Compatibles, o sea aquellas que

enlazadas suman sus efectos o fundidas producen, además, otras nuevas; B) Incompatibles, es decir, aquellas que al juntarse producen el aniquilamiento de la situación compleja o compuesta; por ejemplo, la condición resolutoria, que al unirse a otra situación la aniquila. (Adviértase que esta incompatibilidad es puramente jurídica; no implica contrasentido lógico ni imposibilidad física). Las situaciones incompatibles pueden, a su vez, clasificarse en: a) absolutamente incompatibles, que son aquellas que no pueden ejercer otra situación más que la aniquiladora, sea cual fuere la otra situación de hecho a la cual se unan; por ejemplo, la renuncia, la revocación, el disentimiento, etc.; y b) relativamente incompatibles, que son las que tienen una significación jurídica propia, pero que en unión de otras las aniquilan; verbigracia, la muerte crea relaciones de derecho sucesorio, pero aniquila o destruye las penales".

"Siguiendo este método formal-fenomenológico, Schreier continúa estableciendo clasificaciones y distinciones sobre las situaciones de hecho, pasando después a las consecuencias jurídicas. Basta con lo relatado para que el lector cobre idea de los nuevos horizontes abiertos a este tema por la labor de Schreier y de los demás autores que laboran en una dirección análoga" [9].

[9] Giorgio del Vecchio y Luis Recaséns Siches. *Filosofía del Derecho*. Tomo I. Págs. 391 a 393.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es la relación jurídica?*
2. *¿Cuál es la estructura de la relación jurídica?*
3. *¿Cuáles son los elementos de la relación jurídica?*
4. *¿Qué diferencias fundamentales considera Ud. que existen entre las teorías de Giorgio del Vecchio, Luis Legaz y Lacambra y Hans Kelsen respecto de la relación jurídica?*
5. *Analice cinco artículos de la Constitución Política de Chile, del Código Civil de Chile y del Código Penal de Chile y determine y explique la relación jurídica existente en ellos.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

ALEXANDROV, N. G. *y otros*. *Teoría del Estado y del Derecho*. Capítulo XIV. Págs. 317 a 343.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Quinta Parte. Capítulo IV. Págs. 265 a 273.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. *Manual Introducción al Derecho*. Tomo III. Sexta Parte. Letra C. Págs. 88 a 124.

CARNELUTTI, FRANCISCO. *Teoría General del Derecho*. Capítulo II. Págs. 143 a 204.

CASTRO BRAVO, FEDERICO DE. *Derecho Civil de España*. Tomo I. Parte Quinta. Capítulo II. Subcapítulos III y IV. Págs. 550 a 566 y subcapítulo VI. Págs. 600 a 616.

CESARINI SFORZA, WIDAR, *Filosofía del Derecho*. Capítulo IX. Págs. 173 a 188 y Capítulos XI y XII. Págs. 209 a 250.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho*. Parte Sistemática. Sección 1ª. Págs. 391 a 416.

DEL VECCHIO, GIORGIO y RECASÉNS SICHES, LUIS. *Filosofía del Derecho*. Tomo I. Capítulo XVIII. Págs. 387 a 436.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho*. Tercera Parte. Capítulo XXI. Págs. 295 a 314.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Introducción al Derecho*. Cuarta Parte. Capítulo único. Págs. 203 a 242.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*. Capítulo VIII. Nº 2. Págs. 112 a 120.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Segunda Parte. Capítulo VII. Nºs 2 y 3. Págs. 528 a 560.

MERKEL, ADOLFO. *Enciclopedia Jurídica*. Parte General. Capítulo II. Págs. 102 a 176.

MORINEAU, OSCAR. *El estudio del Derecho*. Capítulo XVII. Págs. 489 a 516.

MOUCHET, CARLOS Y ZORRAQUIN BECÚ, RICARDO. *Introducción al Derecho*. Primera Parte. Capítulo IV. Págs. 87 a 107.

ORGAZ, ARTURO. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales*. Lección Décima. Págs. 215 a 230.

ROMANO, SANTI. *El Ordenamiento Jurídico*. Capítulo I. Nºs 18 y 19. Págs. 157 a 169.

SCHREIER, FRITZ. *Concepto y formas fundamentales del Derecho*. Primera Parte. Capítulos IX y X. Págs. 89 a 125. 2ª Parte. Capítulos IV, V y VI. Págs. 162 a 176.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA CONSECUENCIA JURIDICA

"Las sanciones son establecidas por el orden jurídico para provocar cierta conducta humana que el legislador considera deseable".

HANS KELSEN

SUMARIO

I. CONCEPTO. II. ELEMENTOS. III. EL HECHO ILÍCITO. IV. LA SANCIÓN.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. CONCEPTO

En la vida social lo normal es que los hombres cumplan las normas jurídicas espontáneamente. De esta manera existe acatamiento de los deberes jurídicos y la norma se satisface con la relación jurídica.

Excepcionalmente los hombres no actúan en la forma prescrita por las normas jurídicas y para este supuesto el Derecho establece consecuencias jurídicas.

El supuesto jurídico es la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma jurídica.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza del vínculo que une los supuestos y las consecuencias normativas. Algunos autores lo comparan al nexo que existe en la naturaleza entre las causas y los efectos y otros consideran que la consecuencia jurídica debe en todo caso enlazarse a la realización del supuesto de hecho; puede ocurrir que aquélla no se produzca.

La consecuencia jurídica puede ser definida como la sanción que debe imponerse a un sujeto cuando se realiza la hipótesis prevista por la norma jurídica.

II. ELEMENTOS

Los elementos de la consecuencia jurídica son el hecho ilícito y la sanción.

III. EL HECHO ILICITO

1. CONCEPTO. Según Hans Kelsen (1881-1973), el hecho ilícito es "la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito".

"Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay mala in se, sino solamente mala prohibita. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito".

"Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría Pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico".

"Para la Teoría Pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho; tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción" [1].

IV. LA SANCION

1. CONCEPTO. Las normas jurídicas enlazan determinadas consecuencias al incumplimiento de los deberes que el derecho objetivo impone. Entre ellas una de las más características es la sanción.

[1] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Págs. 87 a 88.

La sanción puede ser definida como "la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado" [2].

La sanción no es la única consecuencia que puede derivar del incumplimiento de las normas jurídicas. Existen otras que no tienen el carácter de sanciones, entre las cuales podemos mencionar, siguiendo a Eduardo García Maynez, las siguientes:

a) El deber, impuesto a ciertos órganos estatales, de aplicar las sanciones señaladas en los preceptos jurídicos. En las épocas primitivas, cada titular de facultades jurídicas debía velar por la conservación de éstas, y se consideraba autorizado para usar la fuerza física en defensa de las mismas. Pero cuando la autodefensa es proscrita y el poder público conoce el ejercicio de la función jurisdiccional, la imposición de las sanciones queda entregada a órganos especiales.

El deber de sanciones al infractor de una norma jurídica es una consecuencia de la infracción, pero no es una sanción.

b) El hecho antijurídico condiciona a veces la existencia de determinados derechos en favor del agraviado. Este es el caso, por ejemplo, de la legítima defensa. Este derecho es una consecuencia jurídica de la infracción, pero no es una sanción.

c) Otro caso en el cual el incumplimiento de la norma da nacimiento a consecuencias jurídicas distintas de la sanción es el de la rescisión de un contrato por causas imputables a una de las partes.

2. CLASIFICACIÓN. Las sanciones que establecen las normas jurídicas pueden ser clasificadas desde muy diversos puntos de vista.

Siguiendo a Eduardo García Maynez [3], consideramos que el estudio de las relaciones que median entre el contenido de la sanción (relativamente a quien la sufre) y el deber jurídico cuya inobservancia le da origen constituye el mejor criterio para una clasificación de las sanciones jurídicas.

Las dos posibilidades con que nos encontramos son las de coincidencia y no coincidencia.

A) *Sanciones de coincidencia con la prestación.* Cuando el contenido de la sanción coincide con el de la obligación condicionante, estamos ante el caso del cumplimiento forzoso, que es el más frecuente en el Derecho privado. El consiste en exigir la observancia de la norma incumplida, apercibiendo al sancionado de que, si no cumple, se le aplicará la sanción de un modo violento.

Conviene insistir en que la obligación de aplicar una sanción a la persona que ha faltado a la observancia de una norma, no ha de confundirse con los deberes que, a través del acto sancionador, son impuestos a aquélla.

B) *Sanciones de no coincidencia con la prestación.* a) Algunas veces no es posible conseguir el cumplimiento de una obligación, pero

[2] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho.* Pág. 295.
[3] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho.* Págs. 300 a 305.

existe la posibilidad de exigir al obligado que realice una prestación equivalente a la que dejó de cumplir. La sanción tiene entonces como fin asegurar al sujeto que ha sido víctima del acto una indemnización por los daños y perjuicios sufridos;

b) No siempre es posible exigir coactivamente el cumplimiento, ni encontrar un equivalente económico adecuado. Por otra parte, la violación tiene, en ocasiones, tanta gravedad, o amenaza a la sociedad de tal modo, que la indemnización resulta insuficiente. Así encontramos la tercera forma de sanción, que es el castigo.

Al declarar que el castigo es una forma de sanción jurídica no nos referimos solamente a la sanción penal —que estudiaremos en capítulo aparte— sino a todas aquellas sanciones cuya finalidad no consiste en lograr coactivamente el cumplimiento de un deber jurídico, ni en conseguir determinadas prestaciones económicas equivalentes a los daños y perjuicios sufridos; por ejemplo, las diversas formas de nulidad, las multas, etc.

Las referidas son las formas simples de las sanciones jurídicas. Junto a éstas existen las mixtas o complejas que, como su denominación lo indica, resultan de la combinación de las primeras. Hay varias combinaciones posibles, a saber: cumplimiento más indemnización; cumplimiento más castigo; indemnización más castigo; cumplimiento más indemnización y más castigo.

El caso de las sanciones mixtas no debe ser confundido con el de la acumulación de sanciones. Aquéllas son consecuencia de una sola violación; en cambio la acumulación supone la existencia de varios hechos violatorios cometidos por una sola persona.

3. La sanción premial. Generalmente cuando se habla de sanción se hace referencia a las consecuencias que se derivan de la infracción de una norma, como la pena o la ejecución forzada.

Sin embargo hay autores como Francisco Carnelutti, Angelo de Matlia y otros que consideran que las sanciones jurídicas son las consecuencias inherentes al cumplimiento o incumplimiento de la ley. Ellas se concretan en el bien o recompensa que sigue a la obediencia de la ley, o en las medidas reparatorias o de reafirmación establecidas para el caso de transgresión. Fundados en estas consideraciones trataron de estructurar un Derecho premial, con función principalmente preventiva y como un incentivo para hacer cumplir determinadas conductas convenientes para la sociedad. Ejemplos de sanciones premiales serían el ascenso, el aumento de sueldo, la consideración, la pensión de gracia, las primas económicas, el galardón, etc.

Por nuestra parte consideramos que es efectivo que el Derecho opera ofreciendo premios y recompensas para fomentar el cumplimiento de las normas jurídicas, pero ellas no constituyen sanciones. Estas medidas son únicamente consecuencias jurídicas que, en vez de traducirse en deberes, implican facultades. La realización del acto meritorio faculta al sujeto para reclamar una recompensa, a la vez que obliga a ciertos órganos a otorgarla.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es la consecuencia jurídica?*
2. *¿Cuáles son los elementos de la consecuencia jurídica?*
3. *¿Qué es el hecho ilícito?*
4. *¿Qué es la sanción jurídica?*
5. *¿Cómo se clasifican las sanciones jurídicas?*
6. *¿En su concepto, existen las sanciones premiales?*
7. *¿Qué diferencias fundamentales existen entre la teoría tradicional y la Teoría Pura del Derecho respecto del concepto de hecho ilícito?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho.* Parte Sistemática, Sección Primera. Págs. 356 a 364.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al estudio del Derecho.* Capítulo XXI. Págs. 295 a 316.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulo V. Págs. 88 a 90.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Capítulo V. Págs. 184 a 193.

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

EL DELITO PENAL

"El primer paso de la acción punitiva, la detención, no puede obedecer al capricho, sino que debe respetar las normas jurídicas. No es admisible que aún el hombre más culpable pueda ser detenido arbitrariamente y desaparecer sin más en una prisión. Enviar a una persona a un campo de concentración y mantenerla allí sin ningún proceso regular, es mofarse del Derecho".

PAPA PÍO XII

SUMARIO

I. DELITO Y SANCIÓN PENAL. II. DETERMINACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS. III. EL PRINCIPIO DE LA RESERVA O LEGALIDAD. IV. LAS LAGUNAS LEGALES Y LA ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL. V. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. VI. EL DELITO. VII. CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO. VIII. CONCEPTO DE DELITO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA. IX. DELITO PENAL Y DELITO CIVIL. X. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS PENALES. XI. TEORÍA DEL DELITO PENAL. XII. LA ACCIÓN. XIII. LA TIPICIDAD. XIV. LA ANTIJURIDICIDAD. XV. LA CULPABILIDAD. XVI. DELITO Y RESPONSABILIDAD PENAL. XVII. LAS ETAPAS DE DESARROLLO DEL DELITO. XVIII. LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL. XIX. LA LEGISLACIÓN PENAL DE CHILE.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. DELITO Y SANCION PENAL

El ordenamiento jurídico, para alcanzar su finalidad de justicia, protege determinados intereses socialmente relevantes que, al ser garantizados por el Derecho, adquieren la categoría de bienes jurídicos. La tutela de ellos se logra, fundamentalmente, a través de la conminación de una sanción y su real aplicación cuando la amenaza no es eficaz. La consecuencia jurídica que establece la ley será más o menos drástica, según sea el valor que le otorga el legislador al bien que desea proteger.

Sin embargo, en toda sociedad existen ciertos bienes jurídicos que poseen una trascendental y particular importancia y cuyo respeto es necesario para una ordenada y justa vida social, denominados por el profesor de la Universidad de Chile, Eduardo Novoa Monreal "bienes

jurídicos vitales" y su defensa "se constituye en una de las principales finalidades de la autoridad pública que rige la sociedad" [1].

La acción que pone en peligro o lesiona uno de estos bienes, es castigada con una pena, que es la más grave de las sanciones jurídicas. La necesidad de tutelar estos bienes y su amenaza con una pena, origina la institución del delito penal, cuya existencia se remonta a épocas primitivas, variando a través del tiempo su denominación y contenido.

Hay autores que combaten la idea de que la prohibición penal proteja los intereses fundamentales de la sociedad y del individuo, como la vida, honor, libertad, etc. Para ellos, el análisis histórico-social del problema demuestra lo contrario, puesto que en todas las sociedades no se concede protección a los mismos intereses y tampoco el orden jerárquico de éstos es igual. Las sociedades expresarían su tutela de acuerdo a lo que interesa a las clases sociales y, específicamente, a lo que interesa a la clase dominante. El bien jurídico fundamental no surgiría de la naturaleza misma de las personas o del Derecho Natural, sino que sería el resultado del enfrentamiento de las clases sociales en conflicto.

II. DETERMINACION DE LOS BIENES JURIDICOS

La determinación de los bienes jurídicos que deben ser protegidos por la sanción penal, depende de una pluralidad de factores políticos, sociales, económicos, etc. Ella es una tarea valorativa que le corresponde al legislador en cada momento histórico, constituyendo como delitos aquellas acciones socialmente relevantes. La selección debe ser constante y dinámica, exigiendo un adecuado conocimiento de la realidad. Con razón, Giuseppe Bettiol dijo que "pocas disciplinas jurídicas como el Derecho Penal están tan influidas por el contenido de las concepciones dominantes, es decir, por el conjunto de elementos que determina la "atmósfera cultural" del momento histórico en que la norma se origina" [2].

Así, por ejemplo, en las últimas décadas se ha elaborado el concepto de delito económico, como consecuencia de la intervención cada vez mayor del Estado en la economía de un país.

Entre los bienes jurídicos más importantes, protegidos por la mayoría de los códigos penales, encontramos la vida, la integridad física, el honor, la libertad, el patrimonio, la seguridad del Estado, la moralidad y fe públicas, etc.

Por su parte, el artículo 1° de las Bases de la Legislación Penal de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas establece que "la Le-

[1] EDUARDO NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Tomo I. Pág. 217.

[2] WALDO DEL VILLAR BRITO. *Cien años de legislación penal codificada de Chile*. Pág. 364.

gislación penal de la U.R.S.S. y de las repúblicas federadas tiene como finalidad la defensa del régimen social y estatal soviético, de la propiedad socialista, de la persona y de los derechos de los ciudadanos y de todo el orden jurídico socialista contra los atentados criminales" [3].

III. EL PRINCIPIO DE LA RESERVA O LEGALIDAD

Los hombres que viven en sociedad deben conocer con certeza sus derechos y obligaciones y, por sobre todo, aquello que les está permitido y prohibido. El Derecho no puede exigir el cumplimiento de sus normas si las personas no saben cuáles son sus deberes. Por otra parte, la pena para lograr una finalidad de prevención e inducir a los individuos a un comportamiento jurídico, requiere ser conocida claramente. Las anteriores consideraciones originan en el Derecho Penal liberal el apotegma "nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege" (no hay delito sin ley; no hay pena sin ley). De acuerdo a este principio, la ley es la fuente exclusiva para establecer los delitos y las penas, y todo aquello que no está descrito en la ley como delito no puede ser castigado de tal.

El principio de la reserva o legalidad que garantiza la libertad, impidiendo la creación judicial de delitos, tiene sus raíces en el Contrato Social de Rousseau. En el siglo XVIII, César Beccaría Bonesana, Marqués de Beccaría, en su famoso libro "De los delitos y de las penas", escribió: "Sólo las leyes pueden decretar penas para los delitos, y esta autoridad no puede residir más que en el legislador" [4]. Anselmo Von Feuerbach otorgó a este postulado jurídico-político una significación científica.

En consecuencia, el Estado no puede castigar una conducta que no está descrita ni penada por la ley, cimentándose una doble garantía: por una parte, todas las personas conocen el ámbito de lo permitido y prohibido y, por la otra, el delincuente no puede ser castigado más que por las acciones legalmente descritas y sólo con la pena correspondiente. Siguiendo esta idea, Franz von Liszt (1851-1919), llamó al Código Penal, la "Carta Magna del Delincuente" [5].

La exclusividad de la ley como fuente de delitos y penas se incorporó en la mayoría de las constituciones políticas y códigos penales de los siglos XIX y XX, aunque sufrió serio menoscabo en la Alemania de Hitler.

El riguroso apego al principio de la legalidad condujo a algunos a propiciar la no interpretación de la ley penal. El liberalismo mira con recelo la función del Juez y desea que éste se mantenga estrechamente vinculado al Derecho escrito, para impedir cualquiera arbitra-

[3] *Bases de la Legislación Penal, Organización Judicial y del Procedimiento Criminal de la U.R.S.S.* Pág. 3.
[4] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 98.
[5] Luís Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 98.

riedad. Los comentarios y observaciones al Código Penal Bávaro de 1813-1814, se oponían taxativamente a todo otro comentario y se mandaba a los profesores de las universidades a atenerse a aquéllos [6]. Imbuido por este pensamiento, el Código Penal de Chile establece una fijación aritmética de las penas.

IV. LAS LAGUNAS LEGALES Y LA ANALOGIA EN EL DERECHO PENAL

El principio de la legalidad implica, también, la irrelevancia de algunas fuentes de Derecho de importancia en otras áreas jurídicas. En el Derecho Penal no existen lagunas legales que puedan ser integradas recurriendo a la analogía, la equidad o los principios generales del Derecho. Toda acción que no está establecida legalmente con una pena, es impune.

Esta moderna conquista ha sufrido duros ataques de regímenes políticos autoritarios que consideran al Derecho instrumento al servicio de la dictadura. Ellos han permitido castigar, aun a falta de texto legal, acudiendo a la analogía.

A) *La analogía en la Alemania Nacionalsocialista.* "El nacionalsocialismo creó un Derecho penal voluntarista para una comunidad de raza y de sangre. Pretendía atrapar la voluntad criminal dondequiera que se halle y es lógico que no deseare someterse a leyes tasadas" [7]. Esta concepción condujo, como es obvio, a las aberraciones legislativas más grandes e inhumanas. Ejemplo de ello son las Leyes de Nuremberg de 1935, promulgadas para mantener la pureza de la sangre alemana. Ellas prohibieron los matrimonios entre judíos y ciudadanos de sangre alemana, sancionándolos con trabajos forzados.

Muy pronto, el principio "nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege", fue reemplazado por el de "nullum crimen sine poena" (no hay delito sin pena). La ley del 28 de junio de 1935, reformó el Código Penal del Imperio de 1871, señalando: "será castigado quien cometiere una acción que la ley declara punible, o que merezca pena según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo alemán. Si para el hecho no encontrare inmediata aplicación ninguna ley penal determinada, tal hecho será castigado según aquella ley cuyo concepto fundamental esté más próximo al hecho" [8]. Justificando el quebrantamiento del principio liberal, el Ministro de Justicia del III Reich, Gürtner, decía: "Un Derecho Penal que se conforme con penar únicamente al que viole una prescripción consignada por escrito en un texto de la ley, no puede realizar sino de un modo muy relativo las necesidades de la justicia. Un Derecho

[6] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 100.
[7] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 134.
[8] Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal.* Tomo I. Págs. 97 y 98.

así concebido determina, de modo necesario, la abdicación del juez cuando el legislador ha dejado una laguna o cuando el espíritu inventivo del delincuente ha descubierto, para delinquir, nuevas vías no previstas por la ley. El legislador no puede preverlo todo porque no es omnisciente y omniprevisor. Un acto digno de castigo no puede quedar impune por la sola razón de que la ley sea incompleta" [9].

Afortunadamente, esta legislación nazi fue derogada por ley del Consejo de Control, al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

B) *La analogía en la Unión Soviética.* Al triunfar la revolución bolchevique, fueron derogadas las leyes del Zar y, para impedir la contrarrevolución, se consideró necesario juzgar de acuerdo a la "conciencia revolucionaria" y al respecto se dictaron diversas leyes de reforma. La parte III del artículo 3º de los Principios Fundamentales de la Legislación Penal de 1924 estableció que cuando algún acto socialmente peligroso no estuviese expresamente previsto en la legislación penal, el fundamento y la extensión de su responsabilidad, así como las medidas de sanción penal, podían ser determinados por el tribunal por analogía con los artículos de los códigos penales que preveían los delitos más semejantes en cuanto a la importancia y el género [10].

La incorporación de la analogía en la URSS socavó, durante un tiempo, el principio de la reserva, aunque el Juez no tenía completa libertad para crear delitos, porque debía aplicar al hecho no previsto la descripción legal más similar. Este Derecho Penal, como se observa, se fundó en la defensa social, no admitiendo la posibilidad de lagunas legales.

Felizmente las autoridades soviéticas modificaron esta disposición y "las bases de la legislación penal de la Unión Soviética" de 1958, excluyeron la analogía, al definir el delito como la "acción socialmente peligrosa, prevista por la ley penal" [11]. El jurista soviético L. Smirnov, comentando la nueva legislación, expresó que el instituto de la analogía no tuvo vasta aplicación en la práctica forense [12].

V. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

La ideología liberal elevó a postulado fundamental la irretroactividad de la ley penal, es decir, ella no se puede aplicar a los hechos anteriores a su vigencia. Este principio constituye una dimensión del "nullum crimen, nulla poena sine lege". En efecto, la seguridad jurí-

[9] Eduardo Novoa M. *Curso de Derecho Penal Chileno.* Tomo I. Pág. 116.

[10] *Bases de la legislación penal, organización judicial y del procedimiento criminal de la U.R.S.S.* Pág. 27.

[11] *Bases de la legislación penal, organización judicial y del procedimiento criminal de la U.R.S.S.* Pág. 5.

[12] *Bases de la legislación penal, organización judicial y del procedimiento criminal de la U.R.S.S.* Pág. 27.

dica y los derechos de las personas se derrumban si el legislador transforma lo lícito de ayer, en lo ilícito de hoy. En estas circunstancias, el hombre —que es racional y libre— no tiene la posibilidad de elegir conscientemente entre obedecer y desobedecer la norma, y el Derecho, por tanto, no puede reprochar una acción, so pena de transformarse en instrumento de injusticia.

La irretroactividad de la ley penal está reconocida en la mayoría de los países del mundo, y la "Declaración Universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas" de 1948, la acoge expresamente. El principio, no obstante, admite algunas excepciones cuando la ley posterior beneficia al delincuente.

La irretroactividad penal es desconocida con frecuencia por regímenes políticos que no respetan la dignidad del hombre. La purga de Roehm, de 1934, es un ejemplo de atrocidad que llama a los hombres a mantenerse en alerta permanente, para evitar los abusos de las dictaduras: "Hitler había decidido que ciertos elementos del partido nazi reunidos cerca de Roehm, eran un estorbo para su régimen. El procedimiento normal en una dictadura en un caso semejante hubiera sido ordenar simulacros de procesos seguidos de un fallo condenatorio y de ejecución. Sin embargo, el tiempo apremiaba, así que Hitler y sus socios emprendieron un viaje rápido hacia el sur durante el cual abatieron a balazos a cerca de cien personas. Regresando a Berlín, Hitler arregló prontamente la aprobación de una ley retroactiva que convertía estos asesinatos en ejecuciones legales. Después Hitler declaró que durante el asunto "la Suprema Corte del pueblo alemán consistía en él mismo", indicando así que según su manera de pensar, a las muertes con arma de fuego había acompañado una mera irregularidad de forma que consistía en el hecho que él portaba en su mano una pistola en vez de la vara de la justicia" [13].

Los principios de legalidad e irretroactividad están reconocidos en la Constitución Política de Chile.

La Constitución Chilena de 1828 ordenaba que "en ningún caso podrá tener la ley efecto retroactivo" [14]. La de 1925 establece que "nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada con anterioridad al hecho sobre que recae el juicio" (artículo 11). Esta disposición señala claramente que la ley debe estar promulgada antes del hecho que se va a juzgar (irretroactividad) y que aquel hecho debe estar fundado en la ley (legalidad). En Chile, por lo tanto, un hecho, aunque sea moral o socialmente reprobable, no puede ser castigado como delito si previamente una ley no lo describe y pena como tal.

A diferencia del Derecho Civil, en que la irretroactividad de la ley es un consejo para el legislador, en materia penal tiene carácter obligatorio, y frente a su violación se puede alegar su inaplicabilidad.

[13] LON L. FULLER. *La moral del Derecho*. Págs. 65 y 66.

[14] ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. Pág. 318.

El Código Civil de Chile plantea una interesante cuestión al establecer que "las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas" (artículo 9). Con frecuencia, a pretexto de interpretar una ley, en el fondo se altera sustancialmente la ley interpretada, dándole un nuevo sentido y alcance. En conformidad con el Código Civil, la ley interpretativa se entiende incorporada a la que interpreta. Si se dicta, por ejemplo, una ley penal que interpreta a otra anterior, ampliando una descripción delictiva de la ley interpretada ¿debe entenderse incorporada a la primera ley y aplicarse retroactivamente? La respuesta debe ser negativa. Sobre la ficción del Código Civil se encuentra una real garantía en la Constitución Política, que tiene preferencia.

Decíamos anteriormente que la irretroactividad penal admite algunas excepciones. Ello ocurre en dos situaciones: si después de cometido el delito se promulga otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplica una menos rigurosa, deberá conformarse a ella su juzgamiento. Si esta ley es dictada una vez ejecutoriada la sentencia, el tribunal de 1ª instancia deberá modificarla.

En conclusión, como acertadamente manifiesta Alfredo Etcheberry, profesor de la Universidad de Chile, el principio de la legalidad e irretroactividad "es algo más que una institución puramente jurídica: es en realidad la base de todo un sistema político que considera la libertad individual como el más elevado valor social"; y su desconocimiento "ha ido casi siempre unido al predominio político de sistemas que consideran más importantes otros valores: la lucha de clases, la defensa de la raza, la comunidad nacional, etc. El Derecho Penal (como todo el Derecho, en general), se concibe entonces como un arma más al servicio de esos ideales u objetivos sociales, y no como un sistema de protección a la libertad y demás valores jurídicos del individuo" [15].

VI. EL DELITO

Hemos señalado que delito es la acción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico de importancia y a la cual se le asigna una pena, todo ello establecido por la ley.

Se hace necesario, sin embargo, llegar a un concepto técnico que nos permita comprender la esencia misma de este hecho ilícito.

El delito es una institución jurídica, social y filosófica que admite ser definido y estudiado desde diversas perspectivas. El olvido de esta verdad ha provocado múltiples confusiones, procurándose, en ciertas ocasiones, introducir al análisis jurídico del delito, principios y métodos propios de las ciencias de la naturaleza. La Escuela Positiva del Derecho Penal, hoy decaída, es un buen ejemplo.

[15] ALFREDO ETCHEBERRY. *Derecho Penal.* Tomo I. Pág. 60.

En consecuencia, cada rama del saber entrega su propia definición, válida dentro de su ámbito.

Las definiciones filosóficas están ligadas a los conceptos de Moral, Derecho Natural y Justicia. Una acción será delictiva en la medida que se oponga a alguno de estos valores y su calidad ilícita es anterior a la ley positiva, la cual tiene la obligación de castigar a estos hechos intrínsecamente delictuales.

Pellegrino Rossi (1787-1848) lo define como "la violación de un deber para con la sociedad o los individuos, exigible en sí y útil al mantenimiento del orden político, de un deber cuyo cumplimiento no puede ser asegurado más que por la sanción penal y cuya infracción puede ser apreciada por la justicia humana" [16]. Por su parte, Francesco Carrara (1805-1888), uno de los penalistas más notables de la historia, dice que el delito es "la infracción de la ley del Estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" [17].

Para la Escuela Positiva del Derecho Penal, el delito es un fenómeno natural y social producido por el hombre, el cual debe ser estudiado experimentalmente. Raffaele Garofalo (1851-1934), uno de sus seguidores, llega a la conclusión de que hasta los más terribles crímenes no fueron siempre, en todas las sociedades, constitutivos de delitos, y estudia si se ha seguido algún criterio para castigar determinados hechos como delitos. Encuentra un vínculo común en la ofensa de los sentimientos de piedad y probidad, y da su famosa definición del "delito natural", diciendo que "el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad" [18]. Este concepto fue impugnado en el mismo campo positivista por Enrico Ferri (1856-1929), quien lo critica, por dejar sin protección a otros sentimientos, como el pudor y la religión.

VII. CONCEPTO JURIDICO DE DELITO

Sin perjuicio de asignar a las definiciones anteriores un importante valor debemos tratar de determinar un concepto jurídico a la luz de los hechos que son sancionados por la ley.

Eugenio Cuello Calón manifiesta que el delito es "la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena" [19]. En forma semejante,

[16] Eduardo Novoa. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Pág. 219.

[17] Francesco Carrara. Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa. Parte general. Volumen I. Pág. 41.

[18] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito*. Pág. 204.

[19] Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal*. Tomo I. Pág. 146.

el Código Penal de Chile, determina que "es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley" (artículo 1º). Estas definiciones, que pueden ser calificadas de formales, son insuficientes. Ellas no señalan cuáles son las características comunes que presentan las acciones penadas. Por consiguiente, para lograr una solución satisfactoria, debemos determinar los elementos esenciales por los hechos delictivos.

El primer paso importante en este sentido fue dado por el penalista alemán Franz von Liszt, quien expresa que el delito es "el acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena"[20]. Para este jurista, el Derecho sólo puede castigar las acciones realizadas con dolo o culpa y susceptibles de un reproche. Posteriormente, Ernst von Belling (1866-1932) en el año 1906, introduce al concepto de delito el elemento "tipicidad", que adquirirá una extraordinaria importancia en todo el fenómeno delictivo. Como producto de la elaboración doctrinaria contemporánea, la mayoría de los juristas coinciden hoy en afirmar que el delito es la acción típica, antijurídica y culpable.

VIII. CONCEPTO DE DELITO EN LA LEGISLACION CHILENA

Formalmente, la definición del Código Penal de Chile no coincide con la desarrollada por la ciencia penal. Sin embargo, una interpretación profunda y sistemática conduce a una completa correspondencia. En efecto, los elementos "tipicidad" y "antijuridicidad" no son manifestados exprèsamente, pero ellos se desprenden de la frase "penada por la ley", porque en nuestro país sólo se castigan aquellas acciones descritas legalmente y contrarias al ordenamiento jurídico. Eduardo Novoa, en cambio, rechaza esta posición, alegando que ella es una pretensión excesiva que implica extremar en forma inadmisible la elasticidad de la ley[21].

IX. DELITO PENAL Y DELITO CIVIL

Hasta el momento nos hemos referido exclusivamente al delito penal, o sea, a aquella acción sancionada legalmente con una pena. Este hecho ilícito no puede ser confundido con el llamado delito civil. Este último es también una acción ilícita, pero no se castiga con una pena, sino que da origen a la indemnización de perjuicios. El delito civil existe solamente cuando se produce un daño. Por esta razón, el Derecho Civil atiende al daño causado y exige una indemnización para resarcir el menoscabo patrimonial. Por el contrario, la existencia del delito penal no requiere la producción de un daño, como ocurre por ejemplo con el delito frustrado. Por otra parte, el delito penal debe

[20] ALFREDO ETCHEBERRY. *Derecho Penal.* Tomo I. Pág. 147.
[21] EDUARDO NOVOA M. *Curso de Derecho Penal.* Tomo I. Págs. 232 y 233.

estar legalmente descrito; en cambio, para la existencia del hecho ilícito civil es suficiente que haya daño. De la circunstancia de que la existencia del delito penal y del delito civil dependa de factores diferentes, se originan tres posibilidades distintas:

a) Un hecho ilícito puede ser, a la vez, delito penal y delito civil. Esta hipótesis se da cuando la acción ilícita causa un daño y está penada por la ley, por ejemplo el homicidio, las lesiones, hurto, etc. Por esta razón, si se comete un delito penal que causa un daño, se puede exigir al culpable una indemnización;

b) Un hecho ilícito puede ser delito penal y no ser delito civil. Así sucede cuando la acción está penada por la ley, pero no causa un daño patrimonial, por ejemplo, el delito frustrado, la tentativa, etc.; y

c) Un hecho puede ser delito civil y no penal. Esta última posibilidad aparece cuando el hecho ilícito causa un daño, pero no está penalmente castigado; por ejemplo, la ingratitud del donatario, las causales de desheredamiento, por ejemplo, constituyen sólo delitos civiles.

X. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS PENALES

El concepto genérico de delito penal admite diversas clasificaciones, siendo las más importantes:

A) *Según la gravedad.* El Código Penal de Chile señala que "los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21" (artículo 3); esta división es aplicable también a los delitos culposos, erróneamente llamados por nuestro Código, "cuasidelitos".

El sistema admitido en Chile recibe el nombre de "tripartito", al distinguir tres clases de delitos. Otros países, como España por ejemplo, aceptan el sistema "bipartito", dividiendo las acciones antijurídicas en delitos y contravenciones.

La distinción tripartita es meramente arbitraria porque no atiende a la gravedad intrínseca de la acción, sino que la calificación depende de la pena asignada por el legislador.

No obstante, la clasificación posee utilidad, pues sirve para determinar, por ejemplo, la prescripción de la acción penal y las medidas de seguridad aplicables al enajenado mental;

B) *Según el bien jurídico protegido.* La prohibición penal tiene por finalidad proteger diversos bienes jurídicos que reciben el nombre de objetos jurídicos del delito. Generalmente, los Códigos ordenan los delitos en consideración a la naturaleza del bien jurídico garantizado. De esta manera, se habla de delitos contra las personas, contra el patrimonio, etc.

El bien jurídico adquiere también importancia en la interpretación de la descripción legal;

C) *Según el objeto y la finalidad.* La unión de ambas ideas origina la distinción entre delitos comunes y delitos políticos. La doctrina reclama un trato más benigno de los últimos, teniendo presente el idealismo y altruismo de los que los cometen. Recogiendo esta idea, el Código Bustamante rechaza la extradición de la persona que ha ejecutado un delito político, aun cuando el Estado solicite la extradición bajo pretexto de juzgar y condenar a una persona por un delito común, porque se sabe que desea en realidad castigarlo por un delito político.

Doctrinariamente se discute el criterio que debe regir la distinción entre delito común y delito político. El debate tiene consecuencias prácticas de gran proyección. Con frecuencia, bajo supuestos fines políticos, se cometen delitos comunes aberrantes, que la autoridad debe reprimir con energía cuando lesionan los derechos fundamentales de la persona humana. El respeto y defensa de estos últimos no admite excepción alguna, cualquiera sea la justificación que se pretenda dar.

Para algunos, como Emile Garraud, el carácter político de un delito depende de la naturaleza del derecho lesionado. Es infracción política la acción que pretende modificar o destruir el orden político y constitucional del Estado [22].

La teoría subjetiva, por su parte, hace radicar la distinción en la finalidad perseguida. Habrá delito político cuando el sujeto es guiado por un móvil político. Por consiguiente, aun los delitos comunes pueden transformarse en políticos. Será delito político el secuestro de un niño de corta edad por un grupo de guerilleros, para obtener una recompensa que se utilizará en la compra de armas para destruir el régimen político imperante.

Finalmente, la teoría mixta aúna los criterios objetivo y subjetivo, exigiendo copulativamente la puesta en peligro o lesión del orden político y el móvil idealista. Es éste el criterio que acogemos;

D) *Según su calidad.* Desde antiguo se han distinguido las acciones intrínsecamene malas ("mala in se") y las acciones que son malas porque han sido prohibidas ("mala quia prohibita"). Las primeras serían "delitos naturales", en contraposición a los "delitos artificiales", de mera creación legislativa. Las acciones "mala in se" infringen principios perennes, anteriores al Derecho positivo y que éste debe acoger. Los delitos artificiales responden a una voluntad política que depende de las necesidades propias de cada sociedad.

Aunque la clasificación ha merecido reparos, debemos reconocer que algunas prohibiciones penales protegen derechos que son inherentes a la persona humana y que el Poder legislativo no puede desconocer. La defensa de la vida, por ejemplo, se remonta al Decálogo, que preceptúa "no matarás". El concepto de delito natural, además de marcar un límite a la creación legislativa, es útil para analizar críticamente el catálogo de delitos que contemplan los códigos penales y las leyes

[22] Eduardo Novoa M. *Curso de Derecho Penal.* Tomo I. Pág. 253.

especiales. No debemos olvidar, sin embargo, las exigencias del principio de la reserva o legalidad, que comentamos anteriormente;

E) *Según el instante de su descubrimiento.* Este criterio permite distinguir los delitos flagrantes de los no flagrantes. Los primeros son aquellos sorprendidos en el momento de su comisión. Por regla general, nadie puede ser detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley. Excepcionalmente se permite la detención del autor de un delito flagrante, sin orden competente, para el único objeto de ser conducido ante el Juez;

F) *Según la acción que se conceda para perseguirlos.* La ley concede una acción penal pública para perseguir la mayoría de los delitos, ejercitándola a nombre de la sociedad para obtener el castigo del culpable, y puede utilizarla toda persona capaz de comparecer en juicio. Así, se habla de delitos de acción pública (homicidio, lesiones, etc.). Excepcionalmente, determinados delitos sólo pueden ser perseguidos por el ofendido o su representante legal, llamándose a ellos delitos de acción privada (adulterio, injuria o calumnia, etc.).

Por último, encontramos los delitos de acción mixta, exigiendo la ley, para que se inicie el proceso penal contra el responsable, el consentimiento del ofendido, pero una vez manifestado, continúa su tramitación de oficio por el Tribunal, y el perdón del afectado no extingue la responsabilidad penal (violación, rapto, etc.).

XI. TEORIA DEL DELITO PENAL

El delito tiene una existencia compleja. Intelectualmente, podemos distinguir en él diversos elementos, y el estudio de cada uno de ellos —sin perder de vista su carácter indisoluble— permite evitar el confusionismo y comprender mejor su estructura. No han faltado autores que han protestado de estos distingos, alegando que constituyen una atomización del delito. Estas afirmaciones generalmente han ido unidas a intentos de transformar el delito en instrumento del totalitarismo. De esta manera, el estudio analítico del hecho delictivo permite escapar, como expresa Luis Jiménez de Asúa, de la tiranía política [23].

En concordancia con la definición jurídica del delito, analizaremos en los párrafos siguientes sus cuatro elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

XII. LA ACCION

A) *Concepto.* Las prohibiciones y mandatos del Derecho solo no pueden dirigir a acciones capaces de perseguir un fin. En conse-

[23] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 208.

cuencia, la ley no puede pretender sancionar procesos causales en que no ha intervenido la voluntad humana.

La historia demuestra que esta idea fundamental no ha sido siempre respetada. En los pueblos antiguos, la responsabilidad penal se apoyó en la objetividad del daño causado, permitiéndose castigar a las cosas inanimadas y a los animales. Darío, por ejemplo, ordenó azotar al océano por haber destruido las naves de su escuadra.

El profesor de la Universidad de Chile Enrique Cury define la acción como "la conducta del hombre dirigida conscientemente a un fin" [24]. Por consiguiente, en la acción encontramos, por una parte, el comportamiento corporal externo y, por la otra, la finalidad de ella, o sea, la voluntad de realización del fin que se propone el individuo.

El concepto de acción, no es un tema sencillo en el Derecho Penal. En nuestros días, los estudiosos del fenómeno delictivo se adscriben, principalmente, a la teoría causalista de la acción o a la teoría finalista, cada una de ellas con consecuencias prácticas y metodológicas diferentes.

B) *Teoría causalista de la acción.* Influenciada por el positivismo imperante en la filosofía y la ciencia del siglo pasado, la teoría causalista afirma que la acción es un mero proceso causal desencadenado por la voluntad en el mundo exterior, sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o lo podía prever. La acción es enteramente objetiva, ajena a la finalidad que persigue. La voluntad que se exige en la acción, tiene un reducido valor, y sólo es útil para distinguir aquellos hechos en que el hombre actúa impulsado por una fuerza mecánica o fisiológica.

Esta concepción fue desarrollada, entre otros, por Franz von Liszt, Ernst von Beling y Gustavo Radbruch (1878-1949), y tuvo una vasta acogida, por responder a las ideas en apogeo y por su aparente claridad, libre de confusiones. En efecto, el positivismo jurídico pretende huir de la metafísica y sólo desea estudiar lo observable, a través de métodos empíricos. En este sentido, la acción causalista es perceptible sin necesidad de recurrir a algún contenido subjetivo. Por otro lado, los causalistas se enorgullecen de la ventaja sistemática de una teoría: lo objetivo pertenece a la acción, y lo subjetivo, es decir, la relación anímica del agente con su acto, es estudiado en el elemento de la culpabilidad. Siguiendo estas ideas, Eduardo Novoa enfoca la acción "descriptivamente, como puro fenómeno natural, y que consiste en un comportamiento exterior del hombre, positivo o negativo" [25] y a ella no se le debe mezclar ningún concepto valorizado, pues con ello "la recargaríamos de antemano con los atributos que constituyen los demás elementos del delito e introduciríamos una confusión metodológica que oscurecería los deslindes de cada uno de esos elementos" [26].

[24] ENRIQUE CURY. *Orientación para el estudio de la teoría del delito.* Pág. 30.
[25] EDUARDO NOVOA M. *Curso de Derecho Penal Chileno.* Tomo I. Pág. 265.
[26] EDUARDO NOVOA M. *Curso de Derecho Penal Chileno.* Tomo I. Pág. 266.

Esta teoría naturalista ha sido criticada con razón. Separar arbitrariamente de la acción su finalidad, es inadmisible. El hombre siempre ejerce una actividad final: sus actos y los medios que elige para realizarlos están determinados por el fin que desea alcanzar. Acción sin finalidad es inconcebible.

El causalismo tropieza además con obstáculos insuperables. A la luz de esta teoría, no se puede distinguir un hecho de la naturaleza de la acción humana. ¿Qué distingue externamente la acción de una persona que rompe una vitrina con sus puños, de otra, que empujada por un fuerte viento, causa el mismo resultado? Para hacer la distinción, debemos necesariamente considerar al contenido subjetivo de la acción. Acertadamente, el penalista alemán Hans Welzel dice que la finalidad es "vidente" y la causalidad, "ciega" [27].

C) *Teoría finalista de la acción.* La concepción finalista de la acción ha irrumpido con mucho éxito en las últimas décadas, pero tiene sus orígenes filosóficos en el pensamiento de Aristóteles. En el ámbito jurídico ha sido desarrollada, con brillo, por el profesor Hans Welzel. Para el finalismo, el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actuar y por el conocimiento que posee de las relaciones causales, puede ordenarlas conforme a su voluntad. "Actividad final —dice Welzel— es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es el resultado casual de los componentes causales existentes en cada caso" [28]. Esta intervención de la voluntad es la que caracteriza a la acción, rechazándose la escisión de la acción en un aspecto naturalista externo y otro de tipo subjetivo.

Esta explicación, que compartimos, además de responder a la realidad, permite comprender sin ambigüedades instituciones como el delito culposo, la tentativa, etc. El finalismo tiene importantes consecuencias, que alcanzan a la exposición misma del delito. Tradicionalmente, los causalistas estudian el dolo y la culpa en el elemento de la culpabilidad. El finalismo, en cambio, lo hace en el elemento de la "acción típica". En Chile adhieren a la teoría finalista, entre otros, los profesores de la Universidad de Chile Alvaro Bunster, Juan Bustos, Luis Cousiño, Enrique Cury, Alfredo Etcheberry, Luis Ortiz y Sergio Yáñez.

D) *Acción y omisión.* El elemento acción tiene la amplitud suficiente para comprender en su seno a dos formas posibles de actividad: una que consiste en un hacer, y otra que consiste en un no hacer. El ordenamiento jurídico, además de prohibir la realización de determinadas acciones, impone la obligación de ejecutar otras, castigando su omisión. Por consiguiente, existen delitos de acción, de omisión simple y de comisión por omisión. La mayor parte de los delitos deben

[27] HANS WELZEL. *Derecho Penal Alemán.* Pág. 54.
[28] HANS WELZEL. *Derecho Penal Alemán.* Pág. 53.

cometerse mediante un hacer, como por ejemplo el hurto, las lesiones, etc. Excepcionalmente, la ley establece delitos de omisión que se cometen a través de un no hacer, infringiéndose la norma imperativa que ordena actuar. La omisión de socorro y la denegación de auxilio por un empleado público requerido por autoridad competente, son algunos ejemplos.

El delito de comisión por omisión —arduamente discutido en la doctrina— consiste en la producción de un resultado a través de un no actuar (igual que en la omisión simple), quebrantándose una norma prohibitiva. La madre que no alimenta a su pequeño hijo, causándole la muerte, comete un homicidio de comisión por omisión.

Los delitos de comisión por omisión requieren la existencia de una persona que tenga la obligación específica de impedir un resultado lesivo, o sea, debe tener una posición de garante del bien jurídico. El doctor que paseando en Puerto Montt se informa de la gravedad de una persona domiciliada en Santiago de Chile, no comete homicidio si el enfermo fallece por falta de atención médica. Hay, en cambio, responsabilidad penal si el médico había celebrado un contrato con el enfermo y el profesional omite su obligación, teniendo la posibilidad real de cumplirla, a consecuencia de lo cual muere el paciente.

La solidaridad humana exige naturalmente a todas las personas un deber de ayuda y asistencia recíproca permanente, que se acentúa cuando un bien jurídico está en peligro. No obstante, la responsabilidad penal sólo nacerá cuando exista una obligación jurídica de garante.

En Chile no hay dificultad para admitir los delitos de comisión por omisión, porque la definición legal de delito habla expresamente de "acción y omisión", castigándose, por ejemplo, la conducta omisiva en los delitos contra las personas.

En otros países, el asunto es controvertido. Los juristas franceses se muestran adversos a admitir, por ejemplo, el homicidio de comisión por omisión, invocando la imposibilidad de reconocer un nexo causal entre la omisión y el resultado. Emile Garçon manifiesta que la nada no produce nada [29], y Roger Merle añade que la incriminación de abstenciones quebranta el principio "Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege" [30].

El individualismo del derecho liberal, que aún perdura, debe dar paso a una colaboración estrecha entre los hombres, para hacerlos partícipes de un mismo fin con bienes y responsabilidades compartidas. Esta nueva solidaridad que reclama la hora presente, implicará —con seguridad— el aumento de los delitos de omisión simple y de comisión por omisión.

E) *Ausencia de acción.* La acción es el elemento substancial del delito, y, en consecuencia, su presencia es esencial. Las ideas an-

[29] SERGIO POLITOFF, FRANCISCO GRISOLÍA Y JUAN BUSTOS. *Derecho Penal Chileno.* Parte Especial. Pág. 69.

[30] SERGIO POLITOFF, FRANCISCO GRISOLÍA Y JUAN BUSTOS. *Derecho Penal Chileno.* Parte Especial. Pág. 67.

teriores nos permiten llegar a la conclusión de que para el Derecho Penal no son acción:

a) Los pensamientos. El Derecho, a diferencia de la Moral, actúa sólo cuando existe la exteriorización de una conducta y desde ese momento es posible reprochar penalmente a una persona. Por consiguiente, las actividades internas que no tienen manifestaciones externas no admiten castigo. El Digesto consagró ya el principio "cogitationis poenam nemo patitur" (los pensamientos no son penados). Los regímenes totalitarios con frecuencia olvidan este postulado.

b) Los hechos de los animales y de las cosas inanimadas. Los procesos a animales y a hechos de la naturaleza fueron comunes en las sociedades que no se preocupaban del contenido subjetivo de la acción, satisfaciéndose con la sola causación de un daño. El progreso moderno ha desterrado estas prácticas pretéritas.

c) Los hechos involuntarios del hombre. En ciertas ocasiones, el hombre realiza actos impulsado por fuerzas externas, sin la intervención de la voluntad. Aquí la persona actúa como mero ser físico, carente de finalidad. Los actos reflejos y los realizados en sueño normal o estado sonambúlico no constituyen acción. Sin embargo, eventualmente habrá responsabilidad penal si la persona se aprovecha conscientemente de estos hechos involuntarios para cometer un delito.

XIII. LA TIPICIDAD

A) *Concepto de tipo.* El principio de la reserva o legalidad cumple sólo en parte su función de garantía. En efecto, la ley, al establecer los delitos y las penas, puede hacerlo en términos amplios o ambiguos que en definitiva impidan a las personas conocer con certeza lo que se les prohíbe. El principio de la tipicidad, expuesto el año 1906 por Ernst von Beling, exige una descripción precisa del hecho que se sanciona, constituyendo un notable perfeccionamiento del apotegma "nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege".

El tipo, dice Cury, "es aquel conjunto de características objetivas y subjetivas (externas e internas o psíquicas) que constituyen la materia de prohibición para cada delito específico" [31].

Este esquema descriptivo marca un límite al legislador, quien no puede establecer una incriminación general, expresando, por ejemplo, que "es delito toda acción contraria al orden social de la nación". Por otra parte, el tipo selecciona de entre las innumerables acciones de la vida social aquellas que deben ser penadas por representar un peligro para los bienes jurídicos que el Estado desea proteger. El Derecho penal constituye un sistema discontinuo de ilicitudes, de manera que un hecho, aunque sea antijurídico, no es por esta sola razón delito penal, sino que lo será cuando exista un tipo que lo castigue. El incumplimiento de un contrato, por ejemplo, es un hecho ilícito civil;

[31] ENRIQUE CURY. *Orientación para el estudio de la teoría del delito.* Pág. 42.

sin embargo, es impune, porque el Código Penal no contempla ningún tipo que describa y pene aquella conducta.

La teoría del tipo de innegable valor en un Estado de Derecho, se ha impuesto en forma generalizada, enriquecida por las críticas formuladas a la posición primitiva de Beling. El penalista alemán al exponer su pensamiento a principios de este siglo, manifiesta que el tipo es un esquema descriptivo-objetivo ajeno a toda valoración e independiente de la antijuridicidad y de la culpabilidad del delito. Esta concepción mereció reparos al comprobarse que los tipos también hacen referencia al contenido subjetivo de la acción. Beling con posterioridad revisó su teoría distinguiendo entre la figura delictiva construida por cada una de las descripciones de la ley y el "tatbestand" [32], —palabra alemana obtenida del artículo 59 del Código del Reich y que se traduce como "aquello en que el hecho consiste"—, que sólo contiene el esquema rector que se irradia a toda la descripción legal.

B) *Tipo y tipicidad.* El tipo —decíamos— es una descripción precisa formulada en la ley. El hecho de la vida real que se adecua a la descripción, será una acción típica. Esta conformidad entre el hecho concreto y el esquema descriptivo, recibe el nombre de "tipicidad", constituyendo el elemento formal del delito.

C) *Tipicidad y antijuridicidad.* Comprobada la tipicidad de una acción, se puede afirmar que ella probablemente es también antijurídica. En efecto, la ley prohíbe una conducta porque atenta contra los bienes jurídicos de la sociedad. Max Ernst Mayer [33] y Hans Welzel [34] manifiestan entonces que la tipicidad tiene un valor indiciario de la antijuridicidad. Si una persona mata a otra, podemos suponer que su actuar es antijurídico, porque el legislador ha establecido el tipo homicidio para proteger el bien jurídico vida. Sin embargo, la tipicidad no implica todavía con absoluta certeza la antijuridicidad. El ordenamiento jurídico permite, a veces, la realización del tipo, y aquella acción típica es justificada. El verdugo que, cumpliendo una sentencia, da muerte al condenado, ejecuta una acción típica permitida por el Derecho y —por consiguiente— jurídica.

Edmund Mezger, en cambio, afirma que las acciones son antijurídicas porque están tipificadas en la ley [35]. Esta identificación es inaceptable, porque como hemos ya visto, la tipicidad y antijuridicidad, aunque estrechamente relacionadas, son elementos con vida propia. El afán de Mezger conduce a establecer una antijuridicidad penal diferente de la antijuridicidad general, siendo esto un nuevo error. Lo

[32] ENRIQUE CURY. *Orientación para el estudio de la teoría del delito.* Pág. 41.
[33] ALFREDO ETCHEBERRY. *Derecho Penal.* Tomo I. Pág. 194.
[34] HANS WELZEL. *Derecho Penal Alemán.* Pág. 80.
[35] HANS WELZEL. *Derecho Penal Alemán.* Pág. 80.

injusto es igual para todo el Derecho, y la no descripción de un hecho como delictivo no implica que éste sea lícito.

D) *El tipo en la legislación chilena.* La exigencia de una descripción clara de la materia de prohibición, no se manifiesta en forma expresa en nuestra legislación. Ella se desprende a través de la interpretación teleológica de varias disposiciones, una de las cuales es el artículo once de la Constitución Política de Chile. Al señalar éste que nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley dictada con anterioridad al hecho que se va a juzgar, indica que la ley debe referirse a un hecho suficientemente preciso porque esta prescripción es una garantía constitucional que se derrumbaría si el hecho se expresa en términos amplios o vagos.

El repertorio de tipos se concreta en la Parte especial del Derecho Penal formado por los Libros II y III del Código Penal de Chile y complementado por otras leyes. Las descripciones, con la sola excepción de las faltas, están clasificadas de acuerdo al bien jurídico tutelado.

E) *Acción y tipo.* El tipo se construye sobre una acción humana que no puede faltar, porque sólo ella es capaz de dirigirse finalmente, respetando o infringiendo la norma jurídica. Para la doctrina finalista, la acción está integrada inescindiblemente por el comportamiento externo y por su finalidad. El tipo, al referirse necesariamente a una acción, comprende tanto las características objetivas como las subjetivas.

F) *La estructura del tipo.* El tipo, al describir la conducta que prohíbe, utiliza diversos elementos para cumplir su función. Generalmente emplea las siguientes:

a) *El verbo.* La acción gramaticalmente se expresa a través de una forma verbal que constituye el núcleo de la descripción, llamada por Beling "verbo rector" [36]. En el homicidio, por ejemplo, el verbo es "matar", en el hurto y robo es "apropiarse", etc.

b) *El sujeto activo.* La prohibición penal desea proteger los bienes jurídicos cualquiera sea la persona que atenta contra ellos. Por regla general, entonces, todo individuo puede ser sujeto activo de la acción, lo que se expresa con los términos "el que". A veces, sin embargo, la ley exige que el delincuente reúna cierta calidad o condición. Así, por ejemplo, en algunos delitos el sujeto activo debe ser chileno (delito de tradición), pariente de la víctima (delito de parricidio e infanticidio), etc.

c) *El sujeto pasivo.* Es el titular del bien jurídico ofendido con la acción típica. Ocasionalmente la ley requiere que el titular posea requisitos especiales. En el delito de violación, por ejemplo, el ofendido debe ser de sexo femenino.

[36] ALFREDO ETCHEBERRY. *Derecho Penal.* Tomo I. Pág. 201.

d) *El tiempo y lugar de la acción.* La ley no castiga indiscriminadamente toda acción, sino aquellas que presentan algunas modalidades que aumentan su gravedad. En consecuencia, el tipo exige en ciertas oportunidades que la acción se realice en determinado tiempo o lugar. El delito de infanticidio, por ejemplo, debe ejecutarse "dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto", y el delito de robo con fuerza en las cosas requiere ser cometido en "lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias", en "lugar no habitado" o en "bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación" (artículo 440, 442 y 443 del Código Penal de Chile).

e) *La forma de comisión.* La acción a veces debe realizarse en determinada forma. El robo, por ejemplo, exige el uso de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas.

f) *Los elementos descriptivos y normativos del tipo.* El tipo delictivo emplea conceptos meramente descriptivos que no requieren de una valoración para ser comprendidos ("hombre", "casa", etc.). Otros conceptos, en cambio, para ser aprehendidos necesitan un análisis a la luz de las normas jurídicas o culturales. Los primeros se denominan elementos descriptivos y los segundos, elementos normativos del tipo. Cuando el tipo se refiere, por ejemplo, al contrato o a las buenas costumbres, el intérprete, para captar su significación, debe acudir a la norma jurídica que define el acto jurídico del contrato, y a la norma de cultura del momento para saber qué es una buena costumbre. En estas circunstancias, la interpretación adquiere mayor elasticidad, que exige cautela para evitar la arbitrariedad.

g) *El resultado.* Con frecuencia el tipo exige, además de la acción, un resultado como consecuencia de aquella, es decir, una modificación del mundo exterior. La presencia o ausencia de un resultado incorporado en la descripción típica, origina la clasificación de delitos formales y delitos materiales. Los primeros se agotan con la acción, como, por ejemplo, el delito de injuria que se perfecciona con la emisión de ofensas. Los segundos, requieren la producción de un efecto o resultado distinto de la acción. El delito de homicidio, por ejemplo, debe provocar el resultado "muerte". Algunos juristas, como Luis Jiménez de Asúa, rechazan la distinción. Para ellos, todo delito tiene un resultado y lo que acontece en ciertas infracciones es que la manifestación de voluntad y el resultado aparecen contemporánea e inseparablemente unidos [37].

G) *El nexo causal.* En los delitos materiales, el resultado debe ser efecto de la acción y, recíprocamente, la acción causa del resultado. La exigencia de un nexo causal dio origen a numerosas teorías que pretendieron entregar una respuesta, aunque complicaron excesivamente el problema. Las principales posiciones son:

[37] Luis Jiménez de Asúa. *La Ley y el delito.* Pág. 214.

a) *Teoría de la equivalencia de las condiciones o de "la conditio sine qua non".* De acuerdo con esta teoría, los acontecimientos de la vida son el producto de una pluralidad de factores, dentro de los cuales hay algunos que son determinantes, porque, al ser suprimidos mentalmente, desaparece el resultado. Estos factores determinantes son la causa del resultado. Si alguien hiere a un navegante y lo deja abandonado en su embarcación, aquél no puede gobernarla cuando se levanta el viento, la barca zozobra y el herido se ahoga, en este caso, hay que afirmar que entre la herida y la muerte hay un vínculo de causalidad, pues suprimida la herida, el resultado no se habría producido [38].

Esta teoría ha sido con razón criticada al extender con exageración el nexo causal, concluyendo en inaceptables injusticias.

b) *Teoría de la causa adecuada.* Esta teoría califica de causa sólo a aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado, o sea, en la medida que la experiencia demuestra que un acto humano es seguido de un resultado.

c) *Teoría de la causa necesaria.* Esta posición, defendida aisladamente en la doctrina, afirma que una acción es causa cuando necesaria y absolutamente conduce a un resultado.

H) *Los delitos dolosos.* El dolo es la forma característica de realizar el tipo. Esta actitud subjetiva es una elaboración del Derecho romano que representa un notable progreso frente al castigo por el resultado objetivo que predominó en las épocas antiguas.

Para la teoría finalista de la acción, el dolo es la voluntad orientada a la realización del tipo. Enrique Cury dice que el dolo "es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo, o al menos, por la de aceptar que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria" [39].

El dolo está integrado por dos elementos: uno, intelectual y otro, volitivo.

a) *Elemento intelectual.* El sujeto activo, al momento de ejecutar la acción, debe conocer los componentes del tipo. La persona que comete un homicidio con una pistola, por ejemplo, debe representarse el resultado "muerte", saber que está utilizando un arma y la potencia causal de ella. En el delito de adulterio, el delincuente debe saber que la mujer es casada.

El error excusable sobre un hecho que integra el tipo, excluye el dolo y, si es evitable, la persona puede ser castigada por su negligencia a título de culpa. Si un cazador, por ejemplo, dispara a un objeto en movimiento creyendo que es un animal y en realidad es una persona, no actúa dolosamente aunque puede haber culpa si era previsible el resultado.

[38] ALFREDO ETCHEBERRY. *Derecho Penal.* Tomo I. Pág. 177.
[39] ENRIQUE CURY. *Orientación para el estudio de la teoría del delito.* Pág. 70.

b) *Elemento volitivo.* El sujeto debe querer realizar el tipo. Para afirmar la existencia del elemento volitivo, no interesan los motivos que inducen a una persona a actuar, aunque pueden adquirir relevancia para determinar la culpabilidad y la magnitud de la pena. El hombre que da muerte a una huérfana hermosa para sustraerla a su posible corrupción, actúa con dolo [40].

I) *Clasificación del dolo.* El querer ejecutar el tipo existe no sólo cuando la persona lo persigue como objetivo, sino también cuando la realización del hecho típico es una consecuencia necesaria de su actuar o la acepta si se produce. Estas consideraciones permiten distinguir tres especies de dolo:

a) *Dolo directo.* Existe este dolo cuando la persona persigue como objetivo la realización del tipo. El sujeto que quiere matar a su enemigo o robar el automóvil estacionado, obra con dolo directo.

b) *Dolo de consecuencias necesarias.* Aparece este dolo cuando una persona se representa el hecho típico como consecuencia necesaria de su actividad, y no obstante, obra. El dictador que desea matar a un enemigo político que viajará en helicóptero y coloca explosivos, actúa con este dolo, porque como consecuencia necesaria de su obrar, morirán los demás pasajeros.

c) *Dolo eventual.* Obra con dolo eventual la persona que, habiéndose representado al hecho típico como consecuencia posible de su actuar, lo acepta si se llega a producir. El automovilista que deseoso de llegar pronto a su destino conduce a gran velocidad por una calle importante y se representa la posibilidad de que un peatón se cruce y, no obstante, mantiene la velocidad, obra con dolo eventual si el atropello se produce. Las bases de la legislación penal de la URSS, de 1958, admiten expresamente la clasificación que analizamos, al establecer en el artículo 8 que "el delito se reconoce cometido con intención cuando la persona que lo consumó comprendía el carácter socialmente peligroso de su acción u omisión, previó sus consecuencias socialmente peligrosas y las quiso o admitió conscientemente el advenimiento de dichas consecuencias" [41].

J) *Los delitos culposos.* La capacidad creadora del hombre ha logrado en los últimos tiempos, un extraordinario progreso científico y tecnológico, que permite vislumbrar un bienestar humano mayor en la medida que todos los pueblos participen en los frutos conquistados. Sin embargo, junto a los beneficios, crecen los peligros. La industrialización y las invenciones provocan cada día actividades mas riesgosas para los bienes jurídicos. Los accidentes automovilísticos y aéreos son claros ejemplos de esta realidad.

[40] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 364.
[41] *Bases de la legislación penal, organización judicial y del procedimiento criminal de la U.R.S.S.* Pág. 5.

El Derecho reconoce y acepta la ejecución de acciones riesgosas porque de ellas se obtienen evidentes ventajas para el desarrollo de la sociedad. El rechazo de todo peligro conduciría a la detención del progreso y a una casi completa inactividad.

De otro lado, el ordenamiento jurídico exige que las actividades potencialmente lesivas se realicen con diligencia, para evitar desviaciones que produzcan daño.

Hay delito culposo cuando una persona no emplea el cuidado requerido en la realización de su acción y causa un daño. A diferencia de los delitos dolosos, en los delitos culposos el sujeto activo no quiere realizar el tipo. El automovilista que conduce sin respetar el semáforo, no desea ejecutar un hecho típico, pero, a consecuencia de su negligencia, atropella a un peatón.

Para determinar la existencia de culpa, se compara la acción efectiva del autor con el cuidado que habría puesto un hombre medio para evitar el resultado. La acción que queda debajo del cuidado modelo, es culposa.

K) *Naturaleza de la culpa.* Los delitos culposos han adquirido una extraordinaria importancia que se acrecienta con el tiempo. Sin embargo, la naturaleza de la culpa es aún discutida. Las principales teorías que pretenden encontrar una solución, son:

a) *Teorías intelectuales.* Para algunos juristas, entre los que se destaca Almendigen [42], la culpa representa un defecto de la inteligencia. Sus adeptos, siguiendo esta idea, postulan la impunidad del delito culposo o lo justifican por razones utilitarias.

b) *Teorías de la personalidad.* Otros penalistas piensan que la culpa revela un desprecio por el sistema de valores de la comunidad jurídica. La acción culposa es síntoma de un defecto de la personalidad.

c) *Teorías de la causación ilícita.* Un sector de la doctrina, afirma que el castigo de la acción culposa constituye una imposición del Derecho que ordena sancionar a quien causa un resultado típico, sin necesidad de exigir una actitud subjetiva. Estas teorías resucitan la responsabilidad objetiva, desconociendo el progreso jurídico, que requiere de un vínculo anímico entre el autor y su acción.

L) *Clasificación de la culpa.* La clasificación más importante de la culpa es la siguiente:

a) *Culpa sin representación o inconsciente.* Existe esta culpa cuando la persona no prevé las consecuencias de su actuar, pudiendo haberlo previsto. El automovilista que conduce a gran velocidad dentro de la ciudad, sin prever la posibilidad de atropellar un peatón, y produce el accidente, realiza una acción culposa inconsciente.

42 ENRIQUE CURY. *Orientación para el estudio de la teoría del delito.* Pág. 105.

b) *Culpa con representación o consciente.* Esta forma de culpa existe cuando la persona prevé la posibilidad de que se produzca un resultado típico, pero confía en poder evitarlo. El automovilista del ejemplo anterior se representa la posibilidad de atropellar al peatón, pero confía en su pericia para evitar el accidente y, sin embargo, el resultado se produce.

M) *Los delitos culposos en la legislación chilena.* El Código Penal de Chile denomina a los delitos culposos "cuasidelitos", errónea terminología que induce a creer que ellos no alcanzan a ser delitos. El artículo 2º establece que "las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete". Los delitos culposos se castigan excepcionalmente cuando la ley expresamente los declara punibles.

Los delitos culposos más importantes penados en Chile son los que se denominan delitos contra las personas, como por ejemplo el homicidio.

N) *Ausencia de tipicidad.* La teoría del tipo formulada por Beling, proclamó el principio "no hay delito sin tipo", que indica la necesidad de una descripción legal para que un hecho sea castigado con una pena. Para que haya tipicidad, debe haber una adecuación completa entre el tipo y el hecho concreto que se desea subsumir. Cualquiera divergencia conduce a declarar la atipicidad de la acción y, por ende, su impunidad.

XIV. LA ANTIJURIDICIDAD

A) *Concepto.* La acción típica requiere una valoración objetiva para que se compruebe su conformidad o disconformidad con las normas del ordenamiento jurídico. Este juicio es la antijuridicidad. El concepto de delito lleva inmanente la idea de contrariedad al Derecho. Francesco Carrara, definiendo el delito en el siglo pasado, dice que es "la infracción de la ley del Estado". Karl Binding (1841-1920) demostró, sin embargo, que el delincuente no infringe la ley, sino algo que está más allá de ella y que es la norma [43]. En efecto, la persona que da muerte a otro se ajusta a la hipótesis legal que establece que "el que mate a otro será castigado con tal pena". Por consiguiente, el sujeto activo viola la norma prohibitiva e imperativa.

B) *Teoría de la antijuridicidad.* La determinación del lugar en que se encuentran las normas que se infringen, ha originado diversas teorías sobre la antijuridicidad. Algunas de ellas son las siguientes:

a) *Teoría de las normas de cultura.* Max Ernst Mayer es autor de esta concepción, que ha tenido amplia acogida. El profesor alemán

[43] ALFREDO ETCHEBERRY. *Derecho Penal.* Tomo I. Págs. 192 y 193.

llega a la conclusión de que el orden jurídico tutela los intereses que forman la cultura y de que la antijuridicidad es la infracción de las normas de cultura. "Es antijurídica —dice Mayer— aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado" [44].

b) *Teoría de Franz von Liszt.* Este penalista distingue una antijuridicidad formal y una antijuridicidad material [45]. La acción es contraria al Derecho en dos sentidos: por una parte, la acción es formalmente opuesta porque importa la infracción de una norma establecida por el Estado (antijuridicidad formal). Por la otra, la acción es materialmente opuesta al Derecho en cuanto es contraria a la sociedad (antijuridicidad material).

Esta teoría ha sido criticada porque confunde la antijuridicidad formal con el elemento independiente de la tipicidad.

c) *Teoría de la infracción de la orden de la norma.* Un grupo de juristas radica la esencia de la antijuridicidad en la contrariedad del mandato de la norma. Beling, Sebastián Soler y Alfredo Etcheberry la defienden. Este último expresa que "desde el momento en que una acción está prohibida por la norma, es antijurídica, sin necesidad de que el intérprete indague si ha sido realmente dañosa o no. Eso lo determinó anticipadamente el legislador al prohibirla" [46].

C) *Las causales de justificación.* El Derecho ordena o permite en determinadas ocasiones realizar acciones típicas excluidas de antijuridicidad. Estas son las causales de justificación que legitiman la acción típica. El intérprete, para declarar la antijuridicidad, debe en el fondo investigar la presencia o ausencia de alguna causal de justificación. En la primera hipótesis la negará y, en la segunda, la afirmará.

Las causales más importantes son:

a) *La legítima defensa y el estado de necesidad.* Estas causales de antigua data, están reguladas en el artículo 10, números 4, 5, 6 y 7 del Código Penal de Chile. En capítulos anteriores las hemos analizado con latitud.

b) *El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.* Actúa conforme a derecho quien ejecuta una acción típica en ejercicio de un derecho o un deber. El padre que corrige moderadamente a sus hijos y el agente de policía que detiene a una persona, no son responsables del delito de lesiones y de secuestro, respectivamente. Sus acciones están amparadas por el ordenamiento jurídico.

[44] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Págs. 275 y 276.
[45] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 275.
[46] Alfredo Etcheberry. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 213.

XV. LA CULPABILIDAD

A) *Concepto.* El concepto de culpabilidad es producto de una elaboración jurídica, filosófica y política desarrollada a través de la historia. El pensamiento moderno abandona el castigo por el resultado objetivo, y exige una atribución subjetiva de la acción a una persona. La culpabilidad es el reproche individualizador que se hace al autor de una acción típica y antijurídica por no haberla omitido, en circunstancias que habrán podido motivarse obedeciendo a la norma jurídica. Detrás de este juicio de valor, se esconde una pregunta fundamental: ¿hasta qué punto el ordenamiento jurídico puede reprochar a una persona por sus acciones? Su respuesta —que se perfecciona con el tiempo— se remite al fundamento mismo del derecho del Estado a castigar.

En las legislaciones penales contemporáneas ha irrumpido el principio "no hay delito sin culpabilidad", convirtiéndose en pilar inamovible de un Estado de Derecho. Las dictaduras, como es obvio, desconocen este postulado.

Enrique Cury dice que la culpabilidad "es la reprochabilidad personal de una conducta antijurídica y realizada por quien, dadas su capacidad general y en las circunstancias concretas, estaba en situación de conocer lo injusto de su actuar y de dejarse determinar por ese conocimiento" [47].

B) *Teorías sobre la culpabilidad.* El concepto y la naturaleza de la culpabilidad son objeto de un arduo debate doctrinario. Dos son las concepciones más importantes que explican la culpabilidad:

a) *Teoría psicológica.* Ella radica la culpabilidad en una relación psicológica entre el individuo y su acto, vínculo que se presenta en forma de dolo y culpa. Si una persona actúa con dolo o culpa, es culpable.

La teoría psicológica presenta obstáculos insalvables. Ella no puede explicar, por ejemplo, la culpa inconsciente o sin representación, en la cual no hay relación anímica de la persona con el resultado. Por otra parte, el psicologismo no admite graduar la culpabilidad. La experiencia demuestra, sin embargo, que acciones psicológicamente iguales no representan igual culpabilidad. El acaudalado gerente que roba una cantidad de dinero y el obrero que, apremiado por sus necesidades económicas hurta la misma suma, actúan con distinta culpabilidad.

b) *Teoría normativa.* Para ella, la culpabilidad no se satisface con la sola existencia de dolo o culpa, sino que es necesario investigar los motivos que indujeron a una persona a realizar una acción típica y antijurídica. El Derecho pretende que sus mandatos se cumplan, pero

[47] Enrique Cury. *Orientación para el estudio de la teoría del delito.* Pág. 183.

reconoce que existen circunstancias especiales que no permiten exigir a una persona el respeto a sus prescripciones; o sea, para poder reprochar es imprescindible una motivación normal.

La teoría normativa se ha impuesto en la doctrina del derecho penal, aunque la teoría finalista le introdujo algunas modificaciones. Para ella el dolo y la culpa son el objeto de valoración de la culpabilidad y pertenecen a la voluntad final de la acción.

C) *Elementos de la culpabilidad.* El juicio de reproche presupone la presencia de tres elementos: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad. Ellos son reconocidos en la mayoría de los códigos penales del mundo.

1. La imputabilidad. Es la capacidad de realizar acciones culpables. Esta habilidad se reconoce por regla general a todas las personas que se denominan imputables. Excepcionalmente el Derecho contempla la exención de responsabilidad de ciertos individuos que no poseen aquella capacidad.

En la imputabilidad aparece la pugna entre libre albedrío y determinismo. Carrara funda la imputabilidad en el libre albedrío y en la responsabilidad moral [48]. La escuela positiva rechaza este criterio, afirmando que el hombre está fatalmente determinado a cometer crímenes, y que la pena que se impone nace del derecho de defensa que posee la sociedad. El penalista alemán Von Liszt, por su parte, sostiene que la imputabilidad "es la capacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres" [49]. La ley reconoce, entre otras, las siguientes causales de inimputabilidad:

a) *Enajenación mental.* Las personas que presentan alteraciones en sus facultades psíquicas no pueden motivarse conforme al derecho, y, en consecuencia, no se les puede castigar, sin perjuicio de que los Tribunales ordenen su internación para que sean tratados médicamente.

El Código Penal de Chile declara exento de responsabilidad penal al "loco o demente". Las bases de la legislación penal soviética no sancionan a la persona que en la comisión de una acción presenta una enfermedad mental crónica, una debilidad mental u otro estado morboso [50].

b) *La privación temporal de razón.* La persona que realiza acciones típicas en estado de privación de razón en forma temporal, por causas ajenas a su voluntad, es también inimputable porque no puede conocer lo injusto de su actuar. A diferencia de la enajenación mental,

[48] Francesco Carrara. *Reminiscenze di cattedra e foro.* Pág. 517.
[49] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 330.
[50] *Bases de la legislación penal, organización judicial y del procedimiento de la URSS.* Pág. 6.

esta causal de inimputabilidad tiene una duración en el tiempo. Si el sujeto busca de propósito este estado para cometer un delito, es imputable y plenamente responsable.

c) *La menor de edad.* Las personas que no tienen edad madura son inimputables porque el Derecho presume su falta de discernimiento para elegir entre lo justo y lo injusto. En Chile, los menores de 16 años no tienen responsabilidad penal. Los mayores de 16 y menores de 18, pueden ser imputables si consta que obraron con discernimiento. Los mayores de 18 años son plenamente responsables.

2. La conciencia de la antijuridicidad. El Derecho sólo puede reprochar la acción de una persona cuando ésta tuvo la posibilidad de conocer que su conducta estaba prohibida. El hombre puede guiarse jurídicamente, en la medida que conozca el ámbito de lo justo y de lo injusto legal.

Tradicionalmente se ha defendido la irrelevancia del error e ignorancia sobre un punto de Derecho, basándose en la presunción de conocimiento de la ley que establece el Código Civil de Chile que determina que "nadie podrá alegar la ignorancia de la ley" (artículo 8°). Se fundamenta que esta disposición evita el incumplimiento de la ley y que la aceptación de otro criterio conduciría a la indefensión de la sociedad, porque el delincuente se excusaría con facilidad, alegando el desconocimiento de la prohibición legal.

Este último criterio reclama una revisión. La complejidad de las fuentes del Derecho, con sus farragosas disposiciones, impide el exacto conocimiento de ellas aun por los propios juristas.

La justicia de nuestro tiempo no puede apoyarse en ficciones que representan además discriminaciones inaceptables. En los países subdesarrollados los que tienen acceso a una asesoría jurídica son pocos. Los más —es decir aquellos que necesitan una atención preferente del Derecho— carecen absolutamente de tal posibilidad acentuándose su desamparo por la escasa educación.

La persona que cometió una acción típica y antijurídica no debe ser reprochada si no conocía la prohibición. Consiguientemente no se podría declarar culpable por ejemplo a la persona que encierra por varias horas a un niño mal educado creyendo tener derecho de corregir a niños ajenos.

La legislación moderna ha recogido parcialmente esta inquietud. El código penal de Dinamarca de 1930 y el de Suiza de 1937 consideran el error de Derecho como una atenuante de responsabilidad que puede convertirse en eximente en casos excepcionales [51]. Para evitar sentencias injustas el profesor de la Universidad de Chile Miguel Schweitzer Walters propone agregar al Código Penal de Chile como

[51] Miguel Schweitzer Walters. *El error de derecho en materia penal.* Pág. 120.

causal de inculpabilidad la ignorancia o error esencial e invencible acerca de la ilicitud de las circunstancias esenciales del delito [52].

3. La exigibilidad. Sólo en la medida en que, atendidas las circunstancias concretas, era exigible autodeterminarse jurídicamente, el autor de una acción típica será reprochado. En ciertas oportunidades, *la persona no tiene libertad suficiente para elegir entre* un actuar jurídico y un actuar antijurídico. En estas hipótesis, el derecho no puede exigir un comportamiento que se adecúe a sus mandatos, dada la personal situación del autor. Un ejemplo de no exigibilidad de otra conducta se encuentra en el célebre caso de la tabla de Carneaden. Una nave se hunde, salvándose dos personas mediante una tabla que sólo puede sostener a una de ellas. Uno de los salvados para proteger su vida, arroja al mar al otro, causándole la muerte por inmersión. El náufrago que expulsó del tablón a su compañero, cometió una acción típica y antijurídica, pero es inculpable, porque el Derecho no le podía exigir una conducta distinta, dada la dramática realidad que vivía.

XVI. DELITO Y RESPONSABILIDAD PENAL

La acción típica, antijurídica y culpable constituye el delito y, en consecuencia, es castigada con la pena establecida por la Ley. Excepcionalmente, por razones de convivencia social, el Estado puede decidir no penar al delincuente, aunque haya realizado un delito. Estas causales de impunibilidad se denominan excusas legales absolutorias y requieren una consagración expresa.

El *Código Penal de Chile declara exentos de responsabilidad penal* y sujetos únicamente a la civil, a los cónyuges y determinados parientes, por los hurtos, defraudaciones y daños que recíprocamente se causaren (Art. 489). La acción es típica, antijurídica y culpable, pero no se la castiga penalmente.

XVII. LAS ETAPAS DE DESARROLLO DEL DELITO

El Derecho, además de castigar el delito consumado, o sea, aquel que satisface íntegramente el tipo, sanciona la tentativa y el delito frustrado, aunque con una penalidad menor. El Código Penal de Chile establece que "son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa cuando el cul-

[52] Miguel Schweitzer Walters. *El error de derecho en materia penal.* Pág. 120.

pable da principio a la ejecución del crimen o siendo delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento" (Art. 7°).

XVIII. LA PARTICIPACION CRIMINAL

El Derecho Penal castiga también a aquellas personas que no han realizado el tipo legal, pero han colaborado para facilitar su ejecución. Además del autor, son responsables el cómplice y el encubridor. El Código Penal de Chile ha extendido, con exageración, la calidad de autor en desmedro de la de cómplice. En efecto, el artículo 15 expresa que "se consideran autores": 1) los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata o directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; 2) los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho, o lo presencian sin tomar parte inmediata en él; y 3) los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

El Código Penal de Chile define la calidad de cómplice en el artículo 16, diciendo que "son cómplices, los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos. En realidad, el concepto de autor es tan amplio que limita considerablemente la complicidad.

Los encubridores son las personas que intervienen con posterioridad a la ejecución del delito y no es una forma de participación sino que es un delito especial que atenta contra la administración de justicia. El Código Penal de Chile, erróneamente considera el encubrimiento como una participación y hace que su pena dependa de la del delito encubierto. En efecto, el artículo 17 establece que "son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1° Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen a los efectos del crimen o simple delito.

2° Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

3° Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, parricidio u homicidio cometido con alguna de las circunstancias agravantes que expresan los números 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 9° y 11 del artículo 12, si estuvieren en noticia del encubridor, o cuando el delincuente fuere conocido como reo habitual de otros crímenes y simples delitos.

4° Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o

simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la exención de los que se hallaren comprendidos en el número 1º de este artículo.

XIX. LA LEGISLACION PENAL DE CHILE

La fuente más importante del Derecho Penal chileno es el Código Penal promulgado el 12 de noviembre de 1874 y que entró en vigencia el 1º de marzo de 1875. El centenario texto fue tomado íntegramente en gran medida del Código Penal Español de 1850. Está imbuido por las concepciones clásicas y demuestra una influencia de Jeremy Bentham (1748-1832). Respondiendo a las ideas de la época de su elaboración, el código es racionalista, individualista y liberal. El código de 1874 ha sido objeto de diversas reformas y complementaciones, como el Código de Justicia Militar, la ley sobre seguridad del Estado, la ley sobre abusos de publicidad, etc. Además, se han propuesto proyectos de reforma como el de Ortiz-von Bohlen de 1929 y el de Silva-Labatut de 1938.

El texto penal, como se observa, ha estado sometido siempre a la crítica doctrinaria para promover su perfeccionamiento y corregir los errores. El profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, reconociendo la necesidad de urgentes modificaciones, concluye que el Código dista mucho de estar obsoleto o de ser incapaz de subvenir a las necesidades del presente [53]. Alfredo Etcheberry, en cambio, es categórico: "El Código Penal de Chile de 1874 —expresa— fue un cuerpo de leyes adecuado para su época, y que ha cumplido decorosamente su función reguladora en el siglo que lleva de vigencia. No obstante, creemos llegado el momento de que deje paso a un nuevo código, que, sin renegar del noble ideario liberal que inspiró a aquél, recoja los progresos de la ciencia, se haga eco de los nuevos criterios ético-sociales y responda a las necesidades prácticas que las condiciones modernas de vida presentan" [54].

[53] MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA. *Nacimiento y centenario del Código Penal chileno*. Pág. 371. (En actas de las jornadas internacionales de Derecho Penal).

[54] ALFREDO ETCHEBERRY. *Centenario del Código Penal chileno: permanencia o caducidad*. Pág. 379. (En actas de las jornadas internacionales de Derecho Penal).

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es el principio de la reserva o legalidad?*
2. *¿Existen lagunas en el Derecho Penal?*
3. *¿Es posible aplicar la analogía en Derecho Penal?*
4. *¿La ley penal puede ser retroactiva?*
5. *¿Qué es el delito penal?*
6. *¿Qué diferencias existen entre el delito civil y el delito penal?*
7. *¿Cómo pueden clasificarse los delitos penales?*
8. *¿Qué es la acción penal?*
9. *¿Qué diferencias fundamentales considera Ud. que existen entre las teorías causalista y finalista de la acción?*
10. *¿Qué son los delitos de comisión por omisión?*
11. *¿Qué es la tipicidad?*
12. *¿Cuál es la estructura del tipo penal?*
13. *¿Cuál es el concepto de nexo causal en Derecho Penal?*
14. *¿Qué son los delitos dolosos?*
15. *¿Qué es el dolo?*
16. *¿Qué son los delitos culposos?*
17. *¿Qué es la antijuridicidad?*
18. *¿Cuáles son las más importantes causales de justificación?*

19. *¿Qué es la culpabilidad?*

20. *¿Cuáles son los fundamentos de la teoría normativa de la culpabilidad?*

21. *¿Cuáles son los elementos de la culpabilidad?*

22. *¿Cuáles son las principales causales de inimputabilidad?*

23. *¿Quiénes son autores de un delito?*

24. *¿Quiénes son cómplices de un delito?*

25. *¿Quiénes son encubridores de un delito?*

26. *Estudie el tema de la libertad del hombre y la responsabilidad penal.*

27. *Estudie el tema de la responsabilidad moral y la responsabilidad penal.*

28. *Estudie el tema de la filosofía que inspiró el Código Penal de Chile.*

29. *Estudie el tema de los delitos políticos.*

30. *Estudie en las estadísticas de los Tribunales de Justicia y de la Dirección General de Estadísticas el problema de la criminalidad en Chile.*

31. *Estudie en las estadísticas el problema de la criminalidad juvenil en Chile.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

ANTOLISEI, FRANCESCO. *Manual de Derecho Penal.* Parte General. Parte Segunda. Título Primero. Capítulo Tercero. Págs. 239 a 282.

BETTIOL, GIUSEPPE. *Derecho Penal.* Parte General. Parte Segunda. Capítulo II. Nº 1. Págs. 193 a 241.

CARRARA, FRANCESCO. *Programa del Curso de Derecho Criminal.*

COUSIÑO MAC IVER, LUIS. *Derecho Penal Chileno.* Tomo I.

CURY, ENRIQUE. *Orientación para el estudio de la teoría del delito.* Capítulo II. Págs. 15 a 33. Capítulo III. Págs. 40 a 51; 70 a 77 y 112 a 122. Capítulo V. Págs. 176 a 184.

ETCHEBERRY, ALFREDO. *Derecho Penal.* Tomo I. Tercera Parte. Introducción. Págs. 141 a 155. Tercera Parte. Seción Primera. Capítulo I. Págs. 161 a 187. Tercera Parte. Sección Primera. Capítulo III. Págs. 209 a 219. Tercera Parte. Sección Primera. Capítulo IV. Págs. 251 a 295.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *La ley y el delito.* Parte Segunda. Capítulo XIV. Págs. 131 a 138. Parte Tercera. Capítulo XX. Págs. 201 a 209. Parte Tercera. Capítulo XXXI. Págs. 352 a 358. Parte Tercera. Capítulo XXXII. Págs. 359 a 370. Parte Tercera. Capítulo XXXIII. Págs. 371 a 378.

LABATUT, GUSTAVO. *Derecho Penal.*

NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Curso de Derecho Penal Chileno.* Tomo I. Tercera Parte. Capítulo IV. Págs. 265 a 279. Capítulo VI. Págs. 308 a 327. Capítulo VII. Págs. 328 a 346. Capítulo XIV. Págs. 495 a 552.

POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO, Y BUSTOS, JUAN. *Derecho Penal Chileno.* Parte Especial. Primer Grupo. Sección Primera. Capítulo I. Nº II. Págs. 66 a 77.

SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho Penal Argentino.* Tomo I. El Delito. Nºs. 23-24 y 25. Págs. 292 a 342.

WELZEL, HANS. *Derecho Penal Alemán.* Parte General. Libro Primero. Parte Primera. Número i. Págs. 53 a 66. Número 18. Págs. 182 a 196.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

EL PROCESO

"Y al romper el día volvió al templo; y como todo el pueblo concurrió a El, sentándose, se puso a enseñarlos. Cuando he aquí que los escribas y fariseos traen a una mujer cogida en adulterio: y poniéndola en medio, dijeron a Jesús: Maestro, esta mujer acaba de ser sorprendida en adulterio. Moisés en la Ley nos tiene mandado apedrear a las tales; Tú, ¿qué dices a esto? Lo cual preguntaban para tentarle y poder acusarle".

"Pero Jesús, como desentendiéndose, inclinóse hacia el suelo, y con el dedo escribía en la tierra. Mas como porfiasen ellos en preguntarle, se enderezó, y les dijo: El que de vosotros se halle sin pecado, tire contra ella el primero la piedra".

"Y volviendo a inclinarse otra vez, continuaba escribiendo en el suelo".

"Mas, oída tal respuesta, se iban escabullendo uno tras otro, comenzando por los más viejos, hasta que dejaron solos a Jesús y a la mujer que estaba en medio".

"Entonces Jesús, enderezándose, le dijo: Mujer, ¿dónde están tus acusadores? ¿Ninguno te ha condenado? Ella respondió: Ninguno, Señor. Y Jesús, compadecido, le dijo: "Pues tampoco Yo te condenaré: Anda, y no peques más en adelante".

EVANGELIO DE SAN JUAN

SUMARIO

I. SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS. II. EL PROCESO. III. LA INSTANCIA. IV. LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCESO. V. LA ACCIÓN. VI. LA EXCEPCIÓN. VII. LA PRUEBA. VIII. LA SENTENCIA. IX. LOS RECURSOS. X. LA COSA JUZGADA. XI. LA EJECUCIÓN. XII. LA JURISDICCIÓN. XIII. EL PROCESO EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW. XIV. EL PROCESO EN LA DOCTRINA NACIONAL SOCIALISTA. XV. EL PROCESO EN EL SISTEMA SOCIALISTA SOVIÉTICO. XVI. LA ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN CHILE.

CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. SOLUCION DE LOS CONFLICTOS

El ordenamiento jurídico reconoce a las personas diversos derechos y les impone obligaciones correlativas necesarias para la conservación y desarrollo de la vida social. La complejidad de las relaciones sociales, el afán egoísta, la negligencia y otros factores provocan incerti-

dumbre acerca de las facultades o deberes, o bien, su desconocimiento y violación. Estas hipótesis requieren una solución para restablecer la justicia perdida.

La historia demuestra que los pueblos han adoptado diversas formas de solución de los conflictos, entre las cuales se destacan:

A) *La autotutela.* Esta forma de dirimir los conflictos apareció en épocas primitivas y consiste en la reacción directa de quien se hace justicia con mano propia. Naturalmente, este medio presenta insuperables inconvenientes. La autodefensa se fundamenta en la fuerza, de manera que la solución de la controversia no depende del mérito intrínseco de los argumentos, sino de la persona que posee mayor poder. En definitiva, este medio produce más daño que el que pretende evitar. Sin embargo, es posible encontrar en el Derecho algunos casos de autotutela, aunque excepcionales, como por ejemplo, la legítima defensa y la huelga.

B) *La autocomposición.* Esta forma de solución de los conflictos consiste en el término de la controversia por acuerdo de los interesados. Hay autocomposición cuando una persona acepta o se desiste de una pretensión, o bien, en el caso de transacción o conciliación. El Derecho moderno acepta la autocomposición cuando en la relación jurídica predomina el interés particular. El comprador y el vendedor, por ejemplo, pueden solucionar sus discrepancias de mutuo acuerdo. No existe esta posibilidad cuando hay un interés público comprometido; así, por ejemplo, la voluntad de las partes no puede, jurídicamente, poner fin a una relación matrimonial.

C) *El proceso.* Las personas, impedidas de solucionar sus conflictos por medio de la fuerza o de un acuerdo directo, tienen el derecho de acudir a los Tribunales de Justicia exigiendo su tutela para restablecer el orden jurídico o poner término a la incertidumbre sobre sus derechos y obligaciones.

II. EL PROCESO

1. CONCEPTO. Como establece el gran jurista uruguayo Eduardo J. Couture (1904-1956), el proceso, en una primera acepción, es "una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión".

"Pero esos actos constituyen en sí mismos una unidad. La simple secuencia, como se verá más adelante, no es proceso, sino procedimiento. La idea de proceso es necesariamente teleológica, como se dice reiteradamente en este libro. Lo que la caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En este sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio".

"Examinada esa unidad en sí misma, para poderla definir a través de su carácter esencial, de su contenido íntimo, se advierte que ella es una relación jurídica. Por relación jurídica se entiende el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto del derecho y el sujeto del deber. La relación jurídica procesal consiste en el conjunto de ligámenes, de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí".

"El hecho de que esos ligámenes y vínculos sean muchos, no obsta a que el proceso sea en sí mismo una unidad, una relación jurídica. Por la misma razón por la cual el testamento, la notificación o el inventario son en sí mismos un acto, compuesto a su vez de una serie de actos menores, nada obsta a que el proceso se conciba como una relación jurídica, unitaria, orgánica, constituida por un conjunto de relaciones jurídicas de menor extensión" [1].

La complejidad del proceso es muy considerable, lo que ha llevado a los autores a referirse a él como un misterio (Satta), un juego (Piero Calamandrei), la miseria de las hojas secas de un árbol (Francisco Carnelutti), la búsqueda proustiana en pos del tiempo perdido (Giuseppe Capograssi), etc. Todas estas interpretaciones revelan, más que nada, la variedad de un fenómeno que es, al mismo tiempo, una relación temporal, un concepto ideal y un objeto material.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO. El estudio de la naturaleza jurídica del proceso consiste en determinar si este fenómeno forma parte de algunas de las figuras conocidas del Derecho o si, por el contrario, constituye por sí solo una categoría especial.

Al respecto la doctrina ha dado diferentes respuestas.

"Una primera considera el juicio un contrato. La relación que liga al actor y al demandado, que se sigue llamando, aunque nada tenga ya de tal, litis contestatio, es de orden contractual, y ambos se encuentran vinculados con el mismo lazo que une a los contratantes".

"Una segunda respuesta considera que el juicio, si es un contrato, lo es tan imperfecto, que queda desnaturalizado: el proceso es, por eso, un cuasicontrato".

"Una tercera respuesta advierte que las dos anteriores son artificiosas; que lo que hay en realidad no es ni un nexo contractual ni uno cuasicontractual, sino una relación jurídica típica, característica, regida por la ley, que tiene un estatuto propio, que es el cúmulo de leyes procesales, y con una determinación que le es peculiar".

"Una cuarta respuesta niega la existencia de una relación jurídica, sosteniendo, en cambio, la realidad de una situación jurídica".

"Una quinta respuesta habla de una entidad jurídica compleja".

[1] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Págs. 121 y 122.

"Una última respuesta, tendiente a agrupar elementos de las anteriores, ha concebido el proceso como una institución" [2].

3. FUNCIÓN DEL PROCESO. La idea de proceso sólo se explica por su fin.

El fin del proceso es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción.

El proceso satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del Derecho mediante la obra de la jurisdicción. En consecuencia, el proceso cumple una función privada y otra pública.

A) *Función privada del proceso.* "Desprovisto el individuo, por virtud de un largo fenómeno histórico, de la facultad de hacerse justicia por su mano, halla en el proceso el instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad".

"La primera de todas las concepciones sobre la naturaleza del proceso debe ser, pues, una concepción eminentemente privada: el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido".

"Contemplando el mismo proceso desde el punto de vista del demandado, su carácter privado se presenta todavía más acentuado que desde el punto de vista del actor".

"Configurado como una garantía individual, el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores".

"No puede pedirse una tutela más directa y eficaz del individuo. Difícilmente se puede concebir un amparo de la condición individual más eficaz que éste" [3].

B) *Función pública del proceso.* "Colocada en primer plano la premisa de que el derecho satisface antes que nada una necesidad individual, debemos hacernos cargo de la proyección social que esta tutela lleva consigo".

"En un trabajo contemporáneo se afirma que "para el proceso civil como institución está en primer lugar el interés de la colectividad, ya que sus fines son la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica. El particular puede ocupar el tiempo y las energías de los tribunales estatales solamente y en tanto que para él exista la necesidad de tutela jurídica".

"En nuestro concepto, en cambio, el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste".

[2] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Págs. 125 y 126.

[3] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Pág. 146.

"El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales. Lo que ocurre es que el proceso sirve al derecho como un instrumento de creación vivificante, como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado. El derecho se realiza cada día en la jurisprudencia. Satisfecho el interés individual, queda todavía un abundante residuo de intereses no individuales que han quedado satisfechos".

"En este sentido, y acaso sólo en éste, corresponde compartir la teoría que señala al proceso como el medio idóneo de asegurar la "lex continuitatis del derecho", su efectividad en la experiencia jurídica" [4].

4. TUTELA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO. El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del Derecho.

Lo grave es que a veces los derechos sucumben ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización de los principios que deben constituir una garantía de justicia, y en algunas oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar.

Es necesario, entonces, tutelar el proceso, lo que se hace efectivo por medio de las previsiones constitucionales.

Las premisas fundamentales de estas previsiones constitucionales son las siguientes:

"a) La Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana; b) La ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; c) Pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución; d) Si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional; e) En esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el contralor de la constitucionalidad de las leyes".

"Pero, ¿qué es una razonable oportunidad de hacer valer el derecho?"

"En términos muy generales se ha dicho que esta garantía consiste en: a) Que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita; b) Que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el de declarar por sí mismo, presentar testigos, presentar documentos relevantes y otras pruebas; c) Que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; d) Que sea un tribunal competente".

"Esta enumeración atañe al demandado; es lo que se ha mencionado con la denominación genérica de tener derecho a estar un día ante el tribunal (his day in Court). Pero las garantías constitucionales

[4] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Págs. 146 y 147.

del proceso alcanzan también al actor, que puede ser privado por ley de su derecho a reclamar judicialmente lo que es suyo en forma irrazonable; a los jueces que pueden ver afectadas en la ley las garantías de su investidura; a los testigos y peritos, a quienes pueden vulnerarse derechos humanos; etc." [5].

Es garantía fundamental del proceso la existencia de un tribunal competente e imparcial, dotado de independencia, autoridad y responsabilidad. Independencia, para que el juez no esté subordinado al poder político. Autoridad, para que sus fallos se cumplan efectivamente por los órganos encargados de ejecutarlos. Responsabilidad, para que el poder del juez no se convierta en despotismo.

III. LA INSTANCIA

1. CONCEPTO. Instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte.

El proceso se desenvuelve en instancias o grados. Este desenvolvimiento se apoya en el principio de la "preclusión". Una instancia sucede a la otra o precede a la otra; y no es concebible una segunda instancia sin haberse agotado los trámites de la primera.

La relación que existe entre el proceso y la instancia es la que existe entre el todo y la parte. El proceso es el todo; la instancia es una parte del proceso. Pero esta circunstancia no obsta a que la instancia pueda constituir por sí sola todo el proceso.

2. UNIDAD Y PLURALIDAD DE INSTANCIAS. Uno de los problemas que ha preocupado al Derecho Procesal es el relativo a la unidad o pluralidad de las instancias en el proceso.

En el proceso primitivo no se concebía la pluralidad de instancias.

En la actualidad se acepta, en general, la pluralidad de instancias como un poder de revisión de parte de los órganos superiores de la jurisdicción.

IV. LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCESO

El proceso es un debate ordenado en el cual se garantiza a las partes igualdad de oportunidades de hacer valer sus derechos.

Los principios fundamentales que regulan el proceso, según Eduardo J. Couture [6], son los de igualdad, disposición, economía, probidad, publicidad y preclusión.

[5] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Págs. 149 a 151.

[6] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Págs. 182 y siguientes.

A) *Principio de igualdad.* Consiste en que, sobre situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición.

B) *Principio de disposición.* Es aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso. En materia civil este principio es amplio, a diferencia de la materia penal, en la cual es restringido.

C) *Principio de economía.* El proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en litigio.

D) *Principio de probidad.* El proceso debe evitar la malicia en la conducta de las partes contendientes.

E) *Principio de publicidad.* La publicidad del proceso es de la esencia del sistema democrático de gobierno. Ella constituye la posibilidad de la fiscalización popular sobre la labor de magistrados y defensores. A través de ella el pueblo se convierte en el juez de los jueces y litigantes.

F) *Principio de preclusión.* Está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. La preclusión es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.

V. LA ACCION

1. Concepto. "La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión" [7].

2. Fundamento. Los fundamentos de la acción son los siguientes:

"a) En el Estado de Derecho, la violencia privada se transforma en petición ante la autoridad;

"b) Esa petición ante la autoridad constituye un poder jurídico del individuo, pero es el medio necesario para obtener la prestación de la jurisdicción;

"c) El poder jurídico de acudir ante la autoridad no puede ser quitado a nadie; prohibida la justicia por mano propia, es evidente que debe darse a todo sujeto de derecho la facultad de obtenerlo por mano de la autoridad; privarle de una y otra, sería negarle la justicia misma" [8].

[7] Eduardo J. Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Pág. 57.
[8] Eduardo J. Couture. *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Págs. 31 y 32.

3. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN. Según el profesor de la Universidad de Chile Francisco Hoyos, la clasificación más acertada de las diversas teorías que explican la naturaleza jurídica de la acción procesal, es aquella que las agrupa en teorías monistas y dualistas. Para los partidarios de las teorías monistas la acción no es otra cosa que el derecho subjetivo material, cuya tutela se solicita con sede jurisdiccional. Para los dualistas, a la inversa, la acción es un fenómeno diverso de tal derecho.

A continuación, siguiendo al profesor Francisco Hoyos, haremos una síntesis de las diversas teorías relativas a la naturaleza jurídica de la acción.

A) *Teorías monistas.* "Las diversas doctrinas monistas sostienen, en lo fundamental, la identidad acción-derecho material. Por consiguiente y en líneas generales, la acción sería para los partidarios de esas teorías el derecho substancial deducido en juicio. No obstante, aunque siempre dentro de dicho encuadramiento conceptual, estas teorías presentan diversas variantes, cuyo examen haremos en seguida. Así, para Puchta "la acción es el derecho en pie de guerra". Mattirolo, a su turno, la concibe como "un derecho elevado a la segunda potencia". Windscheid cree ver en ella "una manifestación de vida del derecho subjetivo privado". Savigny la considera "una metamorfosis del derecho subjetivo privado, que se produce como consecuencia de una violación". Coviello, en cambio, la concibe como "una función del derecho subjetivo privado" [9].

"En tesis general, se trata de diversas formas de expresión de la doctrina clásica, que exige la concurrencia de cuatro presupuestos (capacidad, calidad, interés y derecho) para que surja una acción, haciendo inescindibles los miembros del binomio acción-derecho material. Por ello, Demolombe [10], –militante en esta tendencia– enseñaba que "cuando la ley habla de derechos y acciones incurre en un pleonasmo". Esta doctrina, se inspiró en los escritos de prácticos y procedimentalistas españoles (Jacome Ruiz, Conde De la Cañada, Caravantes, etc.) y franceses de la escuela exegética del derecho, cuyo pensamiento puede resumirse, como acota Couture [11], en "los conceptos de Garsonnet y Cezar-Bru", epígonos de esta escuela".

"Se trata de una concepción que no sólo no ha superado, sino que no ha entendido la vieja fórmula romana, según la cual "actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur" ("la acción no es sino el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido"), recibida por los ordenamientos jurídicos antiguos de Italia, Francia y España. La recepción de tal fórmula en el derecho del último

[9] Por todos, PEDRO ARAGONESES ALONSO. *"Sentencias congruentes"*, Editorial Aguilar, Madrid. 1957, Pág. 12 y ss.

[10] DEMOLOMBE. *"Cours"*, Tomo IX, Pág. 388.

1 EDUARDO J. COUTURE. *"Introducción al estudio del proceso civil"*, Pág. 8.

de los países nombrados se hizo desde el Derecho Romano a la III de las "Siete Partidas", a través del libro "Las flores del derecho", y de dicha partida pasó a las leyes de Enjuiciamiento Civil (1855) y Penal (1882), que sirvieron de fuente a nuestros códigos procesales actuales, así como los artículos 577 y 578 de nuestro Código Civil tienen su origen en el Código Napoleón. Queda, entonces, en claro el origen de las normas señaladas del derecho chileno, explicándose también el error conceptual en que inciden al atribuir a los derechos (reales y personales), así como a los delitos y cuasidelitos (art. 10 del Código de Procedimiento Penal de Chile) el carácter de fuente de las respectivas acciones, perdiéndose, además, el benéfico influjo de la augusta tradición romana en materia de acción, que es superior a nuestro derecho positivo a la luz de las modernas orientaciones existentes en la materia, como Salvatore Satta se ha encargado de hacerlo patente en Italia".

"Estas doctrinas encuentran su más fiel expresión en las metáforas de los jurisconsultos franceses, tan aficionados a las imágenes guerreras, para quienes la acción no pasa de ser "le droit casque et armé en guerre". La acción no se concebía, pues, sin derecho; pero, como certera y elegantemente apuntara Couture [12], en su ciclo de conferencias en la Escuela de Derecho de la Universidad de París, en la primavera de 1949, "la simetría de la construcción no lograba afrontar la realidad jurídica", quedando sin explicación los supuestos de las obligaciones naturales, de la demanda infundada, la acción insatisfecha, no obstante la terminación del proceso, por la insolvencia del deudor, la tutela jurídica de la posesión, etc. Agregaremos que tampoco esta teoría satisface las interrogantes planteadas por las acciones constitutivas, por las de mera declaración de certeza y, sobre todo, por las acciones constitutivas necesarias, todas las cuales serían inexplicables, con la agravante de que las de mera declaración de certeza constituyen, según Chiovenda, la más pura expresión del poder de acción".

"Por las razones expuestas, que constituyen el núcleo y recensión de las críticas formuladas a las teorías monistas, es inadmisible, sin perjuicio de reconocer la belleza de su poética expresión, el pensamiento del insigne Mortara, último gran procedimentalista de la escuela italiana, cuando asevera que la acción es "una relación mediante la cual la pretensión, crisálida de un derecho subjetivo privado, se convierte en mariposa, derecho subjetivo perfecto" [13]".

B) *Teorías dualistas.* "La insuficiencia de las teorías monistas para explicar las diversas figuras jurídicas anteriormente señaladas, recogida en duras críticas de grandes juristas alemanes, a principios del siglo XIX, y de que se hicieran eco tratadistas italianos, españoles y aun latinoamericanos, posteriormente, dio origen a una profunda reconducción de los argumentos esgrimidos por los sustentadores de

[12] EDUARDO J. COUTURE. *Introducción al estudio del proceso civil.* Pág. 9.
[13] LUDOVICO MORTARA. Citado por Pedro Aragoneses A., *Sentencias.* Pág. 13.

aquéllas. Se creó así un clima proclive a la investigación teórica del concepto de acción, que elevó el pensamiento procesal a posiciones netamente científicas, desterrando el saber ingenuo en la materia, que fue reemplazado por el saber razonado. Una de las principales consecuencias derivadas de ello es la determinación de la autonomía de nuestra disciplina, que en la actualidad es admitida pacíficamente como un axioma. La abundante literatura sobre el tema, así como su excelente calidad, permitió a James Goldschmidt, primero, y a Piero Calamandrei, más tarde, hablar de una "hipertrofia procesal".

"Este grupo de teorías, por oposición a las monistas, reposa en la idea de que acción y derecho subjetivo material son conceptos diversos".

"La escisión del binomio acción-derecho material, que es al Derecho lo que la división del átomo a la Física, constituye un privilegio atribuible a Hasse [14]. En efecto, estamos de acuerdo con Serra Domínguez cuando dice que el autor aludido, rompiendo la identidad mencionada, fue quien primero vio claro que la acción se dirige "no ya frente al adversario", porque para Hasse "la acción es el derecho de pedir que la voluntad del Estado, mediante el juez, se afirme y actúe relativamente a los derechos de los particulares. Se trata de un derecho de naturaleza especial, en cuanto no puede existir sin el derecho positivo, mientras los restantes derechos existen independientemente de éste, por gozar de un sustrato diverso. La "actio" no se entiende sin el Estado, es simplemente la iniciativa de pedir la actuación del Estado. Es un derecho privado del particular que le corresponde en cuanto titular del derecho, no como ciudadano". No obstante haber Hasse logrado practicar la escisión referida, desde su punto de vista subsiste un estado de ligamen entre acción y derecho subjetivo substancial: si bien se trata de fenómenos jurídicos distintos, no sería menos cierto que, en opinión de aquél, la acción supone el derecho cuya protección se reclama, solamente que como presupuesto de una sentencia favorable. El pensamiento del autor citado le coloca, por consiguiente y como se verá más adelante, entre los propugnadores de las teorías concretas sobre la acción. Pero la idea de Hasse no tuvo la debida difusión y fue una de aquéllas, como se comprobará, que, aunque geniales, suelen quedar transitoriamente sepultadas en el olvido. En efecto, será necesario llegar a la célebre polémica Windscheid-Muther para poner de relieve la influencia de Hasse en la formulación de algunas de las teorías modernas de la acción".

"Nos corresponde, pues, ocuparnos de la polémica mencionada para explicar cómo se generó, sobre qué versó y cuál pudo ser su exacta trascendencia en el orden procesal".

"Nace la discusión con motivo de una obra de Bernhard Windscheid, escrita en Düsseldorf, en 1856, e intitulada "Die actio des rö-

[14] HASSE: Über das Wessen die Actio, iher Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz die in personam und in rem actio", Rheinischen Museum, 1834, p. 1 y ss.

mischen civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts" ("La acción del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del derecho actual"), cuyo único propósito fuera el de poner de manifiesto los errores en que habría incurrido el ilustre jurista tudesco Federico Carlos de Savigny al determinar la inteligencia que, en su opinión, debía darse a la noción romana de la "actio"."

"Afirma Windscheid, en la ocasión y obra citadas, que en el concepto romano de "actio", enunciado por Savigny, quien decía inspirarse en las fuentes romanas y, especialmente en Celso, para quien la acción no era sino "el derecho de perseguir un juicio lo que nos es debido", constituye una interpretación histórico- jurídica errada y que, en cambio, la idea romana de "actio" se correspondería exactamente con la noción germánica de "Anspruch".

"Theodor Muther respondió a Windscheid en la obra que tituló "Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht Litiscontestation und der Singulier succession in Obligationem. Eine Kritik des Windscheid "schen Buchs", Erlangen, 1857 ("Estudio de la Actio romana, de la Klagerecht actual, de la litiscontestatio y de la sucesión singular en las obligaciones. Crítica al libro de Windscheid"), sosteniendo que es inadmisible la referida asimilación de conceptos hecha por Windscheid (los de "actio" y "Anspruch")".

"Aquella asimilación reposaba en la idea de que —en Roma— el derecho subjetivo material existía a través de la "actio". Esto motivó la crítica de Muther, que, en opinión de Serra Domínguez [15], se centró en la interpretación histórica de Windscheid, como nosotros lo teníamos insinuado".

"El concepto de la "actio" romana —uno de los extremos en que opera la asimilación hecha por Windscheid— es una de aquellas cuestiones que han dividido más profundamente a los especialistas y cuya noción lógico-histórica inquietara significativamente al ilustre Carnelutti [16], como lo demuestran estas palabras suyas: "En el sistema jurídico romano, durante un largo período de su evolución, en gran parte la tutela jurídica de los intereses no se hallaba preconstituida con normas materiales, sino que se confiaba al proceso por medio de normas instrumentales, estando aquél, precisamente en orden a esta función, diversa de la del proceso moderno, basado en la doble fase del "ius" y del "iudicium"; por eso la acción, en principio, era no un derecho sino el derecho (único) concedido para la tutela del interés; en otras palabras, según aquel sistema jurídico, el derecho subjetivo procesal no se mezclaba con el derecho subjetivo material sino que era el instrumento para la constitución de este último, que antes del proceso no existía".

[15] MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ. *Estudios de Derecho Procesal*. Pág. 125.

[16] FRANCESCO CARNELUTTI. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Pág. 636.

"Creemos, como Chiovenda [17], que la obra del gran pandectista alemán no hizo luz en la delicada cuestión de fijar el sentido trascendente de la "Anspruch". Esto se debió a la equivocidad de tal noción, barajándose bajo un mismo término realidades distintas. En efecto, al paso que algunos ven en la "Anspruch" al derecho real mismo, otros no lo estiman así y hablan de un complejo de "Ansprühe"; por último, hay quienes, inspirados en el propósito de encontrar un substituto para la concepción privatista de "actio", reservan esa voz para designar el derecho lesionado, violado o, más genéricamente, el estado de insatisfacción de éste".

"Windscheid identifica, pues, dos conceptos —los de "actio" y "Anspruch"— cuya recta inteligencia ha sido arduamente discutida, sin entrar tampoco a precisarlos".

"Muther, colocado doctrinariamente en una posición antagónica a la de Windscheid, estima que, incluso en el sistema del derecho pretorio, éste no existía a través de la "actio", sino ésta a causa de aquél. Pues bien, a este último extremo se extendió la refutación de Muther. Veamos, entonces, la elaboración dogmática del pensamiento de este autor. Para estos efectos, nada mejor, en nuestro concepto, que transcribir textualmente un pasaje de la obra de Serra Domínguez [18], cuando él nos recuerda que "para Muther derecho y "actio" son dos derechos distintos, de los cuales uno es presupuesto del otro; pero que pertenecen a diversas esferas, puesto que uno es privado y público el otro. El derecho de obrar se puede estimar conexo al derecho privado incluso antes de la violación. No es un anexo al derecho, ni siquiera un añadido a su contenido, sino un particular derecho condicionado, pero se puede concebir también como derecho incondicionado, nacido sólo con la violación". Consecuencia de la tesis de Muther, para el evento del no cumplimiento voluntario del obligado (violación del derecho correlativo del acreedor), es la intervención que él asigna al Estado para hacer cesar la lesión, cuyo deber de mantenimiento del orden jurídico se expresa por el ejercicio de la jurisdicción. Tipifica este autor la posibilidad de hacer cesar la lesión referida como un derecho del Estado respecto del particular".

"Según Serra Domínguez [19], el ejercicio de la acción supone dos derechos para Muther: el del ofendido frente al Estado, para la concesión de la tutela, que es el verdadero derecho de acción, y el del Estado contra el autor de la lesión, para la eliminación de ésta".

"A esta altura de la exposición creemos conveniente poner énfasis en un aspecto de la polémica Windscheid-Muther que no ha sido, hasta ahora, suficientemente esclarecido: que la discusión entre aquellos juristas no versó sobre la fijación del concepto de acción en el sentido

[17] GIUSEPPE CHIOVENDA. *Ensayos de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Págs. 9 y siguientes.

[18] MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ. *Estudios de Derecho Procesal.* Pág. 125.

[19] MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ. *Estudios de Derecho Procesal.* Pág. 125.

que se desprende de los ordenamientos modernos, ni tampoco sobre la identificación o escisión entre derecho material y acción, sino sobre la supuesta congruencia entre la figura romana de la "actio" y la "Anspruch" germánica. Util es recordar al respecto que, durante el curso de esta polémica, tenía en Germania gran auge la escuela histórica del derecho, que trató de demostrar, a través de los escritos de algunos de sus seguidores, en qué medida y con qué intensidad permanecían vigentes en el derecho de aquel entonces ciertos principios del viejo Derecho Romano. En no escasa medida contribuyó a ello la circunstancia de que, por aquellos días, fueran descubiertas las Institutas de Gaius, que dieron una visión completa del proceso romano y diversa de las hasta allí imaginadas por los juristas".

"Infiérese de lo dicho que entre Windscheid y Muther existió siempre tácito acuerdo acerca de que acción y derecho se perfilaban como fenómenos jurídicos diversos. Su discordancia consistió únicamente en el verdadero concepto de "actio" según los romanos y, concretamente, según Celso, y en la posible asimilación de aquél con la idea germánica de "Anspruch". De esto resulta la única explicación lógica para las diversas opiniones de algunos autores que hablan de "complementación" de las ideas de ambos polemistas (así Chiovenda) [20] o de "aceptación tácita" de parte de Windscheid para las críticas de Muther (Serra Domínguez [21], v. gr.)".

"En tesis reasuntiva, podemos afirmar que: 1°) la polémica tantas veces aludida tuvo por exclusivo objeto fijar el auténtico contenido y alcance del concepto de la "actio" romana; 2°) los autores que la protagonizaron no tuvieron en vista la determinación de la función que en los ordenamientos de la época (mediados del siglo XIX) desempeñaba la acción; y, 3°) como con frecuencia ocurre en el campo científico, en este caso, el pensamiento de Windscheid y Muther fue utilísimo para la ciencia procesal moderna, sin que ellos lo previeran, como consecuencia de asignar al Estado un rol protagónico en la composición de los litigios, elementos que antes de ellos sólo Hasse había insinuado. Puede perfectamente compararse la situación aludida con lo ocurrido en los dominios de la Física, cuando Einstein utilizó los conocimientos de Riemann, quien trastrocó la geometría euclidiana, señalando en rigor su genuino ámbito de aplicación y eficacia".

"Avanzando un poco más en el propósito de determinar el concepto de acción, Wach, siguiendo la huella de Muther, considera la acción como un derecho subjetivo público a la tutela jurídica, que el Estado debe prestar y el adversario sufrir".

"Mediante el ya célebre ejemplo de las acciones de mera declaración de certeza, Wach demuestra la autonomía del derecho a la tutela jurídica (acción) respecto del derecho subjetivo privado [22]. El autor

[20] GIUSEPPE CHIOVENDA. *Ensayos de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Pág. 83.
[21] MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ. *Estudios de Derecho Procesal.* Pág. 126.
[22] ADOLF WACH. *La pretensión de declaración.* Págs. 39 y siguientes.

citado tiene la razón, si se recuerda que con ese tipo de acciones se persigue únicamente obtener un pronunciamiento jurisdiccional acerca de la existencia o inexistencia de una relación o situación jurídica reglada por el derecho substancial (piénsese en la nulidad u oponibilidad de un acto jurídico, en la posesión de una cosa o de derechos reales constituidos en ella), como Chiovenda, discípulo de Wach, se encarga de poner de relieve en su magistral prolusión de Bolonia (3 de febrero de 1903)".

"Si, como se ha visto, la acción puede existir independientemente de la preexistencia de un derecho material insatisfecho, obviamente, aquélla no tiene por qué seguirse de éste; dicho de otro modo, emanar del mismo. La acción no es, pues, para Wach un "posterius" que resulte como necesaria consecuencia de un "prius", que sería el derecho subjetivo material, bastando un simple interés de declaración de certeza para fundar al derecho a la tutela jurídica [23]".

"En conclusión, el derecho a la tutela jurídica, esto es, la acción, según Wach, pertenece al Derecho Público y al Derecho procesal le correspondería tan sólo regular su presupuesto, que no es otro que el interés en accionar".

"La importancia del aporte de Adolf Wach en el tema que nos ocupa radica, pues, fundamentalmente, en el hecho de haber reafirmado, fijándola con absoluta exactitud, la separación entre derecho material y acción, contribuyendo así directamente a afianzar la tesis, entonces en discusión, de la autonomía del Derecho Procesal".

"En lo sucesivo los autores configurarán la acción como una figura autónoma; pero con variantes esenciales y de matices, dando lugar a las doctrinas conocidas entre los estudiosos por las denominaciones de "concretas", "abstractas" y "abstractas atenuadas". Partidarios de las primeras, aunque con particularismos que les distinguen, son, entre otros, Wach, Chiovenda, Weismann, Rodenti, Calamandrei, Gómez Orbaneja, etc.; de las segundas, Plösz, Degenkolb, Bülow, A. Rocco, Guarneri, Allorio, Kohler, Zanzucchi, Couture, Fairén Guillén, Morón Palomino, Carnelutti, Ugo Rocco, etc.; y de las últimas Betti, Liebman, Prieto Castro, etc. [24]. Por nuestra parte y en vista de lo dispuesto en los artículos 254 del Código de Procedimiento Civil de Chile y 102 del Código de Procedimiento Penal de Chile, adherimos a la tesis abstracta atenuada de la acción, aunque con variantes [25]".

[23] ADOLF WACH. *La pretensión de declaración*. Pág. 51.

[24] Por todos, MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ. *Estudios de Derecho Procesal*. Págs. 121 y siguientes.

[25] FRANCISCO HOYOS. *La acción*. Revista de Derecho Procesal. Departamento de la actividad jurisdiccional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Números 9 y 10. Año 1975. Págs. 46 a 52.

VI. LA EXCEPCION

1. CONCEPTO. "La excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él" [26].

2. TEORÍAS. "Las orientaciones denominadas concreta y abstracta de la acción tienen manifestaciones análogas en materia de excepción".

"También se habla de la excepción como un poder jurídico concreto, vale decir, como un atributo del demandado a quien el autor conduce sin motivo hasta el tribunal, y que pretende que la pretensión del demandante sea desechada. Se habla, entonces, de un contraderecho: el contraderecho del demandado en oposición al derecho que pretende el actor".

"Por razones análogas, la doctrina que considera la acción como un derecho abstracto de obrar, también considera que es un derecho abstracto la excepción. Rechaza esta doctrina la idea de contraderecho. El demandado, se sostiene, no tiene ningún derecho contra el actor. Sólo tiene derecho a su libertad, a que la sentencia rechace la demanda devolviéndole la libertad de que disfrutaba antes del proceso".

"El demandado, para esta concepción, no aspira tanto a que se reconozca su derecho propio, como a excluir el derecho ajeno. Su pretensión, más que nada, es afirmación de libertad jurídica" [27].

Para Eduardo J. Couture la excepción es el poder jurídico del demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción.

VII. LA PRUEBA

1. CONCEPTO. La prueba es "un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio" [28].

En sentido jurídico la prueba es un método de averiguación y de comprobación. "La prueba penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación" [29].

[26] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Pág. 89.

[27] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Págs. 93 y 94.

[28] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Pág. 217

[29] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Págs. 215 y 216.

2. OBJETO. Para determinar el objeto de la prueba hay que distinguir entre los juicios de hecho y los de Derecho.

Generalmente el Derecho no es objeto de prueba; sólo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio.

Excepcionalmente hay situaciones en que puede ser necesario probar el Derecho; por ejemplo cuando se discute sobre la existencia o inexistencia de la ley; cuando se invoca la costumbre como fuente del Derecho; cuando se hace referencia al Derecho extranjero.

El principio de que sólo los hechos son objeto de la prueba tiene también excepciones; por ejemplo, la prueba debe recaer solamente sobre los hechos controvertidos y los no impugnados no son objeto de prueba; no necesitan probarse los hechos sobre los cuales recae una presunción legal; tampoco los hechos evidentes o los notorios.

3. CARGA. "Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos" [30].

La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo para cada litigante.

En materia de obligaciones, el actor prueba los hechos que suponen la existencia de ellas y el reo los hechos que suponen su extinción.

En materia de hechos y actos jurídicos, tanto el actor como el reo prueban sus respectivas proposiciones.

4. VALORACIÓN Y MEDIOS DE PRUEBA. La valoración es la determinación de la eficacia que tienen los diversos medios probatorios.

Los medios de prueba son muy variados, siendo los principales los documentos, testigos, confesión, inspección personal del tribunal, informe de peritos y presunciones.

a) Los documentos son escritos, de cualquiera naturaleza, en los cuales se consignan hechos. Ellos pueden ser públicos o privados. Documento o instrumento público es el autorizado, con las solemnidades debidas, por el competente funcionario, y documento privado es el otorgado por los particulares en su carácter de tales.

b) Los testigos son personas extrañas a los hechos que se trata de probar, y a las cuales les constan por haberlos presenciado o haber tenido referencia de ellos. Es de la esencia del testigo que sea una persona extraña a los hechos que se tratan de probar, que no tenga interés alguno en ellos y que no resulten para él consecuencias directas ni indirectas de los hechos sobre que declara.

c) La confesión de parte es el reconocimiento que una parte hace de la verdad de un hecho que la beneficia y perjudica a su contradictor. Ella puede ser: judicial o extrajudicial, expresa o tácita. Confesión judicial es la que se presta en el juicio en que se solicita y ante juez

[30] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Pág. 241.

competente. Confesión extrajudicial es la que se presta fuera de juicio, verbalmente o por escrito. Confesión expresa es la que se hace en términos explícitos y formales; aquélla que hace el confesante declarando la efectividad del hecho sobre que versa la confesión. Confesión tácita o presunta es la que resulta de una resolución judicial que da por confesa la parte cuando ésta no ha comparecido, o si lo ha hecho se ha negado a contestar las preguntas del tribunal o ha respondido con evasivas.

d) La inspección personal del tribunal consiste en el examen o visita que practica el tribunal por sí mismo a la cosa que se litiga o al lugar del suceso, para cerciorarse de la verdad de los hechos que se alegan.

e) El informe de peritos en un dictamen evacuado por personas que tienen conocimientos especiales sobre determinadas materias debatidas.

f) Las presunciones son las consecuencias deducidas de hechos conocidos.

5. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. La doctrina distingue entre las llamadas pruebas legales y las pruebas libres o de libre convicción.

Pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio.

La libre convicción es aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información fiscalizados por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento con la verdad de la prueba rendida, o fuera de ella o aún contra ella.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos, entre ellos el chileno, aceptan el sistema de prueba legal y rechazan el de libre convicción; otros ordenamientos aceptan el sistema de libre convicción en ciertas materias muy especiales y otros solamente en la institución del jurado popular.

VIII. LA SENTENCIA

1. CONCEPTO. La sentencia es un acto jurídico procesal y, al mismo tiempo, el documento en el cual él se consigna. "Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometido a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida" [31].

A) *La sentencia como acto jurídico.* La sentencia como acto jurídico "es en sí misma un juicio; una operación de carácter crítico.

[31] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Pág. 277.

El juez elige entre la tesis del actor y la del demandado (o eventualmente una tercera) la solución que le parece ajustada al derecho y a la justicia. Esa labor se desenvuelve a través de un proceso intelectual cuyas etapas pueden irse aislando separadamente y al que la doctrina llama formación o génesis lógica de la sentencia" [32].

Durante mucho tiempo la doctrina ha concebido a la sentencia como la conclusión de un silogismo cuya premisa mayor es la ley y la menor el caso.

La doctrina moderna se resiste a ver en la sentencia una pura operación lógica y en el juez un simple autómata. En efecto, como expresa Eduardo J. Couture, "la valoración de la prueba reclama, además del esfuerzo lógico, la contribución de las máximas de experiencia, apoyadas en el conocimiento que el juez tiene del mundo y de las cosas. La elección de la premisa mayor, o sea la determinación de la norma legal aplicable, tampoco es una pura operación lógica, por cuanto reclama al magistrado algunos juicios históricos de vigencia o de derogación de las leyes, de coordinación de ellas, de determinación de sus efectos. La lógica juega un papel preponderante en toda esa actividad intelectual; pero su función no es exclusiva. Ni el juez es una máquina de razonar ni la sentencia una cadena de silogismos. Es, antes bien, una operación humana, de sentido preferentemente crítico, pero en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. Se trata, acaso, de una sustitución de la antigua logicidad de carácter puramente deductivo, argumentativo, conclusional, por una logicidad de carácter positivo, determinativo, definitorio" [33].

B) *La sentencia como documento.* La sentencia, como documento, es la forma mediante la cual se representa y refleja la voluntad del juez o del tribunal.

2. Diversos tipos de sentencia. El juez, en el curso del juicio, puede resolver las cuestiones de simple impulso procesal, las cuestiones incidentales o puede poner término al juicio. Estas decisiones toman el nombre de decretos, autos, sentencias interlocutorias o sentencias definitivas. (Código de Procedimiento Civil de Chile, artículo 158).

Los decretos, providencias o proveídos son aquellas resoluciones que tienen por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso.

Los autos son resoluciones que recaen en incidentes.

Las sentencias interlocutorias son las que fallan un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelven sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.

[32] Eduardo J. Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Pág. 279.
[33] Eduardo J. Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* Pág. 288.

Las sentencias definitivas son las que ponen fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

Las sentencias definitivas deben contener:

"1) La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio, profesión u oficio;

"2) La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos;

"3) Igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el reo;

"4) Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;

"5) La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; y

"6) La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas" [34].

IX. LOS RECURSOS

1. CONCEPTO. Los recursos procesales pueden ser definidos como los medios que la ley franquea a las partes para obtener la modificación de una resolución judicial que estiman agraviante para su parte.

2. VARIEDAD DE RECURSOS. Los recursos son varios, siendo los más importantes, en Chile, los de reposición, apelación, casación en la forma, casación en el fondo, revisión y queja.

A) *Recurso de reposición.* El recurso de reposición es el recurso de más ordinaria ocurrencia en el pleito. Por él se persigue la modificación de una resolución judicial. Sólo se puede entablar durante la tramitación del pleito y no procede contra la sentencia definitiva. Conoce de él el mismo Tribunal que dictó la resolución cuya enmienda se persigue.

B) *Recurso de apelación.* El recurso de apelación tiene por objeto que el tribunal superior modifique con arreglo a la ley el fallo dictado por el inferior. La regla general, en nuestro Derecho, es que las sentencias sean apelables, con algunas pequeñas excepciones. Los jueces de la primera instancia pueden equivocarse y por ello se da a las partes la oportunidad de llevar su reclamo al Tribunal superior. Se dice por ello que nuestro procedimiento es de dos instancias. El pleito es examinado sucesivamente por dos Tribunales. Los dos examinan las cuestiones de hecho y de Derecho.

[34] *Código de Procedimiento Civil de Chile,* artículo 170.

De la apelación conoce el Tribunal superior del que falló el juicio en primera instancia. Este Tribunal no necesita necesariamente ser una Corte de Apelaciones. En el juicio ordinario de Mayor Cuantía, tanto civil como criminal, es una de las Cortes de Apelaciones a quien corresponde el conocimiento de este recurso.

La tramitación de segunda instancia es muy breve, y consta, generalmente, de una parte meramente oral que son los alegatos o defensas orales de los abogados de las partes. En algunos casos, antes de los alegatos existe una tramitación escrita; el apelante en el juicio ordinario de mayor cuantía presenta un escrito llamado de expresión de agravios en que indica cuáles son los perjuicios o "agravios" que le causa el fallo de primera instancia. El apelado contesta este escrito en la contestación a la expresión de agravios.

El Tribunal de segunda instancia debe dictar una sentencia confirmando, revocando o modificando el fallo de primera instancia.

C) *Recurso de casación en la forma.* El recurso de casación en la forma tiene por objeto invalidar una sentencia cuando no se cumplen las formalidades que la ley exige para su validez o cuando en su tramitación no se observan los trámites esenciales dictados por la ley.

De los recursos de casación en la forma conoce el Tribunal superior a aquel que falló el juicio, o sea, el mismo Tribunal que conoce de la apelación. No debe creerse que el recurso de casación en la forma corresponde exclusivamente a la Corte Suprema. Esta conoce del recurso de casación en la forma sólo cuando se entabla en contra de una sentencia de una de las Cortes de Apelaciones.

D) *Recurso de casación en el fondo.* Este recurso tiene por objeto invalidar las sentencias inapelables de las Cortes de Apelaciones cuando han sido dictadas con infracción de ley y ella ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Este es un recurso extraordinario, conoce de él exclusivamente la Corte Suprema y procede sólo contra las sentencias inapelables de una de las Cortes de Apelaciones.

La tramitación ante la Corte Suprema es verbal y se reduce a los alegatos de los abogados.

E) *Recurso de queja.* Es un recurso extraordinario que procede cuando por un Tribunal se ha dictado una resolución manifiestamente abusiva. Persigue dos objetivos: que por el Tribunal superior se ordene modificar la resolución abusiva y que se apliquen al Tribunal inferior las sanciones disciplinarias correspondientes.

Fuera de estos recursos existen varios otros, como el recurso de hecho, el de rectificación o enmienda, el de aclaración, etc.

X. LA COSA JUZGADA

1. CONCEPTO. "La cosa juzgada, según la doctrina tradicional, que arranca desde el Derecho Romano, es el efecto de las sentencias firmes para que quienes han obtenido en el juicio, concluido por sentencia de condena, puedan hacer cumplir forzadamente el derecho declarado en su favor ("actio iudicati") o para que todos aquellos a quienes aprovecha el fallo en conformidad a la ley impidan definitiva e irrevocablemente todo pronunciamiento posterior, sea en el mismo o en otro sentido del anterior y en el mismo o en otro proceso ("exceptio rei iudicate"), concurriendo la triple identidad: de partes, causa y objeto") [35].

2. DOCTRINA. Existen diversas doctrinas que explican la naturaleza de la cosa juzgada.

"La doctrina de la ficción de verdad (SAVIGNY) buscó para la cosa juzgada una justificación de carácter político, apoyada en la necesidad de prestigiar definitivamente la autoridad de la jurisdicción. Pero la interpretación es excesiva, por cuanto prescinde de la gran cantidad de casos en los cuales la sentencia no constituye una ficción de la verdad, sino la verdad real. El exceso es más tenue en la doctrina de la presunción de verdad (POTHIER), que a través de la colocación especial que la cosa juzgada adquiere en el código Napoleón, entre las presunciones legales, habría de hacer un largo recorrido histórico prolongado hasta nuestros días".

"Derivando más o menos directamente de la teoría de la ficción y de la teoría de la presunción de verdad, aparecen las otras interpretaciones: se sostiene, por un lado, que la cosa juzgada no es sino la consecuencia lógica de una necesidad de certeza en las relaciones jurídicas (ARTURO ROCCO); por otro, que es una derivación del llamado contrato judicial (ENDEMANN); por otro, que vale y se explica como declaración auténtica de derechos subjetivos (PAGENSTECHER); o como una efectiva tutela de los derechos privados (HELLWIG); por otro lado se le presenta como una servidumbre pasiva (INVREA); o como una posesión aparente del derecho (KRUCKMAN). Y así sucesivamente".

"Poco ha progresado la doctrina en esta línea de reflexiones. En todo caso, siempre resulta muy ilustrativo observar que la doctrina dominante, que sigue siendo aún la de presunción de verdad, tiene su apoyo, más que en deducciones de carácter lógico, en la subsistencia de los textos legales que la establecen" [36].

La cosa juzgada es el fin del proceso y el atributo de la jurisdicción.

El derecho de la cosa juzgada es el derecho logrado a través del proceso e integra el orden jurídico, en sentido normativo.

[35] FRANCISCO HOYOS. *La Cosa Juzgada*. Pág. 16.

[36] EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Págs. 408 y 409.

XI. LA EJECUCION

La sentencia puede declarar un derecho, o establecer una condena en contra del obligado, o constituir un estado jurídico nuevo o limitarse a ordenar medidas de garantía.

La sentencia de condena trae detrás de sí todos los procedimientos tendientes a asegurar la efectividad de la prestación reconocida en el fallo, para el caso de insatisfacción por parte del obligado.

Este procedimiento se hace efectivo a través de la ejecución forzada.

"Los presupuestos de la ejecución forzada son, en nuestro concepto, tres:

"a) Un título de ejecución;

"b) Una acción ejecutiva;

"c) Un patrimonio ejecutable.

"El título de ejecución se requiere por aplicación del precepto "nulla executio sine titulo".

"La acción ejecutiva es indispensable, por aplicación del principio "ne procedat judex ex officio", también aplicable en materia de ejecución forzada. Ni aun las sentencias de condena pasadas en autoridad de cosa juzgada se ejecutan, en nuestro derecho, sin iniciativa del acreedor".

"El patrimonio ejecutable constituye el objeto de la ejecución. En último término, la ejecución consiste en transferir ciertos bienes, o su precio, del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor. Al deudor sólo le pertenece lo que sobra una vez pagadas sus deudas "bona non censetur nisi deducto aere alieno" [37].

XII. LA JURISDICCION

1. Concepto. Siguiendo al profesor de la Universidad de Chile, Juan Colombo, señalaremos los conceptos más importantes que se han dado de jurisdicción.

"A) *Conceptos clásicos.* Examinaremos los basados preferentemente en la legislación española que significan un aporte a nuestro Derecho Procesal".

"Escriche, en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, define la jurisdicción como "el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes y, especialmente, la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia".

"Caravantes, por su parte, define la jurisdicción como la "potestad pública de conocer de los asuntos civiles y criminales y de sentenciarlos con arreglo a las leyes".

[37] Eduardo J. Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Págs. 447 y 448.

"Manresa la conceptúa como "la potestad de que se hallan investidos los jueces para administrar justicia".

"Las definiciones dadas por los autores citados coinciden en que es una potestad que permite a los jueces conocer y sentenciar las causas que ante ellos se presentaren".

"Es ésta la idea precisamente que consagra en el texto nuestra legislación orgánica, por lo cual destacamos su importancia".

"Entre los autores nacionales podemos señalar el concepto de Manuel E. Ballesteros que enseñaba que la palabra jurisdicción significa la potestad de conocer y fallar las causas. En el mismo orden, José Bernardo Lira afirma que la facultad y aun en el deber de administrar el poder, de hacer cumplir las obligaciones, proteger los derechos y la inocencia y castigar los delitos, en una palabra, de administrar justicia, es lo que se denomina jurisdicción".

"B) *Doctrina Extranjera.* Giuseppe Chiovenda define la jurisdicción como "la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la substitución, por la actividad de los órganos jurisdiccionales, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva". Del análisis de la definición se deduce, en síntesis, lo siguiente:

"1) La jurisdicción es una función pública. Así se encarga el propio autor de recalcarlo en uno de sus primeros títulos en que afirma "que ello es exclusivamente una función del Estado".

"2) El objeto de la jurisdicción es la actuación de la voluntad concreta de la ley".

"3) La esencia del concepto radica en que concibe la jurisdicción como la sustitución de la voluntad de las partes en conflicto, por la actividad pública del juez".

"Esta sustitución opera en dos planos, en la etapa del conocimiento y resolución y en la de ejecución".

"En la primera, la jurisdicción consiste en la sustitución definitiva y obligatoria, por la actividad intelectiva del juez, de la actividad intelectiva no sólo de las partes, sino de todos los habitantes; al afirmarse como existente o no existente una voluntad concreta de la ley, se declara y se actúa lo mismo que si ocurriera en virtud de una fuerza suya propia, automáticamente".

"En cuanto a la actuación concreta de la voluntad declarada, (procedimiento de cumplimiento de lo resuelto), no hay jurisdicción si sólo puede cumplirse por la vía administrativa, como ocurre con las sentencias penales, pero sí la hay cuando para ello se requiere de la voluntad del sujeto condenado y él no la manifiesta. En tal caso la jurisdicción consiste en la sustitución por la actividad material de los órganos del Estado, de la actividad debida, sea que la actividad pública se proponga sólo obligar a la parte a obrar, sea que atienda directamente al resultado de la actividad. En todo caso hay una autoridad pública realizada en lugar de otra".

"La Corte Suprema de Chile, en sentencia de 3 de mayo de 1965, reconoce la teoría de Chiovenda en el Derecho Nacional al señalar en su fallo: "Esta delegación de la soberanía, con referencia a la función de la justicia, es lo que constituye esencialmente la jurisdicción de los tribunales. El juez obra actuando la ley y esta actuación de la ley a través del tribunal correspondiente es el fin de todo proceso, la resolución judicial que se dicta en ese proceso contiene el reconocimiento o reintegración de un derecho, esto es, restablecer a quien es su titular en su ejercicio" (C.S.T. LII, Revista de Derecho y Jurisprudencia, pág. 57)".

"Francesco Carnelutti define la jurisdicción como "la actividad destinada a obtener el arreglo de un conflicto de intereses mediante la justa composición de la litis, contenida en una sentencia".

"Eduardo Couture define la jurisdicción como "la función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".

"En su análisis agrega que gran parte de las disposiciones, especialmente en Latinoamérica, derivan de la confusión del concepto de jurisdicción con otros como competencia y poder".

"Nuestra legislación, en más de una oportunidad, incurre en la confusión. Valga como ejemplo el título relativo a la prórroga de la competencia, que la ley llama impropiamente prórroga de la jurisdicción".

"De la definición de Couture y del análisis que él hace de la institución se desprende lo siguiente:

"1) Distingue tres elementos propios del acto jurisdiccional que son: la forma, el contenido y la función".

"Por forma o elementos externos del acto jurisdiccional se entiende la presencia de las partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley".

"Por contenido estima la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción mediante una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, y por función se entiende el cometido, o sea, asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho".

"2) Es una función o potestad pública, y según el autor, así la define la legislación uruguaya. Involucra la facultad de declarar el derecho y de hacer cumplir lo juzgado".

"3) Se realiza a través de órganos competentes y por medio de un proceso; para garantizar su efectividad existe la ley de procedimiento".

"4) El objetivo de la jurisdicción es la resolución de un conflicto y controversia de relevancia jurídica con autoridad de cosa juzgada".

"5) Su finalidad es asegurar la vigencia del Derecho".

"Jaime Guasp define la jurisdicción como "la función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones".

"El autor señala que debe dejarse de lado las concepciones clásicas de la jurisdicción y que debe eliminarse toda idea que no parta de la congruencia que existe entre jurisdicción y proceso".

"Como elementos de esta definición podemos señalar los siguientes:

"1) La jurisdicción es una función que tiende a la satisfacción de pretensiones. Dejarlas insatisfechas atenta contra la paz y la justicia de la comunidad.

"2) El concepto interesa al Derecho Político como al Derecho Procesal. Para el primero la jurisdicción es una función pública que ejercita el Estado a través de sus órganos correspondientes: ello explica su inclusión en las Constituciones Políticas de los diversos países.

"Para el Derecho Procesal la jurisdicción es un requisito del proceso cuya falta impide entrar en el examen de fondo de la pretensión formulada. Faltando ésta no puede practicarse válidamente ninguna de las restantes actividades procesales.

"Piero Calamandrei parte de la siguiente base: no es posible dar una definición válida de jurisdicción para todos los tiempos y lugares. Agrega que ahora es posible definirla como "la potestad o función que el Estado, cuando administra justicia, ejerce en el proceso por medio de sus órganos judiciales".

"Para Calamandrei la jurisdicción presenta los siguientes elementos determinantes:

"1. Es una función pública.

"2. Señala dos clases o tipos de jurisdicción: la de derecho y la de equidad.

"A propósito de la primera, estudia la estructura lógica de las normas jurídicas señalando que hay una norma general abstracta y una individualización del mandato.

"Generales, en cuanto ordenan un cierto comportamiento no a persona individualmente determinada, sino a todos aquellos, en serie indefinida que en el futuro puedan eventualmente encontrarse en una cierta situación de hecho; abstractas, en cuanto no ordenan en vista de concretos eventos ya ocurridos, sino que, estableciendo la hipótesis de que pueda, tarde o temprano, producirse en la realidad una cierta situación de hecho formulan anticipadamente el mandato que, para cuando tal situación se verifique en concreto, está destinado desde ahora, en convertirse en operativo y categórico".

"Cuando la norma general es respetada y cumplida por los hombres, basta con la formulación general y abstracta para que se mantenga el imperio del derecho, pero cuando una persona no observa espontáneamente las referidas normas, se produce una quiebra del sistema al cual el Estado que formuló la norma no puede permanecer indiferente".

"Según Calamandrei la observancia del Derecho, los casos en que

el sujeto destinatario del precepto se ajusta espontáneamente a él, constituyen su funcionamiento normal, podría decirse fisiológico, del Derecho.

"En una sociedad imaginaria donde todos cumplieran el Derecho y no existieran conflictos, la labor del Estado se agotaría con la dictación de la norma general. Estarían de más los jueces y los abogados.

"El problema surge cuando se desobedece la norma y "así se produce en la realidad una no coincidencia entre la conducta observada en concreto por el obligado y la conducta que el Estado, declarándola anticipadamente en la ley, habría querido que se observara en aquel caso".

"Resulta entonces que para asegurar la observancia práctica del Derecho no es suficiente la obra del legislador y se hace necesario una ulterior actividad del Estado para complementar la actividad legislativa y mantener la vigencia del Derecho".

"Esta última es la función jurisdiccional o simplemente jurisdicción.

C) *Doctrina nacional.* Los conceptos estudiados en Chile corresponden generalmente a profesores y han sido captados en apuntes o manuales de clases. Entre ellos podemos anotar los siguientes: Fernando Alessandri expresa que la jurisdicción es simplemente la facultad de administrar justicia. Carlos Anabalón señala que "en un sentido estricto, la jurisdicción importa y significa el acto de administrar justicia (dar a cada uno lo que es suyo) función ésta que corresponde a los jueces esencialmente y cuyo ejercicio permite aplicar la ley en forma imperativa, por la fuerza, en los casos de controversia por motivo de violación de la ley, o más propiamente del Derecho". Mario Casarino estudia diversas facetas de la jurisdicción concluyendo que en sentido restringido es la facultad que tiene poder judicial de administrar justicia. Jaime Galté la define como "la facultad que tienen los tribunales de justicia de declarar el derecho, puesto que jurisdicción significa decir el Derecho". Hugo Pereira, en su obra "La cosa juzgada formal en el procedimiento civil chileno", da también un concepto de jurisdicción entendiendo por ella "la facultad de ciertos órganos del Estado, los tribunales de justicia, de dirimir los litigios surgidos entre particulares y sancionar los delitos; jurisdicción es por lo tanto, aquella facultad abstracta que el Estado delega en los tribunales para solucionar en forma definitiva y obligatoria los litigios que se susciten entre los particulares mediante la sentencia, como asimismo para hacer cumplir lo resuelto en ella". Manuel Urrutia en el campo nacional define la jurisdicción como "la actividad del Estado tendiente a resolver, entre partes, los conflictos de intereses jurídicos contrapuestos, que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en forma definitiva y para siempre" [38].

D) *Legislación chilena.* La Constitución Política de Chile establece que "la facultad de juzgar las causas civiles y criminales perte-

[38] JUAN COLOMBO C. *La Jurisdicción en el Derecho Chileno.* Págs. 17 a 24.

nece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos". (Artículo 80).

Reglamentado el texto constitucional, el Código Orgánico de Tribunales de Chile establece que "la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley" (artículo 1º).

Resulta así que en el ordenamiento jurídico chileno importa ejercicio de jurisdicción la actividad que desarrolla el juez desde los primeros actos de instrucción del proceso hasta las últimas actuaciones necesarias para la ejecución del fallo.

2. GARANTÍAS DE LA JURISDICCIÓN. El ordenamiento jurídico contiene abundantes previsiones para asegurar el mejor desempeño de los órganos de la jurisdicción.

Las principales garantías son las de independencia, autoridad y responsabilidad.

A) *Garantía de independencia.* La garantía de independencia del juez tiene un fundamento en el principio de división de las funciones del poder público.

"El problema de la independencia es un problema político, porque sólo cuando el juez es independiente sirve a la justicia por sí misma. Cuando no es independiente podrá, eventualmente, servir a la justicia, pero entonces la sirve por algo que no pertenece a la justicia misma (temor, interés, amor propio, gratitud, honores, publicidad, etc.)"[39].

El Código Orgánico de Tribunales de Chile establece que "el Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones" (artículo 12).

B) *Garantía de autoridad.* El contenido de la jurisdicción no se reduce a la actividad cognoscitiva de la misma sino también a su actividad ejecutiva.

Al respecto el Código Orgánico de Tribunales de Chile establece que "para hacer ejecutar sus sentencias y para practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, podrán los tribunales requerir de las demás autoridades el auxilio de la fuerza pública que de ellas dependiere, o los otros medios de acción conducentes de que dispusieren.

"La autoridad legalmente requerida debe prestar el auxilio, sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide ni la justicia o legalidad de la sentencia o decreto que se trata de ejecutar" (artículo 11).

C) *Garantía de responsabilidad.* "El freno de la libertad es la responsabilidad. Nada hay que temer en un régimen de libertad, si él

[39] EDUARDO J. COUTURE. *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Pág. 88.

se halla celosamente contrabalanceado por un severo sistema de responsabilidad. Y mucho menos, todavía, como decía Hamilton del Judicial, que es el más débil de los poderes del Estado. Nada hay que temer de la autoridad que se le confiere, en tanto sea efectiva su responsabilidad".

"Esta fórmula, que ya hemos utilizado frente a la libertad de estar en juicio, se desplaza ahora hacia el campo de la actividad judicial".

"El juez, asegurada su independencia para actuar sin más restricciones que las específicas de su propio deber funcional; asegurada además su autoridad para que los fallos sean efectivamente cumplidos, tiene en sus manos tal cúmulo de poder que espera el que cualquier otro hombre tiene dentro del sistema del derecho. En esa situación sólo la responsabilidad plena por el uso de la autoridad puede constituir un eficaz medio de contención" [40].

La Constitución Política de Chile establece que los "jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observación de las leyes que reglan el proceso y, en general, por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad". (Artículo 84).

XIII. EL PROCESO EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW

"Durante siglos, toda la atención de los juristas ingleses se ha centrado en el procedimiento: sólo muy lentamente se va desplazando hacia las normas de Derecho sustantivo".

"La inmensa mayoría de los litigios se resuelve en Inglaterra por tribunales llamados "inferiores", por comisiones contencioso-administrativas, por el arbitraje privado. El control que los "tribunales superiores" ejercen sobre estos organismos puede afectar, en numerosos casos, a la forma en que han interpretado y aplicado el Derecho; pero frecuentemente, en especial en el caso de las comisiones contenciosas administrativas, en el de los tribunales de alquileres y en el del arbitraje, afecta únicamente al modo en que se ha conducido el procedimiento. La decisión del árbitro sólo podrá ser censurada si se puede reprochar a su autor un comportamiento reprensible (mis-conduct). No se tratará de verificar si la decisión adoptada por la administración se justifica o no; lo esencial es que esta decisión haya sido adoptada al término de un procedimiento leal, en el curso del cual la administración haya oído a todos los interesados, y sobre cuya base estará en condiciones de pronunciarse con conocimiento de causa ¿Cuál va a ser esta decisión? El problema apenas interesa al jurista inglés, pues en este aspecto, confía en la Administración; en Inglaterra no se ha estimado necesario instituir algo semejante al recurso por exceso de poder, tan

[40] EDUARDO J. COUTURE. *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Págs. 90 y 91.

importante en el Derecho Administrativo francés. En cambio, en Inglaterra se obliga a la Administración a motivar sus decisiones, deber que el Consejo de Estado no ha impuesto a la Administración francesa salvo que ello esté previsto por un texto legal y salvo en el caso, excepcional, de la sanción disciplinaria".

"La idea de que el acusado debe beneficiarse de "unfair trial" (trato leal en el procedimiento) y la idea de que debe estatuirse de acuerdo a las formas de un procedimiento regular (the due process of law) son principios básicos del Derecho inglés, Derecho concebido desde una perspectiva fundamentalmente contenciosa y al que preocupa más la administración de la justicia que la propia justicia. Es evidente que ambos aspectos no pueden separarse; sin embargo, la tendencia es la apuntada. Para el jurista inglés, es preciso seguir un procedimiento debidamente reglamentado e inspirado por la lealtad; por esa vía se llegará a una solución justa" [41].

XIV. EL PROCESO EN LA DOCTRINA NACIONALSOCIALISTA ALEMANA

En el período comprendido entre 1935 y 1939 existió una abundante doctrina alemana de Derecho Procesal inspirada en el ideario político nacionalsocialista. Los principios fundamentales de ella son los siguientes:

"Primer principio: la reforma del proceso civil, de carácter esencialmente político, forma parte de un vasto movimiento general de doctrina que sus autores llaman "Kampfwieder das subjektive Recht", la lucha contra el derecho subjetivo. Sólo es este un aspecto particular de ese movimiento".

"Segundo principio: en esa lucha hacia la abolición del derecho subjetivo, sucumbe hasta el Estado, que no es ya más considerado, en la doctrina reciente, como una persona jurídica de derecho subjetivo. Por el contrario, a diferencia de la doctrina fascista, la base, el receptáculo mismo del derecho, no es el Estado sino el pueblo. El derecho nacionalsocialista es, según sus propios definidores, un estado de conciencia popular. Como el derecho reside en el pueblo y hay que interpretarlo, porque el pueblo no tiene físicamente un órgano único de expresión, se admite que el intérprete de la voluntad popular es el Führer. Las palabras literales de Seydel, que es el que ha llevado más lejos este desarrollo, son: "Se debe partir del concepto del pueblo como comunidad viviente en el cual el ciudadano revista la condición de miembro; y ver en el derecho la ordenación de la vida de esta comunidad. Propósito del procedimiento civil sería el mantenimiento del orden en la comunidad. El juez no sería más un medio que el Estado pone a disposición de las partes para decidir sus conflictos privados,

[41] RENÉ DAVID. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Págs. 278 y 279.

sino un representante soberano de la ley, y, en consecuencia, uno de los más importantes ejecutores de la voluntad del Führer. No se halla por encima de las partes como órgano neutral sino como miembro activo de la comunidad, inspirándose en los sentimientos de esa comunidad a la que sirve y pertenece".

"Tercero: este principio del pueblo como comunidad viviente, que necesita un intérprete, ha llevado a lo que se ha dado en llamar "doctrina del Führerprinzip", según la cual el juez es el Führer dentro del proceso. Esta doctrina, sin embargo, que pareció destinada a triunfar, no pudo soportar algunos embates fundamentales. Uno de ellos, por ejemplo, el de que no puede haber en Alemania tantos Führer fieles intérpretes del derecho. Pero, en cambio, la doctrina ha buscado nuevas bases para una derivación del principio".

"Por un lado en un ensayo de Rothenberger de 1937 se sostiene, tomando como punto de partida el ya mencionado, que el derecho pronunciado o declarado por el juez en la sentencia, siempre, aunque emane del órgano definitivo de la justicia, el Reichgericht admite una especie de recurso jerárquico. Si el ciudadano se queja ante el Führer de que la sentencia es injusta, el Führer considera esa sentencia y disuade al ciudadano si éste se equivoca, o señala al tribunal los inconvenientes que para el ideario nacionalsocialista tiene su sentencia".

"Otra derivación más honda corresponde a Freisler, que en 1938 sostiene como nuevo aspecto de la doctrina, que el derecho es el reflejo de la conciencia popular, tal cual es interpretada por el Führer. No se trata ya de que no haya otro derecho que el que vive en la conciencia popular, sino que Führer es el intérprete auténtico y único de ese estado de conciencia. El proceso tiende a que se declare el derecho a través de la única expresión posible, que es la del Führer. Se ha derivado todo el orden jurídico procesal civil hacia el principio del Rechtsfinder. El Führer es el investigador o el buscador del derecho para tratar de extraerlo en la forma más pura posible de la conciencia popular. Esto supone, evidentemente, la supresión del derecho como norma, y la existencia de un derecho ocasional para cada caso concreto".

"La culminación de la doctrina, fue la opinión de Baumbach, según la cual, había que suprimir la jurisdicción, quedando absorbida por lo que hoy llamamos "jurisdicción voluntaria"; suprimir la justicia para transformarla en un poder administrativo a fondo discrecional. La doctrina de Baumbach, sin embargo, no ha hecho camino".

"Esta es la doctrina procesal alemana hasta el 1° de septiembre de 1939. El 1° de septiembre de 1939, el Führer dijo, en su calidad de jefe de gobierno, que no era el derecho sino los hechos los que entraban a funcionar" [42].

[42] EDUARDO J. COUTURE. *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Págs. 334 a 336.

XV. EL PROCESO EN EL SISTEMA SOCIALISTA SOVIETICO

En la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas "la justicia no puede ser separada de la política sino artificialmente y desde un punto de vista puramente teórico y formal. La Constitución ha tenido en cuenta esta consideración y estableció un lazo estrecho entre los jueces y el pueblo soberano. Ya la forma de designación de los jueces pone de manifiesto esta preocupación. Los jueces de las jurisdicciones superiores (Cortes regionales, Cortes supremas de las repúblicas socialistas soviéticas o de la URSS) son designados por los Soviets regionales o por los Soviets de las regiones autónomas o por los Soviets supremos de las repúblicas socialistas soviéticas o de la URSS, es decir por los representantes elegidos por el pueblo soviético y no por el Gobierno o por la administración. Si consideramos los jueces de los "tribunales populares", es decir las jurisdicciones soviéticas de derecho común, su relación con el pueblo soviético es más estrecha aún o, en todo caso, más directa, porque desde la Constitución de 1936 no son designados por los Soviets locales, sino elegidos por sufragio universal directo, igual y secreto, por los ciudadanos del distrito (radio) en el que se encuentra establecido el tribunal (Arts. 106 a 109 de la Constitución). Agreguemos que los electores que han elegido de ese modo a los jueces gozan del derecho de revocar, antes de la expiración de su mandato, la designación de los jueces elegidos en esas condiciones. Todas estas soluciones entroncan en el dogma de la soberanía del pueblo, proclamado en la URSS".

"Otro principio constitucional, igualmente destinado a que la justicia administrada por los tribunales concuerde con el sentimiento popular, es el enunciado en el artículo 103; en todas las jurisdicciones participan asesores populares en el examen de las causas, salvo en los casos especialmente previstos por la ley".

"Estas disposiciones tienen como fin y por efecto asegurar la concordancia de la actividad judicial y el sentimiento popular. Se evita de ese modo el peligro, de un "gobierno de los jueces" y de sentencias judiciales contrarias a la política seguida por el gobierno, querida por el Congreso y aprobada en las elecciones por el pueblo. Se sacrificaron las soluciones que los países burgueses consideran convenientes, porque preservan la justicia de los posibles movimientos bruscos de la política. La medida podía ser tomada sin riesgo alguno en la URSS, donde la estructura del Estado socialista, la ausencia de clases y la existencia de un partido único ponen al país al abrigo de esas eventualidades provocadas por la oposición de los partidos y su sucesión en el gobierno. La existencia en la URSS de un partido único, el partido comunista, asegura la continuidad de la política seguida por el gobierno".

"Es posible, en estas condiciones, sin los inconvenientes y los riesgos que semejante solución comportaría en otros países, someter a

los jueces a frecuentes reelecciones y obtener de ese modo una garantía de que la justicia se mantendrá en armonía con el sentimiento popular y que no expresará, como corre el riesgo de suceder en otros países, las concepciones de una casta de juristas que consciente o inconscientemente defiende sus propios intereses y se mantiene, o está expuesta a mantenerse, al margen de la preocupación de justicia que anima al pueblo. Para los teóricos de la doctrina marxista leninista es vana la pretensión de separar la política de la justicia; en todos los países la evolución del derecho, como la experiencia lo demuestra, está dominada por preocupaciones de orden político, social, económico. La Constitución ha extraído de esta observación la conclusión práctica que ella impone; ha tomado las medidas necesarias para que los jueces estén y permanezcan en relación estrecha con los ciudadanos, para que compartan sus concepciones y sentimientos, y para que no lleguen a constituir una casta dominada por la preocupación de sus intereses particulares" [43].

XVI. LA ORGANIZACION DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN CHILE

1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Los principios fundamentales de la organización del Poder Judicial en Chile son los siguientes: legalidad, territorialidad, independencia, pasividad, inamovilidad, responsabilidad, publicidad, gratuidad, inavocabilidad, sedentariedad y gradualidad.

A) El principio de la legalidad consiste en que los jueces deben, en la tramitación de los procesos y en la dictación de los fallos, proceder con sujeción a las leyes. No obstante, hay algunos preceptos que facultan a los tribunales para apreciar la prueba en conciencia y otros que le permiten pronunciar fallos en conciencia.

B) El principio de la territorialidad consiste en que "los tribunales sólo podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro del territorio que la ley les hubiere respectivamente asignado". (Código Orgánico de Tribunales de Chile, artículo 7º, inciso 1º).

C) El principio de la independencia establece que "el Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones". (Código Orgánico de Tribunales de Chile, artículo 12).

D) El principio de pasividad consagra que "los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio". (Código Orgánico de Tribunales de Chile, artículo 10). Este principio no rige en materia penal, en que los jueces, en la mayoría de los casos, deben actuar de

[43] RENÉ DAVID y JOHN N. HAZARD. *El derecho soviético*. Tomo I. Págs. 330 a 332.

oficio. Ahora bien, así como la ley ha prohibido, en general, a los jueces actuar de oficio, les ha impuesto, al mismo tiempo, la obligación de ejercer su ministerio cada vez que son requeridos en forma legal. En efecto, se ha establecido que "reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión". (Código Orgánico de Tribunales, artículo 10, inciso 2°).

E) El principio de la inamovilidad determina que "los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes. Los jueces, sean temporales o perpetuos, sólo podrán ser depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada". (Constitución Política de Chile, artículo 85, incisos 1° y 2°).

F) El principio de la responsabilidad establece que "los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observación de las leyes que reglan el proceso, y, en general, por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad". (Constitución Política de Chile, artículo 84). Por otra parte, "las decisiones o decretos que los jueces expidan en los negocios de que conozcan no les impondrán responsabilidad sino en los casos expresamente determinados por la ley". (Código Orgánico de Tribunales de Chile, artículo 13).

G) El principio de la publicidad se traduce en que "los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley". (Código Orgánico de Tribunales de Chile, artículo 9).

H) El principio de la gratuidad consiste en que la administración de justicia debe ser esencialmente gratuita. En Chile la función judicial es remunerada por el Estado, pero éste se resarce de la carga imponiendo tributos a los litigantes.

I) El principio de la inavocabilidad establece que "ningún tribunal puede avocarse al conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad". (Código Orgánico de Tribunales de Chile, artículo 8).

J) El principio de sedentariedad implica la idea de fijeza, o sea, que los tribunales deben administrar justicia en lugares y horas expresamente determinados. En consecuencia rechaza la existencia de tribunales ambulantes.

K) El principio de gradualidad significa que la justicia debe administrarse a través de diversos tribunales, entre los cuales debe existir una jerarquía.

2. Organización de los Tribunales en Chile. Los tribunales de justicia pueden clasificarse considerando la naturaleza, composición, extensión de la jurisdicción y estabilidad.

A) Según su naturaleza, pueden ser ordinarios, arbitrales y especiales;

B) Según su composición, pueden ser unipersonales y colegiados;

C) Según la extensión de la jurisdicción de que se hallan investidos, pueden ser de jurisdicción común y de jurisdicción especial; y

D) Según su estabilidad, pueden ser permanentes y accidentales o de extensión.

A) Los tribunales ordinarios son los establecidos en el Código Orgánico de Tribunales y están organizados en forma jerárquica. Ellos son: Corte Suprema; Cortes de Apelaciones, en un total de 15, en Iquique, Antofagasta, Copiapó, La Serena, Valparaíso, Santiago, Rancagua, Talca, Chillán, Concepción, Los Angeles, Temuco, Valdivia, Puerto Montt y Punta Arenas; Juzgados de letras de mayor cuantía; juzgados de letras de menor cuantía; juzgados de subdelegación y juzgados de distrito.

Los Tribunales arbitrales son los constituidos por árbitros que son "jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso". (Código Orgánico de Tribunales, artículo 222). Los árbitros pueden ser de derecho, arbitradores o mixtos.

Los tribunales especiales son los establecidos por la ley para juzgar a determinadas personas, o para resolver determinadas materias, los que, por circunstancias particulares, gozan de este privilegio o fuero. El artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales enumera algunos de estos tribunales.

B) Los tribunales unipersonales son los constituidos por un solo magistrado; por ejemplo, los juzgados de distrito, de subdelegación, de letras de menor y mayor cuantía.

Los tribunales colegiados son los formados por diversos jueces; por ejemplo, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema.

C) Los tribunales de jurisdicción común son aquellos que tienen competencia para conocer de toda clase de asuntos judiciales, cualquiera que sea la naturaleza de éstos. En Chile, por regla general, los tribunales son de jurisdicción común.

Los tribunales de jurisdicción especial son los que tienen competencia para conocer de cierta clase de asuntos judiciales, con exclusión de los otros; por ejemplo, los tribunales militares, del trabajo, de menores, etc.

D) Los tribunales permanentes son los establecidos para conocer de los negocios que la ley ha entregado a su competencia, sin entrar a discriminar si dichos negocios se han suscitado o no, y si requieren o no de su intervención. En Chile la mayoría de los tribunales son permanentes.

Los tribunales accidentales o de excepción son aquellos que se constituyen para conocer de ciertos y determinados negocios, una vez que éstos se han suscitado y que requieren de su intervención; por ejemplo, un Ministro de Corte de Apelaciones, el Presidente de la Corte

de Apelaciones de Santiago, un Ministro de la Corte Suprema y el Presidente de la Corte Suprema.

El jurado, esto es el tribunal constituido por ciudadanos que no pertenecen a la categoría de jueces permanentes y que son llamados por la ley, transitoriamente, a administrar justicia, no existe en Chile.

CUESTIONARIO

1. *¿Cuáles son las diversas formas de solución de los conflictos?*
2. *¿Qué es el proceso?*
3. *¿Cuál es la naturaleza jurídica del proceso?*
4. *¿Cuáles son las funciones del proceso?*
5. *¿Cómo se hace efectiva la tutela constitucional del proceso?*
6. *¿Qué es la instancia?*
7. *¿Cuáles son los principos formativos del proceso?*
8. *¿Qué es la acción?*
9. *¿Cuáles son las diversas teorías sobre la naturaleza de la acción?*
10. *¿Qué es la excepción?*
11. *¿Cuáles son las diversas teorías sobre la naturaleza de la excepción?*
12. *¿Qué es la prueba?*
13. *¿Cuál es el objeto de la prueba?*
14. *¿Qué significa carga de la prueba?*
15. *¿Cuáles son los más importantes medios de prueba?*
16. *¿Qué es la sentencia?*
17. *¿Cuáles son los diferentes tipos de sentencia?*
18. *¿Qué son los recursos procesales?*

19. *¿Cuáles son los principales recursos procesales?*

20. *¿Qué es la cosa juzgada?*

21. *¿Qué es la ejecución?*

22. *¿Cuáles son los presupuestos de la ejecución forzada?*

23. *¿Qué es la jurisdicción?*

24. *¿Cuáles son las garantías de la jurisdicción?*

25. *¿Cuáles son las características del proceso en el sistema del Common Law?*

26. *¿Cuál era la doctrina nacionalsocialista sobre el proceso?*

27. *¿Cuáles son las características del proceso en el sistema socialista soviético?*

28. *¿Cuáles son los principios fundamentales de la organización del Poder Judicial en Chile?*

29. *¿Cuál es la organización de los Tribunales en Chile?*

30. *¿Qué críticas le merece la organización de los Tribunales en Chile?*

"El culto de la justicia
no consiste sólo en la observancia de la
legalidad, ni puede ser confundido
con ella. No es descansando
irreflexivamente en el orden establecido, ni esperando inertes que la justicia descienda
desde lo alto, como nosotros respondemos verdaderamente a la vocación de
nuestra conciencia jurídica. Esta vocación nos
impone una participación activa e
infatigable en el eterno drama que tiene
por teatro la historia".

GIORGIO DEL VECCHIO

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

ALSINA, HUGO. *Tratado práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.*

CALAMANDREI, PIERO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil.*

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema de Derecho Procesal Civil.*

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Teoría General del Derecho.*

CASARINO VITERBO, MARIO. *Derecho Procesal Civil.*

COUTURE, EDUARDO J. *Estudios de Derecho Procesal Civil.*

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.*

CHIOVENDA, JOSÉ. *Ensayos de Derecho Procesal Civil.*

PEREIRA, HUGO. *La cosa juzgada formal en el Procedimiento Civil Chileno.*

SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. *Estudios de Derecho Procesal.*

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

EL ORDENAMIENTO JURIDICO POSITIVO

"Mandóselos volver al punto Roque Guinart, y mandando poner los suyos en ala, mandó traer allí delante todos los vestidos, joyas y dineros, y todo aquello que desde la última repartición habían robado; y haciendo brevemente el tanteo, volviendo lo no repartible y reduciéndolo a dineros, lo repartió por toda su compañía con tanta legalidad y prudencia, que no pasó un punto ni defraudó nada de la justicia distributiva. Hecho esto, con lo cual todos quedaron contentos, satisfechos y pagados, dijo Roque a don Quijote: Si no se guardase esta puntualidad con éstos, no se podría vivir con ellos. A lo que dijo Sancho: Según lo que aquí he visto, es tan buena la justicia, que es necesaria que se use aún entre los mesmos ladrones".

MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA

SUMARIO

I. CONCEPTO. II. LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDEN JURÍDICO POSITIVO, DE ACUERDO CON LA TEORÍA PURA DEL DERECHO. III. LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN LA CONCEPCIÓN DE CARLOS COSSIO. IV. LA CONCEPCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE SANTI ROMANO. V. LA CONCEPCIÓN SOCIALISTA SOVIÉTICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. CONCEPTO

La teoría del ordenamiento jurídico positivo, expuesta originariamente por Adolfo Merkel (1836-1896) [1], y desarrollada luego por Hans Kelsen (1881-1973) [2] y Alfred Verdross, establece que el complejo de normas jurídicas que dan sentido al Derecho de un país no se encuentran aisladas, sino vinculadas entre sí por una fundamentación unitaria, en virtud de la cual constituyen una estructura, una unidad, un sistema denominado ordenamiento jurídico.

II. LA ESTRUCTURA JERARQUICA DEL ORDEN JURIDICO POSITIVO, DE ACUERDO CON LA TEORIA PURA DEL DERECHO

1. CONCEPTO. Hans Kelsen sostiene que "una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su vali-

[1] ADOLFO MERKEL. *Enciclopedia Jurídica.* Págs. 21 a 144.

[2] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Págs. 135 a 163 y *Teoría General del Derecho y del Estado.* Págs. 129 a 146.

dez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden".

Kelsen clasifica los sistemas normativos en materiales o estáticos y formales o dinámicos. Un sistema material o estático se caracteriza porque la validez de sus normas resulta de su contenido; en cambio un sistema formal o dinámico se caracteriza porque sus normas han sido creadas mediante un determinado procedimiento establecido por la norma básica.

2. El ordenamiento jurídico como sistema formal o dinámico de normas. Para Kelsen, el orden jurídico es un sistema formal o dinámico de normas. "Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera".

"Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura".

"La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales".

"Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida

por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez la validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente".

"Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado" [3].

3. La norma fundamental. La Teoría Pura del Derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. "Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica".

"La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas" [4].

[3] Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Págs. 136, 137 y 138.
[4] Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Págs. 138 y 139.

4. LA NORMA FUNDAMENTAL DE UN ORDEN JURÍDICO NACIONAL. Para la Teoría Pura del Derecho "la importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Este es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario".

"Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho" [5].

5. VALIDEZ Y EFICACIA DE UN ORDEN JURÍDICO. EL DERECHO Y LA FUERZA. De acuerdo con la Teoría Pura del Derecho, es necesario distinguir entre las nociones de validez y eficacia del orden jurídico. "Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden. Se trata de una condición "sine qua non"", pero no de una condición "per quam". Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz".

"Sin duda existe también un principio denominado legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto".

"Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja

[5] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Págs. 140 y 141.

verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza" [6].

6. VALIDEZ Y EFICACIA DE UNA NORMA JURÍDICA PARTICULAR. La Teoría Pura del Derecho afirma que "si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aun si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones" [7].

7. ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE UN ORDEN JURÍDICO NACIONAL. Para la Teoría Pura del Derecho, "el análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto".

"Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional, podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera

[6] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Págs. 142 y 143.
[7] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Págs. 145 y 146.

siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada".

"Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen a algunas de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los Ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un quórum más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades" [8].

Para la Teoría Pura del Derecho, inmediatamente después de la Constitución vienen "las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas" [9].

La Teoría Pura del Derecho establece que "las sentencias de los tribunales son también verdaderos actos creadores de derecho, puesto que solamente merced a ellas se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción. Toda sentencia judicial es una norma jurídica individual que constituye una nueva etapa en el proceso de creación del derecho" [10].

Para la Teoría Pura del Derecho "la administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose,

[8] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Págs. 147 y 148.
[9] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 149.
[10] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 152.

como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria" [11].

Los particulares, utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, crean normas concretas para regular su conducta recíproca; éstos son los actos jurídicos de derecho privado [12].

8. CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO. De acuerdo con la Teoría Pura del Derecho "el análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes" [13].

9. CONFLICTO ENTRE NORMAS PERTENECIENTES A ESTRATOS DIFERENTES. De acuerdo con la Teoría Pura del Derecho, "la unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto".

"¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso" [14].

A continuación, la Teoría Pura del Derecho formula "el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano

[11] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 152.
[12] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 153.
[13] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 154.
[14] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Págs. 155 y 156.

especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad "ab initio" o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto" [15].

"Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica" [16].

III. LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO EN LA CONCEPCION DE CARLOS COSSIO

El filósofo del Derecho argentino Carlos Cossio considera que el postulado de la plenitud hermética del orden jurídico, afirmado por una finalidad meramente práctica o técnica por la dogmática, como resultante de una tácita norma positiva, debe ser filosóficamente explicado como verdad de razón, es decir, deducido de la libertad como presupuesto gnoseológico a priori del Derecho. Este presupuesto no es, como entendieron algunos, una cosa externa o periférica, sino que tiene, según él, una estructura trascendental.

Para Carlos Cossio, "la plenitud hermética del orden jurídico no reposa ni en necesidades axiológicas, ni en necesidades empíricas impuestas por las conveniencias prácticas, sino en el tipo de logicidad inmanente al Derecho mismo. En esta logicidad inmanente al Derecho nos interesa ahora, de modo decisivo, la teoría de la pirámide jurídica. Las normas jurídicas se dan en una estructura piramidal porque, en el Derecho, el tránsito de una norma a otra es un proceso autorregulado: una norma jurídica vale porque es la ejecución de una norma más alta; ésta, a su vez, vale porque es la ejecución de otra norma aún más general; y así, desde las normas individuales (negocios jurídicos, sentencias y decisiones administrativas), que están en la base, pasando por decretos, leyes y disposiciones constitucionales, se llega, con la norma fundamental de carácter hipotético, al vértice de la pirámide. En todo este recorrido, lo que es el hecho consecuente de una norma superior, es al propio tiempo el hecho antecedente de una norma inferior. La Escuela Vienesa ha insistido sobre todo en el aspecto descendente de esta trabazón piramidal de las normas jurídicas, en cuya

[15] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Págs. 158 y 159.
[16] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Pág. 161.

virtud una norma vale porque recibe su validez de una norma superior; en este sentido la fuente de validez de todo un sistema jurídico es su norma fundamental hipotética y debe de considerarse como concluyente la demostración que hace Kelsen de que, tocante a la validez del derecho positivo, la norma fundamental es apriorística y previa a todas las otras normas. Pero nosotros hemos insistido en otro trabajo que también cabe considerar en sentido ascendente aquella trabazón piramidal de las normas positivas. Está en juego la misma relación normativa, es decir el deber ser lógico del Derecho; pero mientras el recorrido en sentido descendente nos da el fundamento de validez de cada norma positiva, el recorrido ascendente nos da el ordenamiento de una multiplicidad, o sea la reducción de una pluralidad a unidad, supuesto lógico del conocimiento científico. Pues es cosa ya de sobra conocida en los dominios de la epistemología, que no hay conocimiento científico hasta tanto el objeto no sea uno; esta unidad inmanente al conocimiento es la primera de las condiciones lógicas del propio conocimiento. Así, uno de los problemas que resuelve la norma fundamental es el de la posibilidad del conocimiento jurídico y, con ello, el del objeto unitario de la ciencia del Derecho".

"Ahora bien, este objeto que alcanza su unidad en la norma fundamental, es una totalidad porque precisamente la norma fundamental es la unidad de una pluralidad. Pero si la norma fundamental es apriorística, si su validez es lógicamente previa a la validez de las normas positivas, quiere decir que también es apriorística respecto de las normas positivas consideradas en sentido ascendente en la pirámide jurídica; o sea que la estructura totalizadora del Derecho es previa a la pluralidad efectiva de las normas, porque esa estructura totalizadora está dada por la norma fundamental, con independencia de las normas positivas, cualquiera sea el número o el contenido de éstas. Es que el todo no es igual a la suma de las partes; el todo como estructura es algo diferente a las partes que él organiza. Y en nuestro caso la noción de un todo normativo ha aparecido como necesaria y apriorística por estar dada por la norma fundamental en cuanto unidad de la validez de las normas positivas" [17].

IV. LA CONCEPCION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE SANTI ROMANO

El jurista italiano Santi Romano (1875-1947) [18] elaboró una teoría de gran originalidad y trascendencia sobre el ordenamiento jurídico, la que ha ejercido una enorme influencia en la filosofía y en la ciencia jurídica contemporáneas, especialmente por su carácter antitotalitario.

[17] CARLOS COSSIO. *La plenitud del ordenamiento jurídico.* Págs. 179 a 181.
[18] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico y Frammenti di un dizionario giuridico.*

1. DERECHO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO. Santi Romano rechaza la identificación entre Derecho y norma jurídica. Para él ella es válida sólo si aceptamos que el Derecho es sinónimo de ley. Pero resulta inaceptable cuando el término Derecho es considerado en su significación más amplia, como ordenamiento jurídico de un determinado país, ya que aquí se trata de una unidad en sí misma, de la que las normas son sus partes componentes.

Luego de rechazar la reducción del Derecho a norma, Santi Romano establece que el Derecho es una organización, una estructura, una posición de la sociedad en que se desarrolla y que constituye un ente con sustantividad propia. Por ello considera que el concepto más exacto para definir el Derecho es el de institución. Esto significa que la institución "es la manifestación primaria, original y esencial del derecho, que a su vez no puede exteriorizarse sino en una institución..." [19].

"Una prueba más de esta verdad se obtiene si se observa que en la institución se manifiestan y se hacen sentir fuerzas distintas a las estrictamente jurídicas, fuerzas que son y no pueden menos de ser sino meramente individuales o, en todo caso, desorganizadas. Toda fuerza que efectivamente sea social y esté por tanto organizada, se transforma por ello mismo en derecho. Si, como a veces ocurre, se manifiesta contra otra institución, ello puede ser motivo para que se le niegue el carácter jurídico o se la considere por ello mismo como antijurídica, pero sólo por parte de este otro ordenamiento contra el que se dirige y contra el que actúa como fuerza desintegradora y antisocial; inversamente, sin embargo, ha de considerarse aquella fuerza como un auténtico ordenamiento jurídico si se prescinde de esta relación y se la considera en sí misma en cuanto estructura y disciplina sus propios elementos. Como ya se ha dicho, una sociedad revolucionaria o una asociación para dilinquir, no constituyen derecho para el Estado que quieren derrumbar o cuyas leyes violan, del mismo modo que una secta cismática es declarada antijurídica por la Iglesia; esto no supone, sin embargo, que en estos casos no se trate de instituciones, verdaderas organizaciones y ordenamientos que, aislada e intrínsecamente considerados, son jurídicos. Inversamente, no es derecho aquello y sólo aquello que carece de organización social" [20].

Posteriormente Santi Romano expresa que "el ordenamiento jurídico así entendido en su conjunto, es una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no un elemento de su estructura" [21].

"Todo esto, valorado en su conjunto, nos conduce siempre al mismo punto de partida: la llamada objetividad del ordenamiento jurídico no puede circunscribirse y limitarse a las normas jurídicas. Se refiere y

[19] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 131.
[20] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 132.
[21] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 100.

se refleja sobre ellas, pero arranca siempre de un momento lógica y materialmente anterior a las mismas, y en ocasiones, incluso frecuentemente, existen valoraciones que no pueden identificarse ni confundirse con las peculiares de las propias normas; lo que equivale a decir que éstas son o pueden ser, desde luego, una parte del ordenamiento jurídico, pero que, sin embargo, están muy lejos de agotar en su totalidad la integridad del mismo" [22].

2. PLURALIDAD DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. Para Santi Romano existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Puede suceder que las instituciones estén "relacionadas entre sí de manera que sus ordenamientos, mientras permanecen distintos desde algunos puntos de vista, constituyen, desde otros, simples partes de un ordenamiento más amplio, esto es, elementos integrantes de una institución mayor. Pero esto no sucede siempre y menos se puede pensar que exista una institución tan amplia capaz de comprender indistintamente a todas las demás. Incluso la comunidad internacional, que es una institución de instituciones y que, como se sabe, consta de un ordenamiento que presupone el de los distintos Estados, consagra la independencia y autonomía de estos ordenamientos sin incorporarlos en el suyo" [23].

3. RECHAZO DE LA IDENTIFICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CON EL ESTADO. Santi Romano afirma que "es bastante común la opinión que sostiene que todos los ordenamientos, sin excepción alguna, deben reducirse al derecho estatal; sería el Estado, según esta tesis, quien les imprimiría carácter jurídico, bien de manera directa al constituirlos, o simplemente al reconocerlos; y cuando tal reconocimiento no se diera —caso de las instituciones hostiles al Estado o simplemente contrarias a los principios básicos de su derecho—, habría que considerar antijurídicas tales instituciones, no sólo en relación con tal Estado, lo cual es natural, sino antijurídicas en sí y de por sí; no habría más ordenamientos jurídicos auténticos que el ordenamiento estatal y el interestatal; todos los demás serían como pertenencias de aquél, mediatas o inmediatas, partes integrantes de su sistema o, como máximo, satélites suyos. El derecho sería sólo una fuerza o voluntad que irradiaría del Estado —en la comunidad internacional de los distintos Estados— y nada más que de él" [24].

Santi Romano rechaza la identificación entre Derecho y Estado, y establece que "el Estado no es, por tanto, más que una especie dentro del género "derecho". La afirmación contraria es inaceptable desde una perspectiva filosófica; en primer lugar, porque son ya inaceptables las premisas de las que tal afirmación pretende ser consecuencia. En segundo lugar, porque es incompatible con el concepto de derecho que lógicamente es, como hemos visto, antecedente del Estado. Y en tercer lugar, porque no puede reconocerse valor filosófico, esto es, valor abso-

[22] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 107.
[23] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 205.
[24] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 206.

luto, a un principio que, sobre todo en determinadas épocas históricas, se ha manifestado en el más abierto contraste con la realidad" [25].

4. RELACIONES ENTRE LOS DIVERSOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. Santi Romano analiza las relaciones que pueden existir entre los diversos ordenamientos jurídicos y la relevancia que uno de ellos puede tener para con los demás. Para él la relevancia jurídica "no se puede confundir con la importancia de hecho que un ordenamiento puede tener respecto a otro, ni tampoco con la uniformidad material de varios ordenamientos, involuntaria o determinada por una exigencia no jurídica, sino simplemente política, de conveniencia o de oportunidad. Es indudable la necesidad de tal distinción, pero no es siempre fácil tenerla presente y entenderla en su verdadero significado. Nos basta de momento con referirnos a ella en líneas generales, y podemos decir, condensando nuestra idea en una fórmula breve, que para que haya relevancia jurídica es necesario que, o la existencia, o el contenido, o la eficacia de un ordenamiento determinado, estén condicionados respecto de otro ordenamiento, y ello precisamente en base a un título jurídico" [26].

A continuación Santi Romano analiza la distinta naturaleza de los títulos jurídicos:

"a) Resulta inicialmente que, dados dos ordenamientos, puede uno de ellos encontrarse en situación de subordinación e inferioridad respecto a otro, que es por ello mismo superior. Así sucede cuando una institución se encuentra comprendida en otra a la que concurre a constituir, de forma que el ordenamiento de la primera se encuentra en cierto sentido rodeado por el ordenamiento más amplio de la segunda; o también cuando ambas forman parte de una tercera institución que, a su vez, sitúa a una de ellas en condiciones de sobreponerse a la otra. Esta supremacía, así como la correlativa subordinación derivada de ella, no tienen siempre —como se ha señalado— la misma intensidad, ni se desarrolla siempre con efectos semejantes. El ordenamiento superior puede determinar en algunos casos las propias condiciones de existencia y de validez del ordenamiento inferior: así hace el Estado que de modo tan intenso domina a los entes públicos y privados que dependen de él. En otros casos, la amplitud de este señorío puede ser más restringida. Así, el Derecho Internacional está por encima del Derecho estatal, al que no puede, sin embargo, suprimir ni declarar inválido. Por tanto, cuando dos ordenamientos se hallan en tal posición, es evidente que ello constituye ya un título jurídico gracias al cual uno de ellos es relevante respecto del otro, aunque en grado diverso y con efectos diferentes según los casos.

b) En segundo lugar, un ordenamiento puede ser presupuesto de otro que sea, a su vez, una institución compleja. Y eso, aunque aquél permanezca después subordinado a este último. Así la comunidad inter-

[25] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 212.
[26] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Págs. 248 y 249.

nacional tiene como presupuesto los distintos Estados que la forman, lo que quiere decir que el Derecho internacional presupone el Derecho estatal, lo mismo que el derecho de un Estado federal presupone el de los Estados miembros, etcétera. Hay que distinguir, con todo, entre presupuesto necesario y esencial —cuya desaparición determina el fin del otro ordenamiento—, y presupuesto que influye sólo sobre el contenido o sobre determinados aspectos del otro ordenamiento.

c) Una tercera figura la ofrece la hipótesis de dos o más ordenamientos independientes entre sí, por lo que a sus relaciones directas respecta, y que dependan conjuntamente, en cambio, de un ordenamiento superior a todos ellos, hasta el punto que pueden ser recíprocamente relevantes entre sí, gracias a este último, en cuanto los coordina a todos. Ejemplos muy interesantes podemos encontrar en el Derecho internacional, que contemporáneamente sobrepasa al mismo tiempo el de los distintos Estados.

d) Puede darse también el caso de que, por propia determinación y sin estar obligado a ello, un Estado subordine algún aspecto de su propio contenido o de su propia eficacia a otro ordenamiento del que es totalmente independiente, pero que pasa así a ser relevante para él. Tenemos, en tal hipótesis, una relevancia unilateral, cuya naturaleza no se modifica aun cuando este segundo ordenamiento determine establecer un tratamiento recíproco, siempre que tal reciprocidad no sea consecuencia de la obligación impuesta por un tercer ordenamiento, caso que cae fuera de la hipótesis que aquí contemplamos. El llamado Derecho Internacional privado —en cuanto no es un derecho hiperestatal— se produce precisamente cuando un Estado, por sí mismo y por voluntad propia, da cabida en su ordenamiento al ordenamiento de los Estados extranjeros. (Más adelante veremos en qué sentido y con qué características).

e) En quinto y último lugar, un ordenamiento puede ser relevante para con otro porque se haya trasvasado en este último, cesando de existir de por sí, pero determinando la estructura de aquél con el que se compenetra. Tal relación entre dos ordenamientos, que se puede denominar relación de sucesión, da lugar a muy graves problemas; tan graves, que la doctrina más reciente, ante la dificultad de resolverlos, ha creído encontrar una solución negándolos, negando incluso la propia relevancia jurídica de semejante relación de sucesión" [27].

Una vez analizados los diversos títulos por los que un ordenamiento puede ser relevante para con otro, Santi Romano analiza los diversos momentos en que tal relevancia se desarrolla, y que pueden referirse, según él, a la existencia, al contenido o a la eficacia de los mismos.

A. Según Santi Romano, la existencia de un ordenamiento sólo puede depender de la de otro ordenamiento en dos casos: cuando un ordenamiento está subordinado a otro, y cuando uno de ellos es presupuesto necesario del otro:

[27] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Págs. 250, 251, 252 y 253.

a) En el primer caso, pueden darse dos hipótesis: o el ordenamiento superior determinará directamente al ordenamiento inferior y será, por tanto, su fuente inmediata, o bien el ordenamiento superior conferirá a la institución que de él depende el poder de darse su propio ordenamiento, esto es, el llamado poder de autonomía; pero, en este último caso, se tratará siempre de una autonomía circunscrita, limitada y condicionada; "la institución superior señalará los principios esenciales de los que deriva la existencia de la segunda institución, de forma que su ordenamiento, sólo en algunas partes más o menos secundarias, será establecido por sí misma, pero no en su totalidad ni desde su origen. En todo caso, el ordenamiento superior determinará además las condiciones de validez del ordenamiento inferior" [28].

b) Puede darse también el caso que la existencia del ordenamiento superior dependa en cierto sentido del ordenamiento inferior. Por ejemplo el derecho de los Estados miembros en el presupuesto del Estado federal. "Tal dependencia ha de ser, naturalmente, bien distinta de la que se da en el supuesto contrario, pero aunque sólo se trata de una dependencia indirecta, no por eso es menos efectiva e importante. Es cierto que el ordenamiento inferior no podrá considerarse en ningún caso como la fuente del ordenamiento superior, ni existirá tampoco un poder del primero sobre el segundo. La relación a que nos referimos puede expresarse con la fórmula de que el ordenamiento inferior es un presupuesto del ordenamiento superior" [29].

B) Un ordenamiento jurídico puede ser relevante para con otro, en lo que se refiere a su contenido, de diversos modos:

a) La primera hipótesis es "la de un ordenamiento que en fuerza de su superioridad determina, directa o indirectamente, el contenido que otro debe tener. El Estado influye, por ejemplo, sobre el ordenamiento de los Municipios, ya sea constituyéndolos directamente a través de sus propias leyes, o bien regulando su autonomía..." [30].

b) "Sirviéndose de un ordenamiento inferior, puede también influir sobre el contenido de un derecho el contenido de otro u otros ordenamientos que directamente no podrían ser tomados en consideración" [31]. Por ejemplo el Derecho Internacional en cuanto trata de coordinar entre sí los ordenamientos de los distintos Estados;

c) "También la determinación unilateral de un ordenamiento puede ser título para que sobre él influya el contenido de otro ordenamiento, ya sea independiente, ya esté sometido a aquél" [32]. Por ejemplo, cuando un Estado determina su propio ordenamiento de acuerdo con el de los otros Estados;

d) "Hasta aquí hemos examinado la relevancia del contenido de un ordenamiento para con otro, tratándose de ordenamientos que, cada

[28] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 254.
[29] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 261.
[30] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 268.
[31] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 272.
[32] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 272.

uno en su propia esfera, están vigentes al mismo tiempo. Hay que tener en cuenta también el supuesto de que un ordenamiento jurídico ejerza su influencia en el momento en que se extingue su autonomía o su fuente, y que esta influencia se ejerza precisamente sobre el contenido de otro ordenamiento al que se incorpora, que, por así decir, lo recibe en herencia" [33]. Ejemplo de esto son los casos en que un Estado o Municipio se constituyen o se amplían con todos o con una parte de los elementos de otro ente, que de esta forma o se extingue o queda reducido.

C) Las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos pueden examinarse, por último, en cuanto a los efectos o la eficacia que un ordenamiento pueda tener en otro.

Analicemos ahora en razón de qué títulos puede producirse tal supuesto, y cuáles son las distintas hipótesis que se presentan:

a) "La primera hipótesis que debemos examinar es la de dos ordenamientos entre los que exista una relación de superioridad y la correlativa de subordinación. Cuando tal subordinación sea completa, es claro que el ordenamiento superior podrá determinar no sólo la eficacia que él pueda o deba tener en relación con el ordenamiento inferior, sino también, inversamente, qué eficacia pueda tener este último ordenamiento respecto de aquél. Así, por ejemplo, dependerá de las leyes del Estado el valor que un acto administrativo o un acto judicial del Estado habrán de tener para un Municipio" [34].

"Más complejo es el supuesto que se da cuando la subordinación de un ordenamiento jurídico respecto de otro es sólo parcial. No es fácil, en tal hipótesis, fijar un principio de validez general, ya que todo dependerá del límite de tal subordinación, así como de otros elementos que con ese límite pueden conectarse de modo más o menos directo o indirecto" [35]. Ejemplo de ello son los efectos derivados del ordenamiento de un Estado federal en relación con los Estados miembros;

b) Otra hipótesis es la de los ordenamientos jurídicos que son independientes entre sí, por ejemplo los derechos internos de los diferentes Estados. "Cada Estado, por su cuenta y a través de disposiciones propias, concede relevancia al derecho de otros Estados, reconociendo la regulación que de determinadas materias hace, y absteniéndose él de regularlas positivamente. Tal reconocimiento implica incluso que se atribuya una cierta eficacia a este derecho extranjero que se aplica" [36].

De este modo "la eficacia de una ley extranjera resulta determinada por la ley nacional sin que ello suponga que esa ley extranjera deje de existir como tal y se transforme en ley nacional" [37];

c) "Otros casos en que un ordenamiento jurídico puede producir efectos respecto de otro, se presentan cuando aquél es un presupuesto

[33] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Págs. 286 y 287.
[34] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 291.
[35] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Págs. 291 y 292.
[36] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 292.
[37] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Págs. 296 y 297.

del segundo". Basta citar "a título de ejemplo que a veces se condiciona la eficacia de un tratado internacional a la emanación por parte de los Estados contrayentes o de terceros, de nuevo derecho objetivo, que de tal forma, si es que llega a ser emanado, produce el efecto de hacer que se verifiquen las condiciones que el tratado contiene" [38].

d) Puede suceder que un ordenamiento jurídico ya extinguido, continúe produciendo efectos sobre otro ordenamiento que supone a su vez la continuación de aquél [39]. Ejemplo de ello es un Estado que se anexa a otro; por un lado aquél admitirá, en el sentido y con los límites señalados, las normas e instituciones del segundo, vigentes en el momento de verificarse la unión; pero, por otro lado, podrá suceder que aquél reconozca eficacia a leyes del Estado anexado que ya habían sido derogadas antes de verificarse la unión.

"Del análisis que hemos intentado sobre los diversos sentidos y modos en que un ordenamiento jurídico puede ser relevante para con otro, se deduce que tal relevancia puede alcanzar una extensión muy diferente. En ocasiones afecta a todo un ordenamiento, pero lo más normal es que se refiera sólo a una parte del mismo. Así, por ejemplo, si el ordenamiento de un Municipio es normalmente relevante en su totalidad para el ordenamiento del Estado, el ordenamiento de los distintos Estados, en cambio, para el Derecho internacional es sólo relevante en algunos puntos" [40].

Hasta ahora se han analizado las relaciones entre los diversos ordenamientos jurídicos, considerando las instituciones en que se concretan, esto es, como esferas jurídicas distintas unas de otras, a pesar de las relaciones que existan entre ellas. Pero, como hemos visto anteriormente, existen instituciones comprendidas en otras y denominadas por ellas, de modo que hay que considerar su ordenamiento jurídico como una parte del ordenamiento de éstas.

Por ejemplo, en algunos ordenamientos jurídicos de estructura compleja, como el Estado, "hay que distinguir diversas instituciones que consideradas luego de modo conjunto no forman más que una sola. Como instituciones en este sentido hay que señalar los diversos órganos del Estado (las Cámaras, los Ministerios y, en general, cada una de sus distintas dependencias), y no sólo los órganos strictu sensu, sino también los llamados institutos estatales, como escuelas, museos, bibliotecas, establecimientos, etc. Cualquier conjunto de estos órganos e institutos, en cuanto estén coordinados y subordinados entre sí y reducidos a unidad, puede ser considerado como institución y, por tanto, también lo será cada uno de los denominados tres poderes del Estado: el legislativo, el ejecutivo, el judicial, que luego, una vez integrados conjuntamente, constituyen aquella institución mayor que es la total organización estatal; hasta que por fin se llega a la institución máxima que es el propio Estado, que comprende todas las instituciones menores

[38] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 298.
[39] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Pág. 299.
[40] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Págs. 299 y 300.

señaladas y que comprende, por tanto, además de su propia organización propiamente dicha, todos los otros elementos de que consta. Si todo esto es cierto, se puede deducir el siguiente corolario: toda institución es, por definición, un ordenamiento jurídico, dado que en nuestro caso existen varias instituciones que son parte de otra, resultará también que los ordenamientos jurídicos, que constituyen las primeras, serán partes del ordenamiento jurídico de aquella institución más amplia que los comprende; aquéllos serán, por tanto, ordenamientos jurídicos internos de esta última"[41].

V. LA CONCEPCION SOCIALISTA SOVIETICA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

La concepción socialista soviética del ordenamiento jurídico es tributaria de su teoría del Derecho y del Estado. De conformidad con ella "el derecho de cualquier país, a pesar de la posible variedad de normas jurídicas y de sus formas de expresión, nunca es un mero conjunto de reglas de conducta establecidas por el Estado, sino un determinado sistema de prescripciones jurídicas, vinculadas por cierta unidad interna. Esta unidad viene condicionada, ante todo, por la unidad de las relaciones de producción que constituyen la estructura económica de la sociedad y que determinan, en última instancia, la esencia del derecho por la que aquélla se rige. La unidad del sistema jurídico la determina también la unidad de la voluntad de la clase dominante, expresada en ese derecho. Por eso, a pesar de que entre los diferentes actos jurídicos pueden existir a veces contradicciones y divergencias, en su conjunto, el Derecho de cualquiera sociedad lo integran siempre normas jurídicas coherentes en sí mismas, inspiradas en principios generales y comunes. Al subrayar esta característica del Derecho, F. Engels, en su carta a Konrad Schmidt, del 27 de octubre de 1890, escribía: "En un Estado moderno, el Derecho no sólo tiene que corresponder a la situación económica general, ser expresión suya, sino que tiene que ser, además, una expresión coherente en sí misma, que no se dé puñetazos a sí misma, con sus contraindicaciones internas".

"La unidad del Derecho socialista viene determinada por el imperio de la propiedad social y del sistema socialista de economía, los cuales constituyen la base económica de la sociedad socialista. La condiciona la unidad, expresada en el Derecho, de la voluntad de la clase obrera y de todos los trabajadores, organizada y dirigida por el Partido Comunista, y también la unidad de tareas de la construcción comunista, que resuelve el Estado socialista"[42].

[41] SANTI ROMANO. *El ordenamiento jurídico*. Págs. 329 y 330.
[42] N. G. ALEXANDROV Y OTROS. *Teoría del Estado y del Derecho*. Pág. 344.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es el ordenamiento jurídico?*
2. *¿Qué diferencias fundamentales considera Ud. que existen entre la concepción del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen y de Santi Romano?*
3. *¿Qué es la norma fundamental para Hans Kelsen?*
4. *¿Qué significación jurídica tiene la revolución triunfante para la Teoría Pura del Derecho?*
5. *¿En qué consiste la validez de un orden jurídico para Hans Kelsen?*
6. *¿En qué consiste la eficacia de un orden jurídico para Hans Kelsen?*
7. *¿Qué significación y trascendencia tiene la afirmación de Hans Kelsen de que "el Derecho es un modo de organizar la fuerza"?*
8. *¿Cuál es la estructura jerárquica del orden jurídico nacional para la Teoría Pura del Derecho?*
9. *¿En qué consiste la creación del Derecho para la Teoría Pura del Derecho?*
10. *¿En qué consiste la aplicación del Derecho para la Teoría Pura del Derecho?*
11. *¿Cómo se resuelven los conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes, según Hans Kelsen?*
12. *¿Cuál es la concepción de Carlos Cossio sobre la plenitud del ordenamiento jurídico?*

13. *¿Cuál es la concepción de Santi Romano sobre la pluralidad de los ordenamientos jurídicos?*

14. *¿Cuál es la relación que existe entre los diversos ordenamientos jurídicos, según Santi Romano?*

15. *¿Qué diferencias fundamentales existen entre las teorías de Hans Kelsen y Santi Romano sobre el ordenamiento jurídico?*

16. *¿Cuál es la concepción socialista soviética del ordenamiento jurídico?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AFTALIÓN, ENRIQUE R.; GARCÍA OLANO, FERNANDO; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho.* Tomo I. Capítulo VIII. Págs. 237 a 261. Tomo II. Capítulo XXII. Págs. 478 a 498.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Capítulo III. Págs. 217 a 219.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. *Manual de Introducción al Derecho.* Tomo II. Segunda Parte. Págs. 5 a 41.

BOBBIO, NORBERTO. *Studi per una Teoría Generale del Diritto.* Número VI. Págs. 188 a 197.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Teoría General del Derecho.* Primera Parte. Título III. Págs. 95 a 114.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho.* Tomo I. Capítulo 14. Págs. 279 a 291.

GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción al Derecho.* Capítulo V. Págs. 299 a 318. Capítulo IX. Págs. 135 a 147.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Primera Parte. Págs. 129 a 143 y 146 a 154.

MILLAS JIMÉNEZ, JORGE. *Filosofía del Derecho.* Capítulo V. Págs. 131 a 161.

PASQUIER, CLAUDE DU. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.* Capítulo VI. Págs. 143 a 156.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo XII. Págs. 321 a 325.

ROMANO, SANTI. *El Ordenamiento Jurídico.*

ROSS, ALF. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Capítulo II. Págs. 29 a 38.

TORRE, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Capítulo VII. Págs. 209 a 218.

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

LAS FUENTES DEL DERECHO

"Cumplidas deben ser las leyes, e muy cuidadas, e catadas, de guisa que sean con razón, e sobre cosas que puedan ser según natura, e las palabras dellas que sean buenas, e llanas e paladinas, de manera que todo hombre las pueda entender e retener. E otrosí, han de ser sin escatima e sin punto: porque no pueda de el derecho sacar razón torcidera por su mal entendimiento: queriendo mostrar la mentira por verdad: o la verdad por mentira; e que no sean contrarias las unas de las otras".

ALFONSO X EL SABIO

SUMARIO

I. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN. II. LA COSTUMBRE. III. LA LEY. IV. LA JURISPRUDENCIA. V. LA DOCTRINA. VI. EL ACTO JURÍDICO. VII. EL ACTO CORPORATIVO.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. CONCEPTO Y CLASIFICACION

La teoría de las fuentes del Derecho estudia la aparición, elaboración y expresión en la sociedad de las normas que integran el ordenamiento jurídico positivo.

El problema de las fuentes del Derecho es complejo, porque esa expresión tiene acepciones diferentes. "Fuente del Derecho puede significar: a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.); b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.); c) autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo, etc.); d) acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.); e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho; f) forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre, etc.); g) fundamento de un derecho subjetivo" [1].

De estas distintas significaciones interesan especialmente las denominadas fuentes reales o materiales y las fuentes formales del Derecho.

[1] LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del Derecho*. Págs. 487 y 488.

1. *Las fuentes reales o materiales del Derecho* son los factores históricos, políticos, sociales, económicos, culturales, éticos, religiosos, etc., que influyen en la creación y contenido de las normas jurídicas.

2. *Las fuentes formales del Derecho* son "las formas obligadas y predeterminantes que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del Derecho" [2].

Las fuentes formales del Derecho más importantes son: la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la doctrina jurídica, el acto jurídico y el acto corporativo.

No deben confundirse las fuentes formales del Derecho con las normas jurídicas. Estas últimas son normas de conducta que regulan la vida de los hombres con miras al bien común de la sociedad; en cambio las fuentes formales son las formas en que las normas jurídicas se manifiestan en la vida social.

3. *Crítica a la división de las fuentes del Derecho en reales y formales.* Según algunos autores la división de las fuentes del Derecho en reales y formales ha creado y sigue creando graves dificultades técnicas por cuanto en la realidad las fuentes del Derecho exhiben una estructura compleja: real y formal, que corresponde a la naturaleza del Derecho. En efecto, el análisis de la experiencia jurídica pone de manifiesto que en ella se integran tres diversos momentos: el normativo, el empírico y el axiológico, mutuamente implicados y esencialmente unidos. Es el jurista quien, por razones sistemáticas y analíticas, procede a su separación.

Dichos autores concluyen que "las fuentes del Derecho son criterios a los que se ocurre en el proceso de creación normativo en búsqueda de objetividad, es decir, en procura de un punto de vista que no sólo sea expresión de la convicción de quien actúa, sino que pueda ser aceptado como propio por la mayoría de los integrantes de un grupo social" [3].

II. LA COSTUMBRE

1. CONCEPTO. La costumbre, como fuente formal del Derecho es la repetición constante y uniforme de una norma de conducta, en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica.

El antecedente de la costumbre es la voluntad popular espontáneamente expresada a través de cierto tiempo. No interviene en su elaboración la autoridad, ni está establecida en Códigos o recopilaciones legales, pero bien puede, sin embargo, redactarse y ordenarse, sin que por ello desaparezca su carácter no escrito.

[2] JULIÁN BONNECASE. *Introducción al Estudio del Derecho.* Págs. 131 y 132.
[3] JULIO CUETO RUA. *Fuentes del Derecho.* Pág. 33.

En cuanto a su origen, se podría asimilar a los convencionalismos o usos sociales, con la diferencia de que los primeros reciben una sanción social y la costumbre una sanción jurídica que hace posible obtener coactivamente su cumplimiento. De ahí que a la costumbre pueda considerársela como un uso existente en un grupo social que expresa el sentimiento jurídico de los individuos que integran dicho grupo.

Entre la costumbre y los usos existen importantes diferencias. En los usos encontramos el elemento objetivo de la costumbre, consistente en la práctica reiterada y constante de ciertos actos, con carencia del elemento subjetivo representado por el convencimiento de que corresponden a una necesidad jurídica.

No obstante lo anterior, los usos tienen gran importancia para el Derecho. "Ellos traducen objetivamente cánones de convivencia y tipos de conducta que satisfacen las necesidades de los integrantes del grupo social, al permitir los contactos interindividuales de una manera satisfactoria" [4]. En el ordenamiento jurídico existe una serie de conceptos, de difícil precisión, "con los que los jueces operan continuamente para adecuar la aplicación de las normas generales a las cambiantes modalidades de los casos concretos, conceptos tales como buenas costumbres, objeto lícito, culpa o negligencia, buen padre de familia, mujer honesta, orden público, presentan continuamente el problema de definir su contenido en términos lógicamente no contradictorios. Y ese problema no ha sido superado hasta la fecha, ni se lo podrá superar, porque se trata de una materia que, por su misma naturaleza, desafía la definición conceptual" [5].

2. Elementos. La costumbre tiene dos elementos: uno objetivo, que aparece primero en el tiempo y otro subjetivo, que aparece después.

El elemento objetivo o material consiste en que la norma de conducta debe ser repetida y practicada en forma uniforme y constante por los miembros de una comunidad. Se requiere que no exista otra norma de conducta contraria pues de otra manera perdería su característica de generalidad. La práctica debe prolongarse en el tiempo, como expresión del acuerdo colectivo; de aquí que algunas legislaciones antiguas fijaran de 10 a 40 años para aceptar su carácter obligatorio. Por último, la costumbre debe ser pública, general y conocida por el público y las autoridades, de otro modo deja de ser la voluntad colectiva y espontánea. Debe, por tanto, reunir tres requisitos: generalidad, largo uso y notoriedad.

El elemento subjetivo, espiritual, psicológico u "opinio juris", está representado por el convencimiento o convicción de que tiene fuerza obligatoria porque obedece a una necesidad jurídica.

[4] Julio Cueto Rua. *Fuentes del Derecho*. Pág. 100.
[5] Julio Cueto Rua. *Fuentes del Derecho*. Pág. 99 y sig.

3. Evolución histórica. En la antigüedad el Derecho era preponderantemente consuetudinario. En Roma, durante el período anterior a las XII Tablas, el Derecho fue exclusivamente no escrito. Después que aparecieron las fuentes jurídicas escritas la costumbre conservó su antigua eficacia en orden a la creación de nuevas normas y a la derogación de las existentes. No obstante, Constantino la despojó de la atribución de derogar el Derecho vigente.

En la Alta Edad Media se consideró que la costumbre era un uso general y prolongado que adquiría el valor de ley por la fuerza de la tradición.

Durante los siglos XVIII y XIX disminuyó la importancia del Derecho consuetudinario frente al Derecho legislado, como consecuencia del racionalismo.

"Bajo la influencia del positivismo normativo predominante a lo largo del siglo XIX, y del que todavía no hemos podido desprendernos, existió una marcada tendencia a negar significado a la costumbre como fuente del Derecho. Fue lugar común en la teoría jurídica prevaleciente, el que se le reconociese valor, sólo en la medida en que una ley la admitiese o autorizase, con lo que, en el fondo, se le negaba valor autónomo de fuente. Porque afirmar su carácter de fuente únicamente en la medida en que la ley lo permitiese, equivalía a sostener que no era fuente del Derecho "per se" "[6].

En el siglo XX asistimos a una reacción en favor del Derecho consuetudinario.

En el Derecho anglosajón la costumbre tiene gran importancia siempre que se acredite que es cierta, continuada, razonable e inmemorial.

4. Valor de la costumbre. En los ordenamientos jurídicos de origen romano el valor de la costumbre es desigual en las distintas ramas del Derecho.

En Derecho Civil no puede recurrirse a la costumbre sino en los casos determinados por la ley, que son, en general, de limitada importancia.

En el Derecho Comercial se reserva una amplia esfera a la costumbre, habida consideración a la gran importancia jurídica que tienen los usos de los comerciantes y las costumbres locales, los cuales, por su variedad, resulta casi imposible enmarcar en la ley.

En Derecho Internacional Público es una de las fuentes principales. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la señala al enumerar las disposiciones aplicables a las controversias internacionales, estableciendo que la Corte deberá aplicar "la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho" (artículo 38).

[6] Julio Cueto Rua. *Fuentes del Derecho*. Pág. 79.

En Derecho Penal ella no es admitida, porque impera el principio que no puede haber delito ni pena sin ley que las determine previamente, y esto, para proteger a los individuos contra la arbitrariedad.

En Derecho Procesal tampoco es admitida la costumbre ya que las normas de Derecho objetivo son de orden público.

5. LA COSTUMBRE Y LA LEGISLACIÓN. Respecto de la legislación, la costumbre puede encontrarse en tres situaciones: dentro, fuera y en contra de la ley.

A) La costumbre contra la ley es aquella que se encuentra en oposición a normas legales, que imponen una conducta distinta.

La costumbre contra la ley ha llegado en ciertas épocas a imponerse a ella. Cabe destacar que en los proyectos de Código Civil de Chile de 1841-1845 y 1853, redactados por Andrés Bello, se le daba valor preferente cuando cumplía ciertos requisitos [7], [8].

B) La costumbre según la ley es aquella a la cual ésta se remite y que adquiere eficacia por la sanción jurídica que ella le presta. Generalmente esta costumbre sirve de antedecente para la dictación de una ley, de manera que después de promulgada la ley es útil para lograr una acertada interpretación de ella, cuando su aplicación se presta para confusiones.

C) La costumbre supletoria, fuera o en el vacío de la ley, completa el Derecho escrito sin contradecirlo. No existe en este caso oposición entre la ley y la costumbre, porque ella regula una situación no prevista ni sancionada en aquélla. Su valor ha sido tradicionalmente admitido.

En la relación entre la costumbre y la ley, el siglo XIX estableció la supremacía de la segunda.

Durante el siglo XX "las conmociones sociales, algunas contradicciones inherentes al sistema liberal, la ascensión de nuevas fuerzas políticas, el impacto del movimiento soviético, las dos guerras mundiales, la depresión económica mundial de 1929, el renacimiento nacionalista en Asia y Africa, la irrupción de fuerzas irracionales de una pujanza insospechada, el conocimiento más íntimo de los factores reales de motivación de la conducta han conducido a los juristas a valorar de una manera más prudente la supremacía legislativa y su valor relativo frente a la costumbre. Ya a fines del siglo XIX y comienzos del XX surgen las dudas con las figuras señeras de Geny y Saleilles en Francia y Ehrlich, Heck y Kantorowicz en Alemania" [9].

6. VENTAJAS E INCONVENIENTES. La costumbre presenta las siguientes ventajas:

[7] ANDRÉS BELLO. *Obras completas*. Tomo Tercero. Proyecto de Código Civil (1841-1845). Artículo 5.

[8] ANDRÉS BELLO. *Obras completas*. Tomo Cuarto. Proyecto de Código Civil (1853). Artículo 2.

[9] JULIO CUETO RUA. *Fuentes del Derecho*. Pág. 117.

a) Es el producto espontáneo de la comunidad; la promulgación general y tácita de una norma de conducta;

b) Se adapta a las necesidades sociales, desde que responde a la convicción general de que ella constituye una necesidad jurídica; y

c) Es de fácil aplicación, y precisamente es su cumplimiento lo que le otorga su fuerza obligatoria.

Entre sus inconvenientes se pueden notar:

a) Está constituida por elementos inciertos, de allí que carezca de precisión;

b) La falta de certeza contribuye a dificultar su estudio sistematizado y su conocimiento científico;

c) Es de lenta evolución, se transforma de manera paulatina.

7. La costumbre en el ordenamiento jurídico chileno. En el ordenamiento jurídico chileno la costumbre tiene distinto valor en las diversas ramas, en efecto:

A) *Derecho Civil.* Según el Código Civil de Chile "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella" (artículo 2).

Numerosos son los casos en que el Código Civil de Chile se remite a la costumbre y, entre ellos, podemos citar los siguientes:

a) "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella" (artículo 1546);

b) "El arrendatario es obligado a usar de la cosa según los términos o espíritu del contrato; y no podrá en consecuencia hacerla servir a otros objetos que los convenidos o, a falta de convención expresa, aquellos a que la cosa es naturalmente destinada, o que deben presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país" (artículo 1938 inciso 1°);

c) "El arrendatario es obligado a las reparaciones locativas. Se entienden por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios..." (artículo 1940);

d) En el contrato de arrendamiento "el pago del precio o renta se hará en los períodos estipulados, o a falta de estipulación, conforme a la costumbre del país, y no habiendo estipulación ni costumbre fija, según las reglas que siguen..." (artículo 1944);

e) "Si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino desahuciando a la otra, esto es, noticiándoselo anticipadamente" (artículo 1951, inciso 1°).

f) "Si en el contrato se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si la duración es determinada por el servicio especial a que se destinó la cosa arrendada, o por la costumbre, no será necesario desahucio" (artículo 1954).

g) En el arrendamiento de predios rústicos, "si nada se ha estipulado sobre el tiempo del pago, se observará la costumbre del departamento" (artículo 1986);

h) "El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración (llamada honorario) es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre, o el juez" (artículo 2117).

B) *Derecho Comercial.* El Código de Comercio de Chile acepta como fuente formal del Derecho la costumbre según la ley y la costumbre fuera de la ley y, al efecto, establece:

a) "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio" (artículo 4);

b) "No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

"1° Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

"2° Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba" (artículo 5).

c) "Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles" (artículo 6).

Comentando estas disposiciones, el Presidente de la República de Chile, José Joaquín Pérez y el Ministro Federico Errázuriz, en el Mensaje con que enviaron el Código de Comercio al Congreso Nacional de Chile el 5 de octubre de 1865, expresaron que "los numerosos requisitos que la costumbre debe tener para asumir el carácter de la supletoria, y la naturaleza de la prueba con que debe ser acreditada en juicio, remueven los inconvenientes de la incertidumbre y vacilación de la ley no escrita, y nos permiten mirar sin recelo la libertad en que queda el comercio para introducir nuevos usos dentro del círculo de lo honesto y lo lícito".

El Código de Comercio de Chile se remite a la costumbre en numerosos casos y, entre ellos, podemos señalar los siguientes:

a) En el contrato de mandato comercial "si la urgencia y estado del negocio no permitieren demora alguna, o si estuviere autorizado para obrar a su arbitrio, el comisionista podrá hacer lo que le dicte su prudencia y sea más conforme a los usos y procedimientos de los comerciantes entendidos y diligentes (artículo 269, inciso 2°);

b) En el contrato de mandato comercial "el comisionista tiene derecho a que se le retribuyan competentemente sus servicios. Si las partes no hubieren determinado la cuota de la retribución, el comisionista podrá exigir la que fuere de uso general en la plaza donde hu-

biere desempeñado la comisión, y en su defecto, la acostumbrada en la plaza más inmediata" (artículo 275).

c) En el contrato de mandato comercial, "el comisionista podrá vender en los plazos de uso general en la plaza, a no ser que se lo prohíban sus instrucciones" (artículo 307);

d) En el contrato de seguro, "en defecto de instrucciones, se tendrá por realizado el seguro conforme a las condiciones usuales en el lugar donde el mandatario deba ejecutar el mandato" (artículo 520, inciso 2º).

e) En el contrato de seguro los tribunales determinarán "la duración de los riesgos, tomando en consideración las cláusulas de la póliza, los usos locales y las demás circunstancias del caso" (artículo 537, inciso 2º);

f) En el comercio marítimo "la propiedad de las naves chilenas vendidas fuera del territorio de la República se trasmite según las leyes o usos vigentes en el lugar del contrato" (artículo 830);

g) En los contratos de hombre de mar, "la tripulación no puede cargar mercaderías por su cuenta sin consentimiento del naviero o del que hubiese fletado la nave por entero, a no ser que la costumbre local se lo permita" (artículo 954);

h) En el fletamento, que es un contrato de transporte por el cual el naviero arrienda a otro la nave equipada y se obliga a conducir en ella a un lugar determinado mercaderías o personas mediante un precio convenido, "en los puertos extranjeros se hará la carga y descarga, en defecto de convenio, en el término que designen los usos locales", (artículo 987, inciso 3º); y "omitida en la póliza la designación de las estadías o sobreestadías, la duración de unas y otras se arreglará a los usos locales" (artículo 988);

i) En el transporte marítimo, en el arreglo de las averías, esto es, de los daños sufridos por la nave "fuera del territorio de la República, se observarán las leyes y usos del lugar donde se verifique" (artículo 1087).

C) *Derecho Constitucional.* El sistema chileno es de constitucionalismo escrito y, por ello, la costumbre sirve "sólo para precisar el sentido de los preceptos, cuando su letra es susceptible de ser satisfecha por ella sin contradicción formal" [10].

D) *Derecho Administrativo.* En el ordenamiento jurídico chileno la costumbre es fuente formal del Derecho Administrativo en los siguientes casos:

a) Cuando complementa la ley;
b) Cuando asegura su eficacia, y
c) Cuando suple la falta de ley.

[10] ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN. *Tratado de Derecho Constitucional.* Tomo II. Pág. 67.

"Carece en cambio de valor jurídico cuando es contraria a la ley o cuando significa el ejercicio de prácticas políticas o burocráticas abusivas" [11].

E) *Derecho Procesal.* En el ordenamiento jurídico chileno la costumbre no es fuente del Derecho Procesal y ella está limitada solamente a precisar el sentido, alcance y forma de aplicación de las normas procesales, pero sin contradecirlas formalmente.

F) *Derecho Penal.* De acuerdo con el "principio de la reserva o legalidad" la ley es la única fuente del Derecho Penal y, en consecuencia, en el ordenamiento jurídico chileno la costumbre no es fuente del Derecho Penal.

Al respecto la Constitución Política de Chile establece que "nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio" (artículo 11). A su vez el Código Penal prescribe que "ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración" (artículo 18).

G) *Derecho Internacional.* La costumbre es una importante fuente formal del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que "la Corte cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ..... b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho" (artículo 38).

"Por vía consuetudinaria puede no sólo crearse una nueva norma, sino también derogarse una norma preexistente (costumbre derogatoria). Pero no basta, para que tal derogación se produzca, que los Estados dejen de realizar determinados actos; es preciso que dejen de realizarlos por motivos jurídicos, como dijo expresamente la Corte Internacional de Justicia en el caso del "Lotus". De ahí que una norma del Derecho Internacional Público no pueda ser derogada por infracción reiterada y general de la misma si no expresa una nueva concepción jurídica" [12].

En Derecho Internacional Privado la costumbre ha dado origen a normas básicas de aplicación general. La Corte Suprema de Justicia de Chile la reconoció expresamente como fuente final de esta rama del Derecho al fallar un caso sobre forma de los actos y contratos [13].

8. La costumbre en el sistema del Common Law. "Para empezar, desechemos la idea, tan corrientemente aceptada, de que el de-

[11] Enrique Silva Cimma. *Derecho Administrativo chileno y comparado.* Tomo I. Pág. 321.

[12] Alfred Verdross. *Derecho Internacional Público.* Pág. 120.

[13] *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* Tomo XXV. Sección 1ª Pág. 544.

recho inglés es consuetudinario. Esta idea tiene su origen en la creencia sustentada por numerosos juristas europeos en una rígida dicotomía; el derecho es, o un derecho escrito, basado en textos codificados, o es un derecho no escrito y, por tanto, consuetudinario. El derecho inglés no ha sido nunca un derecho consuetudinario; es un derecho jurisprudencial. El Common Law ha determinado la desaparición del derecho consuetudinario de Inglaterra, contenido en las costumbres locales" [14].

"Actualmente, la costumbre desempeña un papel de escasa importancia en el derecho inglés. Ha perdido toda su importancia en virtud de una norma que exige el carácter inmemorial de la costumbre para que ésta sea obligatoria; una ley del año 1265, vigente todavía, ha precisado este requisito al decretar que la costumbre inmemorial era la existente en el año 1189. Hoy no se exige, por supuesto, la prueba de tal antigüedad, pero en Inglaterra una costumbre no se considera jurídicamente obligatoria si se prueba su inexistencia en 1189. De otro lado, numerosas costumbres han sido sancionadas por los tribunales o recopiladas por las leyes, perdiendo, así, las normas por ellas formuladas su carácter consuetudinario primigenio y convirtiéndose en normas jurisprudenciales o legislativas" [15].

Pese a todo lo dicho, no debe subestimarse la importancia de la costumbre en Inglaterra. Si bien, actualmente, la costumbre jurídica no goza de importancia considerable, de hecho constituye una fuente del Common Law.

9. La costumbre en el sistema socialista soviético. "La costumbre juega en el derecho soviético un papel muy limitado. Para la doctrina soviética la idea de derecho está ligada a la de Estado, y no se puede hablar de derecho consuetudinario más que cuando el Estado sanciona una costumbre determinada".

"Las costumbres de la antigua Rusia se hallaban relacionadas con la organización feudal, o tribal, de los pueblos del Imperio ruso; por lo tanto, la mayor parte de estas costumbres se han hecho inaplicables, porque contrarían el sentido actual del derecho y las relaciones sociales de un régimen socialista; a veces, aun la ley penal prohíbe su observación. En los años que siguieron a la Revolución, ciertas costumbres pudieron mantenerse en vigor a título provisional; se autorizó, por ejemplo, a las poblaciones musulmanas a vivir de acuerdo con sus costumbres. Hoy se han transformado las relaciones sociales, que en toda la extensión de la URSS se hallan gobernadas por los principios del socialismo. Tan sólo a título excepcional conserva actualmente validez la costumbre, en los casos en que la ley se refiere expresamente a ella... Cuando la ley se refiere a la costumbre, la doctrina no exige que se trate de costumbre inmemorial, ni de costumbre razonable, ni de costumbre conforme a la "conciencia popular" [16].

[14] René David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Pág. 304.
[15] René David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Pág. 300.
[16] René David y John N. Hazard. *El derecho soviético.* Tomo I. Págs. 268 y 269.

III. LA LEY

1. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA LEY. Los autores no están de acuerdo acerca de la etimología de la palabra ley. Cicerón [17], la hace derivar del verbo latino "legere", que significa leer, expresión que viene de la costumbre romana de grabar las leyes en tablas y exponer éstas al pueblo para su lectura y conocimiento. Para San Agustín [18], ella deriva del verbo "deligere", que significa elegir, por cuanto la ley indica el camino que hay que seguir en nuestra vida. Santo Tomás de Aquino, sin rechazar las anteriores etimologías, recaba la del verbo latino "ligare" que significa ligar, obligar, porque es propio de la ley el ligar la voluntad a algo, obligándolo a seguir determinada dirección.

2. CONCEPTO. Se han dado diferentes definiciones de ley.

Según Aristóteles, "la ley es el común consentimiento de la ciudad".

Para San Agustín "la ley es el derecho que se contiene en aquel escrito que ha sido expuesto al pueblo para que lo observe".

Santo Tomás de Aquino la define como "una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad" [19].

Para Francisco Suárez la ley es "el precepto común, justo, estable, suficientemente promulgado" [20].

El Código Civil de Chile expresa que "la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite" (artículo 1°).

El jurista francés Marcel Planiol la define como "una regla social obligatoria, establecida con carácter permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza" [21].

Giorgio del Vecchio considera que "la ley es el pensamiento jurídico deliberado y consciente, expresado por órganos adecuados, que representan la voluntad preponderante en una multitud asociada" [22].

De las diversas definiciones que se han dado de la ley, la de Santo Tomás de Aquino es la que nos parece más exacta. Como manifestamos anteriormente, para Santo Tomás de Aquino la ley es "una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad" [23]. Esta definición recoge magistralmente los elementos esenciales de la ley que son los siguientes:

a) Una ordenación racional, es decir, una prescripción de la razón práctica del que la dicta con auténtica autoridad;

b) En orden al bien común, es decir, al bien de la sociedad y de las personas que la integran, el cual puede ser de naturaleza espiritual

[17] CICERÓN. *Las Leyes*. Libro I.
[18] SAN AGUSTÍN. *La ciudad de Dios*. Libro III.
[19] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I-II. c: 90-a-4.
[20] FRANCISCO SUÁREZ. *De Legibus*. I-12-1.
[21] MARCEL PLANIOL. *Traité Elementaire du Droit Civil*. Pág. 68.
[22] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho*. Pág. 345.
[23] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I-II, c. 90, a. 4.

o material. Esto no quiere decir que los actos particulares no puedan ser objeto de la ley siempre que sean referidos al bien común; ellos en sí mismos son particulares, pero participan del bien común en cuanto están ordenados a él;

c) Sancionada por el que tiene autoridad, ya sea la misma comunidad o aquel que legítimamente haga sus veces;

d) Promulgada debidamente. Según Santo Tomás de Aquino, "para que la ley adquiera fuerza obligatoria, que es lo propio de la ley, es necesaria su aplicación a los hombres que han de ser regulados conforme a ella. Tal aplicación se realiza cuando, mediante la promulgación, se pone en conocimiento de aquellos hombres. Por eso la promulgación es necesaria para que la ley adquiera su vigor" [24].

3. ELEMENTOS. En la ley pueden distinguirse dos elementos: uno formal y otro material.

El elemento formal de la ley dice relación con la gestación de ella y se refiere a que la iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación de la ley se hayan realizado en la forma establecida por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado.

La ley carece de elemento formal cuando en la gestación de ella se ha omitido alguno de los trámites prescriptos o se ha incurrido en algún vicio de procedimiento.

El elemento material de la ley dice relación con su contenido jurídico y se refiere a que ella contenga normas jurídicas que sean permanentes, generales y abstractas.

La ley carece de elemento material cuando las normas no tienen naturaleza jurídica, como por ejemplo, cuando expresan máximas morales, o declaraciones de principios puramente doctrinales, o exposiciones de motivos, o promesas de leyes futuras; o cuando el contenido es irracional, injusto o atentatorio contra el bien común.

La ley carece también de elemento material cuando no es permanente, como, por ejemplo, las leyes transitorias; o cuando no es general, como las que regulan una relación individual o se refieren a una persona determinada; o cuando no es abstracta, como las que dicen relación con una situación de excepción.

4. ACEPCIONES. La palabra ley tiene diversas acepciones en relación con su origen y con su contenido:

A. *En relación con su origen:*

a) Ley en sentido amplio o legislación es el conjunto de normas jurídicas de observancia general emanadas de las autoridades del Estado de acuerdo con un determinado procedimiento preestablecido. En esta acepción se comprenden, en consecuencia, la Constitución Política emanada del Poder Constituyente, las leyes en sentido estricto, elaboradas por el Poder Legislativo; los Decretos con fuerza de ley, los Decretos leyes, los Reglamentos y los simples Decretos, dictados por el Poder Ejecutivo; los Autos Acordados del Poder Judicial; y las reso-

[24] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I-II, c. 90, a. 4.

luciones y ordenanzas emanadas de las autoridades administrativas. Se excluyen únicamente las sentencias de los Tribunales de Justicia.

b) Ley en sentido estricto es la elaborada, básicamente, por el Poder Legislativo del Estado en la forma establecida por el ordenamiento jurídico.

B. *En relación con su contenido:*

a) Ley en sentido material es aquella que contiene normas jurídicas permanentes, generales y abstractas;

b) Ley en sentido formal es aquella en cuya iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación se ha dado cumplimiento a todas las normas establecidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado.

5. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES. Las leyes, en su acepción amplia de legislación, admiten la siguiente clasificación:

A) Constitución Política;
B) Leyes en sentido estricto;
C) Recopilación y codificación;
D) Tratados internacionales;
E) Decretos con jerarquía de ley; y
F) Reglamentos, Decretos e Instrucciones.

A) *Constitución Política*

a) Concepto. La Constitución Política es la ley fundamental del Estado que establece las bases de su organización y la forma de su gobierno.

b) Contenido. La Constitución Política contiene normas jurídicas que determinan la forma del Estado, el régimen del gobierno, las garantías de los derechos de las personas, la organización y atribuciones de los Poderes Públicos que ejercen las diversas funciones del Estado, el régimen administrativo, el procedimiento de reforma de la Constitución Política, etc.

c) Poder Constituyente. Se denomina Poder Constituyente la facultad que tiene un cuerpo político para establecer su propia Constitución.

La soberanía es la facultad que tiene la comunidad de darse la organización interna que más le convenga con prescindencia de los demás Estados. Ella reside esencialmente en la nación.

El Poder Constituyente es aquel que dicta la Constitución del Estado. Al respecto se puede distinguir entre el órgano llamado a imponer la norma fundamental inicial y aquel que, una vez determinada la estructura fundamental del Estado, queda habilitado para introducirle las modificaciones que aconsejen las necesidades sociales. Al primero se le denomina Poder Constituyente Originario y al segundo Poder Constituyente Derivado.

El Poder Constituyente Originario reside en la nación y se manifiesta, generalmente, en un acto de independencia respecto a otro Estado al cual ha estado subordinado, o en una revolución, golpe de Estado o pronunciamiento que pone término a un sistema jurídico anterior.

El Poder Constituyente Originario es libre para imponer, formalmente, el estatuto político básico que mejor satisfaga la idea de Derecho dominante en la nación; pero, en cuanto a su contenido, debe garantizar los imperativos de justa ordenación exigidos por el bien común en relación con las circunstancias históricas prevalecientes. Cuando así actúa, establece la ley fundamental y básica de un ordenamiento legítimo, válido y eficaz. Por el contrario, cuando el Poder Constituyente Originario prescribe exigencias esenciales arbitrarias, su decisión es injusta o ineficaz, en razón de no respetar el bien común, los derechos humanos o las exigencias de la realidad social que pretende estructurar y, en consecuencia, la ley fundamental que dicta no es legítima, ni válida, ni eficaz.

El Poder Constituyente Derivado es aquel órgano que, una vez establecida la estructura fundamental del Estado, queda habilitado para introducir en la Constitución las modificaciones que considere convenientes. Este Poder no elimina ni sustituye para siempre al Poder Constituyente Originario.

En cuanto a los procedimientos que se contemplan para el ejercicio del Poder Constituyente Derivado, ellos dependen de la doctrina que prevalezca respecto del depositario efectivo del poder político.

En relación a los métodos de reforma de las Constituciones Políticas, éstas se clasifican en rígidas, semirrígidas y flexibles.

Constituciones rígidas son aquellas que no facultan a los Poderes del Estado para modificarlas y, en consecuencia, no establecen procedimientos para tal efecto.

Constituciones semirrígidas son aquellas que permiten reformar sus disposiciones de conformidad a un procedimiento especial.

Constituciones flexibles son aquellas que pueden ser modificadas de acuerdo con las normas establecidas para dictar las leyes en sentido estricto.

d) Supremacía constitucional. "Para que la supremacía de la Constitución no sea un principio puramente doctrinario, y alcance efectiva vigencia, el sistema jurídico que pretende sostenerla debe proporcionar conjuntamente los medios de imponer su respeto, es decir, de lograr que el movimiento de toda actividad que se desarrolla en el Estado, ya se realice por los órganos de éste o por los miembros de la sociedad política, se produzca dentro de las bases sentadas en la ley fundamental".

"La vulneración de la supremacía constitucional puede, en efecto, provenir de un cuerpo o personas revestidas de autoridad pública o de cualquiera de los integrantes de la sociedad política, y, desde otro aspecto, ya atropellar el cuadro organizativo trazado en la ley funda-

mental que determina la composición de los órganos, su respectiva esfera de competencia y los trámites que ha de cumplir en su gestión, ya infringir la sustancia del ideal de derecho que la Constitución pretende traducir y afirmar, y las garantías de libertad e igualdad y demás derechos que asegura a los asociados" [25].

Los medios para asegurar la supremacía constitucional son políticos y jurídicos.

Tanto las autoridades y órganos del Estado como los gobernados están obligados a servir en todo momento el ideal constitucional.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad puede estar consagrado de modo explícito en la Constitución o bien presentarse como resultado de las prácticas políticas y de la interpretación de las bases del sistema jurídico.

B) *Ley en sentido estricto*

a) Concepto. Las leyes, en sentido estricto, son las normas elaboradas, básicamente, por el Poder legislativo del Estado en la forma establecida por la Constitución Política.

b) Formación. El proceso legislativo moderno distingue cinco etapas fundamentales en la formación de las leyes: iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación.

La iniciativa consiste en la facultad que tiene la autoridad establecida por el ordenamiento jurídico para proponer un proyecto de ley al Congreso.

La facultad de iniciar la ley corresponde a los Poderes Legislativo o Ejecutivo. Los parlamentarios la ejercitan por medio de mociones y el Ejecutivo por mensajes.

Cuando la iniciativa tiene su origen en el Poder Legislativo, se llama parlamentaria, y si la tiene en el Ejecutivo, gubernativa. Algunas leyes son sólo de iniciativa gubernativa, como es el caso, en Chile, de la Ley General de Presupuesto de la Nación, de todas aquellas que signifiquen aumento de los gastos, etc. (Constitución Política de Chile, artículo 45).

El Ejecutivo habitualmente envía los proyectos de ley con un Mensaje en el que explica las razones por las cuales solicita su aprobación. Los parlamentarios, por su parte, suelen acompañarlos de una exposición de motivos.

La regla general es que los proyectos de ley puedan presentarse a cualquiera de las ramas del Congreso. La excepción son algunas leyes que pueden tener su origen únicamente en la Cámara de Diputados, Como es en Chile el caso de las leyes sobre Presupuesto, contribuciones, reclutamiento, etc. (Constitución Política de Chile, artículo 45); o en el Senado, como en Chile, las leyes sobre indultos y amnistía (Constitución Política de Chile, artículo 45).

[25] ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Págs. 85 y 86.

La discusión es el conjunto de actuaciones por medio de las cuales el Poder Legislativo delibera sobre el proyecto de ley [26].

Cuando el sistema es bicameral, la Cámara que comienza a conocer del proyecto se denomina Cámara de Origen. Tan pronto lo recibe, debe enviarlo a una de sus Comisiones internas para que lo conozca e informe al respecto. Luego debe pasar a la Cámara para su discusión y pronunciamiento en la Sala. A continuación, el proyecto pasa a la Cámara Revisora donde sigue un procedimiento semejante. En ciertas circunstancias el proyecto puede ser visto nuevamente por la Cámara de Origen y por la Cámara Revisora.

La aprobación es el acto por el cual se acepta el proyecto de ley [27].

La aprobación debe ser dada por el Congreso y, si el sistema es bicameral, por ambas Cámaras, las que deben enviarlo al Ejecutivo para su conocimiento y aprobación.

El Ejecutivo por su parte, debe también aprobarlo o rechazarlo. La aprobación puede ser expresa, cuando dispone su promulgación; o tácita, cuando deja transcurrir el plazo que tiene para rechazarlo, sin hacerlo.

El rechazo de un proyecto de ley por parte del Ejecutivo se denomina veto y se hace efectivo devolviéndolo al Parlamento con las observaciones que estime convenientes. El Congreso puede aprobar el veto o rechazarlo insistiendo en el proyecto original.

La promulgación es el acto por el cual el Ejecutivo reconoce la existencia de una ley y ordena su cumplimiento. En Chile, ello se hace efectivo a través de un Decreto supremo, del cual debe tomar razón la Contraloría General de la República. (Constitución Política de Chile, artículo 55).

La publicación es el acto por el cual el proyecto de ley aprobado y promulgado es dado a conocer a los ciudadanos para su información y cumplimiento.

Los métodos de publicación han variado a través de los tiempos. Primitivamente ella se realizaba por medio de su inscripción en planchas de mármol o bronce que se exponían en lugares públicos; luego, por bandos y, últimamente, por medio de la prensa. En Chile se realiza mediante su inserción en el Diario Oficial, que se publica desde 1877. "Para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia". (Código Civil de Chile, artículo 7).

La vigencia es el período durante el cual la ley es obligatoria. La ley adquiere fuerza obligatoria una vez que transcurre el período de tiempo establecido para que así suceda, el cual puede ser general o especial. Una vez que la ley entra en vigencia se presume conocida, no puede alegarse ignorancia de ella por ninguna persona y su cumpli-

[26] *Constitución Política de Chile.* Artículos 45 a 51.
[27] *Constitución Política de Chile.* Artículos 53 y 54.

miento es obligatorio para todos (Código Civil de Chile, artículos 7 y 8).

Frente a la presunción absoluta de conocimiento de la ley, que no admite prueba en contrario, se presenta el problema de determinar si tal principio está intrínsecamente justificado, en circunstancias que los hechos nos demuestran que él no corresponde a una realidad.

Hay autores que consideran que esta presunción es injusta y que entraña un privilegio en favor de las clases acomodadas, las cuales poseen los medios económicos para procurarse el conocimiento del Derecho, medios de los cuales carece el proletariado.

Al respecto Antonio Menger expresa que "entre las clases pudientes el conocimiento del Derecho está, en general, más difundido que entre los pobres, en parte a causa de la cultura intelectual más elevada de las primeras, y en parte también porque la posesión de la ciencia infunde en aquéllas un interés mayor por la vida jurídica. Además, en aquellos casos en que les falta el conocimiento necesario, tienen en su patrimonio el medio de acudir por el momento al consejo de un abogado para acomodarse a sus dictámenes. De esto nace que en los conflictos de intereses entre ricos y pobres, las cuestiones de Derecho se decidan casi siempre "a priori" a favor de los primeros, sin que pueda acusarse a los Tribunales de injustos. Los pobres, en verdad, saben poquísimo Derecho, y no pueden llenar las lagunas y los defectos acudiendo a quien lo entienda. Así, en su conducta se dirigen casi exclusivamente por un obscuro y muy ilusorio sentido del Derecho, estando toda su vida jurídica en realidad a merced del acaso. Si, pues, en el litigio el juez aplica la ley, y contra la evidencia de las cosas estima que el pobre la conocía, éste se sentirá con frecuencia inclinado a tachar al juez de injusto" [28].

La mayoría de los autores, sin embargo, justifica esta presunción fundándose en que la ley expresa, en general, aquello que está en la conciencia popular; que ella se encuentra en correspondencia espontánea con ésta; y que esta presunción es indispensable para la certeza y seguridad de las relaciones jurídicas [29].

c) *Límites de la eficacia de las leyes.* Los límites naturales de la aplicación de las leyes están constituidos por el territorio o ámbito territorial de la nación, y por su vigencia, tiempo durante el cual la ley tiene fuerza obligatoria.

A primera vista, la ley sólo debería ser aplicada en el territorio, que es el espacio de la superficie terrestre con una organización política determinada y sujeta a una autoridad soberana. Sin embargo, la vida moderna ha hecho imposible la aplicación absoluta del principio de la territorialidad de la ley. La dinámica internacional, si no ha logrado hacer desaparecer aún las fronteras, sí que ha logrado una intensa vida de relaciones entre los nacionales de los distintos países. De allí que a menudo surjan dificultades respecto de cuál es la ley

[28] ANTONIO MENGER. *El Derecho Civil y los pobres.* Pág. 54.
[29] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho.* Págs. 373 y 374.

aplicable en cada caso. Estos conflictos han sido llamados "efectos de la ley en cuanto al territorio".

En cuanto al tiempo, la ley rige situaciones jurídicas producidas durante su vigencia. Ella se extiende desde la publicación de la ley o el transcurso del plazo fijado para su entrada en vigencia, hasta la derogación de la misma. Sin embargo, hay casos en que la nueva ley rige situaciones que se han producido con anterioridad a su entrada en vigencia (retroactividad de la ley), o bien, la ley derogada rige situaciones producidas durante la vigencia de la nueva ley (ultra-actividad de la ley). Se presentan problemas para determinar qué ley rige los efectos de una situación jurídica, cuando dichos efectos se producen durante la vigencia de una ley distinta a la que regía cuando el hecho se realizó. Estos conflictos han sido estudiados bajo la denominación de "efectos de la ley en cuanto al tiempo".

d) *Efectos de la ley en cuanto al tiempo.* Las leyes, por regla general, deben regir las relaciones jurídicas que se produzcan en el período comprendido entre su entrada en vigor y el momento en que dejan de aplicarse.

Una ley entra en vigor cuando, luego de cumplidos los trámites de iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación, ha expirado el plazo común o especial determinado para su entrada en vigencia.

Una ley se extingue cuando se ha cumplido la finalidad para la que fue dictada, cuando existe imposibilidad de que ocurra un hecho que es presupuesto de ella, cuando ha transcurrido el término fijado para su vigencia o cuando ella ha sido derogada. Pero ni la costumbre contraria a la ley ni el desuso tienen eficacia suficiente para abolirla.

La ley sólo puede ser derogada por otra ley o por un Decreto con fuerza de ley emanado del Poder Ejecutivo, en aquellos ordenamientos que admiten la delegación de las funciones legislativas.

La derogación puede ser expresa o tácita, parcial o total.

La derogación es expresa cuando, por una precisa declaración del poder legislativo, se priva de eficacia a una ley hasta entonces vigente; y es tácita, cuando se dicta una ley sobre la misma materia regulada por una anterior cuyas prescripciones se opongan a las de ésta.

La derogación es parcial, cuando se dejan sin efecto parte de las normas jurídicas contenidas en una ley; y es total, cuando se dejan sin efecto todas ellas.

Derogada una ley, ella deja de producir sus efectos y no readquiere, en principio, su fuerza obligatoria perdida por el hecho de que cese la causa de extinción. Así, por ejemplo, derogada una ley que a su vez derogaba a otra, no por ello recobra, sin más, su vigencia la ley primitiva.

e) *La retroactividad de la ley.* Siempre que existe una mutación en las normas jurídicas, se presenta el problema de precisar la eficacia

que posee la norma nueva sobre los hechos y las relaciones jurídicas producidas durante la vigencia de la ley antigua.

Este problema no ha sido resuelto por la Ciencia del Derecho con unidad absoluta de criterio, sino que ella sólo se ha limitado a enunciar los principios directivos con base a los cuales debe ser solucionado. Tampoco los legisladores, a quienes les corresponde decidir sobre los límites de la eficacia de sus propias normas han dado soluciones universales. El problema se resuelve, en cada ordenamiento jurídico, atendiendo a la naturaleza de la norma y de la institución y a la estructura especial de las relaciones jurídicas afectadas.

La retroactividad de la ley consiste en la aplicación de sus normas a hechos o circunstancias producidos o que han comenzado a producirse con anterioridad a su entrada en vigencia.

El legislador, que es soberano para fijar los límites de la eficacia de las normas jurídicas, puede darle a una ley efecto retroactivo; pero no en todos los casos, pues, por ejemplo, en materia penal es principio universalmente admitido que nadie puede ser condenado, sino en virtud de una ley que estuviere en vigencia con anterioridad al hecho sobre el que recae el juicio (artículo 11 de la Constitución Política de Chile).

Pero para el que debe aplicar la ley, es decir, para el juez, muchas veces se presenta el problema de resolver qué norma jurídica debe hacer efectiva en un caso concreto que se somete a su conocimiento y fallo. Frente a ello, la mayor parte de los ordenamientos establece el mandato de que "la ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo" (artículo 9 del Código Civil de Chile), es decir, que el juez no puede aplicar una ley con efecto retroactivo, a menos que el legislador se lo haya determinado expresamente.

Para el juez, determinar en cada caso concreto si está dando o no efecto retroactivo a una ley, es un problema complejo y de difícil solución y en torno al cual se han enunciado diversas teorías.

La teoría clásica fue concebida por Blondeau y sus expositores más insignes fueron Portalis, Lassalle y Gabba. Determina que la prohibición general de la retroactividad debe limitarse sólo a impedir que se lesionen derechos adquiridos por sus titulares en virtud de la ley antigua; pero que ella no afecta a las simples expectativas. Para esta teoría es derecho adquirido el que ha entrado a formar parte del patrimonio de una persona; y simple expectativa, la esperanza de adquisición de un derecho. Para que exista un derecho adquirido se requiere, según los clásicos: la existencia de una ley, la verificación de un hecho que traduzca en acto la facultad otorgada por la ley, que este hecho se realice de acuerdo con las condiciones intrínsecas y de forma exigidas por la ley, que represente una utilidad privada, y que entre a formar parte del patrimonio de una persona. Son estos derechos adquiridos los que no se pueden vulnerar. Las críticas que se han formulado a la teoría clásica son: que ella es incompleta, por cuanto se refiere sólo a los derechos privados patrimoniales y excluye a los

derechos privados personales, a los públicos y a los políticos, que no son susceptibles de entrar a formar parte del patrimonio de un sujeto, y que el concepto de derecho adquirido es muchas veces imposible de determinar con precisión.

La teoría del derecho y del interés, desarrollada por Laurent, sostiene que no pueden lesionarse los derechos que tienen su fundamento en la ley precedente, pero sí los simples intereses.

La teoría del hecho cumplido, sostenida entre otros por Marcel Planiol, afirma que el principio de la no retroactividad importa que no se pueden regular hechos ya realizados bajo el imperio de la ley antigua. Entre sus sostenedores existen dos corrientes: una, encabezada por Planiol, que estima que la ley nueva no puede regular los hechos pasados ni las consecuencias de ellos ya verificadas, pero sí sus efectos futuros; y otra que considera que no se pueden regular con la nueva ley ni siquiera las consecuencias de los hechos pasados que se realizan bajo su vigencia.

La teoría de las situaciones jurídicas, expuesta por Paul Roubier, establece que no se pueden atacar las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, ni los elementos ya existentes que forman el antecedente de una situación jurídica. Para ella es situación jurídica "la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada".

f) *Efectos de la ley en cuanto al espacio.* "Del hecho de que todo Estado soberano e independiente ejerza en el propio territorio una absoluta y exclusiva potestad normativa deriva, lógicamente, que el imperio de la ley tiene, como límites, los confines del territorio en que ejerce la soberanía el poder que las ha dictado; y así como todo Estado puede exigir el reconocimiento exclusivo de su derecho en el propio territorio, ninguno puede pretender que sus normas sean reconocidas fuera de los confines territoriales" [30].

Si este principio fuera aplicado con rigor, no se podría hablar de conflictos de leyes en el espacio: cada Estado aplicaría a las situaciones jurídicas que surjan y se desenvuelvan en su propio territorio, sus leyes propias.

Pero tal aplicación constituiría un serio inconveniente para el desarrollo de las relaciones entre los diversos países, atentaría contra el orden jurídico internacional y dificultaría la actuación de la justicia internacional.

Además, debe conciliarse con este principio el otro que impone que el hombre no sea substraído a las leyes de su Estado solamente porque se encuentra en el territorio de otra nación.

De la aplicación de uno u otro criterio nacieron dos sistemas: el de la territorialidad, que sometía a las leyes locales a todas las personas, incluso a los extranjeros que residían en el Estado; y el de la

[30] ROBERTO DE RUGGIERO. *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo I. Pág. 130.

personalidad, según el cual toda persona podía vivir en cualquier parte, sometida a su propia ley nacional.

De ambos principios nació, elaborada por Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), y los postglosadores italianos, la "Teoría de los Estatutos", que clasificó a las leyes en personales, que son las relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las relaciones de familia, y que se pueden aplicar incluso fuera del territorio; y en leyes reales, relativas a los bienes y a los modos de adquirirlos y transmitirlos, que se aplican solamente en el territorio dentro del cual están ubicados los bienes.

Pero es el caso que, tratándose de relaciones jurídicas, es casi imposible formular una escisión entre las personas y las cosas y, por ello, D'Argentré (1519-1590), agregó a las dos primeras clasificaciones la de las leyes mixtas, que son las que se refieren tanto a los bienes como a las personas y, especialmente, a la forma de los actos, y cuya aplicación fuera del territorio se admite o no según los casos y la finalidad perseguida por la ley.

Los defectos de la "Teoría de los Estatutos", hicieron que fuera abandonada y reemplazada por las modernas, que se fundan en un principio diametralmente opuesto: el de que la aplicación de la ley extranjera debe considerarse como principio general y la exclusividad de la ley territorial tenerse como excepción, valedera sólo cuando se trata de disposiciones de orden público.

La primera de estas teorías modernas es la llamada de la "Comunidad Internacional de Derecho", formulada por Federico Carlos de Savigny (1779-1861). Sostiene que todos los ordenamientos jurídicos estatales modernos se fundan en principios comunes de Derecho, constituyendo, de este modo, una "Comunidad Internacional de Derecho". De ello se sigue que el juez no puede encontrar dificultades en la aplicación, a una determinada situación jurídica, de una ley nacional o extranjera, por cuanto ambas poseen un substrato común, y así él sólo deberá ver cuál es la que mejor responde a la situación jurídica controvertida. Este principio sufre limitaciones en algunos casos, en los cuales el juez no es libre en su investigación, estando obligado a aplicar el Derecho del propio Estado: cuando se trata de leyes de carácter estrictamente positivo y cuando se trata de instituciones jurídicas de un Estado extranjero que no son reconocidas ni tuteladas en el Estado del juez.

La segunda de estas teorías es la de la nacionalidad, elaborada por P. S. Mancini (1817-1889), que establece que la ley a que debe ser sometida la persona debe ser determinada por su nacionalidad, entendida ésta como el vínculo político establecido por la ciudadanía. Esta teoría admite dos excepciones: en favor de las normas de orden público, que deben prevalecer siempre sobre la ley extranjera; y en homenaje a la libertad de los individuos que pueden, en el orden contractual, adoptar normas diversas de las establecidas por la ley nacional.

La tercera de estas teorías es la enunciada por el gran jurisconsulto cubano Antonio Sánchez de Bustamante, fundada en el principio de la Comunidad Jurídica Internacional, y que, desarrollada sobre la base de la teoría de Savigny, se encuentra traducida en el Código de Derecho Internacional Privado, promulgado en 1934.

g) *Constitucionalidad de las leyes.* La constitucionalidad de la ley abarca dos aspectos: uno de fondo y otro de forma. Se entiende que una ley es constitucional en el fondo cuando respeta todos y cada uno de los derechos asegurados y garantidos por la Carta Fundamental. Se entiende que es constitucional en la forma, cuando ha sido dictada por la autoridad competente, señalada por el ordenamiento jurídico, y con todas las formalidades expresadas en él.

Se dice que la ley es inconstitucional cuando niega uno de estos aspectos. Será inconstitucional, en el fondo cuando sus prescripciones violan derechos garantidos por la Constitución. Será inconstitucional, en la forma, cuando ha sido dictada por autoridad incompetente, sin los trámites señalados por la Constitución o careciendo de las formalidades exigidas.

La ley inconstitucional tiene valor; por regla general es obligatoria, perdurando su vigencia hasta la declaración de inaplicabilidad.

En algunos ordenamientos jurídicos (Estados Unidos), se puede solicitar la no aplicación de la ley, por inconstitucionalidad tanto en la forma como en el fondo. En otros países (Francia), sólo puede plantearse la inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la forma. Para otros sólo existe la inconstitucionalidad de fondo (Chile).

En cuanto a la autoridad llamada a declarar la inaplicabilidad, no existe tampoco un criterio único. Unos entregan esta función a un Tribunal independiente de toda jerarquía judicial y otros la entregan al Tribunal Superior de Justicia (Corte Suprema, en Chile).

En cuanto a sus efectos, también existen dos criterios bien definidos: uno que da a la inaplicabilidad efectos absolutos, esto es, hace inaplicable la ley para todos los casos que puedan presentarse en el futuro; otro da a la inaplicabilidad efectos relativos, dejando de aplicar la ley sólo respecto del caso en que se solicite; ocurre, entonces, que habiéndose declarado inconstitucional una ley en reiterados juicios, puede ella tener aplicación y ser obligatoria si la persona afectada no reclama su inconstitucionalidad.

En Chile el tribunal competente para conocer de la inaplicabilidad de una ley por inconstitucionalidad es la Corte Suprema de Justicia la cual "en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación". (Constitución Política de Chile, artículo 86, inciso 2°).

C) *Recopilación y Codificación*

a) Concepto. Las leyes pueden ordenarse en forma de recopilaciones o códigos.

Las recopilaciones son colecciones de leyes agrupadas conforme a distintos criterios: orden cronológico, número, materia, etc., pero conservando su propia individualidad.

Los códigos son cuerpos orgánicos y sistemáticos de leyes referentes a una institución o materia jurídica determinada.

Desde un punto de vista legislativo las recopilaciones y los códigos son leyes que sólo se diferencian de las demás por su ordenamiento y extensión.

b) Evolución histórica. Las recopilaciones existen desde la época del Derecho Romano, en que son ejemplo de ellas las Instituciones, el Digesto y el Código de Justiniano que forman en su conjunto el "Corpus Iuris" [31].

El movimiento codificador nació en el siglo XVIII bajo la inspiración de la filosofía racionalista. Esta orientación apareció en Francia en la segunda mitad del siglo XVIII con las grandes Ordenanzas sobre el procedimiento civil y criminal, el comercio, las aguas y bosques, etc. La Revolución Francesa acentuó esta orientación legislativa. Posteriormente, en 1804, se dictó el Código Civil, llamado también "Código de Napoleón", y entre 1807 y 1810 los Códigos de Procedimiento Civil y Criminal, de Comercio y Penal.

Estos códigos franceses se difundieron rápidamente y estimularon al movimiento codificador. De esta manera la tendencia hacia la codificación se impuso en la mayoría de los países occidentales, con excepción de los anglosajones.

Sin embargo, el movimiento codificador se enfrentó en Alemania con una oposición que dio nacimiento a la Escuela Histórica del Derecho. El deseo de crear una mayor unidad nacional entre los distintos Estados de Alemania hizo surgir la idea de unificar su Derecho. Antonio Thibaut, profesor de la Universidad de Heidelberg, publicó en 1814 un libro titulado "De la necesidad de un derecho civil general para Alemania", en el cual analizaba la diversidad de legislaciones imperantes, sus discordancias y contradicciones y la conveniencia de unificar todas las leyes vigentes en los varios Estados germanos, formando un solo código. Para ello adujo razones fundadas en los inconvenientes producidos por la disparidad de las leyes y las costumbres y en los beneficios que podría alcanzar la unificación del Derecho privado en las relaciones entre los varios Estados alemanes.

Federico Carlos de Savigny (1779-1861), profesor de la Universidad de Berlín, se opuso a esta idea publicando en el mismo año 1814 su célebre libro "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho", en el cual sostuvo que "el Derecho se

[31] FRANCISCO SAMPER. *Derecho Romano*. Pág. 43.

crea primero por la costumbre y las creencias populares y luego por la jurisprudencia; siempre, por lo tanto, en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador" [32]. Por lo tanto, las normas jurídicas son la obra lenta de las tradiciones y costumbres de cada pueblo, que da así a su Derecho un carácter eminentemente nacional. Además, como el Derecho no deriva de principios abstractos y absolutos, es, por naturaleza, variable y se modifica de acuerdo con la evolución social de cada pueblo. La fijación del Derecho en un código detiene su evolución, impide su desarrollo y paraliza su progreso.

La doctrina de Savigny constituyó la antítesis de las tendencias racionalistas entonces en boga y, a través de la Escuela Histórica del Derecho, logró detener la codificación en Alemania hasta 1896 en que se dictó el Código Civil de ese país, que constituye una de las obras más admirables del Derecho contemporáneo.

Refiriéndose a las condiciones históricas exigidas para llevar a efecto una codificación, el Presidente de Chile José Joaquín Pérez y el Ministro de Justicia Federico Errázuriz expusieron en el Mensaje con que enviaron el Código de Comercio al Congreso Nacional de Chile el 5 de octubre de 1865: "Para emprender con gusto la grande obra de la codificación, era menester gozar plenamente de los beneficios de la paz, completar nuestra organización política, poner a la República en la vía del progreso intelectual, dotándola de todas las instituciones que lo favorecen y estimulan, y acumular pacientemente los conocimientos indispensables para realizar aquella obra con el acierto debido, y la reunión de estas condiciones, ni era asequible a los hombres que corrían los azares de la guerra de nuestra emancipación, ni podía esperarse sino de la lenta y poderosa acción del tiempo y de la gradual difusión de las luces".

c) *La codificación en Chile.* En Chile el anhelo de poseer una codificación propia se hizo sentir en los primeros años de su vida independiente, pero sin éxito. Fue necesaria la llegada al país del ilustre humanista venezolano Andrés Bello para que ella se concretara. Bello se consagró a elaborar un Proyecto de Código Civil desde 1831 hasta 1855, año de la promulgación de dicho Código. El Mensaje con que dicho Proyecto fue enviado al Congreso Nacional lleva las firmas del Presidente Manuel Montt y el Ministro Francisco Javier Ovalle, pero fue redactado por Andrés Bello. En su primera parte se expresa lo siguiente:

"Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que esta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración

[32] Federico Carlos de Savigny. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho.* Pág. 48.

de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social".

En Chile están en vigencia actualmente los siguientes Códigos, desde las fechas que se indican: Código Civil (1857), Código de Comercio (1867), Código Penal (1875), Código de Procedimiento Civil (1903), Código de Procedimiento Penal (1907), Código de Justicia Militar (1926), Código del Trabajo (1931), Código Sanitario (1931), Código de Minería (1932), Código de Derecho Internacional Privado (1934), Código Orgánico de Tribunales (1943), Código de Aguas (1951) y Código Tributario (1961).

D) *Tratados Internacionales*

a) Concepto. Los tratados internacionales son las convenciones celebradas entre dos o más miembros de la comunidad internacional con el objeto de regular sus relaciones y establecer los derechos y obligaciones recíprocos.

b) Formación. En el proceso de formación de los tratados internacionales se pueden distinguir dos etapas: una externa (internacional) y otra interna (nacional).

La etapa externa se denomina negociación y en ella toman parte los Estados o entidades internacionales interesados, con el objeto de producir un acuerdo de voluntades. Finaliza con la firma del tratado convenido.

La etapa interna se concreta en la aprobación del tratado por parte del Parlamento de cada país, en la forma establecida por el ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema de Justicia de Chile ha resuelto que la exigencia constitucional de que intervengan en la aprobación de los tratados los cuerpos legislativos hace que sean verdaderas leyes, ya que en su generación, desarrollo y promulgación se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de las leyes.

No obstante ello, existe una notable diferencia entre el tratado internacional y la ley ordinaria, cual es que aquél no puede ser dejado sin efecto unilateralmente por la voluntad legislativa de un Estado, sino que requiere de la concurrencia de las voluntades de ambos Estados.

c) Efectos. Cuando el Estado se encuentra dotado de una estructura unitaria, los tratados internacionales, una vez ratificados y publicados, son obligatorios, extienden sus efectos sobre el conjunto del territorio sometido a su soberanía, obligan a todos los órganos

estatales y su aplicación se impone a todos, gobernantes y gobernados.

En principio, los tratados internacionales sólo producen un efecto relativo, ya que no pueden perjudicar ni beneficiar a terceros Estados; sus efectos jurídicos están estrictamente limitados a los Estados contratantes. Sin embargo, hay casos excepcionales en que los tratados producen efectos respecto de terceros Estados, como es el caso de los que establecen un estatuto político y territorial o crean situaciones jurídicas objetivas.

d) Extinción. Existen diferentes causas de extinción de los tratados internacionales: la voluntad común de las partes, la manifestación de voluntad de uno de los contratantes, la aparición de ciertos elementos nuevos y la revisión.

E) *Decretos con jerarquía de ley*

a) Concepto. Bajo la denominación de Decretos con jerarquía de ley se comprenden dos fuentes del Derecho positivo: los Decretos con fuerza de ley y los Decretos leyes. Ambos son manifestaciones de voluntad del Poder Ejecutivo creadoras de normas jurídicas de igual jerarquía que la ley ordinaria.

b) Los Decretos con fuerza de ley. Son decretos dictados por el Poder Ejecutivo sobre materias propias de una ley, en virtud de una delegación de facultades hecha por el Poder Legislativo.

Mucho se ha discutido acerca de la validez de esta delegación. Hay autores que la impugnan, fundados en que ella atenta contra el principio de la separación de los poderes, en que se inspira el clasicismo constitucional, ya que el Poder Legislativo es el único facultado por la comunidad para dictar leyes y él "no puede transferir la facultad de hacer leyes a otras manos, porque siendo ésta una facultad que el pueblo delegó, quienes la tienen no pueden traspasarla. Sólo el pueblo puede escoger la forma de la República, lo que acaece por la constitución del legislativo y la designación de aquel en cuyas manos quedará. Y cuando el pueblo dijo: "nos someteremos y seremos gobernados por leyes hechas por tales hombres y según tales formas", no habrá quién pueda decir que otros hombres habrán de hacer leyes para ellos; ni ellos podrán ser obligados por más leyes que las promulgadas por aquellos a quienes escogieron y a tal fin autorizaron" [33].

En la Constitución Política de numerosos Estados se autoriza expresamente la delegación de las funciones legislativas. Así, por ejemplo, la Constitución Política de Chile (artículo 44, N° 15) autoriza expresamente al Congreso para facultar al Presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre creación, supresión, organización y atribuciones de los servicios del Estado; sobre materias determinadas de orden administrativo, económico y financiero; sobre determinación de las fuerzas de aire, mar y tierra que deban mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, etc. Esta autorización no

[33] JOHN LOCKE. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Sección 141. Pág. 92.

puede extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones, las garantías constitucionales, la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional ni de la Contraloría General de la República. La autorización referida sólo puede darse por un tiempo limitado, no superior a un año. La ley que la otorgue debe señalar las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y puede determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes.

Los Decretos con fuerza de ley están sometidos, en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para las leyes.

c) Los Decretos leyes. Son Decretos dictados por el Ejecutivo sobre materias propias de una ley, sin autorización del Poder Legislativo.

En ciertas circunstancias, el Poder Ejecutivo asume facultades legislativas y dicta Decretos a los cuales él mismo atribuye la fuerza de leyes. Ordinariamente esto ocurre cuando se rompe la normalidad institucional y el gobierno constitucional es derribado por una revolución, un pronunciamiento o un golpe de Estado. En tales casos, las nuevas autoridades prescinden de la Constitución y de las leyes, y legislan mediante Decretos que obedecen sólo a su discriminación. Estos Decretos son inconstitucionales por cuanto, como expresa John Locke, "no puede ningún edicto de otra autoridad cualquiera, en forma alguna imaginable, sea cual fuere el poder que lo sustentare, alcanzar fuerza y obligación de ley sin la sanción del poder legislativo que el pueblo ha escogido y nombrado; porque sin ésta la ley carecería de lo que le es absolutamente necesario para ser tal: el consentimiento de la sociedad sobre la cual no tiene el poder de dictar leyes, sino por consentimiento de ella y autoridad de ella recibida" [34].

Excepcionalmente, un gobierno constitucional puede asumir de hecho funciones legislativas cuando se ve enfrentado a situaciones de emergencia como, por ejemplo, graves calamidades públicas, guerra civil, invasiones, guerra exterior, etc. Estas actuaciones, que son contrarias a la Constitución, muchas veces son validadas con posterioridad por una ratificación tácita de la nación, por la aceptación por parte del Poder Legislativo o la aplicación por el Poder Judicial.

Los efectos de los Decretos leyes pueden sintetizarse en los siguientes: "su abuso improvisa, multiplicándolas, las disposiciones legislativas no maduradas todavía en la conciencia social, haciendo inestable el derecho y originando dificultades en su aplicación práctica; subordinan la existencia de los preceptos legales a la influencia y presión de las agrupaciones de intereses particulares, de clase o locales, con menoscabo del bien público; concentran, de hecho, la potestad legislativa en la burocracia ministerial, creando así una forma anónima

[34] JOHN LOCKE. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Sección 134. Pág. 85.

de absolutismo; y ofenden la libertad y en general los derechos individuales garantizados por la Constitución" [35].

Mucho se ha discutido acerca del valor jurídico de los Decretos-leyes. Es evidente que durante la vigencia del régimen de hecho ellos tienen eficacia. El problema se presenta cuando el país retorna a la normalidad constitucional. ¿Qué valor conservan estos Decretos leyes de los gobiernos de facto dictados en contra de la Constitución? Este problema se debatió ampliamente en Chile cuando el país volvió a la normalidad después del período de emergencia que existió entre 1931 y 1932.

El nuevo gobierno constitucional, presidido por don Arturo Alessandri Palma, afrontó el problema del reconocimiento de 669 Decretos leyes dictados durante ese período. El Presidente resolvió nombrar una Comisión de juristas a fin de que se abocara al estudio de la materia y procediera a informar al respecto [36].

La Comisión expuso en su Informe, con la disidencia de don Arturo Alessandri R., lo siguiente:

"Se concibe que un gobierno de facto dicte disposiciones de carácter legislativo y sería pueril exigirle que, mientras se mantiene en una forma abiertamente inconstitucional, hubiera de ceñirse a la Constitución para legislar. Se concibe todavía que se aplique su legislación mientras él cuenta con la fuerza material para imponerla y aunque más tarde no se alteren los efectos producidos por esa legislación durante el régimen de facto. Pero, por las razones que pasamos a exponer, nos parece que la eficacia de esa legislación ha debido suspenderse desde el momento en que haya vuelto a imperar el régimen constitucional. Si en ella hay disposiciones que merezcan conservarse, franco está el camino para su validación por los medios normales, pero creemos que en buena doctrina no cabe prolongar los efectos del más grave y peligroso de los recursos que manejan los Gobiernos de fuerza".

"Restablecido el imperio de la Constitución, es obvio que ella debe aplicarse íntegramente y que sería absurdo suspender la aplicación de algunas de sus disposiciones en obsequio de los decretos leyes".

"Ahora bien, el artículo 4º de la Constitución vigente dice así: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

[35] ALEX VARELA C. *Decretos-leyes y Decretos con fuerza de ley.* Boletín del Seminario de Derecho Público. Número 3. Santiago, 193[illegible] Pág. 65.

[36] El Decreto Supremo Nº 3479, de 25 de agosto de 1933, designó miembros de la Comisión a los señores Juan Esteban Montero, Luis Claro Solar, Luis A. Vergara, Luis Salas Romo, Víctor V. Robles, Armando Quezada Acharán, Arturo Prat C., José María Cifuentes, Arturo Ureta E., Arturo Alessandri Rodríguez, Alfredo Santa María y Leopoldo Ortega.

"La Constitución ha sancionado con la nulidad todos los actos que contravengan a este artículo precisamente para garantir en lo posible el mantenimiento del orden constitucional, negando el derecho de perdurar a las arbitrariedades cometidas por cualquiera entidad usurpadora de los derechos y de las autoridades establecidas por la misma Constitución".

"Si este artículo de la Constitución está vigente, no podemos dudar de que son nulos y sin ningún valor los decretos leyes dictados con evidente usurpación de atribuciones por un Gobierno revolucionario, que dejó de existir".

"De otro modo no entendemos qué sentido ni qué alcance pudiera tener la disposición citada, y estimamos que su indefinida infracción constituye el mayor incentivo y el más eficaz aporte a los movimientos revolucionarios. Como que nada puede haber que más complacientemente los prolongue que el reconocer a sus disposiciones el mismo valor de la legislación plenamente constitucional" [37].

F) *Reglamentos, Decretos e Instrucciones*

a) Potestad reglamentaria. La potestad reglamentaria es la facultad que tiene el Poder Ejecutivo y las demás autoridades encargadas de la administración del país para dictar normas jurídicas con el objeto de cumplir con las funciones que la Constitución les confiere. Estas normas jurídicas se denominan reglamentos, decretos e instrucciones.

b) Los Reglamentos son un conjunto sistemático de normas jurídicas destinadas a la ejecución de las leyes o al ejercicio de atribuciones o facultades consagradas por la Constitución.

c) Los Decretos son normas jurídicas emanadas de una autoridad sobre materias de su competencia.

Los Decretos Supremos son normas jurídicas emanadas del Presidente de la República en cumplimiento de sus facultades de gobierno y administración. Las formas que puedan revestir los Decretos Supremos son innumerables: Decretos promulgatorios, Decretos de urgencia, Decretos de emergencia, Decretos de insistencia, etc.

Los Decretos de insistencia. En Chile corresponde a la Contraloría General de la República pronunciarse acerca de la legalidad y constitucionalidad de los Decretos Supremos y de las Resoluciones de los Jefes de Servicios que se le envíen para su toma de razón. Cuando en el ejercicio de tal facultad estima que un Decreto es ilegal o inconstitucional, debe expedir un oficio representando al Ejecutivo cuál es el vicio de que adolece. Si el Ejecutivo insiste en su posición, el Presidente de la República puede dictar un Decreto de Insistencia, con la firma de todos los Ministros de Estado, ordenando a la Contraloría General de la República que tome razón del Decreto Supremo

[37] Informe jurídico de la Comisión nombrada por el Supremo Gobierno para el estudio de los Decretos-leyes y Decretos con fuerza de ley. Págs. 5 y 6.
Ver el Capítulo Vigésimo "La Revolución", págs. 557 y 595 de esta obra.

o de la resolución del jefe de servicio que fue representada por la Contraloría por estimar que no se ajustaba a la Constitución o a las leyes.

El fundamento doctrinario de los Decretos de Insistencia reside en que, entre dos criterios distintos para interpretar la legalidad de un acto, prima el del Presidente de la República, a quien constitucionalmente está confiada la administración y gobierno del Estado.

La finalidad de los Decretos de Insistencia es poner término a las dudas que surjan de la interpretación de la legalidad de un acto, pero ellos no pueden convertirse en armas entregadas al Presidente de la República para actuar al margen de la Constitución y las leyes. "El poder jurídico preestablecido y la regulación precisa a que en un Estado de Derecho debe someter sus actos el Jefe del Ejecutivo, hacen legal y filosóficamente imposible concebir el Decreto de Insistencia como un recurso arbitrario del cual puede echarse mano indiscriminadamente para realizar o ejecutar un acto de administración fuera de la ley" [38].

d) Las Instrucciones son comunicaciones que los superiores de la Administración Pública dirigen a sus subordinados indicándoles la manera de aplicar una ley o reglamento o las medidas que deben adoptar para el mejor funcionamiento del respectivo servicio público.

6. La ley en el sistema del Common Law. En el sistema del Common Law la ley "no es considerada como un modo de expresión normal del Derecho. Se presenta siempre como un cuerpo extraño al Derecho inglés. Los jueces la aplicarán, por supuesto, pero la norma que contiene la ley sólo se verá plenamente incorporada al Derecho una vez que haya sido aplicada e interpretada por los Tribunales, y en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación. En otras palabras, se tenderá a citar tan pronto como se pueda, no el texto legal, sino las sentencias en que haya recibido aplicación dicho texto legal. Sólo en presencia de dichas sentencias sabrá el jurista lo que quiere decir la ley, porque sólo entonces encontrará la norma jurídica en la forma que le resulta familiar, es decir, en la forma de regla jurisprudencial" [39].

7. La ley en el sistema socialista soviético. "Como base de cualquier estudio de las fuentes del Derecho soviético conviene afirmar categóricamente este principio: el Derecho soviético es un Derecho escrito, cuya fuente fundamental está constituida por las disposiciones dictadas por las autoridades que tienen el poder".

"La teoría soviética del Derecho no admite que existan fuentes distintas de la ley. Rechaza el Derecho natural, con el riesgo de subversión que éste entraña para la ley, cuyo carácter soberano debilita. Ella rechaza igualmente a la jurisprudencia y a la doctrina, que no

[38] Enrique Silva Cimma. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Págs. 332 y 333.
[39] René David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Págs. 297 y 298.

deben ser admitidas en pie de igualdad con la ley. En fin, no reconoce a la costumbre y a la equidad sino un papel sumamente restringido dentro del cuadro de las leyes existentes" [40].

"Es fácil explicarse el predominio dado a la ley como fuente del Derecho en la URSS. El régimen soviético aspira a renovar por completo, juntamente con la estructura económica, la sociedad rusa y el comportamiento de sus ciudadanos. Es el ejecutante de una doctrina, el marxismo, que es doctrina revolucionaria. De acuerdo con el rigor lógico del marxismo, ni la costumbre ni la jurisprudencia son modos apropiados para construir la sociedad socialista, luego comunista, que constituye el ideal de los dirigentes. Mientras espera el advenimiento del comunismo y de la época feliz en que el Derecho podrá desaparecer, el régimen socialista actual se basa en el principio de un estricto dirigismo, como conviene a una sociedad que a diferencia de la anarquía capitalista sabe a dónde va y tiene plena conciencia de los objetivos que debe alcanzar".

"El carácter revolucionario del régimen bolchevique y el dirigismo, tanto económico como moral, de la sociedad soviética traen como consecuencia que la ley deba ser en la URSS la expresión normal del Derecho. El Derecho no es más que un aspecto de la política, proclama la teoría soviética; corresponde a los gobernantes dirigirlo, conformarlo, estructurarlo, del mismo modo que les corresponde dirigir lo que nosotros, en un sentido más restringido, llamamos la política de la URSS" [41].

La ley soviética cubre un amplio dominio. "Toda la economía soviética está planificada, es decir, que todo su desarrollo se halla gobernado por la ley y por una cascada de reglamentaciones administrativas. El contrato, en el Derecho soviético, no juega más que un papel económico de segundo orden. El lugar importante que corresponde a los contratos en los países de economía capitalista se halla ocupado en la Unión Soviética por la ley, en el sentido amplio de esta expresión".

"Por otra parte, estudiando la función educadora que corresponde al Derecho soviético, hemos notado cómo el Derecho había asumido nuevas funciones en la URSS. Lejos de sufrir la declinación a que está condenado en la sociedad comunista del futuro, el Derecho reconoce en la hora actual una expansión sin precedentes, estableciéndose sin cesar en nuevos dominios" [42].

"Cumplir con los dictados de la ley soviética, se proclama, es participar en la realización del socialismo y cooperar en el éxito de la política soviética. Infringir esta ley es manifestarse adversario de tal política y enemigo del régimen. Esto tiene tanta validez para las administraciones y empresas como para los particulares. El cumplimiento de la ley no interesa únicamente a los particulares; en todos los casos

[40] René David y John N. Hazard. *El derecho soviético.* Pág. 263.
[41] René David y John N. Hazard. *El derecho soviético.* Págs. 263 y 264.
[42] René David y John Hazard. *El derecho soviético.* Pág. 264.

tiene una importancia capital para el Estado y para el socialismo; en este sentido debe interpretarse la famosa frase de Lenin, según la cual "en el régimen bolchevique no existe ya Derecho privado: todo se ha convertido en Derecho público" [43].

IV. LA JURISPRUDENCIA

1. CONCEPTO. La palabra jurisprudencia posee varias acepciones; en una de estas significa conocimiento del Derecho; en otra, Ciencia del Derecho, teoría del orden jurídico positivo o doctrina jurídica; en otra, sirve para designar el conjunto de principios generales emanados de los fallos uniformes de los Tribunales de Justicia para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; y en una tercera, corresponde a las normas jurídicas individuales emanadas de sentencias pronunciadas por los Tribunales de Justicia.

2. LA JURISPRUDENCIA EN SU ACEPCIÓN DE CONJUNTO DE PRINCIPIOS GENERALES EMANADOS DE LOS FALLOS UNIFORMES DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS. La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los Tribunales de Justicia. (Código Orgánico de Tribunales de Chile, artículo 1°). En la función jurisdiccional, el juez debe aplicar las normas jurídicas a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Aparentemente esta función sería sencilla, porque el juez debería solamente construir un silogismo cuya proposición mayor sería la norma legal, la proposición menor, el hecho concreto, o sea, la relación controvertida; y la conclusión, la aplicación de la norma al hecho, por medio de la sentencia. Pero, en la realidad, la función jurisdiccional es extraordinariamente compleja, porque comprende no solamente la función de aplicar las normas jurídicas al caso concreto, sino la de interpretarlas, resolver los conflictos legales e incluso, colmar las lagunas jurídicas.

"Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren" (Código Civil de Chile, artículo 3°, inciso 2°). Ellas no obligan a futuro, por la opinión que adoptan, ni al tribunal que las dicta ni a otros. Tal es, al menos, el principio. Pero, en el hecho, un tribunal se considera moralmente obligado por sus decisiones anteriores. Solamente modifica su punto de vista cuando llega a la conclusión que su interpretación ha sido errónea.

Cuando los Tribunales de Justicia, especialmente los de mayor jerarquía, resuelven varios casos semejantes aplicando las mismas disposiciones legales o interpretándolas en el mismo sentido, de estos fallos uniformes surgen principios generales para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

[43] RENÉ DAVID Y JOHN N. HAZARD. *El Derecho soviético*. Pág. 265.

3. Evolución e importancia. En las épocas primitivas el Derecho era consuetudinario y la aplicación de sus normas estaba entregada a los jueces, con lo cual la jurisprudencia tenía rango de fuente del Derecho.

En la Edad Media, las sentencias de los jueces constituían una fuente jurídica importante, creando unas veces las normas jurídicas y recogiendo otras los antiguos usos y costumbres.

La Revolución Francesa miró con recelo a la jurisprudencia por el peligro que podría suponer para la preeminencia legislativa.

Modernamente, en los países anglosajones, donde el Derecho no está codificado, el juez no es considerado como un intérprete de la ley, sino como la autoridad que crea el Derecho. Las sentencias, al menos las de los Tribunales Superiores de Justicia, constituyen un precedente que en lo futuro obliga al mismo tribunal y a los tribunales inferiores. Por ello, el Derecho inglés es, esencialmente, un Derecho judicial.

En los países de Derecho codificado la importancia de la jurisprudencia es menor que en los anglosajones.

En Chile, la jurisprudencia tiene gran importancia como fuente real o material de Derecho y como fuente de conocimiento jurídico, y los fallos judiciales se publican en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales", fundada en 1903, y que es órgano oficial tanto del Poder Judicial como del Colegio de Abogados.

4. La jurisprudencia en su acepción de normas jurídicas individuales emanadas de las sentencias pronunciadas por los Tribunales de Justicia. La doctrina plantea el problema de determinar si la sentencia que dicta el juez al resolver el asunto controvertido sometido a su decisión, constituye una norma jurídica particular o es, simplemente, la aplicación de las normas jurídicas generales. En el primer caso, constituiría una fuente formal del Derecho; en el segundo caso no lo sería.

De acuerdo con la doctrina tradicional las sentencias dictadas por los jueces no crean normas jurídicas por cuanto, para ella, el monopolio de la creación del Derecho corresponde al legislador.

Posteriormente, las doctrinas modernas reconocieron que no todo el Derecho está en la ley, y que el legislador, por sabio que sea, no puede prever todos los posibles casos. Por ello la ley no goza de la plenitud hermética que le atribuye la doctrina tradicional, pues no sólo son frecuentes las oscuridades y contradicciones de sus preceptos, sino también las lagunas o vacíos legales que requieren de una integración por parte de los jueces, los cuales "...no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión" (Código Orgánico de Tribunales de Chile, artículo 10, inciso 2°). Por ello, se concluyó que la sentencia es fuente formal del Derecho, en cuanto crea normas jurídicas individuales. En efecto, como el juez no puede dejar de juzgar, porque con ello atentaría

contra los principios del orden jurídico, no puede dejar de crear Derecho al juzgar, porque toda aplicación normativa es una creación.

La función del juez es siempre eminentemente intelectual, pues consiste en aplicar una norma jurídica a un caso concreto, es decidir si el caso encuadra dentro de las prescripciones de la norma y buscar la solución justa. En el ejercicio de esta función los tribunales van perfilando el Derecho, definiendo su contenido, precisando el alcance de las normas, completándolas si existen lagunas y, en definitiva, mejorando el Derecho vigente. En esta forma los jueces producen, continuamente, nuevas normas jurídicas.

"Por precisa que la norma general pretenda ser, la norma especial creada por la decisión del tribunal siempre añadirá a aquella algo nuevo. Supóngase que una ley penal establece que "si alguien roba una cosa cuyo valor exceda de mil pesos, sufrirá una pena de dos años de prisión". El tribunal que aplique esta ley a un caso concreto tendrá que decidir, por ejemplo, la fecha en la cual el condenado deberá empezar a sufrir su condena y el lugar en que habrá de purgarlo. La individualización de la norma general por una decisión judicial es siempre una determinación de elementos no señalados por la norma general y que tampoco pueden hallarse determinados completamente por ella. Por tanto, el juez es siempre un legislador, incluso en el sentido de que el contenido de sus resoluciones nunca pueden encontrarse exhaustivamente determinadas por una norma preexistente del derecho sustantivo" [44].

Por todo lo expuesto, concluimos que la sentencia judicial es una norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual.

La sentencia judicial, como norma individual, no sólo es una operación lógica de individualización sino un acto de creación que implica, dentro de ciertos límites, un punto de vista sobre la justicia, una propia valoración. En efecto, si bien, bajo cierto aspecto, la relación entre la norma general y la individual es puramente lógica, la norma individual implica, por otra parte, la determinación de cuál especie es precisamente la que ha de elegirse, siendo este acto de elección no ya una operación lógica sino un acto creador.

En conclusión, la jurisprudencia, en su acepción de normas jurídicas individuales emanadas de las sentencias pronunciadas por los Tribunales de Justicia, constituye una fuente formal del Derecho.

5. La jurisprudencia en el sistema del Common Law. "En Inglaterra, el papel de la jurisprudencia no ha consistido sólo en aplicar las normas jurídicas, sino en descubrirlas. En tales condiciones, es lógico que la jurisprudencia haya alcanzado una mayor autoridad de la que tiene en el continente europeo: puede afirmarse que fuera de la jurisprudencia no existe Derecho inglés. Las normas elaboradas por las de-

[44] Hans Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Pág. 152.

cisiones judiciales deben obedecerse, so pena de destruir toda certidumbre y de poner en peligro la propia existencia del Common Law. La obligación de atenerse a las normas elaboradas por los jueces (stare decisis), es decir, de respetar los precedentes judiciales, se encuentra en la base de todo sistema de Derecho jurisprudencial. No obstante, antiguamente no se sintió tanto como hoy la necesidad de certidumbre y seguridad, y, debido a ello, la regla del precedente (rule of precedent), que impone al juez inglés con fuerza vinculante las normas formuladas por sus predecesores, sólo se ha establecido de modo riguroso a partir del siglo XIX. Antes de esa fecha se ha prestado atención a asegurar la cohesión de la jurisprudencia y se ha atendido —cada vez más— en la solución de los litigios a las decisiones anteriores, pero no se había afirmado el principio de obligatoriedad estricta de los precedentes. La tendencia legalista del siglo XIX, de la que es expresión en Francia la escuela de la exégesis, ha determinado en Inglaterra una sumisión más estricta a la regla del precedente" [45].

"En todo caso, debemos señalar que los únicos precedentes vinculantes son los que emanan de los tribunales superiores, es decir, de la Corte Suprema de Justicia y de la Cámara de los Lores. Las decisiones que emanan de los restantes tribunales o de organismos cuasijudiciales tienen, sin duda, un gran valor persuasorio, pero no constituyen nunca precedentes obligatorios" [46].

6. La jurisprudencia en el sistema socialista soviético. "El papel reservado a la jurisprudencia en la Unión Soviética se esclarece si se toma en consideración la concepción imperante del Derecho en este país, de una parte, y la forma de composición de los tribunales y otros organismos contenciosos, de otra. Es evidente que en un país en que el Derecho está vinculado a la política de los gobernantes y en el que está vivo el deseo de realizar la soberanía del pueblo, representado por su parlamento, debe confinarse la jurisprudencia, en la medida de lo posible, a un papel estricto de interpretación de la ley, con exclusión de cualquier misión de creación de las normas jurídicas" [47].

"La misión de los tribunales consiste, pues, con exclusión de todo control de constitucionalidad o legalidad, en la aplicación de la ley, ordenanzas, decretos, reglamentos, órdenes e instrucciones adoptados en ejecución de las leyes vigentes (artículos 66, 73, 81 y 85 de la Constitución). Su función se concibe como una función interpretativa, a fin de aplicar un Derecho que ni crean ni desarrollan mediante su adaptación a las circunstancias. La propia ley puede, si sus autores lo estiman adecuado, conferir, en algunos casos, a los jueces una cierta latitud. Fuera de esos casos, los jueces no pueden apartarse, movidos por la equidad o cualquier otra causa, de las prescripciones contenidas en la ley. Corresponde al legislador, no a los tribunales, la creación

[45] René David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Pág. 292.
[46] René David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Pág. 293.
[47] René David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Pág. 185.

del Derecho". "El tribunal —afirmó Lenin— es un órgano del Poder estatal" [48].

V. LA DOCTRINA JURIDICA

1. CONCEPTO Y FINALIDADES. La doctrina jurídica es la Ciencia del Derecho elaborada por los jurisconsultos.

Con más particularidad "se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación" [49].

La doctrina cumple finalidades científicas, prácticas y críticas: científicas, mediante el estudio y ordenación de las normas jurídicas, con el objeto de descubrir los principios generales y construir las instituciones fundamentales; prácticas, mediante la exposición e interpretación del ordenamiento jurídico, con el objeto de facilitar la tarea de aplicación del Derecho; y críticas, mediante el juzgamiento de la justicia y conveniencia del Derecho, con el objeto de que logre realizar determinados valores en la comunidad.

2. EVOLUCIÓN E IMPORTANCIA. En el Derecho Romano los juristas más eminentes recibían del Emperador la autorización para emitir dictámenes, los cuales eran obligatorios para los magistrados. En el año 426, por la célebre constitución de Valentiniano III, llamada vulgarmente "Ley de Citas", se impuso a los jueces la obligación de atenerse a las opiniones de los juristas Papiniano, Gayo, Ulpiano, Paulo y Modestino, dando preferencia, en caso de paridad de opiniones opuestas, a las de Papiniano. De esta manera, la doctrina de los juristas autorizados constituyó, en el Derecho Romano, fuente formal de normas jurídicas [50].

Si analizamos detenidamente lo expuesto veremos que el carácter imperativo de estas doctrinas derivaba del reconocimiento formal hecho de ellas por la voluntad legislativa, por lo cual podemos concluir que los referidos juristas eran, en realidad, partícipes del poder legislativo.

En la actualidad en el Derecho Internacional Público, a falta de otras fuentes "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones" adquieren el carácter de fuente formal del Derecho [51].

[48] RENÉ DAVID. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Pág. 186.
[49] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho*. Pág. 77.
[50] FRANCISCO SAMPER. *Derecho Romano*, Pág. 38.
[51] ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Artículo 38, letra d).

No puede discutirse la enorme fuerza de convicción que siempre ha tenido la opinión de los tratadistas en la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.

"El Derecho en Occidente es, hoy en día, en una proporción significativa, el Derecho de los especialistas. La redacción normativa, el lenguaje forense, la práctica procesal, la conceptualización de los problemas, han alcanzado un alto grado de perfeccionamiento y especialización como consecuencia de la continua depuración llevada a cabo por los juristas y los profesores de Derecho. Desde el punto de vista de la realidad de la experiencia judicial, no cabe duda hoy en día que los abogados, sea cual sea la posición que ocupen, ya como jueces, como legisladores, o como patrocinantes de las partes ante los Tribunales, constituyen un conjunto privilegiado de ciudadanos que va señalando cánones de conducta con su comportamiento profesional" [52].

"La doctrina occidental ha formado cientos de miles de abogados, jueces y funcionarios administrativos. Ha estereotipado procesos mentales y criterios de investigación, y ha delineado y perfeccionado sistemas conceptuales. Pretender negar carácter de fuente a la doctrina por la simple consideración formal de que el juez no se encuentra obligado a aceptar el criterio de un autor en determinada obra, es perder de vista la función primordial que ella ha jugado en la dinámica jurídica, en la formación de especialistas y en la articulación y desarrollo de los valores jurídicos" [53].

En consecuencia, "tratándose de comunidades herederas de las instituciones jurídicas romanas en las que el Derecho ha alcanzado un alto grado de centralización y especialización, la labor doctrinaria de los juristas constituye un poderoso factor de desarrollo. Es una fuente del Derecho en el más estricto sentido de la palabra, cuyo peso excede en mucho el hecho de que los jueces no se encuentren formalmente obligados a guiarse por sus enseñanzas. De hecho lo hacen y en una forma más profunda de lo que habitualmente se acepta por los propios especialistas" [54].

Contemporáneamente el gran jurista italiano Giuseppe Capograssi (1889-1956) ha puesto las premisas para la superación del mito del positivismo jurídico, que niega a la Ciencia del Derecho su condición de fuente del Derecho. Para Capograssi "es sabido que, para hacer frente a la imprevisibilidad de situaciones que la vida presenta, el ordenamiento ha establecido el recurso de los principios generales del Derecho. Ahora bien, estos principios, que son en el fondo los pilares de la experiencia jurídica, no se encuentran dados de una vez para siempre, sino que deben ser encontrados. Y naturalmente, tendrá que ser la ciencia jurídica la que, reflexionando sobre las situaciones concretas de la vida, realice esta función".

[52] JULIO CUETO RUA. *Fuentes del Derecho.* Pág. 179.
[53] JULIO CUETO RUA. *Fuentes del Derecho.* Pág. 203.
[54] JULIO CUETO RUA. *Fuentes del Derecho.* Pág. 218.

"Otro punto en el que se manifiesta la actividad creadora de la ciencia jurídica es en la adaptación de las nuevas normas al ordenamiento jurídico preexistente. De ahí que el hecho de que el jurista dedique a las nuevas normas la misma atención que venía otorgando a las derogadas, lejos de denotar indiferentismo demuestra su fe en que la idea y el valor constitutivo del Derecho no desaparecen del todo del mundo concreto, ya que se dedica infatigablemente a buscar este principio en la nueva norma, y la juzgará inválida en el caso en que no la considere coherente con el entero ordenamiento".

"De esta forma —según Capograssi— aún en el plano de la dogmática jurídica, la ciencia jurídica supera la mera exégesis, con lo que aparece claro cómo el jurista en su cuotidiano trabajo rechaza el modelo impuesto por el positivismo jurídico. Pero el carácter creativo o innovador de la ciencia del Derecho no se detiene aquí, ya que ella misma llega a superar sus propios logros, a convertir la dogmática en problemática. Así el arraigo de la teoría institucionalista supuso la superación de los pilares en que se apoyaba la dogmática del siglo XIX: el normativismo y el monismo jurídico del Estado. La ciencia jurídica posee, por tanto, una auténtica concepción del Derecho" [55].

3. La doctrina jurídica en el sistema del Common Law. "Aún en mayor medida que en el continente europeo, la doctrina ha sido subestimada en Inglaterra, donde el Derecho depende menos que en el Continente de los profesores y más de los jueces. También aquí, sin embargo, hay que desconfiar de las fórmulas simples. Inglaterra es el país en que ciertas obras doctrinales —escritas, es cierto, por jueces— han recibido el calificativo de "books of authority"; las obras de Glanville, Bracton, Littleton, Coke, han gozado de tal prestigio que han sido consideradas por los tribunales como exposiciones autorizadas del Derecho de su época, dotadas de una autoridad comparable a la que, en otros países, tiene la ley" [56].

4. La doctrina jurídica en el sistema socialista soviético. Para apreciar el valor de la doctrina jurídica en el sistema socialista soviético, hay que tener en consideración que, "habituados al empleo del método dialéctico en la interpretación del Derecho y viendo en el Derecho un aspecto de la política, los juristas soviéticos buscan la comprensión y aplicación de este Derecho a la luz de las teorías, considerando las necesidades de la sociedad tales como éstas les son reveladas por los pensadores marxistas y los dirigentes soviéticos. La doctrina desempeña en la URSS un papel considerable, si se toma la palabra doctrina en sentido amplio, de modo que incluya las obras de teoría marxista y los escritos y discursos de los gobernantes soviéticos de ayer y más aún de hoy" [57].

[55] Jesús Ballesteros. *La Filosofía Jurídica de Giuseppe Capograssi*. Págs. 167 y 168.

[56] René David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Pág. 306.

[57] René David y John N. Hazard. *El derecho soviético*. Tomo I. Pág. 316.

VI. EL ACTO JURIDICO

1. Los HECHOS JURÍDICOS. Los acontecimientos que ocurren en el mundo y que tienen origen próximo en la naturaleza o en la acción del hombre, pueden o no producir consecuencias jurídicas. Cuando las producen reciben el nombre de hechos jurídicos; en caso contrario, se denominan hechos simples o materiales.

Hecho jurídico es, por consiguiente, todo suceso de la naturaleza o del hombre que produce efectos jurídicos; en otros términos, es todo acontecimiento al cual el Derecho atribuye como consecuencia la adquisición, modificación o pérdida de un derecho subjetivo.

Los hechos jurídicos pueden ser hechos de la naturaleza o del hombre.

Son hechos de la naturaleza que producen efectos jurídicos el nacimiento, la muerte, los casos fortuitos, etc.

Los hechos del hombre o hechos jurídicos voluntarios pueden ser realizados con la intención de producir efectos jurídicos o sin ella.

Los hechos jurídicos voluntarios realizados por el hombre con la intención de crear, modificar o extinguir derechos, como la tradición, los contratos, el testamento, etc., se denominan actos jurídicos.

Junto a éstos existen los hechos jurídicos voluntarios, pero realizados sin la intención de producir efectos jurídicos, los que a su vez admiten clasificarse en hechos lícitos, como los cuasicontratos, y hechos ilícitos, como los delitos y cuasidelitos.

2. EL NEGOCIO JURÍDICO. Entre los hechos jurídicos voluntarios merecen un estudio especial los negocios jurídicos.

El concepto de negocio jurídico ha sido elaborado por las modernas doctrinas alemana e italiana, las que, destacando los rasgos esenciales comunes a cierto grupo de hechos jurídicos voluntarios, han creado este concepto y elaborado su teoría general.

Según la opinión dominante el negocio jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir un derecho. Algunos autores dicen que esta doctrina no coincide con la realidad de las cosas. Se afirma que la voluntad privada no puede crear derechos, ya que la fuente de éstos es el orden jurídico y éste sólo concede eficacia a la voluntad en cuanto ella está conforme con los límites que él mismo le traza. Por lo demás, a menudo, se advierte que es la ley quien suple el silencio de las partes en los contratos, disponiendo que ciertas consecuencias se produzcan cuando las partes no las hayan previsto. De modo que, por lo menos, respecto de estas consecuencias supletorias, la voluntad privada no sería su fuente generadora.

Algunos autores, partiendo de esta constatación y de la base de que toda voluntad debe tener un fin jurídico, han construido una teoría diferente. Definen el negocio jurídico como "la manifestación de voluntad, de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar el fin práctico de aquellas" [58]. El negocio jurídico es

[58] NICOLÁS COVIELLO. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 353.

una manifestación de voluntad y no propiamente una declaración, porque la expresión de la voluntad, en ciertos casos, como en el reconocimiento de hijo natural, no se hace saber a otra persona; y, además, porque a veces la voluntad se evidencia por la realización de ciertos hechos materiales que no constituyen una declaración propiamente tal. El negocio jurídico es la manifestación de voluntad de una o más personas, es decir, hay negocios jurídicos uni y bilaterales. La voluntad, por último, debe ir encaminada a lograr un fin práctico no importando su naturaleza sino bastando que esté protegido por el Derecho.

El jurista italiano Emilio Betti establece que "al determinar el concepto del negocio jurídico, no debemos perder de vista el problema práctico que la autonomía privada y su reconocimiento jurídico solucionan. La institución del negocio jurídico no consagra la facultad de querer en el vacío, como place afirmar a cierto individualismo que no ha sido aún extirpado de la dogmática actual. Más bien, según hemos visto, garantiza y protege la autonomía privada, en la vida de relación, en cuanto se dirige a ordenar intereses dignos de tutela en las relaciones que los afectan. Esto afirmado, es fácil llegar a definir el negocio jurídico según sus caracteres genéticos y esenciales. Es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo" [59].

"Según que por negocio jurídico se entienda un determinado procedimiento de creación de normas o el producto de tal procedimiento, la norma creada por ese procedimiento específico puede ser definida ya sea como la creación de normas por las manifestaciones concordantes de voluntad de dos o varios sujetos, ya como una norma o un orden creados, en virtud del ordenamiento jurídico, por las manifestaciones concordantes de voluntad de dos o más sujetos" [60].

El negocio jurídico es una fuente formal del Derecho porque crea normas jurídicas individuales; es, por así decirlo, una ley particular que obliga a las personas que manifiestan su voluntad y a sus sucesores pero no a los extraños al negocio jurídico cuyos efectos no los alcanzan.

Establecido que el negocio jurídico garantiza y sanciona la autonomía privada en la vida de relación, es necesario determinar los sujetos y el objeto de él.

Sujeto del negocio jurídico o parte es aquel a quien corresponde su paternidad y al que debe referirse, no sólo la forma del acto sino también el contenido, el precepto del negocio.

Objeto del negocio jurídico o materia son "los intereses que, según la organización social, consienten ser regulados directamente por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas" [61].

[59] EMILIO BETTI. *El negocio jurídico.* Págs. 51 y 52.
[60] HANS KELSEN. *El contrato y el tratado.* Págs. 11 y 12.
[61] EMILIO BETTI. *El negocio jurídico.* Pág. 68.

Finalmente debemos analizar las relaciones existentes entre la intención de las partes y el efecto jurídico del negocio. Conforme a lo expuesto precedentemente "el reconocimiento de la autonomía privada por parte del orden jurídico representa, en su esencia, un fenómeno de recepción, por el cual, la regulación precrita por las partes a los intereses propios en las relaciones recíprocas es acogida en la esfera del Derecho y elevada, con oportunas modificaciones, a precepto jurídico. Es lógico que el Derecho intervenga en la disciplina del acto de autonomía privada en cuanto que lo hace instrumento, puesto a disposición de los individuos, para dar vida y desarrollc a relaciones jurídicas. Pero ya que por efecto del reconocimiento jurídico el acto no cambia de naturaleza, la disciplina legal se superpone a la autonomía privada, de la que el negocio sigue siendo fruto y expresión, y la competencia normativa del orden jurídico concurre, al regir el negocio, con la competencia dispositiva de los individuos, la que es, por otra parte, una carga o deber para ellos. Se trata entonces de ver en qué medida el negocio queda sujeto a una u otra competencia, y cuál deba ser el criterio de delimitación entre ambas. Tal criterio discriminador puede formularse como sigue. Es de competencia de los individuos determinar, en las relaciones entre ellos, los fines prácticos a alcanzar, y los caminos a seguir para ordenar sus propios intereses. Es de competencia del orden jurídico valorar, cotejándolas con las finalidades generales, las categorías de fines prácticos que los individuos suelen proponerse, prescribiendo modalidades a sus actos y los requisitos de su validez y eficacia, y enlazándoles, por fin, situaciones jurídicas adecuadas que realicen con la máxima aproximación las funciones sociales a que aquellos fines corresponden. Cierto es que también la propia competencia privada está determinada por el orden jurídico, en el sentido de que éste le asigna límites e impone cargas. Pero el punto saliente es que respecto a la iniciativa privada el orden jurídico no tiene más que una función negativa, limitadora y ordenadora, y no es concebible que pueda sustituir al individuo en el cometido que es propiamente suyo, o sea, el dar existencia a aquello que es el contenido del negocio jurídico" [62].

No obstante su significación y trascendencia, la teoría del negocio jurídico es extraña al ordenamiento jurídico chileno el cual emplea la terminología de acto jurídico. Por ello usaremos en adelante dicha denominación.

3. El acto jurídico. De acuerdo con la teoría clásica, el acto jurídico es la manifestación de voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho.

En todo acto jurídico se distinguen los elementos de la esencia, los de la naturaleza y los accidentales.

El Código Civil de Chile, definiendo los elementos de los contratos, disposición que debe extenderse a todos los actos jurídicos, dice

[62] Emilio Betti. *El negocio jurídico.* Págs. 71 a 73.

que se entiende por cosas "de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente" (artículo 1444). Existen los llamados elementos esenciales comunes que deben concurrir en todo acto jurídico como la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades establecidas por la ley en consideración a la naturaleza del acto; y los elementos esenciales especiales que son necesarios sólo en determinados actos jurídicos como el precio en la compraventa, la renta de arrendamiento en el contrato homónimo, etc.

Elementos de la naturaleza del acto jurídico son aquellos "que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial" (artículo 1444). Estos elementos se dan en el acto jurídico sin necesidad de manifestación de voluntad de las partes, siendo necesaria ésta sólo para excluirlos. En la compraventa, por ejemplo, son elementos de la naturaleza, el saneamiento de los vicios ocultos o redhibitorios a que está obligado el vendedor.

Se entienden por elementos accidentales de un acto jurídico aquellos "que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales" (artículo 1444). De entre ellos los más conocidos son la condición, el plazo o término y el modo.

Cuando se habla de requisitos del acto jurídico se alude a los elementos esenciales. Ellos son los únicos que en propiedad pueden recibir tal calificativo.

Nada obsta lo anteriormente dicho a que un elemento accidental devengue, por voluntad de las partes, en esencial. Por eso se ha hablado de elementos esenciales objetivos y subjetivos. Estos últimos equivaldrían a los accidentales objetivamente considerados.

4. Requisitos de existencia del acto jurídico. Los requisitos de existencia del acto jurídico son aquellos sin los cuales no puede nacer a la vida jurídica. Ellos son la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades establecidas por la ley en consideración a la naturaleza del acto jurídico. Coinciden con los que hemos llamado elementos esenciales.

A) *La voluntad.* Uno de los elementos esenciales de todo acto jurídico es la voluntad. Propiamente puede hablarse de voluntad en los actos jurídicos unilaterales, es decir, en aquellos que se forman por la manifestación de voluntad de una sola parte; pero en los actos jurídicos bilaterales lo correcto es hablar de consentimiento o acuerdo de voluntades.

Para que la voluntad sea considerada por el Derecho y pueda concurrir, por consiguiente, a la formación del acto jurídico es preciso que se exteriorice y que sea seria.

La exteriorización es un requisito indispensable, puesto que el Derecho no concede valor a la voluntad mientras permanezca en el fuero interno del sujeto. Esta manifestación puede ser expresa o tácita, y, en algunas ocasiones, el silencio, aunque es un estado meramente

pasivo, puede evidenciarla. La declaración de voluntad es expresa cuando se revela por medios explícitos y directos como la escritura o la palabra. Es tácita, cuando se deduce inequívocamente por la concurrencia de ciertos hechos. El silencio aunque, como decíamos, es un estado meramente pasivo, puede en determinadas circunstancias ser fuente de efectos jurídicos. Por lo menos dentro de nuestro Derecho, el silencio importa manifestación de voluntad en cuatro casos: primero, cuando así lo ha dispuesto la ley; segundo, en el caso del silencio circunstanciado que, como su nombre lo indica, es aquel que va acompañado de ciertas circunstancias que permiten deducir con certeza el contenido de la voluntad; tercero, cuando así lo han convenido las partes; y cuarto, cuando se ha abusado del silencio, sea dolosa o culpablemente y de ello resultare perjuicio para un tercero.

En los tres primeros casos nace para el autor del silencio una obligación contractual; en el último, una obligación delictual o extracontractual.

Pero no basta con que la voluntad se exteriorice; es necesario además que sea seria. La manifestación de voluntad cumple con esta condición cuando se ha hecho por persona capaz y con la intención de crear un vínculo jurídico.

Respecto de la voluntad se suscita el problema de saber si el Derecho considera la voluntad real o interna del sujeto o la declarada o exteriorizada, y cual de las dos prevalece en caso de desacuerdo. Tres teorías son las más conocidas al respecto: la de la voluntad real, la de la voluntad declarada y la ecléctica.

a) *Teoría de la voluntad real o interna.* Su fundador fue Federico Carlos de Savigny (1779-1861). Sostiene que en caso de disconformidad entre una y otra es la voluntad interna o real del sujeto la que debe ser tomada en cuenta por el Derecho y no la declarada, y ello porque lo que debe prevalecer es lo que el individuo realmente quiere y no la voluntad declarada, ya que ésta no es más que un medio para exteriorizar lo realmente querido por el sujeto.

Se critica esta teoría porque de aceptarla ninguna seguridad existiría en el comercio jurídico. Cualquiera de las partes, después de celebrado el contrato, aun sabiéndolo perfecto, podría tratar mediante procedimientos dolosos de demostrar que hubo disconformidad entre la voluntad real y la declarada.

Para obviar el inconveniente que hemos señalado, Rodolfo von Ihering (1818-1892), construyó la teoría de "la culpa in contrahendo". Se reduce a dejar sujeta a responsabilidad a la parte que con su poca diligencia hizo posible la divergencia entre la voluntad real y la declarada, y la posterior anulación del acto frente a la otra parte. No obstante este intento de solucionar los defectos de la teoría de la voluntad real, no es suficiente ante los numerosos inconvenientes que surgen de su aplicación.

b) *Teoría de la voluntad declarada.* Entre sus representantes se cuentan Rover, Kohler y Leonhard. Constituye una reacción ante la teoría anterior y trata de paliar sus defectos. Estos autores afirman que el Derecho sólo considera la voluntad en la medida que ésta ha sido declarada, exteriorizada, y que, por lo tanto, es ésta la que debe prevalecer y no la voluntad interna o real.

c) *Teorías eclécticas.* Las más difundidas son la de la responsabilidad y la de la confianza.

La teoría de la responsabilidad acepta la nulidad del acto solamente cuando la disconformidad entre la voluntad real y la declarada no se ha producido por culpa del declarante y éste la ignoraba; por el contrario, el acto debe ser declarado válido si se produce el caso opuesto.

En efecto, quien hace una declaración y sabe que es disconforme, disconformidad que obedece a imprudencia o a otra causa que le sea imputable, tiene una responsabilidad con respecto al destinatario, el cual tiene derecho a considerar la expresión conforme con la voluntad interna; la buena fe en la contratación y la seguridad de la palabra ajena exigen que sea protegido quien, dadas las circunstancias en que la declaración fue hecha, no tenía motivos para dudar de su conformidad con el querer interno.

Según la teoría de la confianza "no se debe, por lo general, tener en cuenta la voluntad interna, porque el derecho debe fundarse más en la certidumbre que en la verdad de la declaración. Pero es justo poner un límite: el que recibe una declaración, en tanto puede atenerse a ella, a pesar de la falta de correspondencia con la voluntad real, en cuanto tiene razón para creer que la declaración corresponde a la voluntad; si sabe que falta esa correspondencia, no merece su expectativa ninguna protección. Será pues, nulo el negocio simulado" [63]. En consecuencia, según esta teoría, hay que atenerse a la declaración cuando el que la recibe tiene razón para creer que corresponde a la voluntad real del declarante, aunque en el hecho no exista esa supuesta congruencia; pero si sabe que ésta falta, su expectativa no merece protección. De ahí que el acto simulado debe ser nulo.

Como dijimos anteriormente, en los actos jurídicos bilaterales es más propio hablar de consentimiento, esto es, de acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

El consentimiento se forma por la concurrencia de dos actos sucesivos y copulativos que son la oferta y la aceptación. La oferta es un acto jurídico por el cual una persona propone a otra la celebración de un acto jurídico en términos tales que, para que éste quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte. La aceptación es el acto por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella.

[63] NICOLÁS COVIELLO. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 408.

B) *El objeto.* Se entiende por objeto de un acto jurídico el conjunto de derechos y obligaciones que él crea, modifica o extingue. A menudo se asimila esta noción con la de objeto de derecho u obligación, lo que puede ser fuente de confusiones. Por objeto del derecho debe entenderse la cosa o el hecho sobre el que recae. No obstante, por razones de método identificaremos ambos conceptos.

El objeto del acto jurídico puede recaer sobre un hecho o sobre cosas materiales. En uno y otro caso debe reunir ciertos requisitos.

El objeto que recae sobre un hecho debe ser determinado y física y moralmente posible. La determinación significa que el hecho del acto jurídico debe encontrarse específicamente señalado. Si no sucediera así y se prometiera un hecho sin mayor individualización, la voluntad no sería seria porque no habría intención de obligarse. El objeto es físicamente posible, o, para explicarlo en términos más adecuados, es físicamente imposible, cuando es contrario a la naturaleza. Esta imposibilidad debe ser absoluta; el acto jurídico tiene que ser irrealizable para todos los hombres. El objeto es moralmente posible cuando está de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público.

Si el objeto del acto jurídico recae sobre una cosa material, debe ser real, comerciable y determinado. Que el objeto sea real no quiere decir que tenga que existir actualmente; también cumple con este requisito una cosa que se espera que exista, una cosa futura. Es comerciable cuando es susceptible de dominio y de posesión privada. La regla general es que todas las cosas sean comerciables; se exceptúan de esta regla, en forma absoluta, las cosas que por su naturaleza son comunes a todos los hombres, y relativamente, los bienes nacionales de uso público. El objeto es determinado cuando por lo menos se señala su género, el que debe ser limitado. Cuando el objeto consiste en una cantidad, no importa que ésta sea incierta; debe ser susceptible de determinación posterior por reglas fijadas en el mismo acto jurídico.

C) *La causa.* Se define como "el motivo que induce al acto o contrato" (Código Civil de Chile, artículo 1467, inciso 2°).

La causa debe ser real y lícita.

La causa es real, cuando efectivamente existe un interés que mueva a las partes a celebrar el acto jurídico. Si, por el contrario, la causa no existía y la persona que ejecutó el acto jurídico ignoraba esta circunstancia, el acto jurídico puede ser anulado por vicio de nulidad absoluta.

La causa es lícita cuando no está prohibida por la ley, las buenas costumbres o el orden público.

La palabra causa puede tomarse en tres acepciones: como fuente de las obligaciones (contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y ley); como fin, es decir, el fin directo y próximo que mueve a las partes a celebrar el acto jurídico; o como motivo, esto es, la razón mediata y personal por la que las partes ejecutan el acto jurídico; o como motivo, esto es, la razón mediata y personal por la que las partes

se obligan. La palabra causa como elemento de los actos jurídicos se emplea generalmente en su acepción de fin, y en este sentido la ha tomado el Código Civil de Chile. Los causalistas clásicos estiman que la causa como fin es idéntica en los actos jurídicos de una misma especie. En los actos jurídicos bilaterales o sinalagmáticos, la causa de la obligación de una de las partes sería la obligación de la otra; en los unilaterales a título oneroso, la causa de la obligación única que se engendra (mutuo, comodato, etc.), sería la prestación realizada por la parte obligada; y en los actos jurídicos a título gratuito, la mera liberalidad constituiría la causa de la obligación.

D) *Las solemnidades.* Las solemnidades son ciertas formalidades externas exigidas por la ley para la existencia del acto jurídico. Constituyen formas solemnes en que debe darse el consentimiento y cuya inobservancia acarrea la inexistencia del acto jurídico.

5. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO. No basta que el acto jurídico haya nacido para que produzca todos sus efectos. A su existencia deben añadirse ciertas condiciones de validez sin las cuales el acto jurídico nace viciado y puede ser anulado. Ellas son: voluntad no viciada, capacidad de las partes, objeto lícito y causa lícita.

El acto jurídico en el cual no concurren estas condiciones de validez nace a la vida del Derecho, existe, pero su existencia es precaria y puede invalidarse mediante la acción de nulidad; pero mientras ésta no se ejercite, produce el acto jurídico todos sus efectos como si fuera perfecto.

A) *Voluntad no viciada.* Los vicios de la voluntad no excluyen a ésta, pero la determinan de manera que si tal o tales vicios no hubiesen existido, la voluntad se habría determinado de modo diverso o simplemente no se habría determinado.

Los vicios que pueden afectar la voluntad son: el error, la fuerza, el dolo y, en ciertos casos específicos, la lesión. Los vicios de la voluntad no sólo se dan en ésta, sino que también en el consentimiento.

a) *El error.* Al error puede definírsele como "un falso juicio que se forma de una cosa o de un hecho, basado en la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de la cosa o del hecho, o del principio de Derecho que se presupone" [64].

De la definición se desprende que el error puede ser de Derecho o de hecho.

El error de Derecho consiste en un falso juicio formado de una norma jurídica o en la falsa interpretación o inexacta aplicación de la misma.

Por regla general, el error sobre un punto de Derecho no vicia el consentimiento, ya que la ley se presume conocida de todos una vez que ha entrado en vigencia. Sin embargo, como no es lícito enrique-

[64] NICOLÁS COVIELLO. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 428.

cerse a costa ajena sin causa, el legislador ha dispuesto que podrá repetirse "aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural" (Código Civil de Chile, artículo 2297).

Error de hecho es el falso juicio que se tiene de una persona, de una cosa o de un hecho.

El error de hecho comprende: el error esencial u obstativo, el error-nulidad y los errores que no vician la voluntad.

El error esencial es aquel que versa sobre la naturaleza del acto jurídico que se celebra, o sobre la identidad específica de la cosa objeto del acto jurídico. El primer caso ocurre, por ejemplo, "si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación"; el sègundo, "si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra" (Código Civil de Chile, artículo 1453). En estos casos el error esencial obsta a la formación del negocio porque no hay consentimiento. El acto jurídico es, pues, en estricto Derecho, inexistente.

El error-nulidad comprende el error que recae sobre la substancia o calidad esencial del objeto sobre el del acto jurídico, el que versa sobre la persona cuando ella ha sido determinante para la celebración del acto jurídico, y el error sobre las cualidades accidentales del objeto, cuando éstas han sido determinantes para la celebración del acto jurídico y este hecho ha sido conocido por la otra parte. Estos errores producen la nulidad relativa del acto jurídico.

Son errores ligeros que no vician la voluntad: el que recae sobre la persona cuando el acto jurídico no ha sido celebrado en consideración a ella; y el que versa sobre las cualidades accidentales del objeto si éstas no han sido determinantes para la celebración del acto jurídico.

b) *La fuerza.* La fuerza es la presión moral o física practicada sobre la voluntad de una persona para inducirla a ejecutar un acto jurídico. La fuerza considerada por el Derecho es la moral; la fuerza física reduce a la persona objeto de ella a un estado de impotencia que hace imposible cualquier consentimiento.

La fuerza moral "es la amenaza de un mal que, infundiendo temor en el ánimo de una persona, la induce a realizar un negocio jurídico que de otra suerte no habría realizado" [65].

La fuerza debe reunir ciertos requisitos para que sea estimada por el Derecho como un vicio del consentimiento. Ella debe ser: injusta o ilegítima, grave y determinante.

La fuerza es injusta o ilegítima cuando la amenaza no consiste en el ejercicio de un derecho. No sería vicio del consentimiento la amenaza del acreedor al deudor de demandarlo en juicio si no le cancela la deuda; el acreedor no haría más que ejercitar un derecho que le corresponde.

[65] NICOLÁS COVIELLO. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 438.

La fuerza es grave cuando "es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición" (Código Civil de Chile, artículo 1456). El mal con que se amenaza puede recaer sobre la persona o el patrimonio, y no sólo sobre la persona o patrimonio del amenazado sino que también puede referirse a otras personas ligadas a él por vínculos de afecto. Esta idea es la que expresa el citado artículo: "Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave".

La fuerza debe ser, por último, determinante, esto es, ejercitada con el fin de inducir a la celebración del acto jurídico, y ésta debe ser el resultado de aquélla.

Algunos autores agregan otros requisitos como el de la verosimilitud de la amenaza y el de la actualidad de ella al momento de la celebración del acto jurídico, pero ellos se encuentran implícitos en el requisito de la gravedad.

Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejercite aquel que va a beneficiarse con ella; basta que se haya empleado por cualquiera persona con el fin de obtener el consentimiento.

c) *El dolo.* El dolo como vicio de la voluntad no sólo tiene lugar en el campo contractual, sino que también en el extracontractual, pero a nosotros en este estudio sólo nos interesa al momento de la celebración del acto jurídico.

El dolo puede definírsele como una serie de maquinaciones fraudulentas destinadas a inducir a engaño a otra persona para que consienta en la celebración o ejecución de un acto jurídico. Para que vicie la voluntad debe reunir ciertos requisitos: debe ser obra de una de las partes, principal o determinante, y debe existir intención de su autor de inducir a engaño a la otra parte.

El dolo sólo puede ser obra de una de las partes en los actos jurídicos bilaterales, pero no en los unilaterales en que concurre una sola parte a su formación. Es indudable que en estos casos el dolo vicia el consentimiento por el solo hecho de provenir de una persona extraña al acto.

Que el dolo sea principal o determinante significa que, si no hubiese existido, el acto jurídico no se habría celebrado o, en otras palabras, que la declaración de voluntad es el efecto o resultado del dolo.

Si no se reúnen las condiciones que hemos mencionado, la víctima del engaño no tendrá derecho a pedir la rescisión del acto jurídico y sólo podrá exigir indemnización de perjuicios, por el total de ellos a los autores del dolo y, hasta concurrencia de su enriquecimiento, a los que se aprovecharon de él.

d) *La lesión.* Una de las principales clasificaciones de los actos jurídicos es aquella que los divide en gratuitos y onerosos. Estos últi-

mos son aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Los actos jurídicos, a título oneroso, se subdividen, a su vez, en conmutativos y aleatorios. Los primeros son aquellos en que "cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez" (Código Civil de Chile, artículo 1441). Ahora bien, la lesión tiene lugar cuando en un acto jurídico conmutativo una de las partes resulta perjudicada porque ha recibido de la otra parte una prestación de valor inferior a la que él ha suministrado. Si el perjuicio experimentado por una de las partes es enorme puede viciar el consentimiento en determinados casos.

Existe discrepancia entre los autores acerca de si la lesión constituye en nuestro Derecho un vicio subjetivo u objetivo, esto es, si es propiamente un vicio del consentimiento de naturaleza diferente al error, la fuerza o el dolo, o si, por el contrario, consiste en un vicio en el que predomina el elemento material del daño sufrido. La adopción de uno de estos dos criterios tiene importancia práctica porque si aceptamos el primero, para apreciar la lesión será necesario entrar a investigar la intención de su autor; en cambio, si nos decidimos por el segundo sistema, la lesión tendrá lugar toda vez que se dé el perjuicio material.

La sanción de la lesión es diversa según los casos. A veces puede acarrear la nulidad del acto jurídico, nulidad que el beneficiado con la lesión puede evitar completando la prestación deficiente según las reglas legales. Así sucede en la compraventa. La sanción también puede consistir en la reducción de la prestación perjudicial, como sucede en el mutuo o en la cláusula penal.

B) *Capacidad de las partes.* Para que el acto jurídico sea válido se requiere, además de la voluntad no viciada, la capacidad de las partes.

La capacidad puede ser de goce y de ejercicio.

Se entiende por capacidad de goce la aptitud legal de una persona para ser titular de derechos. La capacidad de goce es un atributo de la personalidad y no se concibe a un individuo sin ella. Las excepciones son contadas y sólo dicen relación con determinados derechos.

La capacidad de ejercicio es la aptitud legal de una persona para poder ejercitar sus derechos por sí misma. La regla general es que todas las personas sean capaces de ejercicio; de allí entonces que debamos detenernos a estudiar las incapacidades especialmente señaladas por el legislador.

La incapacidad de ejercicio, que en adelante llamaremos simplemente incapacidad, se divide en absoluta, relativa y particular. La primera, prohíbe al que está afectado por ella la ejecución de acto jurídico alguno. La segunda, permite a los relativamente incapaces ejercitar sus derechos, pero siempre que concurran ciertos requisitos. La incapacidad particular se refiere a actos determinados.

"Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito" (Código Civil de Chile, artículo 1447, inciso 1°). Los actos de los absolutamente incapaces adolecen de nulidad absoluta, pero, en estricto Derecho, ellos son inexistentes, ya que dichas personas carecen de voluntad o no pueden manifestarla y, por ende, el consentimiento no puede formarse en los actos que ellos celebran. Para que los actos de los absolutamente incapaces produzcan efectos, deben ser ejecutados por el respectivo representante legal.

Son relativamente incapaces: los menores adultos, esto es, el varón mayor de catorce años y la mujer mayor de doce que no han cumplido los veintiún años; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; y las mujeres casadas no divorciadas a perpetuidad ni separadas totalmente de bienes. Las mujeres casadas separadas parcialmente de bienes son también incapaces en cuanto a los bienes no comprendidos en la separación (Código Civil de Chile, artículo 1447, inciso 3°). Para que los actos de estas personas sean válidos se requiere autorización del representante legal del incapaz o que los ejecute el mismo representante en nombre de ellos. Si no se cumplen estos requisitos el acto jurídico puede rescindirse.

Las incapacidades especiales o particulares dicen relación con la prohibición de celebrar determinados negocios a ciertas personas.

C) *Objeto lícito.* Objeto lícito es aquel que no está prohibido por la ley, las buenas costumbres o el orden público.

D) *Causa lícita.* Causa lícita es aquella que no está prohibida por la ley, las buenas costumbres o el orden público.

Tanto el objeto como la causa ilícita producen la nulidad absoluta del acto jurídico.

6. INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO. El Derecho sólo concede protección a los actos jurídicos que han sido realizados de acuerdo con él, es decir, que han cumplido todos los requisitos que la ley establece en consideración al acto jurídico en sí mismo o en atención a la calidad o estado de las partes que lo ejecutan o celebran. Si el acto jurídico se ha ejecutado observándose fielmente la ley se llama perfecto. Si, por el contrario, se ha omitido algún requisito en su celebración éste se llama imperfecto. Para los actos jurídicos imperfectos el Derecho establece dos sanciones: la inexistencia y la nulidad. Esta última puede ser absoluta o relativa.

El acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado con prescindencia de alguno de los requisitos de existencia, que son: la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades establecidas en consideración a la naturaleza del acto jurídico. Tratándose de nuestro Derecho, numerosos autores estiman que la legislación chilena no admite la inexistencia, de manera que para ellos la omisión de algún elemento esencial no produce la inexistencia, sino que la nulidad absoluta del acto jurídico.

Cuando en el acto jurídico se han omitido requisitos o formalidades que se prescriben para su valor en atención a su naturaleza o a la calidad o estado de las partes, él es nulo. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

La nulidad absoluta es la producida "por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan" (Código Civil de Chile, artículo 1682).

La nulidad absoluta está establecida en el interés de la moral y de la ley y de allí que las disposiciones que la reglamentan sean de orden público y, por consiguiente, irrenunciables. De todo esto se derivan interesantes consecuencias que vienen a constituir las características de la nulidad absoluta. Pueden resumirse en las siguientes: a) La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun *sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto jurídico.* En este caso el juez actúa de oficio, es decir, por propia iniciativa y no a requerimiento de parte, lo que constituye una excepción al principio de la pasividad de los tribunales en materia civil; b) La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha celebrado el acto jurídico, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. El interés a que se hace alusión debe ser pecuniario. No es necesario que el que alega la nulidad absoluta haya intervenido en la celebración del acto jurídico, basta que tenga interés pecuniario en obtener la nulidad que le afecta. No se permite pedir la nulidad absoluta al que celebró el acto jurídico, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Esta es una medida lógica establecida como sanción y destinada a impedir que el infractor se aproveche de su propio dolo o culpa; c) La nulidad absoluta la puede pedir asimismo el ministerio público en el interés de la moral y de la ley; d) El acto jurídico nulo absolutamente no puede sanearse por la ratificación de las partes; y e) La nulidad absoluta no puede sanearse sino por un espacio de tiempo prolongado. Después de transcurrido este plazo se estima que el acto se sanea, es decir, que desaparece el vicio que lo invalidaba.

La nulidad relativa es la sanción impuesta por la ley a aquellos actos jurídicos que se celebran con omisión de alguno de los requisitos establecidos en consideración a la calidad o estado de las partes que en ellos intervienen. La nulidad relativa es la regla general.

La nulidad relativa no se halla establecida en el interés de la moral y de la ley, sino que en el exclusivo provecho de las personas a quienes la ley se las otorga. De aquí se derivan varias consecuencias en cuanto a su petición y a su saneamiento por el transcurso del tiempo o la ratificación de las partes, y que pueden resumirse en las que siguen: a) La nulidad relativa sólo puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesio-

narios. De manera que la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio por el juez ni pedida por el ministerio público en el solo interés de la ley. No es necesario que la persona que alega la nulidad haya sido parte en el negocio, basta simplemente que la ley la haya establecido en su beneficio; b) La nulidad relativa se sanea en un corto espacio de tiempo; c) La nulidad relativa puede sanearse por la ratificación de las partes. Esta ratificación consiste en la confirmación hecha por las partes del acto nulo e importa la renuncia al derecho de pedir su rescisión, renuncia que es perfectamente válida ya que no se trata de disposiciones de orden público.

El acto jurídico que adolece de nulidad absoluta o relativa produce todos sus efectos mientras la una o la otra no hayan sido declaradas por sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. La nulidad absoluta y la relativa, una vez declaradas judicialmente, producen los mismos efectos.

Los efectos de la nulidad declarada se traducen en volver a las partes al estado en que se encontraban antes de la celebración del negocio. Para que este objetivo se logre es necesario que las partes se restituyan mutuamente las prestaciones que se hayan hecho con motivo del cumplimiento del acto jurídico.

7. Clasificación de los actos jurídicos. Atendiendo a diversos puntos de vista pueden formularse varias clasificaciones de los actos jurídicos:

a) *Actos jurídicos unilaterales y bilaterales.* Esta división toma en consideración los elementos de hecho que le dan vida. "Son unilaterales aquellos en que la voluntad de una sola parte es suficiente para que surjan consecuencias jurídicas; bilaterales, los que exigen el acuerdo de las voluntades de dos partes. Decimos partes y no personas, ya que una parte puede estar representada por una o más personas; parte es la persona o el conjunto de personas que obran por el mismo interés propio; por lo que es única si el interés es único, y dos, si los intereses son dos. En consecuencia, es acto unilateral aun la manifestación de voluntad de varias personas, si tienen un solo interés, como por ejemplo, la renuncia de varios copropietarios de la cosa común; es acto bilateral la manifestación de la voluntad de dos o más personas, cuando son dos los intereses diversos" [66].

b) *Actos jurídicos de derecho patrimonial y de derecho familiar.* Esta clasificación se hace atendiendo al fin del acto jurídico.

Actos jurídicos de derecho patrimonial (contratos, testamentos, etc.), son aquellos que tienen por objeto crear, modificar o extinguir un derecho patrimonial.

Actos jurídicos de derecho familiar (matrimonio, adopción, etc.), son aquellos que dicen relación con la posición del sujeto en la familia y las relaciones que tenga con los otros miembros de ella.

[66] Nicolás Coviello. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 354.

c) *Actos jurídicos patrimoniales a título gratuito y a título oneroso.* Según la reciprocidad de las prestaciones, los actos jurídicos patrimoniales se clasifican en actos jurídicos a título gratuito y a título oneroso.

El acto jurídico es gratuito o de beneficencia "cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen" (Código Civil de Chile, artículo 1440).

El acto jurídico es a título oneroso "cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro" (Código Civil de Chile, artículo 1440).

Los actos jurídicos a título oneroso pueden ser conmutativos o aleatorios. Son conmutativos "cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez" (Código Civil de Chile, artículo 1441). Si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el acto jurídico se llama aleatorio.

d) *Actos jurídicos entre vivos y por causa de muerte.* Los actos jurídicos, atendiendo al tiempo de su perfeccionamiento, se dividen en actos jurídicos entre vivos y por causa de muerte.

Actos jurídicos por causa de muerte son aquellos que tienen por objeto disponer del patrimonio para después de la muerte. En ellos, la muerte es causa no sólo del ejercicio sino que también de la existencia misma de los derechos que crean.

e) *Actos jurídicos solemnes y no solemnes.* Según se requieran o no solemnidades para la celebración del acto jurídico éstos se dividen en solemnes y no solemnes. Las solemnidades son ciertas formas en que debe expresarse el consentimiento y cuya omisión acarrea la inexistencia o la nulidad absoluta del acto jurídico.

f) *Actos jurídicos puros y simples y sujetos a modalidades.* Acto jurídico puro y simple es aquel que no está sujeto a modalidades, esto es, a condición, plazo o modo y que produce todos sus efectos sin ninguna alteración introducida por cláusulas particulares.

Acto jurídico sujeto a modalidades es aquel cuyos efectos se encuentran modificados, sea desde el punto de vista de su existencia, de su ejercicio o de su extinción.

g) *Actos jurídicos principales y accesorios.* Los actos jurídicos, atendiendo a si pueden o no subsistir por sí mismos, se clasifican en principales y accesorios.

El acto jurídico es principal "cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención" (Código Civil de Chile, artículo 1442).

El acto jurídico es accesorio "cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella" (Código Civil de Chile, artículo 1442).

VII. LOS ACTOS CORPORATIVOS

1. Concepto. En cada Estado existe un conjunto de instituciones que agrupan a amplios sectores de la comunidad, entre las cuales podemos citar los partidos políticos, las iglesias, las universidades, los colegios profesionales, los sindicatos, las cooperativas, los clubes deportivos, las juntas de vecinos, etc. Estas instituciones gozan de autonomía y poseen su propia finalidad, estructura orgánica, estatutos y reglamentos.

Las corporaciones jurídicas pueden dictar sus propias normas dentro del ámbito autorizado por el Estado. Estas normas son jurídicas y contienen prescripciones normativas de alcance limitado a los miembros de la corporación, destinadas a regular la organización, actividad y vida interna de la institución, y las relaciones entre los miembros de la misma. El estatuto institucional no es un contrato, sino un conjunto de normas jurídicas estatutarias de carácter general, abstracto y permanente para los miembros de la corporación.

2. Validez. La validez de los actos corporativos, como fuentes formales de normas jurídicas, emana, en forma inmediata y directa, del reconocimiento y del respaldo que les otorga el Estado. El ordenamiento jurídico nacional reconoce la existencia y legitimidad de una potestad estatutaria, que es una especie de potestad legislativa secundaria, subordinada y derivada, que ejercen las corporaciones al dictar sus propias normas internas. La legislación general declara e impone la validez positiva de estas normas, lo que las hace legalmente obligatorias para los asociados.

El Derecho de las corporaciones se llama, también, "Derecho Estatutario", porque su fuente principal reside en los estatutos en que se encuentran las normas fundamentales que regulan la institución.

Los estatutos, generalmente, son complementados por reglamentos internos relativos a las vinculaciones de la corporación con sus miembros.

Los estatutos y los reglamentos son verdaderas leyes para los asociados, por cuanto contienen normas jurídicas aplicables a las actividades de la corporación.

"Las instituciones están regidas por un Estatuto, ordenanza o reglamento, dictado por la ley o por la voluntad de sus miembros, que regula su organización, sus actividades, su vida interna y sus relaciones sociales. Aunque tenga su origen en un acuerdo de los propios asociados, el Estatuto institucional no tiene nada de común con los contratos, revistiendo, en cambio, notables similitudes con la ley. En efecto, al igual que las prescripciones legales, las normas estatutarias son de carácter general, abstracto y permanente, dentro de su campo de aplicación; y no rigen sólo la conducta de quienes las dictaron, sino también de las personas que, sin haber tenido parte alguna en su

establecimiento, ingresan con posterioridad a la institución respectiva" [67].

Las normas estatutarias contemplan sanciones para asegurar su cumplimiento. Al respecto, el Código Civil de Chile prescribe que "los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan" (artículo 553). Luego agrega que "toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerán este derecho en conformidad a ellos" (artículo 554); y que "los delitos de fraude, dilapidación y malversación de los fondos de la corporación, se castigarán con arreglo a sus estatutos, sin perjuicio de lo que dispongan sobre los mismos delitos las leyes comunes" (artículo 555).

[67] JORGE IVÁN HÜBNER. *Acotaciones sobre el Derecho Institucional o Estatutario.* En Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Cuarta época. Vol. V. Año 1966, Nº 5. Pág. 10.

CUESTIONARIO

1. *¿Cuáles son las fuentes reales del Derecho?*
2. *¿Cuáles son las fuentes formales del Derecho?*
3. *¿Qué es la costumbre jurídica?*
4. *¿En qué sentido la costumbre jurídica es considerada fuente formal del Derecho y en qué sentido podrá ser considerada fuente real del Derecho?*
5. *¿Cuántos elementos pueden distinguirse en la costumbre jurídica?*
6. *¿Cuántas clases de costumbres jurídicas existen?*
7. *¿Qué relaciones existen entre la costumbre jurídica y la ley?*
8. *¿Qué valor tiene la costumbre jurídica en Chile en el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal?*
9. *¿Qué valor tiene la costumbre en el sistema del Common Law?*
10. *¿Qué valor tiene la costumbre en el sistema socialista soviético?*
11. *¿Cuál es el concepto de ley?*
12. *¿Cuáles son las diversas acepciones de la palabra ley?*
13. *¿Qué es la Constitución Política?*
14. *¿Cuál es el contenido de la Constitución Política?*
15. *¿Qué es el Poder Constituyente?*
16. *¿Qué es ley en sentido estricto?*
17. *¿Cuál es el proceso de formación de la ley en sentido estricto?*
18. *¿Cuáles son los efectos de la ley en relación al tiempo?*
19. *¿Cuáles son los efectos de la ley en relación al territorio?*
20. *¿Cómo se resuelve el problema de las leyes inconstitucionales en el ordenamiento jurídico chileno?*
21. *¿Cómo se extinguen las leyes?*
22. *¿Qué son los tratados internacionales?*

23. *¿Qué efectos producen los tratados internacionales?*
24. *¿Cómo se extinguen los tratados internacionales?*
25. *¿Qué son Decretos con jerarquía de ley?*
26. *¿Qué son Decretos con fuerza de ley?*
27. *¿Qué valor tienen los Decretos con fuerza de ley?*
28. *¿Qué son Decretos leyes?*
29. *¿Qué valor tienen los Decretos leyes?*
30. *¿Qué son los simples Decretos?*
31. *¿Qué son los Reglamentos?*
32. *¿Qué son las instrucciones?*
33. *¿Qué es la jurisprudencia?*
34. *¿Qué significación y trascendencia tiene la jurisprudencia?*
35. *¿Qué valor tiene la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno?*
36. *¿En Chile el juez aplica el Derecho existente o crea Derecho?*
37. *¿Qué es la doctrina jurídica?*
38. *¿La doctrina jurídica es fuente real o fuente formal del Derecho?*
39. *¿Qué valor tiene la doctrina jurídica en el Derecho Internacional?*
40. *¿Qué valor tiene la doctrina jurídica en Chile?*
41. *¿Qué valor tiene la doctrina jurídica en el sistema del Common Law?*
42. *¿Qué valor tiene la doctrina en el sistema socialista soviético?*
43. *¿Qué es el acto jurídico?*
44. *¿Qué es el negocio jurídico?*
45. *¿Cuáles son los elementos de la esencia, de la naturaleza y los accidentales del acto jurídico?*
46. *¿Cuáles son los requisitos de existencia del acto jurídico?*
47. *¿Cuáles son los requisitos de validez del acto jurídico?*
48. *¿Cómo se clasifican los actos jurídicos?*
49. *¿Cuáles son las causales de inexistencia y de nulidad del acto jurídico?*
50. *¿Qué son los actos corporativos?*
51. *¿Cuál es la validez de los actos corporativos?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AFTALION, ENRIQUE R.; GARCÍA OLANO, FERNANDO; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho.* Tomo I. Capítulos X y XI. Págs. 317 a 438.

ALEXANDROV, N. G. *y otros. Teoría del Estado y del Derecho.* Capítulo I. Págs. 30 a 35.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Tercera Parte. Primera Sección. Capítulos I y II. Segunda Sección. Capítulos I, II y III. Págs. 149 a 200.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. *Manual de Introducción al Derecho.* Tomo I.

BATTAGLIA, FELIPE. *Curso de Filosofía del Derecho.* Tomo II. Capítulo VII. Págs. 303 a 323.

BONNECASE, JULIÁN. *Introducción al Estudio del Derecho.* Vol. I. Capítulo III. Págs. 131 a 194 y Capítulo VI. Págs. 221 a 271.

BRETHE DE LA GRESSAYE, JEAN Y LABORDE - LACOSTE, MARCEL. *Introduction Générale a l'Etude du Droit.* Premier Partie. Titre II. Págs. 169 a 326.

CAPITANT, HENRI. *Introduction a l'Etude du Droit Civil.* Premier Partie. Capítulo II. Págs. 42 a 54.

CATHREIN, VÍCTOR. *Filosofía del Derecho.* Parte Tercera. Capítulos I y II. Págs. 106 a 144.

COING, HELMUT. *Fundamentos de Filosofía del Derecho.* Primera Parte. Capítulo II. Págs. 51 a 62 y Parte Tercera. Capítulo VII. Págs. 236 a 244.

COSSIO, CARLOS. *Teoría de la Verdad Jurídica.* Capítulo IV. Nº 3. Págs. 139 a 144.

COVIELLO, NICOLÁS. *Doctrina General del Derecho Civil.* Sección Primera. Capítulo II. Págs. 35 a 62.

DABIN, JEAN. *Teoría General del Derecho.* Primera Parte. Capítulo I. Págs. 31 a 42.

DAVID, RENÉ y HAZARD, JOHN N. *El Derecho Soviético.* Tomo I. Parte Primera. Capítulo III. Págs. 259 a 325.

DAVID, RENÉ. *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos.* Segunda Parte. Capítulo III. Págs. 159 a 192.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho.* Parte Sistemática. Sección Primera. Págs. 364 a 391.

FILOMUSI GUELFI, FRANCESCO. *Enciclopedia Jurídica.* Parte General. Capítulo I. Págs. 53 a 76.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho.* Primera Parte. Capítulo V. Págs. 51 a 77.

GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción al Derecho.* Parte General. Sección Segunda. Capítulo IV. Segundo Subcapítulo. Págs. 197 a 233.

HART, H. L. A. *El concepto de Derecho.* Capítulo III. Págs. 56 a 61.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Introducción al Derecho.* Tercera Parte. Capítulo Unico. Págs. 179 a 201.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Primera Parte. Letra B). Págs. 155 a 158.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Estado.* Libro Tercero. Capítulo VII. Y Nº 33. Págs. 301 a 309.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo IV. Págs. 344 a 412.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo IV. Págs. 379 a 442.

MERKEL, ADOLFO. *Enciclopedia Jurídica.* Parte General. Capítulo I. Sección Tercera. Págs. 74 a 100.

MOUCHET, CARLOS y ZORRAQUIN BECU, RICARDO. *Introducción al Derecho.* Primera Parte. Capítulos VII, VIII y IX. Págs. 151 a 216.

ORGAZ, ARTURO. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales.* Lección 3ª, Nº 3, Págs. 63 a 79.

PASQUIER, CLAUDE DU. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.* Primera Parte. Capítulo III. Págs. 69 a 96.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Vida Humana, Sociedad y Derecho.* Capítulo X. Págs. 275 a 326.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo XII. Págs. 281 a 331.

RODRÍGUEZ ARIAS - BUSTAMANTE, LINO. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* Parte Segunda. Letra E). Capítulos III a VII. Págs. 541 a 619.

ROSS, ALF. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Capítulo III. Págs. 73 a 104.

RUGGIERO, ROBERTO DE. *Introducción al Estudio del Derecho y Parte General.* Capítulo III. Págs. 55 a 92.

STERNBERG, THEODOR. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Primera Parte. Libro Segundo. Págs. 125 a 185.

TOMÁS DE AQUINO, SANTO. *Suma Teológica. I - II.* c. 90 a 180.

TORRE, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Segunda Parte. Capítulos XI a XIV. Págs. 267 a 335.

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

INTERPRETACION E INTEGRACION DEL DERECHO

"La interpretación del Derecho es operación difícil y compleja, que constituye objeto de una sutil doctrina y de un arte delicadísimo, así como también de especiales reglas, también ellas jurídicas, que algunos ordenamientos han querido establecer para orientación del intérprete".

SANTI ROMANO

SUMARIO

I. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN. II. DIVERSAS CLASES DE INTERPRETACIÓN. III. DIFERENTES TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN. IV. INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO. V. CONFLICTO, ANTINOMIA O CONCURSO DE NORMAS. VI. LAS LAGUNAS DEL DERECHO. VII. LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO. CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

INTRODUCCION

El gran jurista alemán Rodolfo von Ihering (1818-1892), en su obra "Jurisprudencia en broma y en serio" formula críticas sarcásticas en contra del método deductivo de interpretación del Derecho. En el último Capítulo, que es una fantasía titulada "En el Cielo de los conceptos jurídicos", escribe:

"Yo me había muerto. Un halo luminoso rodeó mi espíritu al abandonar el cuerpo...".

"—Como tú eres un romanista, vas destinado al cielo de los conceptos jurídicos. En él encontrarás de nuevo todos aquellos que durante tu existencia terrenal tanto te han preocupado. Pero no en su configuración incompleta, con las deformaciones que el legislador y los prácticos les imprimen, sino en su plena e inmaculada pureza, con toda su ideal hermosura. Aquí son premiados los teóricos de la jurisprudencia, por los servicios que les han prestado a los conceptos en la tierra; aquí ellos, que solamente los vieron en una forma velada, los descubren con entera claridad, los contemplan cara a cara, y tratan con ellos como con sus iguales. Las cuestiones para las que en vano buscaron una solución durante su existencia terrenal, son contestadas aquí y

resueltas por los propios conceptos. No hay ya enigmas en el Derecho civil, la construcción de la *hereditas pacens*, o de la obligación correal, los derechos sobre derechos, la naturaleza de la posesión, la diferencia entre precario y comodato, la prenda en cosas propias, y cualesquiera otros problemas que puedan ocurrirse y que a los hijos de la ciencia tanto han dado que hacer en su peregrinación por la tierra, están aquí resueltos".

"—Este es el cielo en el cual tú, como teórico, vas ahora a participar".

"—¿De modo que es sólo para teóricos? ¿Dónde van, pues, los prácticos?".

"—Tienen su más allá especial, pero pertenece todavía al sistema solar. El sol hace lucir allí sus rayos y existe aire atmosférico, apropiado para las duras construcciones de un práctico, de la misma manera que sería inadecuado para los conceptos; allí domina aún una vida como la de la tierra: en una palabra, el práctico encuentra allá todas las limitaciones de la existencia terrena. No podría respirar en el cielo teórico, ni podría avanzar un paso de su lugar, como quiera que sus ojos no están hechos para la profunda oscuridad que allí domina".

"—¿Luego se trata de un lugar oscuro?"

"—Completamente. Allí reina la noche más profunda. Los astros que se encuentran en este más allá no pertenecen al sistema solar, y no reciben ni un rayo de sol. El sol es la fuente de la vida toda, pero los conceptos nada tienen que ver con la vida y necesitan de un mundo que exista sólo para ellos, alejado de cualquier contacto con la vida".

"¿—Cómo pueden, pues, los teóricos que allí lleguen ver en medio de esa oscuridad?"

"—Los ojos de los teóricos están ya acostumbrados, desde su existencia terrena, a ver en las tinieblas. Tanto más oscuro es el objeto de que tratan, y mayor atractivo tiene para ellos, puesto que pueden hacer alarde de su agudeza visual, se parecen al búho, el pájaro de Minerva, que ve en la oscuridad...".

"—Ya estamos. Ha concluido ahora mi misión. Acaso venga aún para recogerte, si no sales bien en el examen".

"—¿Un examen en el cielo? Yo entendía que ya nos habían examinado bastante en la tierra, y que después de la muerte debía tener ya un fin eso de examinar".

"—¿Pero es que supones que en el cielo de los conceptos son admitidos los juristas, sin selección alguna? Vendrían incluso prácticos a solicitar el ingreso. Está destinado, sin embargo, a los teóricos, y de entre éstos únicamente a algunos escogidos. En el examen se ha de comprobar precisamente si perteneces a esa categoría, para, en otro caso, llevarte al cielo de los juristas vulgares. Anúnciate al portero, que está allí".

"—Cumplo con el deber de presentarme ante ti. Quisiera entrar en el cielo".

"—Habrá de aclararse si eres admisible. Ante todo habrás de pasar la cuarentena y sufrir el examen después".

"—¿Una cuarentena? ¿Y con qué objeto?".

"—Para cerciorarnos de que tú no ocultas ni un soplo de aire atmosférico".

"—¿Pero es que no os conviene el aire?".

"—Para nosotros el aire es como veneno. Precisamente nuestro cielo está en el último rincón del universo, para que no penetren ni el aire ni los rayos del sol. Los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. Donde ellos viven y deben dominar, ese mundo, con todo lo que le pertenece, debe quedar aparte. En el mundo de los conceptos que tienes ante ti, no existe la vida en el sentido vuestro, no existe más que el imperio de los pensamientos y conceptos abstractos, que, independientemente del mundo real, se han formado por el camino lógico de la *generatio equivoca,* y repudian todo contacto con el mundo terrenal. Todo aquel que quiera encontrar acogida aquí, debe prescindir hasta del recuerdo de ese mundo; de otra manera resultaría incapaz e indigno para contemplar los puros conceptos en que consiste la más alta alegría de nuestro cielo. Para aquellos que aún no están en esta situación, hay aquí, como en el más allá de los griegos, las aguas del Leteo, una fuente de la que basta con beber un trago para que se olvide todo lo que sean percepciones de la vida real...".

"...Y Savigny, ¿está aquí?".

"—En su tiempo hubo graves dificultades. No entendía eso de construir todavía del todo bien, y probablemente hubiera fracasado, pero en definitiva su escrito sobre la posesión decidió la cuestión a su favor, puesto que se alegó que aquella preocupación a que debe atender todo el que abrigue la pretensión de entrar aquí, edificar una institución jurídica partiendo de las fuentes o de conceptos, sin tener en cuenta la significación práctica y real de la misma, la había justificado suficientemente y en consideración a esto se hizo un poco la vista gorda...".

"—¡Qué cosas más raras veo por aquí!...".

"—¿Y para qué sirve esa larga pértiga?".

"—Es la cucaña que se utiliza en los problemas jurídicos más difíciles. Resulta tan tersa y pulimentada, que un rayo de sol, si aquí fuera posible, resbalaría. Deberás ensayarla tres veces, y si fracasas quedas reprobado. Puedes ver que la barra tiene como tres cofas: deberás subir al principio del examen hasta la primera, para traerte alguno de los problemas que allí se encuentran, y luego volverlo a colocar en su sitio. Las otras dos solamente pueden alcanzarla los que han conseguido ya una gran agilidad en la práctica de este ejercicio. No necesito decirte que las dificultades crecen en cada división...".

"—Permíteme aún otra pregunta: los problemas jurídicos difíciles que habéis colocado muy arriba, ¿son de carácter práctico, tienen importancia para la vida?

"—Ahora has demostrado, en cambio, que estás enteramente alejado de entender nuestro cielo. ¿Valor práctico? Aquí no tienes ni que pronunciar esa expresión; si te la hubiese escuchado otro que no fuese yo, eso hubiera producido como consecuencia tu inmediata expulsión. ¿Que los problemas tengan alguna significación en la vida? Aquí domina sólo la ciencia pura, la lógica jurídica; y la condición para que domine, y toda la soberanía que de ella se desprende, consiste en que no tenga nada que ver con la vida. Más adelante verás, cuando contemplemos los conceptos, a qué quedarían éstos reducidos si tuviesen contactos con la vida. Allí, junto a la sala de los conceptos, se encuentra cerca de los conceptos puros —es decir, que viven por sí mismos, y privados de toda relación con la vida— un gabinete de anatomía patológica de conceptos, el cual comprende las aberraciones y deformidades a que son sometidos los conceptos en la vida real... La vida en que tú piensas equivale a la muerte de la verdadera ciencia. Es la esclavitud científica, la sujeción y el servicio de los conceptos lo que produce el que, en lugar de vivir por sí mismos como podría creerse, permanezcan sujetos al yugo envilecedor de las necesidades terrenas. Aquí viven los conceptos por sí mismos, y si no quieres renunciar por completo a tu pretensión de ser admitido, no preguntes a nadie: ¿para qué *sirve* esto que veo aquí? ¡Servir! Es lo único que faltaba: el que los conceptos tuvieran que prestar servicios también en el cielo; aquí mandan y se resarcen de la servidumbre que han tenido necesidad de soportar en la tierra" [1].

I. CONCEPTO DE INTERPRETACION

"Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; por ello tiene significación" [2].

Desde un punto de vista jurídico la interpretación tiene diversas acepciones:

a) Interpretar es determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas;

b) "Interpretar es averiguar lo que tiene valor normativo. De este modo se amplía la función interpretativa a la delimitación del campo de lo jurídico, comprendiendo tanto la concreción de las fuentes como la determinación de su sentido. En ese significado ampliado ha sido posible plantear, en torno de la interpretación, lo que se ha llamado problemática del método jurídico. En ella se ofrecen varias preguntas: detrás de las palabras de la ley, ¿se puede buscar algo más: una voluntad real, una abstracción dogmática, una ponderación

[1] RODOLFO VON IHERING. *Jurisprudencia en broma y en serio*. Transcrito por Luis Recaséns Siches. Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho. Págs. 41 a 44.

[2] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho*. Pág. 325.

de intereses, lo que el juez entienda, lo que el vulgo piense, un mandato de orden moral y político?" [3]; y

c) Interpretar "es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior. En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer" [4].

II. DIVERSAS CLASES DE INTERPRETACION JURIDICA

La interpretación jurídica puede ser legislativa, judicial, doctrinal o usual.

a) La interpretación legislativa es la que emana del legislador, el cual declara, por medio de una ley, en forma general y obligatoria, el sentido de las normas legales preexistentes.

b) La interpretación judicial es la realizada por los Tribunales de Justicia en sus sentencias. Ella sólo tiene obligatoriedad en el proceso en que se dictó el fallo.

c) La interpretación doctrinal es la realizada por los juristas y no posee obligatoriedad.

d) La interpretación usual es la que proviene de los usos o costumbres y no posee fuerza obligatoria.

III. DIFERENTES TEORIAS SOBRE LA INTERPRETACION DEL DERECHO

Las diversas teorías sobre la interpretación del Derecho se fundan en concepciones distintas acerca del orden jurídico y del sentido de la labor interpretativa. Las principales de ellas son las siguientes:

1. TEORÍA LEGALISTA O LEGISLATIVA. Desde antiguo se advierte en los legisladores una resistencia a admitir la interpretación de las leyes.

En el Derecho Romano encontramos las Constituciones de Justiniano en que se reserva exclusivamente al emperador la interpretación de las leyes y se prohíbe todo comentario privado [5].

En el Derecho Español se encuentran disposiciones en el Fuero Juzgo [6], Las Siete Partidas [7], la Nueva Recopilación [8], y la Novísima Recopilación [9], que reservan exclusivamente la interpretación a quien hace las leyes.

[3] FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España.* Tomo I. Pág. 447.
[4] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Pág. 163.
[5] *Novela 125.* Código 1, 14, 1. Código 1, 14, 9. Código 1, 17, 2.
[6] *Fuero Juzgo.* Libro II. Título I. Ley XI.
[7] *Las Siete Partidas.* Partida I. Título I. XIV.
[8] *Nueva Recopilación.* Libro II. Título I. Ley III.
[9] *Novísima Recopilación.* Libro III. Título II. Ley III.

Este rechazo de la interpretación se acentúa con el absolutismo que establece una radical contraposición entre el legislador y los gobernados, poseedor aquél de la razón y deudores éstos de la obediencia pasiva.

Napoleón Bonaparte, cuando le anunciaron que se había escrito el primer comentario del Código Civil, exclamó: "Mi Código está perdido" [10].

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

a) La ley es una obra de la razón deliberada y consciente, por ello se puede comprender sin dificultades;

b) En virtud del principio de la separación de los poderes, el legislador es el que crea e interpreta la ley y el juez el que la aplica;

c) Los juristas, que representan fuerzas sociales extrañas al Estado, no pueden interpretar las leyes porque deformarían su sentido o crearían confusiones.

2. TEORÍA EXEGÉTICA, TRADICIONAL O DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR. *Para esta teoría, que domina la segunda mitad del siglo XIX,* la interpretación consiste en la búsqueda de la voluntad del legislador y ésta debe encontrarse en la letra de la ley.

Uno de los más destacados expositores de esta teoría fue Blondeau, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en su memoria presentada en 1841 a la Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre "la autoridad de la ley" [11]. Según él las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley. Admite la interpretación pero sólo en el sentido de la exégesis de los textos, para procurar establecer cuál fue la voluntad del legislador en el momento de dictarse la ley [12].

Esta tarea es precisamente la que se llama exégesis. Hay que seguir paso a paso los textos legales hasta encontrar el pensamiento de quienes los formularon.

El jurista Demolombe declaraba al respecto: "Mi divisa, mi profesión de fe es la siguiente: "¡Los textos ante todo!". "Yo publiqué un curso de Código de Napoleón. Yo tengo entonces como objetivo el interpretar, el explicar el Código de Napoleón mismo, considerado como ley viviente, como ley aplicable y obligatoria..." y en otra parte agregaba: "En teoría la interpretación es la explicación de la ley; interpretar es descubrir, es dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar, es declarar, es reconocer" [13].

Bugnet afirmaba: "No conozco el Derecho Civil. No enseño más que el Código de Napoleón" [14].

[10] FRANÇOIS GENY. *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif.* Tomo I. Pág. 23.

[11] FRANÇOIS GENY. *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif.*

[12] FRANÇOIS GENY. *Méthode d'interprétation et sources en Droit rivé positif.* Tomo I. Pág. 25.

[13] C. DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoleón.* Tomo I. Pág. 125.

[14] FRANÇOIS GENY. *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif.* Tomo I. Pág. 30.

Laurent escribía: "Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho, el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos" [15].

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

a) El culto de la ley. Para ella la preocupación exclusiva del jurista debe ser el derecho positivo y éste se identifica con la ley;

b) El predominio de la intención del legislador. Según ella un texto legal no vale por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que se traduce en él y que constituye su fuente suprema.

El Derecho positivo se estructura en esta intención y es ésta la que debe buscar el jurista más allá del texto.

Esta teoría considera que el espíritu del legislador debe prevalecer sobre el texto de la ley y que incluso no deben admitirse todas las consecuencias autorizadas por ella sin atentar contra su espíritu. De esta manera reafirma la antigua tesis de M. Domat de que es "al espíritu y no a la letra a lo que debemos atenernos y, en consecuencia, debemos considerar como contrario a la ley, no solamente todo lo que lesione su espíritu y letra, sino también lo que lesione únicamente el espíritu que encierra la letra, porque es conveniente en la interpretación "seguir más bien el espíritu o intención de la ley, que la estrechez y dureza aparente" [16].

c) El carácter estatista. "En efecto, la doctrina de la Escuela de la Exégesis se reduce a proclamar la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, puesto que independientemente de nuestra voluntad, el culto extremo al texto de la ley y a la intención del legislador coloca al Derecho, de una manera absoluta, en poder del Estado" [17];

d) El respeto por los precedentes y por el argumento de autoridad. Ninguna teoría estableció, como ésta, un mayor respeto por los precedentes y por las personas de los intérpretes autorizados;

e) La preponderancia de las fuentes formales del Derecho en detrimento de las fuentes reales. No se preocupa de saber cómo hace la ley el legislador sino que la toma ya hecha.

3. Teoría de la voluntad objetiva de la ley. Esta teoría tiene por fundamento los principios de la Escuela Histórica del Derecho. Sus principales representantes son Antonio Thibaut, José Kohler (1849-1919), K. Binding (1841-1920) y C. Schmidt. Según esta teoría, toda ley encierra un querer o contenido de voluntad que se desliga del pensamiento de sus autores para adquirir una propia virtualidad. Por ello lo que interesa investigar no es la voluntad individual del legislador sino aquella parte de la conciencia común que éste interpretó y tradujo.

[15] Citado por Julien Bonnecase. *Introducción al Estudio del Derecho.* Pág. 223.

[16] M. Domat. *Derecho Público.* Tomo I. Pág. 172.

[17] Julien Bonnecase. *Introducción al Estudio del Derecho.* Pág. 229.

Los postulados fundamentales de esta teoría son los siguientes:

"a) Que en los modernos sistemas políticos concurren a la formación de la ley una gran variedad de personas, instituciones, órganos legislativos, etc., que hace imposible determinar cual sea la intención o voluntad del legislador;

"b) Que una vez constituido el texto de la ley se desgaja ésta del pensamiento del legislador para vivir una vida propia e independiente; se convierte en una entidad, separada de su fuente directa y esencialmente subordinada al medio social y a sus transformaciones; y

"c) Que era conveniente romper con el mito de la voluntad del legislador; pues, lo que el legislador quiso, no lo sabemos sino a través de la ley o, mejor a través de todo el sistema del orden jurídico, de suerte que no hay otra posible investigación de la voluntad del legislador que la interpretación objetiva" [18].

4. TEORÍA FINALISTA. Rodolfo von Ihering (1818-1892) desarrolló una teoría en que rechaza la interpretación conceptualista y el método deductivo-subjetivo y propugna sustituirlos por una doctrina que se inspire en el propósito de llevar a realización práctica determinados fines [19].

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

a) No debe considerarse un orden jurídico positivo como enunciación deductiva de una idea o de un plan, sino como consecuencia de las necesidades de la vida social. Ninguna ley, ni ningún código pueden ser suficientemente comprendidos sin el conocimiento de las condiciones sociales efectivas del pueblo y de la época en que se dictó;

b) El Derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas jurídicas generales, sino el que se vive de un modo real por la gente, y el que se aplica en las sentencias y en las resoluciones;

c) El fin es el creador de todo Derecho. No hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico;

d) El derecho no es un fin en sí mismo, es solamente un medio al servicio de un fin. Este fin es la existencia de la sociedad. Si la sociedad no puede subsistir bajo el régimen jurídico dominante en un cierto tiempo, y si el Derecho no se muestra capaz del cambio necesario para que la sociedad pueda mantenerse en forma adecuada, entonces es la fuerza la que entra en acción para abrir el camino a un

[18] LINO RODRÍGUEZ ARIAS. *Ciencia y Filosofía del Derecho*. Pág. 626.

[19] RODOLFO VON IHERING. *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo.*

—RODOLFO VON IHERING. *La lucha por el Derecho.*

—RODOLFO VON IHERING. *El fin del Derecho.*

nuevo orden jurídico, que se muestre como medio eficaz y apropiado para realizar aquel fin; y

e) El criterio o medida que sirve para juzgar el Derecho no es un criterio absoluto de verdad, sino un criterio relativo de finalidad.

5. Teoría de la libre investigación científica. La obra de François Geny (1861-1959) ha sido considerada como una de las doctrinas más elaboradas sobre los problemas que debe enfrentar el jurista práctico [20].

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

a) La ley no es tanto la expresión de un principio lógico, sino más bien una manifestación de voluntad;

b) En la aplicación del Derecho debe esclarecerse cuál fue el propósito del legislador, porque interpretar la ley equivale simplemente a investigar el contenido de la voluntad legislativa, con el auxilio de la fórmula que la expresa;

c) Si la ley no contiene normas que puedan resolver los casos concretos planteados, hay que acudir a otras fuentes suplementarias, que son: 1) la costumbre; 2) la autoridad y la tradición, tal como han sido desarrolladas por la jurisprudencia de los tribunales y por la doctrina; y 3) la libre investigación científica.

La libre investigación científica es libre porque no está sometida a una autoridad positiva; y es científica, porque solamente puede encontrar bases sólidas en los elementos objetivos que descubra la ciencia.

La libre investigación científica debe basarse en los siguientes criterios: 1) el principio de la autonomía de la voluntad; 2) el orden y el interés públicos; y 3) el justo equilibrio o armonización de los intereses privados opuestos.

La libre investigación científica debe distinguir en las normas jurídicas los siguientes datos: 1) los datos reales, que son las condiciones de hecho en las cuales se encuentra situado el género humano, tales como las realidades físicas, biológicas, psicológicas, etc.; 2) Los datos históricos, que son los hechos que constituyen el producto de la evolución histórica y que determinan las situaciones sociales concretas; 3) Los datos racionales, que consisten en el conjunto de principios racionales postulados por la naturaleza del hombre, como las normas de Derecho Natural, la idea de justicia, el respeto por los derechos de la persona humana, etc.; y 4) los datos ideales, que comprenden todas las relaciones humanas que en un determinado momento procuran imprimir una dirección especial a las relaciones jurídicas.

6. Teoría del Derecho Libre. Antecedentes de esta teoría los encontramos en las sentencias dictadas a fines del siglo XIX por el

[20] François Geny. *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif.* François Geny. *Science et technique en Droit privé positif.*

célebre magistrado francés Pablo Magnaud, Presidente del Tribunal de Château Thierry, llamado "el buen juez". El partía del principio de que la ley debe interpretarse humanamente y de que el juez debe guiarse en sus juicios por la solidaridad humana; y aplicó este criterio a cada uno de los casos civiles o penales sometidos a su conocimiento, para lo cual a veces se apartaba discrecionalmente de lo determinado por las leyes. En sus sentencias "el buen juez" Magnaud puso de manifiesto la injusticia de algunas leyes, pero no elaboró una teoría al respecto.

A comienzos de este siglo apareció en Alemania una tendencia que llegó a la notoriedad en 1906 con la publicación del libro de Hermann Kantorowicz (1877-1940) "La lucha por la ciencia del Derecho", editado con el seudónimo de Gnaeus Flavius, y al cual siguió "La definición del Derecho".

Según Kantorowicz, "la opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un funcionario de cierta categoría, con carrera, que se encuentra sentado en su celda, armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. En esta celda se halla sólo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto, y, de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él domina, llegar a la solución predibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta. Este ideal, ajeno a los romanos de la época de su grandeza, surgió en los tiempos de su profunda decadencia" [21].

Para Kantorowicz la verdadera Ciencia del Derecho es antirracionalista y antidogmática; le repugnan la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los pretendidos razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales y la deducción. Para Kantorowicz el papel que desempeña la voluntad es decisivo en la ciencia jurídica. "Piénsese en el ejemplo clásico de Bártolo, el más famoso de todos los juristas, del que la historia relata que primeramente dictaba la resolución y que luego hacía buscar a su amigo Tigrinio los pasajes aplicables en el "Corpus Iuris", puesto que él tenía poca memoria" [22].

Esta concepción constituyó una reacción contra el conceptualismo, el dogmatismo y la plenitud hermética del Derecho y originó una serie de doctrinas que, sin formar una escuela y aun presentando importantes diferencias, se acostumbra reunir bajo el nombre de "Teoría del Derecho Libre". A pesar de la falta de unidad de su pensamiento, sus partidarios coinciden en los siguientes puntos [23]:

a) Repudio de la tesis de la suficiencia absoluta de la ley;

b) Afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de aquélla, una labor personal y creadora;

[21] HERMANN KANTOROWICZ. *La lucha por la Ciencia del Derecho*. Pág. 329.
[22] HERMANN KANTOROWICZ. *La lucha por la Ciencia del Derecho*. Pág. 343.
[23] HANS REICHEL. *La ley y la sentencia*. Pág. 38.

c) Tesis de que la función del juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa;

d) Considera que la actividad judicial es la productora de todo el Derecho, le otorga el primer lugar entre las fuentes del Derecho e incluso afirma que es la única y verdadera creadora del Derecho.

Según Kantorowicz, con el triunfo de esta doctrina "vendrá el tiempo en el cual el jurista no necesitará ya hacer uso de ficciones, interpretaciones y construcciones para sacar violentamente de la ley una solución, que su propia voluntad, despertada a vida individual, podrá hallar con independencia. Después de pasar el siglo XIX, aquella época del eclecticismo y de los compromisos, nos adentramos en el siglo XX, que según todos los síntomas será en arte, ciencia y religión un siglo del sentimiento y de la voluntad. De los escombros del tormento se levantó, horror para los cobardes, en son de triunfo la libre apreciación de la prueba, el orgullo de los tiempos actuales; de las ruinas de la dogmática surgirá, espanto de todos los confusos, la gloria del porvenir, la Creación del Derecho Libre" [24].

7. Teoría sociológica. Eugenio Ehrlich (1862-1922) desarrolló una "Teoría Sociologista de la Interpretación" que es semejante a la "Teoría del Derecho Libre" pero que presenta caracteres propios, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

a) La vida es incomparablemente más rica que los conceptos y tipos contenidos en las normas jurídicas generales;

b) Los intereses presentan multitud de matices diferenciales entre sí, en número tan grande, en variaciones tales, que ninguna norma jurídica ni ningún conjunto de normas jurídicas podría nunca expresar;

c) Las normas jurídicas generales establecen criterios abstractos para resolver los conflictos de intereses y esquemas jerárquicos para la estimación de los varios intereses, determinando cuáles de entre ellos tienen prioridad sobre otros. Sin embargo, los tipos de intereses tomados en consideración por las normas jurídicas generales son solamente algunas ideas abstractas;

d) Para interpretar correctamente las normas jurídicas hay que tomar en consideración los intereses a que ellas se refieren y esto nos suministra el medio para producir ideas creadoras que llevan a resultados satisfactorios.

8. Teoría de la jurisprudencia sociológica. "La llamada "Jurisprudencia Sociológica" en los Estados Unidos de Norteamérica constituye una dirección de pensamiento semejante a la de la escuela alemana de la "Jurisprudencia de Intereses", pero con una precedencia cronológica respecto de ésta, y con matices originales, así como una influencia muy vigorosa y de enorme alcance no sólo sobre el pensamiento jurídico anglosajón, sino también sobre el desenvolvimiento efectivo del Derecho positivo con los países de lengua inglesa. La "Jurispruden-

[24] Hermann Kantorowicz. *La lucha por la Ciencia del Derecho.* Pág. 371.

cia Sociológica" no sólo ha ganado un sinnúmero de adeptos en los Estados Unidos, sino que ha producido y está produciendo un formidable impacto en la meditación y prácticas jurídicas de la Europa Continental" [25].

Los representantes más destacados de la "Jurisprudencia Sociológica" son Oliver Wendell Holmes (1841-1935) [26], y Benjamín R. Cardozo (1870-1938) [27], ambos ex magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos y Roscoe Pound (1870-1964) ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard [28].

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

a) La interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en las circunstancias específicas, no pueden realizarse por la vía del mero razonamiento deductivo;

b) Para ello es necesario proceder a una concienzuda comprensión y una correcta ponderación valorativa de las realidades sociales; deben tomarse en cuenta las necesidades concretas de la sociedad, las doctrinas políticas que prevalecen en ésta y las convicciones, explícitas o implícitas, sobre el interés público que en ella imperan;

c) En la función judicial deben emplearse cuatro métodos distintos para dictar sentencia: 1) el método de la deducción lógica; 2) el método de buscar inspiración en la línea del desenvolvimiento histórico de una institución jurídica; 3) el método de atenerse a los datos de las costumbres y de las convicciones sociales vigentes; y 4) el método de inspirarse en consideraciones de justicia y de bienestar social [29];

d) Roscoe Pound considera que el programa de la "Jurisprudencia Sociológica" debe comprender los siguientes puntos:

1) Investigación sobre los efectos sociales de las instituciones y doctrinas jurídicas;

2) Estudio sociológico sobre las realidades actuales para la preparación de la tarea legislativa;

3) Estudio sobre los medios adecuados para hacer que los preceptos jurídicos tengan eficacia en la realidad;

4) Una historia jurídica sociológica, para averiguar la situación social en la cual se produjo una norma jurídica, con el fin de enterarnos de si esa norma es digna o no de sobrevivir;

5) Estudio del método jurídico, es decir, de los factores psicológicos y de otra índole, y de los ideales que actúan sobre la función judicial;

6) Reconocimiento de la importancia máxima que tiene el hallar una solución justa y razonable de los casos concretos, tanto en el ám-

[25] Luis Recaséns Siches. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho.* Pág. 74.

[26] Oliver Wendell Holmes. The common law.

[27] Benjamín Cardozo. *La naturaleza de la función judicial.*

[28] Roscoe Pound. *El espíritu del Common law.*

—Roscoe Pound. *An Introduction to the Philosophy of Law.*

—Roscoe Pound. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico.*

[29] Benjamín N. Cardozo *La naturaleza de la función judicial.* Pág. 21.

bito del Derecho Privado, como también en los campos del Derecho Penal y del Derecho Administrativo;

7) El establecimiento de un Ministerio de Justicia encargado de redactar proyectos de ley, con el fin de corregir los anacronismos que persisten en el campo del Derecho Privado; y

8) Esforzarse en hacer más eficaz de hecho la realización de los fines del Derecho" [30].

9. TEORÍA DE LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES. Inspirándose en algunas ideas de Rodolfo von Ihering y de Eugenio Ehrlich, los profesores de la Universidad de Tubinga Philipp Hack y Max Rumelin desarrollaron, a comienzos de este siglo, una teoría de la interpretación que se conoció con el nombre de "Jurisprudencia de intereses". Ella afirma que "el fin último y el sentido esencial de toda legislación consisten en regular de modo apropiado las relaciones interhumanas. El legislador trata de llevar a cabo este propósito por medio de la delimitación de las varias esferas de intereses protegidos. Realiza esta delimitación valorando los diferentes intereses opuestos, a la luz de la idea del bien común. El juez debe guiarse, más que por las palabras del legislador, por las estimaciones que inspiraron a éste. Las palabras y los conceptos empleados por el legislador son tan sólo medios para cumplir los resultados que emanan de aquellos juicios de valor o estimaciones" [31].

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes [32]:

a) Las causas que mueven al hombre a actuar son sus intereses. Los hombres actúan a impulsos de sus intereses;

b) Estos intereses son los que crean la convivencia y la sociedad humana;

c) El Derecho nace y se establece por la lucha de los intereses;

d) El legislador es la persona designada por la colectividad para la salvaguardia de los intereses. El busca la delimitación y la protección de los intereses en lucha;

e) Las leyes están determinadas por los intereses; son la resultante de los intereses materiales, nacionales, religiosos, éticos, etc., que luchan dentro de una comunidad jurídica;

f) El intérprete, para decidir cualquier cuestión, debe investigar los intereses en conflicto y resolver conforme al criterio del legislador (juicio de valor) y al grado de predominio que éste haya concedido a los intereses en juego. El mandato de la ley queda invariable a través del tiempo, pero hay que hacer una investigación histórica de la ponderación de intereses y atenerse a ella mientras la ley esté en vigor;

g) La función del juez consiste en resolver conflictos de intereses, del mismo modo que el legislador. La disputa entre las partes le

[30] ROSCOE POUND. *The scope and purpose of sociological jurisprudence*, en Harvard Law Review, XXIV y XXV, 1911-1912.

[31] LUIS RECASÉNS SICHES. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. Pág. 64.

[32] FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España*. Pág. 454.

presenta un conflicto de intereses. Ahora bien, la valoración de los intereses llevada a cabo por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual que el juez pudiere hacer según su personal criterio.

10. TEORÍA DEL REALISMO JURÍDICO. Los más destacados representantes del realismo jurídico son Karl N. Llewellyn [33] y Jerome Frank [34]. Ellos critican la concepción mecánica de la función judicial como un silogismo y buscan la realidad en la conducta efectiva de los jueces y de los funcionarios administrativos.

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

a) El Derecho no es un sistema constante, uniforme, igual, sino que, por el contrario, es mutable y se adapta a nuevas situaciones y circunstancias;

b) Lo que interesa es averiguar el Derecho efectivamente real. Este no es el que aparece declarado en las leyes, ni tampoco aquel que los jueces declaran como fundamento de sus fallos, sino que es lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. Por ello el Derecho efectivo es el modo real como los jueces se comportan;

c) La norma establecida por el juez en su sentencia constituye solamente una especie de disfraz para justificar la decisión efectiva que toma. Lo que importa no es tanto lo que el juez dice, sino lo que el juez hace;

d) La personalidad del juez constituye un factor decisivo en el fallo. Para que el Derecho tenga plena uniformidad, continuidad y certeza sería necesario que todos los jueces fueran iguales y tuvieran idénticos hábitos mentales y emocionales;

e) El Derecho se perfecciona, no en virtud de las normas jurídicas, sino por la acción de seres humanos concretos que son los jueces. La personalidad del juez es realmente el factor central del Derecho. El juez crea el Derecho, aunque haya normas jurídicas generales preexistentes.

11. TEORÍA SOCIALISTA SOVIÉTICA. Para la teoría del Derecho socialista soviético "el término interpretación de las normas jurídicas se utiliza en tres sentidos diferentes, aunque ligados todos entre sí".

"En primer lugar, se habla de interpretación en el sentido de la actividad mental que tiende a aclarar el contenido de la norma jurídica".

"En segundo lugar, se da el nombre de interpretación a la relación entre la explicación del significado de las normas jurídicas y el sentido literal de su texto".

"Y, por último, en tercer lugar, se llama interpretación a las disposiciones de los organismos estatales y a las manifestaciones de

[33] KARL N. LLEWELLYN. *Jurisprudence realism in theory and practice.*
[34] JEROME FRANK. *Law and modern mind.*

distintas personas, que persiguen la finalidad de aclarar el contenido de las normas jurídicas".

"La interpretación y aclaración de las normas jurídicas se logra mediante determinados procedimientos que se utilizan en estrecha ligazón. Estos procedimientos son: la interpretación filológica, la interpretación sistemática y la interpretación política" [35].

a) La interpretación filológica "consiste en determinar el sentido de los vocablos que constituyen el texto (interpretación lexicológica) y en establecer la relación sintáctica entre las palabras (interpretación gramatical)" [36].

b) La interpretación sistemática "consiste en esclarecer el contenido de la norma mediante su comparación con otras normas que se refieran a la misma cuestión" [37].

c) "Un procedimiento aún más importante para aclarar el contenido de las normas jurídicas es su interpretación política. Se trata de ver las condiciones sociales que originaron la publicación de la norma y las tareas que persigue el Estado al dictarla. Sin poner en claro el sentido histórico y político de dicha norma, se corre el peligro de llegar a conclusiones erróneas. Por ejemplo, el punto g) del artículo 47 del Código del Trabajo autoriza a la dirección de una empresa a prescindir del trabajador que lleva más de dos meses enfermo. Sin embargo, habremos de reconocer que en los casos en que no haya una necesidad, dictada por el carácter de la empresa, de sustituir al obrero o empleado enfermo por otro trabajador permanente, no hay en realidad fundamento para aplicar el punto g) del artículo 47 del Código del Trabajo. El despido del trabajador sin otra razón que la de padecer una enfermedad prolongada, es una aplicación puramente formal de la ley".

"Otro ejemplo de aplicación burocrática y formal de la ley sería el procesamiento del encargado de un despacho de boletos de ferrocarril por la falta de ocho rublos, ya que el sentido político de la ley de responsabilidades por falta en el arqueo o inventario no se refiere, naturalmente, a semejantes casos de pequeñas faltas, que pueden deberse a una simple equivocación y ser repuestas inmediatamente".

"En general, hay que tener en cuenta que la aplicación formal de la ley constituye una grave infracción de la legalidad socialista, la cual exige que la aplicación de las normas se base en el análisis adecuado de su alcance político y en la estimación acertada de todas las circunstancias de importancia en el asunto. En particular, la legislación penal soviética señala claramente que no se considera delito una acción que, aunque formalmente presente los caracteres señalados en un artículo del Código Penal, por su escasa cuantía y la ausencia de consecuencias perjudiciales no es socialmente peligrosa".

[35] N. G. ALEXANDROV *y otros*. *Teoría del Estado y del Derecho*. Pág. 310.
[36] N. G. ALEXANDROV *y otros*. *Teoría del Estado y del Derecho*. Pág. 310.
[37] N. G. ALEXANDROV *y otros*. *Teoría del Estado y del Derecho*. Pág. 310.

"Para la aplicación política acertada de las normas del Derecho Civil es importante, en particular, la observación que hace el artículo 1° del Código Civil de la R.S.S.F.R., acerca de la protección de los derechos civiles por la ley, excepto en aquellos casos en que se realizan en contradicción con el fin económico-social que persiguen. Por ejemplo, el derecho de propiedad personal tiende por su carácter económico-social a satisfacer las necesidades de consumo de los ciudadanos y sus familias, pero no a obtener ingresos que no provengan del trabajo. Por eso, al aplicar las normas que regulan cuanto se refiere a la forma de disponer y de utilizar los objetos de propiedad personal, es necesario apoyarse en el fin económico-social señalado de la propiedad personal y cortar los intentos de hacer resurgir la propiedad privada como fuente de ingresos que no provienen del trabajo (por ejemplo, el propietario de un automóvil no tiene derecho a utilizarlo como coche de alquiler si no saca una licencia especial, etc.)".

"En los textos de las normas jurídicas aparecen con frecuencia formulaciones relativamente determinadas, las cuales deben ser explicadas y concretadas en los diferentes casos individuales. Por ejemplo, la ley considera una infracción de la disciplina laboral la falta al trabajo sin causa justificada. Para apreciar debidamente las causas de la falta y ver si es o no justificada, es necesario aclarar a fondo el sentido político-social de la citada norma de la legislación soviética, que prohíbe faltar al trabajo sin causas justificadas y permite imponerle al culpable una sanción disciplinaria o su despido".

"En general, la aplicación de las normas jurídicas no constituye una operación lógico-formal, sino un acto político-jurídico que debe reflejar la valoración, políticamente acertada, desde el punto de vista estatal, de las circunstancias reales que concurrieron en el hecho y contener, dentro del marco de la ley, la solución más conveniente de la cuestión, práctica y políticamente" [38].

12. Teoría de Gustavo Radbruch. Inspirándose en algunas ideas de la Escuela Histórica, Gustavo Radbruch (1878-1949) expone una teoría opuesta al método tradicional [39]. De acuerdo con la doctrina de la exégesis, la interpretación consiste, esencialmente, en una reconstrucción del pensamiento del legislador. Frente a esta interpretación filosófica, que inquiere no el sentido de la ley sino el pensamiento real que sus autores quisieron expresar, existe la interpretación jurídica, cuyo fin radica en descubrir el sentido objetivamente válido de las leyes, el cual no puede residir en la voluntad de los legisladores, porque aquélla no vale como expresión de un querer subjetivo, sino como voluntad del Estado. "La voluntad del legislador no es, pues, medio de interpretación, sino resultado y fin de la interpretación,

[38] N. G. Alexandrov *y otros. Teoría del Estado y del Derecho.* Págs. 310 y 311.

[39] Gustavo Radbruch. *Filosofía del Derecho.*
Gustavo Radbruch. *Introducción a la Filosofía del Derecho.*

expresión de la necesidad a priori de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico. Justamente por eso es posible afirmar como voluntad del legislador lo que nunca existió conscientemente en la voluntad del autor de la ley. El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor —es más, tiene que ser más inteligente que su autor...".

"De esta manera, no es la interpretación jurídica un repensar posterior de algo ya pensado, sino un pensar una idea hasta su último extremo. Parte de la interpretación filológica de la ley para remontarse en seguida por encima de ella —como un barco que en aguas de puerto necesita de prácticos para llevar una ruta marcada, para luego, ya en mar libre, seguir propio rumbo piloteado por su capitán. Conduce, a través de transiciones insensibles, de interpretaciones del espíritu del legislador a reglas que el intérprete mismo ha de poner "como si fuera el propio legislador", como dice el famoso parágrafo introductorio del Código Civil suizo. Es, por eso, una mezcla inseparable de elementos teoréticos, cognoscitivos y creadores, productivos y reproductivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos. Ahora bien, en la medida que la interpretación es práctica, creadora, productiva y supracientífica, se halla condicionada por las variables necesidades jurídicas de un momento determinado. La voluntad del legislador, cuya determinación tiene por fin y resultado, no queda, por eso, fijada por la interpretación con un contenido concreto para todo tiempo, sino que permanece siempre capaz de contestar con nuevas aclaraciones a las nuevas necesidades y problemas jurídicos suscitados por las transformaciones de los tiempos; no puede pensarse, pues, aquella voluntad como si fuera el proceso voluntario único que produjo la ley, sino como la voluntad duradera, y al par variable, de la cual es soporte la ley" [40].

13. Teoría Pura del Derecho. Para Hans Kelsen (1881-1973), creador de la Teoría Pura del Derecho, la interpretación es "una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del Derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior" [41].

"Toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico" [42].

Explicando el método de interpretación de la Teoría Pura del Derecho, escribe Hans Kelsen: "La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden

[40] Gustavo Radbruch. *Filosofía del Derecho*. Págs. 148 y 149.
[41] Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 163.
[42] Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 164.

jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del trato y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes" [43].

Luego Hans Kelsen analiza el problema de si la interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad y expone: "La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del Derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del Derecho sino de la política jurídica" [44].

A continuación agrega Hans Kelsen: "Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación del Derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible" [45].

Finalmente, refiriéndose al problema de la interpretación y la seguridad jurídica, escribe Hans Kelsen: "Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El Derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría Pura del Derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política" [46].

[43] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Págs. 167 y 168.
[44] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 169.
[45] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 170.
[46] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Pág. 171.

14. TEORÍA DE LA LÓGICA DE LO HUMANO O DE LO RAZONABLE. Luis Recaséns Siches [47], propone como método de interpretación la lógica de lo humano o de lo razonable, a diferencia de la lógica de lo racional. Según él, las lógicas tradicionales (Aristóteles, Bacon, Husserl) estudian las conexiones ideales, que son los instrumentos necesarios para conocer las ideas o realidades naturales. Pero estas lógicas no constituyen la totalidad de la lógica, sino tan sólo una parte de ella. Hay otras partes de la lógica: de la razón vital, de la razón histórica, de la finalidad, de la acción, estimativa, experimental. Recaséns considera que es necesario explorar la razón jurídica de los contenidos de las normas de Derecho [48].

Para explicar esta teoría Recaséns da el siguiente ejemplo, sacado de Gustavo Radbruch: "En el andén de una estación ferroviaria de Polonia había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles cuyo texto rezaba: "Se prohíbe el paso al andén con perros". Sucedió una vez que alguien iba a penetrar al andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de este modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno de la interpretación de aquel artículo del reglamento. No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutible derecho a entrar ella junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto de perros. Con las obras de Aristóteles, Bacon, Stuart Mill, Signart o incluso con las de Husserl en la mano, no se hallaría manera de convertir a un oso en un perro, y tendríamos que dar la razón al porfiado campesino que quería pasar al andén con el oso. Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en materia de Derecho, pero con sentido común, habrá de aceptar como descabellada esta interpretación, aunque ella sea incontrovertiblemente correcta, la única absolutamente correcta, desde el punto de vista de la lógica tradicional. Este caso, ciertamente tan sencillo, constituye un impresionante síntoma del hecho de que por lo visto la lógica tradicional es inadecuada, al menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los contenidos de los preceptos jurídicos" [49]. A continuación Recaséns desarrolla una larga interpretación, en que emplea la lógica de lo razonable, para llegar a la conclusión de que aquella norma debía aplicarse también a las personas que fueran acompañadas de osos.

Recaséns afirma que la función judicial es creadora, porque si la sentencia no contuviera algo nuevo, que no está determinado en la

[47] LUIS RECASÉNS SICHES. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho.*
[48] LUIS RECASÉNS SICHES. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable.* Págs. 499 y siguientes.
[49] LUIS RECASÉNS SICHES. *Filosofía del Derecho.* Págs. 645 y 646.

norma jurídica general, ella sería innecesaria. En efecto, la norma jurídica general usa categorías genéricas, mientras que la sentencia se refiere a un sujeto determinado; la norma general habla en términos abstractos, en cambio la sentencia en términos concretos; la norma legislativa alude en términos generales y la sentencia en términos precisos.

Recaséns propone, para resolver los problemas de hermenéutica, la lógica de lo humano, en la que entran razones diferentes de lo racional silogístico o formal. Su teoría se atiene a criterios objetivos, en los cuales no prevalece la opinión subjetiva del juez. Estos criterios son, ante todo, las valoraciones en que el orden jurídico se basa en un determinado momento, y los efectos prácticos que dichas valoraciones deban producir sobre el caso correcto, sin olvidar los criterios que se refieren a las convicciones sociales vigentes y los requerimientos que de la justicia se tiene en la sociedad.

Finalmente expone Luis Recaséns: "la doctrina que sostengo aclara el enfoque y ensancha el horizonte de la función judicial precisamente en los casos en que no hay lagunas: reconoce el deber del juez de examinar la aplicabilidad de una ley al caso planteado, y de buscar, cuando la respuesta sea negativa, otra norma más adecuada dentro del mismo orden jurídico positivo. Reconoce la serie de valoraciones que ineludiblemente debe establecer el juez para la apreciación de la prueba, así como para la calificación de los hechos. Y llama la atención sobre el juicio valorativo fundamental contenido siempre y necesariamente en el fallo, el cual no puede ser nunca considerado como la mera conclusión de una inferencia. Asimismo recoge la atinada observación, hecha ya en otras doctrinas, de que los aspectos enumerados en la función judicial no constituyen etapas ni separadas, ni separables, en la realidad; no constituyen momentos sucesivos, sino tan sólo aspectos varios de una total estructura unitaria, y, por tanto, aspectos recíprocamente solidarios. Pero la doctrina que sostengo no ha creado el problema de las lagunas ni, por consiguiente, el problema de que cuando hay una laguna, no va sólo en la ley sino en la totalidad de los elementos preformulados del orden jurídico positivo, no hay de hecho otro camino que el de confiar al prudente arbitrio del juez la misión de rellenar tal vacío".

"Resulta, pues, claro que mi doctrina no aumenta el inevitable margen de relativa incertidumbre e inseguridad jurídica. Podrá, a lo sumo, contribuir, como lo han hecho otras escuelas —por ejemplo, el movimiento realista norteamericano y especialmente Jerome Frank—, a desvanecer la infundada ilusión de certeza y seguridad absolutas, que algunos habían alimentado, tomando como base la concepción puramente legalista del Derecho y la concepción mecánica de la función judicial" [50].

[50] Luis Recaséns Siches. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.* Págs. 290 y 291.

15. Teoría egológica del Derecho. Carlos Cossio, en su filosofía egológica del Derecho, se ha opuesto a la teoría de la lógica deductiva de la interpretación [51].

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

a) La ley es un consejo, no es el Derecho;

b) No se interpreta jurídicamente la ley en cuanto lenguaje, sino siempre la conducta humana mediante la ley o a través de la ley;

c) El juez es inmanente al ordenamiento jurídico, al punto de ser indudable que el Derecho, en parte, es el propio hecho del juez. El juez debe escoger, dentro del género legal, la especie con que sentenciará al realizar dialécticamente su elección de las circunstancias del caso. El juez debe vivir a conciencia la valoración jurídica tal como él la entiende;

d) En las sentencias de los jueces hay tres clases de juicios lógicos: 1) Los juicios fundados en forma empírico-dialéctica; aquellos juicios en los cuales el juez, que necesita individualizar y no tiene suficientes elementos de raciocinio para ello, escoge ciertas circunstancias y las imputa entre sí, constituyendo esta valoración del juez sobre las circunstancias del caso y dentro de la ley, el fundamento de la juridicidad de la propia resolución del juez; 2) Los juicios que aparecen fundados en forma deductiva, juicios que emanan de la estructura lógica legal, es decir, de la lógica jurídica pura; juicios que no sólo son así, sino que no pueden dejar de ser así; y 3) Los juicios deductivos, pero asertivos, es decir, juicios con valor puramente de hecho, fundados en la existencia de la ley, pues en cuanto la ley es la estructura de la sentencia, ésta va considerando aquellos contenidos dogmáticos que nacieron de un acto del legislador y que si bien están en el momento de aplicar lo que dice la ley, lo están sólo después que la ley ha sido aceptada por valoración.

IV. INTERPRETACION DEL ACTO JURIDICO

1. Concepto. El acto jurídico es la manifestación de voluntad de una o más personas destinada a crear, conservar, modificar, transferir, transmitir o extinguir un derecho.

La interpretación del acto jurídico consiste en "reconstruir el significado que a la declaración emitida o a la conducta seguida debe razonablemente atribuirse, según las concepciones dominantes en la conciencia social, en el lenguaje común, en la práctica de la vida, en los usos del tráfico, etc., una vez que el contenido haya sido fijado y encuadrado dentro de las circunstancias en que se produce" [52].

[51] Carlos Cossio. *Teoría de la verdad jurídica.*
Carlos Cossio. *La valoración jurídica y la ciencia del Derecho.*
Carlos Cossio. *La teoría egológica del Derecho.*
[52] Emilio Betti. *El negocio jurídico.* Pág. 239.

2. INTERPRETACIÓN, VALORACIÓN E INTEGRACIÓN. La interpretación del acto jurídico no es constatación de hechos. Tampoco la interpretación aspira a determinar lo que haya pensado, creído o querido alguna de las partes en su interior, al momento de emitir o recibir la manifestación de voluntad. La interpretación se distingue, también, de la valoración jurídica a la que a su vez proporciona la base.

Es necesario, asimismo, distinguir entre la interpretación y la integración del acto jurídico. "Si, como se ha dicho, la interpretación pretende desarrollar, de manera lógicamente coherente, la fórmula de la declaración o la estructura del acto para obtener la más apropiada idea de él, ha de conducir necesariamente a iluminar también aquel contenido implícito o marginal del acto que no está expreso en la fórmula o estructura de él y que, generalmente, también ha quedado en sombra para la conciencia de las partes. Es preciso y suficiente que estos aspectos que se sacan a luz broten por una exigencia, tanto lógica como social o jurídica, del conjunto de cuanto fue dicho o hecho, y sean, por tanto, inferibles y reconocibles desde la declaración o conducta, por medio de un nexo necesario. En este punto se nos representa, de inmediato, la diferencia entre la interpretación, aún integradora (que es siempre, sin embargo, interpretación) y la integración del acto, o más exactamente, de sus efectos, mediante normas supletorias" [53].

3. INTERPRETACIÓN DEL JUEZ Y DE LAS PARTES. "Una interpretación del acto puede ser hecha, tanto por el juez en orden a la decisión de un litigio, como por las partes mismas con vistas al comportamiento a seguir. La interpretación hecha por las partes puede adoptar la forma de una nueva declaración complementaria y el valor de interpretación auténtica, apta para vedar toda inteligencia del negocio distinta a la expresada por su mediación. Tratándose de negocios unilaterales no recepticios (por ejemplo, mortis causa), se precisa, y es suficiente a tal fin, una declaración unilateral, la cual ha de considerarse parte integrante del negocio interpretado y constituyendo con él un negocio objetivamente complejo. En cambio, tratándose de negocios bilaterales, o unilaterales recepticios con un destinatario necesario, también la declaración interpretativa debe ser bilateral. Constituirá un negocio de constatación y podrá desplegar eficacia retroactiva entre las partes, siempre que el negocio interpretado lo consienta. En todo caso, siempre quedan a salvo los derechos que los terceros hayan adquirido en virtud del negocio precedente, cuando éste, según las normas legales de interpretación y los principios dominantes en la conciencia social tenía en realidad un significado diferente del que ha sido luego fijado con la interpretación auténtica" [54].

4. OBJETO Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN. El objeto de la interpretación del acto jurídico no es la voluntad interna, haya sido ma-

[53] EMILIO BETTI. *El negocio jurídico*. Pág. 243.
[54] EMILIO BETTI. *El negocio jurídico*. Pág. 250.

nifestada o no, sino la declaración o el comportamiento, encuadrados en el marco de circunstancias que les confieren significado y valor, que comprenden tanto las negociaciones de que ha resultado la conclusión del acto jurídico, como la manera en que posteriormente se ha observado el acto celebrado. La interpretación fija el contenido y reconstruye el significado de las declaraciones y comportamientos. Tal significado lo deduce no tanto del tenor literal de las palabras y de los medios de expresión utilizados por las partes, sino también de las diferentes declaraciones y cláusulas, del fin práctico perseguido y del conjunto de circunstancias concomitantes.

"Objeto de interpretación no es el documento que pueda haber sido redactado sino la declaración documentada, no la fórmula que concluye el negocio sino el negocio en su totalidad, las varias cláusulas de que el acto consta y no lo que se encuentra fuera de ellas. El acto constituye un todo orgánico unitario, entre cuyas partes singulares —preliminares y conclusión— no es admisible una neta separación" [55].

En lo que dice relación con los métodos con los que opera y las directrices que siguen la interpretación, ésta "puede ser típica (clasificatoria) o individual (histórica); además, objetiva o subjetiva. La interpretación típica sigue el criterio de clasificar por tipos o clases las expresiones y los comportamientos, tomando en consideración el género de circunstancias en que se desarrollan y a las que responden, y a cada uno de tales tipos atribuye un significado constante, sin atender a la que puede haber sido efectiva opinión de las partes en el caso concreto. A las expresiones usadas la interpretación típica atribuye el significado normal, comúnmente admitido; aprecia el modo de comportarse de las partes en su valor típico según el "id quod plerumque accidit", siguiendo máximas de experiencia derivadas de los usos y costumbres sociales, teniendo en cuenta el nexo lógico con las circunstancias concomitantes, que igualmente son valoradas a la luz de los puntos de vista comunes. Por el contrario, la interpretación individual parte del criterio de considerar expresiones y comportamientos en su específica concreción y de atribuirles un significado adecuado en cuanto sea posible —o, de todas formas, no contradictorio— a las particulares situaciones y relaciones que en concreto existen entre las partes, operando con criterios interpretativos elásticos en relación a las circunstancias, aun las accidentales, del caso".

"Objetiva es la interpretación que —con cualquier criterio interpretativo adoptado, sea constante, o bien, elástico y contingente— se propone reconstruir el precepto del acto con el significado objetivo que adquiere para el ambiente y la conciencia social. Subjetiva es, en cambio, la interpretación que mira a atribuir al acto el significado que verosímilmente responda al particular entendimiento y a la intención de las partes mismas en el momento de su conclusión" [56].

[55] EMILIO BETTI. *El negocio jurídico*. Págs. 251 y 252.
[56] EMILIO BETTI. *El negocio jurídico*. Págs. 254 y 255.

5. INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS TESTAMENTARIOS. La interpretación de los actos jurídicos testamentarios tiene siempre como punto de partida la declaración del testador y debe proponerse "la tarea de indagar la real o probable intención de él, sin encontrar en la impropiedad de las expresiones usadas otro obstáculo que el que se derive de una verdadera repugnancia lógica. Aquí, por tanto, criterio directivo de la interpretación es el pensamiento del disponente, aunque no se halle adecuadamente expresado en la declaración, con tal que tenga en ella un apoyo, y pueda apreciarse por circunstancias exteriormente perceptibles, mediante deducciones dictadas por la común experiencia".

"Además, la interpretación es aquí, en su método, tendencialmente individual antes que típica; debe descubrir en las expresiones y comportamientos el significado más conforme al modo de ver personal del disponente, tal como se deduce de su cultura, sus hábitos y de las circunstancias accidentales del caso, aunque sean contrarias a ideas comunes" [57].

V. CONFLICTO, ANTINOMIA O CONCURSO DE NORMAS JURIDICAS

1. CONCEPTO. El conflicto, antinomia o concurso de normas jurídicas se presenta cuando existen varias normas jurídicas y ellas son contradictorias entre sí.

Dos normas son contradictorias entre sí cuando, poseyendo los mismos ámbitos de validez, una afirma y la otra niega el deber jurídico de una determinada conducta.

Los ámbitos de validez de las normas jurídicas son: personal, espacial, temporal y material.

a) Ambito de validez personal son los sujetos a quienes la norma jurídica va dirigida;

b) Ambito de validez espacial es el territorio donde debe aplicarse la norma jurídica;

c) Ambito de validez temporal es el período de tiempo durante el cual tiene vigencia la norma jurídica; y

d) Ambito de validez material es aquello que, de acuerdo con la norma jurídica, debe ser hecho por el destinatario.

Es necesario para que exista contradicción entre normas jurídicas que posean el mismo ámbito de validez que unas afirmen y otras nieguen un determinado deber de conducta.

2. CONFLICTO APARENTE DE NORMAS JURÍDICAS. Cuando se interpretan las normas jurídicas y se llega a la conclusión que sólo en apariencia existía antinomia entre dos normas porque los ámbitos de aplicación eran diversos, estamos en presencia de un "concurso apa-

[57] EMILIO BETTI. *El negocio jurídico*. Pág. 268.

rente de normas". En tal hipótesis regirá sólo aquella disposición que corresponda al ámbito de validez determinado.

3. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. Si existen dos normas de igual ámbito de validez, pero una es general y otra especial, prima la norma especial. Al efecto el Código Civil de Chile establece que "las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición" (artículo 13).

4. PRINCIPIOS LÓGICOS APLICABLES EN LOS CONFLICTOS DE NORMAS JURÍDICAS. En los conflictos de normas jurídicas es posible aplicar los principios lógicos de contradicción y de tercero excluido.

a) "El principio general de contradicción, en el orden lógico, enseña que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. El principio jurídico dice: dos normas de derecho contradictorias no pueden ser válidas ambas. Las dos proposiciones refiérense a juicios; pero éstos son, en un caso, enunciativos, y en el otro, normativos. Validez y carencia de validez son a las normas lo que verdad y falsedad a los juicios existenciales. Las normas son o no son válidas; de las enunciaciones decimos que son verdaderas o falsas. Y así como se afirma que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos, relativamente a normas que se contradicen declárase que no pueden tener validez las dos" [58].

b) "Como el principio de contradicción, el de tercero excluido se refiere a dos juicios opuestos contradictoriamente. Pero mientras aquél, en su forma general, afirmaba de tales juicios que no pueden ser verdaderos ambos, el de tercero excluido enseña que, cuando dos juicios se contradicen, no pueden ser ambos falsos. Con esto, el principio afirma, al propio tiempo, que necesariamente uno de los dos es verdadero. Finalmente, declara en forma hipotética: "Si uno de los dos juicios opuestos contradictoriamente es falso, el otro será necesariamente verdadero"; por consiguiente, si el juicio "S es P" es falso, el juicio "S no es P" será necesariamente verdadero".

"El principio jurídico de tercero excluido formúlase así: "Cuando dos normas de Derecho se contradicen, no pueden ambas carecer de validez". Por tanto, una de ellas tiene que ser válida. En otros términos: si una de las dos carece de validez, la otra será necesariamente válida. Y como para que haya oposición contradictoria es preciso que uno de los preceptos prohíba lo que el otro permite, podemos decir también: cuando, en condiciones iguales de espacio y tiempo, una norma prohíbe a un sujeto la misma conducta que otra le permite, una de las dos carece "a fortiori" de validez. Pero el principio de tercero excluido no dice cuál es válida, ni da la pauta para la solución de este problema. De manera análoga, el de contradicción afirma que dos preceptos contradictoriamente opuestos no pueden ser válidos ambos, mas no indica cuál carece de este atributo".

[58] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción a la Lógica Jurídica*. Pág. 27.

"De acuerdo con la interpretación psicologista, el principio jurídico de tercero excluido tendría que expresarse de este modo: "Es imposible que el hombre niegue simultáneamente la fuerza obligatoria de dos normas que se contradicen". Aun admitiendo que nadie pudiese, a un tiempo, negar validez a dos preceptos contradictoriamente opuestos, el aserto anterior no tendría el carácter de un principio supremo de la lógica jurídica. Ya hemos dicho que los de esta clase sólo pueden referirse a juicios, y que su verdad no depende de lo que ocurra o pueda ocurrir en el orden del pensar".

"El principio tampoco debe concebirse como mandato o exigencia. No prohíbe que neguemos simultáneamente la validez de dos preceptos contradictoriamente opuestos; sólo expresa la imposibilidad de que ambos carezcan de fuerza obligatoria. El precepto: "Debes negarte a admitir que normas contradictorias carezcan ambas de validez" es utilizable como regla técnica, pero no es un principio lógico, al menos en esta forma imperativa".

"El principio de tercero excluido no constituye una duplicación superflua del estudiado en la sección anterior. Los dos principios difieren no solamente por su sentido, sino en razón de su fundamento, y ninguno de ellos puede deducirse del otro. El primero afirma que de dos normas contradictoriamente opuestas, una tiene necesariamente que carecer de validez. Pero no dice que, si una de ellas no es válida, la otra no puede dejar de serlo. Esto es precisamente lo que declara el principio de exclusión del medio. Expresado en distinta forma: el de contradicción no indica si es posible o imposible que los preceptos contradictorios carezcan entrambos de validez. La afirmación de tal imposibilidad corresponde al otro principio. Y a la inversa: el de tercero excluido enseña únicamente que, de dos normas que se contradicen, una tiene que ser válida. Pero no dice que la otra no puede ostentar tal atributo. Este aserto incumbe al principio de contradicción" [59].

5. CONFLICTO ENTRE NORMAS JURÍDICAS PROVENIENTES DE FUENTES DIFERENTES. Analizaremos los casos más importantes:

a) En un conflicto entre normas jurídicas de una ley y de un contrato, predomina la norma legal.

b) En un conflicto entre normas jurídicas de una ley y de una sentencia, predomina la norma legal.

c) En un conflicto entre normas jurídicas de una ley o de una costumbre, predomina la norma legal.

6. CONFLICTO ENTRE NORMAS JURÍDICAS PROVENIENTES DE LA MISMA FUENTE. Para resolver los conflictos entre normas legales debe establecerse si son de igual o de distinta jerarquía y la antigüedad de ellas:

[59] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción a la Lógica Jurídica*. Págs. 38 a 41.

a) Si las normas legales son de igual jerarquía la norma más nueva deroga a la más antigua.

b) Si las normas legales son de igual jerarquía y fecha, prevalece la que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

c) Si las normas legales son de distinta jerarquía, prevalece siempre la de mayor jerarquía.

VI. LAS LAGUNAS DEL DERECHO

1. CONCEPTO. Se denomina lagunas a las hipótesis no previstas por el legislador, es decir a aquellos espacios vacíos que éste ha dejado en la ley por olvido, imprevisión o imposibilidad de imaginarlos, habiendo debido regularlos.

"Las lagunas son insuficiencias del Derecho positivo (del Derecho legal o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complemente el Derecho" [60].

2. CASOS DE LAGUNAS DEL DERECHO. Los autores señalan, entre otros, los siguientes casos de lagunas del Derecho:

a) *Falta de ley.* El legislador no puede prever todas las situaciones o conductas posibles porque el progreso social, científico y tecnológico trae consigo nuevas hipótesis para las cuales no pueden existir normas aplicables.

En tales casos, si bien hay un vacío de la ley, éste deberá salvarse por la acción de los órganos legislativos.

b) *Ley en blanco.* Las leyes en blanco son aquellas que entregan a otra instancia la facultad de establecer las consecuencias jurídicas de determinadas hipótesis. Ejemplo de ellas es el artículo 20 de la Constitución Política de Chile que establece que "todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente". Han transcurrido 50 años de la promulgación de la Constitución y la referida ley aún no ha sido dictada.

Estas leyes no pasan de ser normas meramente declarativas.

En nuestro concepto los dos casos anteriores son sólo lagunas aparentes, pero no lagunas efectivas.

c) *Insuficiencias de la ley.* Este caso se presenta cuando existe una ley que prevé determinadas consecuencias para ciertas hipótesis y el juez se encuentra con hechos que no coinciden plenamente con

[60] KARL ENGISCH. *Introducción al pensamiento jurídico.* Pág. 174.

las hipótesis legisladas, pero que son semejantes y el magistrado considera que en justicia corresponde aplicar las mismas consecuencias.

d) *La ley injusta.* "Si la norma formulada para reglamentar una determinada situación es injusta, hay allí una omisión de regulación, pues el sistema jurídico está faltando a su función propia. En efecto, la esencia del orden jurídico es la de brindar regulación, pero no cualquier regulación, sino aquella que refleje en su contenido el valor justicia. Es esta adecuación a la justicia la que concede el carácter jurídico a las normas, y que, por ende, permite distinguir lo que es una ordenación conforme a Derecho de lo que es sólo una disposición arbitraria que se presenta en un continente formalmente correcto, pero que, en verdad, está privada de legitimidad. Desde este punto de vista que rechaza como carente de juridicidad a las normas vigentes, es que postulamos al precepto injusto como causal final o última de las lagunas" [61].

3. DIFERENTES TEORÍAS. En relación con el problema de las lagunas del Derecho existen diversas teorías:

A) *Teoría del realismo ingenuo.* "Afirma la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico e invoca como explicación suficiente las limitaciones naturales de la inteligencia humana y la riqueza creadora de la vida, de manera tal que por grandes que sean la sabiduría y la precisión del legislador, siempre aparecerán en la vida casos imprevistos que hagan patente la insuficiencia de la ley, porque la vida es, en realidad, fuente inagotable de situaciones nuevas" [62].

B) *Teoría pragmática.* De acuerdo con esta teoría existen lagunas en el Derecho, pero debe procederse como si no las hubiere. Nicolás Coviello argumenta al respecto: "Ninguna legislación, por comprensiva que sea, puede prever todos los casos posibles de la vida, especialmente los futuros. Y en este sentido puede decirse que hay lagunas en todo sistema legislativo. Mas, por otra parte, siendo toda legislación un conjunto de normas que tienen entre sí una conexión íntima, aunque no siempre aparente, dada la unidad del fin que es el ordenamiento de las actividades humanas y la unidad de la idea fundamental, que es la de la justicia, dicha legislación puede considerarse como un organismo que tiene fuerza propia, si bien latente, de expansión y de adaptación. La que, bien utilizada, puede servir para regular todas las relaciones sociales, aún las no previstas por el legislador. En este sentido podemos decir que no hay lagunas en la ley" [63].

[61] JAIME SEPÚLVEDA OSSES. *Las lagunas en el ordenamiento jurídico.* Págs. 98 y 99.

[62] CARLOS COSSIO. *Las lagunas del derecho.* Pág. 5.

[63] NICOLÁS COVIELLO. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 92.

C) *Teoría ecléctica.* Eduardo García Maynez sostiene que el Derecho carece de lagunas, pero que la ley las tiene necesariamente [64]. Esta teoría afirma que Derecho y ley no son términos sinónimos, pues el Derecho es más que la ley. El Derecho tiene principios generales que no son de orden legal como es, por ejemplo, el postulado de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido. La ley, aisladamente, puede contener numerosos vacíos, junto a las imperfecciones del legislador o a la variedad de posibilidades que encierra la vida real. En cambio el Derecho no tiene vacíos porque sus principios generales, su orientación y su finalidad prevén toda la vida del hombre en sociedad.

D) *Teoría del empirismo científico.* Niega la existencia de lagunas en el Derecho y demuestra esta tesis mediante una interferencia inductiva que parte de las normas generales contenidas en el ordenamiento jurídico. Esta teoría fue enunciada por Ernesto Zitelmann (1852-1923) [65] y llevada a su madurez por Donato Donati (1883-1950) [66]. Ambos advirtieron que en el Derecho todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; pero mientras Zitelmann vio en esto una norma general, fundamental, negativa, que se sobreentiende por sí misma, sin necesidad de expresarla y que no establece consecuencias jurídicas de ninguna especie sobre las acciones a que se refiere, Donati, en cambio, vio en ella una norma que integra el ordenamiento jurídico en un pie de igualdad con las otras normas y con su misma positividad y que es positiva porque su consecuencia jurídica consiste en una obligación de no hacer por parte de los demás, ligada a la libertad del sujeto actuante.

Esta teoría afirma que "no se puede distinguir entre lagunas de las leyes y lagunas del ordenamiento jurídico, pues decir lo uno es decir lo otro, y viceversa, puesto que una vez afirmada la existencia de lagunas en la legislación, ya no es posible ponerse la cuestión de si existen lagunas en el ordenamiento jurídico: la existencia de éstas está ya afirmada al afirmarse la existencia de lagunas en la legislación" [67].

Para Donati no existen lagunas en el ordenamiento jurídico porque éste está compuesto por una pluralidad de normas yuxtapuestas que contemplan todos los casos: si el caso particular no cae dentro de una norma enunciada o de su extensión analógica, cae bajo la norma periférica e inferida que, como una más, integra la suma de normas que constituyen el ordenamiento jurídico.

[64] Eduardo García Maynez. *Introducción al Estudio del Derecho.* Pág. 362.
[65] Ernesto Zitelmann. *Las lagunas del Derecho.*
[66] Donato Donati. *Il problema delle lacune dell' ordinamento giurídico.*
[67] Donato Donati. *Il problema delle lacune dell' ordinamento giurídico.* Pág. 31.

E) *Teoría del apriorismo filosófico.* Esta teoría, enunciada por Carlos Cossio [68], sostiene que no hay lagunas en el ordenamiento jurídico. "Nuestra tesis puede plantearse diciendo que no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces. Ella parte, en efecto, del hecho que los jueces dictan sentencia tanto en los casos no previstos como en los previstos y, en ambas circunstancias, la dictan de la misma manera: pues no porque el caso sea imprevisto, el juez pospone indefinidamente su resolución ni les dice a los litigantes: "Señores, vuelvan con el litigio a sus casas que yo no tengo medios para resolverlo". Y no se crea que decir que no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces, es una verdad de perogrullo o la simple verificación empírica de un hecho que no sale de sí mismo. Por el contrario, profundizándolo en tres direcciones nos entrega la solución de nuestro problema" [69]:

1) El juez debe juzgar siempre. Esta es una evidencia que se verifica en los hechos y una verdad de razón; el juez debe juzgar siempre porque es juez, es decir, porque esa es su ontología. El juez está dentro y no fuera del Derecho; su actividad integra el ordenamiento jurídico;

2) Ningún caso judicial cae fuera del ordenamiento jurídico, por la sencilla razón de que no hay partes fuera del todo; y

3) La noción de ordenamiento jurídico es una estructura lógica y para precisar de qué es estructura, es necesaria una investigación ontológica.

F) *Teoría Pura del Derecho.* Hans Kelsen afirma que el Derecho no tiene lagunas y, al respecto, distingue entre las lagunas lógicas y las lagunas técnicas y razona de la siguiente manera:

"a) Las lagunas lógicas. Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del Derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el Derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el Derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación".

"Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el Derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el Derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla gene-

[68] CARLOS COSSIO. *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley.*

[69] CARLOS COSSIO. *Las lagunas del Derecho.* Pág. 35.

ral según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el Derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el Derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio".

"Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del Derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el Derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del Derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el Derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El Derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el Derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el Derecho positivo y otro Derecho considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos Derechos hace aparecer una insuficiencia del Derecho positivo".

"En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Esta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el Derecho. Si en apariencia se completa el Derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un Derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa; por ejemplo, cuando se trata de una norma consuetudinaria que por definición no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo"

"b) Las lagunas técnicas. Además de las lagunas lógicas se

habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el Derecho positivo y el Derecho deseado, o bien aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco".

"Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa".

"En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral".

"Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Este debe ser elegido por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que en ausencia de un presidente todo otro modo de convocatoria esté permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aun cuando éste no existe. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria, ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede

encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido" [70].

G) *Una tentativa de visión integral.* Esta posición la expone el profesor chileno Jaime Sepúlveda Osses [71].

El desarrolla lo que denomina un planteamiento integral del problema de las lagunas. A su juicio, ese problema está constituido no sólo por la estricta ausencia de regulación sino que, junto al vacío está otro elemento que con él constituye la dificultad en plenitud. Tal es, señala, la actitud debida por el juez ante la presencia de lagunas. Esa actitud determina las proporciones del problema, puesto que éste será mayor o menor según se concluya respecto a lo facultativo u obligatorio del actuar integrador del juez. Por ello, dice, "se trata de un problema bimembre, de dos componentes, de distintos caracteres y contenidos, pero similares en su relevancia para constituir la dificultad" [72].

Este problema integral tiene, entonces, según su denominación, dos miembros o componentes: el primero lo constituye la existencia de lagunas y su génesis. En su tratamiento expone otra de sus tesis originales, expresando que la doctrina yerra cuando estima que hay varios tipos o formas o casos de lagunas. Piensa que sólo hay uno: la ausencia de regulación en el sistema positivo para un caso que la requiere. Todos los demás son causas. Y le da entonces al tema, por este prisma nuestro, un tratamiento diferente. Ofrece lo que llama estructura de la determinación causal de las lagunas. En ella analiza ese proceso causal desde sus causas más lejanas hasta la misma omisión de regulación que es el efecto.

Esa estructura la conforman distintos tramos, a saber:

A) *Las causas remotas o mediatas*

Estas causas que actúan a la distancia sobre las lagunas son su fundamento más lejano. Tales son:

a) La riqueza de la realidad que supera la limitada capacidad de previsión del legislador;

b) El formalismo necesario al ordenamiento jurídico positivo; y

c) La imperfecta dictación de normas por el legislador.

B) *Causas próximas o inmediatas*

Las causas remotas tienen como efecto propio el dar lugar a las causas próximas. El examen de éstas lo practica Sepúlveda refiriéndolas al efecto que a su vez provocan. Es decir, presenta las causas próximas en relación con las causas finales o últimas, que, a su juicio, son dos: el caso no previsto y el precepto injusto. Esto no altera el

[70] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Págs. 172 a 176.

[71] JAIME SEPÚLVEDA OSSES. *Las Lagunas en el Ordenamiento Jurídico.*

[72] JAIME SEPÚLVEDA OSSES. *Las Lagunas en el Ordenamiento Jurídico.* Pág. 88.

orden causal, sino que es un modo de sistematizar, facilitando la comprensión.

Luego desarrolla Sepúlveda:

a) Las causas próximas o inmediatas que determinan el caso no previsto como causa final o última de lagunas.

Estima cuatro fundamentales:

I. La novedad absoluta del caso.

Por no existir la situación que precisa regulación a la época de dictación de las normas, éstas no lo contemplan, generándose allí un caso no previsto.

II. La situación existe, pero el legislador no le da prescripción, porque:

a) Piensa que no la requiere, dado que no da lugar a conflicto jurídico alguno.

b) Cree que necesitándola ya tiene regulación en virtud de alguna otra norma.

c) Ignora, desconoce la situación.

III. El legislador da una ordenación al respecto, pero ésta tampoco constituye previsión suficiente porque:

a) La disposición es a tal punto defectuosa, en forma o en contenido, que no puede aplicarse de ninguna manera al caso al que se refiere.

b) Entre las normas que se entregan para resolver el asunto se da una contradicción insuperable.

IV. El legislador da sólo una orientación general quedando un momento indeterminado, en que se echa de menos una norma indispensable para la aplicación de esa ordenación.

b) Las causas próximas o inmediatas que determinan al precepto injusto como causa final o última de lagunas.

La injusticia de un precepto puede obedecer a dos razones:

I. La regla contiene en lo esencial una solución justa, pero cae en el disvalor al aplicarse a un cierto y determinado caso. (v. gr. el homicidio y la legítima defensa).

II. El precepto no peca de generalidad, sino que se ha formulado especialmente para el caso, y es, sin embargo, injusto. Tal cosa puede darse porque:

a) El legislador yerra en la consideración de los hechos y/o del Derecho, dictando una norma que tendría un contenido justo a no mediar esa equivocación.

b) El legislador tiene una defectuosa concepción de lo justo y conforme a ella es que dicta el precepto que se critica.

C) *Causas finales o últimas*

Estas son el fundamento más inmediato de la lagunas:

a) El caso no previsto como causa final o última.

Los propios términos de Sepúlveda sintetizan esta concepción: "Hay que advertir que, por no estar la regla en el tejido jurídico se ha

producido allí una laguna. Vale decir, la falta de la norma, su ausencia, la no previsión del caso, en última instancia, ha dado lugar a la omisión, a la laguna. Ha sido entonces su causa y ésta su efecto".

b) El precepto injusto como causa final o última.

Para el profesor Sepúlveda la adecuación a la justicia es lo que confiere carácter jurídico a las normas, y, si esa correspondencia falta, no hay normas jurídicas, aunque se presente en un continente formalmente correcto.

Se ocupa él mismo de despejar las reservas que su aserto pueda suscitar: "La posición que sustentamos no se ve afectada por las interrogantes que, centradas especialmente en su relación con la Seguridad Jurídica, se le puedan hacer. La Seguridad Jurídica no puede afectarse con este postulado que hacemos en el plano de lo dogmático. Nuestra concepción presupone la calidad de injusta de la norma, se le atribuye a priori y de plano, para demostrar su relación causal con las lagunas. Más aún, creemos que la Seguridad Jurídica se fortalece con la denuncia de aquellas situaciones en que el Derecho no ha dado estrictamente regulación, sino una apariencia de ella, puesto que así podrá proveer los medios para llegar hasta ellas y conferirles también su amparo" [73].

Pero, y en todo caso, salvada la intangibilidad de su concepción, se hace cargo de la dificultad de calificar adecuadamente un precepto injusto, y ofrece entonces una ruta de razonamiento para alcanzar la mayor certeza en esa difícil identificación; "hemos discurrido un camino de esta especie, en que intentamos que la conclusión de injusticia respecto de una norma tenga no sólo el respaldo de la intuición del Juez sino la correspondencia objetiva de ese pálpito en el sistema jurídico en que se contempla la regla" [74].

Infortunadamente, por la necesaria brevedad de este resumen, tenemos que omitir el desarrollo de ese camino propuesto, destacando, eso sí, que disfruta de una cohesión y organicidad que lo constituye en interesante alternativa en este difícil punto doctrinario.

Las causas finales traen, por último, hasta el efecto, que es la ausencia de regulación, la laguna.

El segundo miembro o componente del problema integral lo constituye la actitud del juez.

Para Sepúlveda el actuar integrador es ineludible para el juez. Por ello, entonces, es un elemento que siempre deberá oponerse a las lagunas incidiendo en la magnitud de la dificultad.

Buscando el fundamento del carácter indeclinable de la labor de integración, pasa revista a las exigencias que sobre el juzgador actúan. Examina así:

A) La exigencia de superar las lagunas originada en la realidad que el ordenamiento positivo debe regular.

[73] JAIME SEPÚLVEDA OSSES. *Las lagunas en el Ordenamiento Jurídico.* Págs. 100 y 101.

[74] JAIME SEPÚLVEDA OSSES. *Las lagunas en el Ordenamiento Jurídico.* Pág. 102.

No la estima una exigencia ineludible; "la realidad fáctica que la constituye no puede dar lugar a un imperativo de esta especie. En efecto, las fluctuaciones de hecho en el apremio hacen también oscilar la magnitud de la obligación" [75].

B) Las exigencias originadas en el ordenamiento jurídico.

Aquí distingue:

a) La exigencia fundamentada en la normatividad positiva.

Tampoco la estima decisiva atendido que esa positivación de la obligación integradora puede ser deficiente o, incluso, inexistente.

b) La exigencia originada en la naturaleza plena del Derecho.

Este es, en definitiva, el fundamento último e insoslayable de la obligación de colmar las lagunas por el juez. Siendo el ordenamiento jurídico en su esencia regulación y estando su naturaleza ordenada al cumplimiento de ese fin primordial, carga impuesta en el plano del deber ser y, por tanto, no afectada por las variaciones fácticas, se demuestra lo indeclinable de la función integradora del juzgador.

El profesor Sepúlveda, cerrando su construcción, expresa que este es su enunciado integral del problema de las lagunas y concluye su concepción sobre el tema manifestando que a la omisión de regulación se estará oponiendo siempre la actitud integradora del juez. El primer componente, la laguna, es la voz de alarma, el fundamento originario de la dificultad, pero no toda ella. El segundo, la actitud debida por el juez, determina las proporciones de esa dificultad comprometiendo al todo del ordenamiento jurídico en su superación.

4. Procedimientos de integración. "Cuando el juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas interpretativas son impotentes para ofrecerle la pauta de solución que busca, tiene, para cumplir su misión específica, que formular la norma aplicable al caso o, lo que es lo mismo, debe dejar de ser intérprete para asumir un papel muy semejante al del legislador".

"Lo primero que el intérprete ha de investigar es si en el ordenamiento legal a que se halla sometido existen o no reglas generales de integración. Si existen, deberá sujetarse a ellas; en el caso opuesto, habrá de aplicar los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda. Lo dicho demuestra que no es indispensable que en un ordenamiento figuren aquellas reglas, para que la tarea jurisdiccional pueda cumplirse. Como el juez tiene en todo caso el deber de resolver las contiendas, dentro del ámbito de sus atribuciones, la insuficiencia de la ley no puede relevarlo de tal obligación" [76].

Como expresa Carlos Cossio, "el juez debe juzgar siempre porque es juez, es decir, porque esa es su ontología... Es un pensamiento contradictorio suponer que el juez no debe juzgar y que sigue siendo juez, porque ser juez consiste en deber juzgar. Este es su ser" [76a].

[75] Jaime Sepúlveda. *Las lagunas en el ordenamiento jurídico*. Pág. 110.
[76] Eduardo García Maynez. *Introducción al Estudio del Derecho*. Pág. 366.
[76 a)] Carlos Cossio. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Pág. 59.

A continuación estudiaremos los métodos de integración más importantes, que son: la analogía jurídica, los principios generales del derecho y la equidad.

A) *La analogía jurídica.*

a) *La analogía lógica y la analogía jurídica.* "El procedimiento para analogía es el medio principal para llegar a la fuerza orgánica y latente del derecho, y disciplinar así los casos no expresamente contemplados, consistente en la decisión de una controversia no decidida por la ley, argumentando con el espíritu de la misma sobre la base de la semejanza de la relación no considerada con otra que sí lo ha sido".

"El fundamento de la analogía no está en la presunción de la voluntad del legislador, que si hubiese previsto un caso determinado, lo habría regulado de una manera cierta; es, más bien, el principio sumo de la igualdad jurídica, el cual exige que casos semejantes deben ser disciplinados por normas semejantes" [77].

Como expresa Eduardo García Maynez, "los estudios modernos sobre el papel que la analogía juega en el derecho demuestran que no se trata de un procedimiento puramente lógico, ya que en él intervienen siempre juicios de valor. Es necesario, en consecuencia, señalar en primer término en qué consiste la analogía desde el punto de vista de la lógica, para indicar luego qué significación tiene en la esfera jurídica". Y luego agrega: "Los preceptos legales constan de dos partes: el supuesto y la disposición. El primero es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de determinadas consecuencias de derecho. La segunda expresa qué consecuencias normativas se encuentran enlazadas a la realización del supuesto".

"Cuando en los supuestos de dos proposiciones jurídicas existen algunos elementos comunes, cabe afirmar que son análogas. Y en este caso estamos en presencia de una analogía de supuestos".

Si, por el contrario, los elementos comunes se encuentran en la segunda parte de dos disposiciones jurídicas, la analogía que entre ellas existe es de disposiciones".

"Para explicar el funcionamiento de la aplicación analógica en el campo del Derecho, no basta con examinar la analogía de normas. Hay que tomar en cuenta, asimismo, la de situaciones" [78].

"La analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial. La conclusión que de lo anterior se infiere

[77] NICOLÁS COVIELLO. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 93.

[78] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho.* Págs. 367 y 368.

es que no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto legal a un caso no previsto, sino de creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes".

"Hasta ahora hemos explicado el mecanismo lógico del razonamiento de analogía. Mas ya indicamos que la analogía jurídica o, mejor dicho, el razonamiento jurídico por analogía, supone un previo juicio de valor sobre las dos situaciones de hecho, la prevista y la imprevista. Lo que justifica la aplicación de la disposición de una ley a un caso no previsto en su supuesto no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver una y otra del mismo modo. Ahora bien: decidir si dos hechos deben producir las mismas consecuencias de Derecho no es problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquéllos" [79].

En concepto de Carlos Cossio, "la analogía jurídica no radica en la identidad de razón y la afinidad de hecho de los términos correlacionados, ni del ascenso de lo singular a su género para luego descender de éste a otro singular: todo esto es analogía lógica. La analogía jurídica establece la justicia de un igual trato para dos casos esencialmente iguales: es decir, establece la justicia de la igualdad, lo que, sin duda, es un juicio de valor sobre el proceder de la razón cuando la referencia normativa incide sobre este proceder. Y este juicio de valor es lo que da sentido jurídico a la analogía lógica involucrada en una norma. Se habla, pues, de analogía jurídica cada vez que está como fundamento este juicio de valor. Es así que la analogía jurídica sólo es una estimación de la analogía lógica, o, acaso, del raciocinio en general, en la tesis muy atendible de que la analogía siempre es lógicamente o inducción o deducción..." [80].

"Con la analogía el legislador únicamente señala o indica los contenidos axiológicos que en primer término han de ser tenidos en cuenta por la interpretación judicial que consuma la sentencia en estos casos; y este cambio en la posición del problema encuentra su fundamento en la circunstancia de que la analogía ha sido valuada como justa, previamente, por el legislador" [81].

b) *Presupuestos de la analogía jurídica.* Según Nicolás Coviello, los presupuestos de la analogía jurídica son los siguientes: "1° Ante todo es necesario que se trate de un caso en que el legislador no ha previsto norma; si hubiere sido previsto, aunque no aparezca claramente comprendido en la letra de la ley, tiene lugar la interpretación extensiva; 2° La relación no contemplada, aunque diversa de las previstas, debe tener semejanza con alguna de ellas; debe tener un elemento de identidad; 3° Tal elemento de identidad no debe ser uno cualquiera,

[79] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho.* Págs. 368, 369 y 370.

[80] CARLOS COSSIO. *La plenitud del ordenamiento jurídico.* Págs. 221 a 223.

[81] CARLOS COSSIO. *La plenitud del ordenamiento jurídico.* Pág. 227.

sino aquel elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada" [82].

c) *La analogía jurídica en materia penal.* La analogía jurídica es inadmisible en materia penal. Los casos no contemplados no lo están tan sólo porque no se hayan previsto como delitos, sino porque se supone que el legislador no desea sancionarlos. Este es el denominado principio de reserva, que en Derecho Penal se traduce en el aforismo clásico "Nullum crimen, nulla poena sine lege" o en el más moderno de que no hay delito sin tipicidad; y que la Constitución Política de Chile reconoce al establecer que "nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio" (artículo 11).

No obstante lo expuesto, en Alemania, durante la dictadura de Adolfo Hitler, se creó un Derecho Penal voluntarista para una comunidad de raza y de sangre. El 28 de junio de 1935 se promulgó una ley que estableció que "será castigado quien cometa un acto declarado punible por la ley o que merezca sanción según el pensamiento fundamental de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo. Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al delito, éste será penado conforme a la ley cuyo pensamiento fundamental sea más exactamente aplicable".

En el Congreso de Berlín de 1935 el Ministro de Justicia del Tercer Reich proclamó que "la máxima no hay delito sin ley había sido reemplazada por esta otra: no hay delito sin pena" [83].

El principio interpretativo consignado en los trabajos preparatorios del Código Penal alemán era éste: "Las leyes penales deben ser interpretadas conforme a su espíritu y a su finalidad. Estos deben ser ilustrados a base de las manifestaciones del Führer, del sano sentimiento del pueblo y de los pensamientos jurídicos que constituyen la base de las leyes". Este sistema es inherente al nacionalsocialismo, en que las ideas de culpabilidad y de inocencia se inspiran en la salud del pueblo y en las necesidades racistas. La ley escrita es imperfecta y sólo constituye una guía práctica para el juez. La última decisión sobre lo jurídico y lo antijurídico no suele figurar en regla escrita alguna. Hay, pues, que permitir no sólo la analogía, sino la existencia de una fuente popular distinta a la ley" [84].

La analogía en materia penal, patrimonio de las dictaduras, es inadmisible.

d) *La analogía en el sistema socialista soviético.* En el sistema socialista soviético se entiende por analogía "la aplicación de una norma no al caso que en sus rasgos típicos encaja con la norma, sino a otro semejante. Pero como las ideas de semejanza o no semejanza pue-

[82] Nicolás Coviello. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 93.
[83] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 159.
[84] Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito.* Pág. 160.

den diferir de un funcionario a otro, la aplicación de la analogía de la ley en las normas jurídicas entraña el peligro de arbitrariedad e ilegalidad, incompatibles con el fortalecimiento de la legalidad socialista".

"Todavía mayor perjuicio para el fortalecimiento de la legalidad socialista puede representar en el Derecho Penal la admisión de la analogía del Derecho, que basa la solución de los asuntos en los principios generales de todo el sistema jurídico o de un determinado sector del Derecho. La aplicación de la analogía del Derecho ofrece el peligro de que se llegue a diversidad de opiniones y arbitrariedades en las conclusiones concretas que puedan hacer diferentes funcionarios acerca de los principios generales del Derecho socialista o de los principios de un campo concreto del Derecho".

"Por eso, es totalmente inadmisible, a la luz de los postulados de la legalidad socialista, recurrir a la supuesta analogía del Derecho en los casos en que pudiera caber responsabilidad criminal o administrativa" [85].

B) *Los principios generales del Derecho*

a) *Concepto.* Mucho se ha discutido sobre el concepto de principios generales del Derecho. Según algunos, ellos son los principios del Derecho Natural o Racional; según otros, los universalmente admitidos por la ciencia jurídica; según otros, los del Derecho Romano; según otros, los del espíritu general de la legislación; y, según otros, los del ordenamiento jurídico positivo;

b) *Teorías iusnaturalistas.* Para Giorgio del Vecchio, "la fuente inagotable del Derecho está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser aprehendida por nuestra razón. Precisamente a esta fuente, que una tradición varias veces milenaria ha llamado Derecho Natural, es a la que el legislador tenía intención de referirse, cuando señala los principios generales del Derecho como el medio para superar las inevitables diferencias de sus prescripciones positivas" [86].

Comparte esta posición la mayoría de los autores que aceptan la existencia de un Derecho Natural, ideal o justo que sirva de fundamento al Derecho positivo.

Como expresa del Vecchio, "la escuela del Derecho Natural ha entendido y pretende esencialmente mantener la no arbitrariedad del Derecho, o sea la existencia de una relación necesaria entre la substancia intrínseca de las cosas y las respectivas reglas del Derecho...".

"En muchos casos, y especialmente cuando se trata de reconocer necesidades puramente lógicas o exigencias inmediatas de nuestro ser, los dictados del "jus naturae" o de las "naturalis ratio" se manifiestan al mismo tiempo como elementos del Derecho positivo, formando precisamente como el "substratum" de éste, que se conserva y transmite

[85] N. G. ALEXANDROV y otros. *Teoría del Estado y del Derecho.* Págs. 306 y 307.

[86] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho.* Pág. 343.

a través de sus diversas mutaciones. Que, por ejemplo, nadie pueda transmitir a otro más derechos que los que él mismo tiene; que a la fuerza sea lícito oponer la fuerza, y que, por tanto, todo hombre tiene la facultad de defenderse contra las agresiones de que sea objeto; que las utilidades de toda cosa deban corresponder a aquel sobre quien pesan las pérdidas; que nadie pueda enriquecerse injustamente en perjuicio de otro; éstas y otras muchas normas, procedentes de la razón jurídica natural, y en tal sentido afirmadas ya por los juristas romanos, representan al mismo tiempo principios informadores de las leyes vigentes, bien porque éstas los formulen expresamente o porque los presupongan como máximas implícitas o sobreentendidas sin las cuales muchas disposiciones particulares carecerían de sentido" [87].

Luis Legaz y Lacambra se pronuncia abiertamente por "la interpretación según la cual los principios generales del Derecho son principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta, o sea, principios de Derecho Natural. Pero en tanto que se hable de ellos no en un plano puramente filosófico-jurídico, sino en el de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que tales principios del Derecho Natural deben estar incorporados a la legislación positiva; de lo contrario, su validez ideal no será título suficiente para que puedan ser alegados como fuente de Derecho en el sentido, por ejemplo, del artículo 6º de nuestro Código Civil [88]. Pero su misión, como normas aplicables, no es rectificar, sino completar las determinaciones de los preceptos del derecho escrito y consuetudinario, de donde resulta la figura del orden jurídico como un todo herméticamente pleno. Por esto, no es preciso buscar esos principios en una razón jurídica distinta de la que inspiró al legislador, para corregir las determinaciones de éste, sino que el intérprete ha de investigarlos en la misma razón en la que el legislador bebió y así es como se comprobará la armonía entre los principios generales del Derecho y las restantes normas jurídicas" [89].

c) *Teorías positivistas.* Para Nicolás Coviello, los principios generales del Derecho "no pueden ser otros que los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción. De hecho pueden ser principios racionales superiores de ética social, y también principios de derecho romano admitidos universalmente por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano o científico, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo

[87] GIORGIO DEL VECCHIO. *Los principios generales del Derecho.* Págs. 113 a 115.

[88] El artículo 6º inciso 2º del Código Civil de España establece que "cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

[89] LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del Derecho.* Pág. 431.

de nuestro Derecho, y de este modo han llegado a ser principios de Derecho positivo vigente" [90].

Francisco Carnelutti afirma, también, que "los principios generales del Derecho no son algo que exista fuera del Derecho escrito, sino dentro del mismo, porque derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del Derecho escrito como el alcohol está dentro del vino; son el espíritu o la esencia de la ley. Por eso son principios del Derecho positivo y no del Derecho Natural o del Derecho histórico" [91].

d) *Teoría Romanista.* Esta teoría sostiene que en todos los países en los cuales existen ordenamientos jurídicos inspirados en el Derecho Romano hay una tradición fundada en un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la función del Derecho en la sociedad, la organización y operación apropiadas del sistema jurídico, el modo como el Derecho debe crearse, aplicarse y perfeccionarse, etc., todas las cuales se inspiran en el Derecho Romano y se expresan en reglas, máximas y aforismos jurídicos que son los auténticos principios generales del Derecho.

Ejemplos de estos aforismos jurídicos, representativos de los principios generales del Derecho, serían los siguientes:

La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo (Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi) [92].

Los preceptos del Derecho son: vivir honestamente, no dañar a nadie, y dar a cada uno lo que es suyo (juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere) [93].

—Se dice que se hizo públicamente lo que se hizo en presencia de muchos (Palam est coram pluribus) [94].

—Los que nacieron muertos, parece que no nacieron ni fueron procreados, porque nunca se pudieron llamar hijos (Qui mortui nascentur, neque nati, neque procreati videntur quia nunquam liberi apelari potuerunt) [95].

—La sentencia dictada en un pleito no perjudica a quien no ha sido parte en él (Res inter alios judicata alii non praejudicant) [96].

—Quien usa de su derecho a nadie perjudica (Nemo danmum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet) [97].

—Hay que respetar los pactos (Pacta sunt servanda) [98].

—El confeso se da por juzgado (Confessus pro judicato habetur) [99].

[90] Nicolás Coviello. *Doctrina General del Derecho Civil.* Pág. 98.
[91] Francisco Carnelutti. *Sistema de Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Págs. 120 y 121.
[92] Institutas de Justiniano. Libro I. Título I.
[93] Institutas de Justiniano. Libro I. Título I, 3.
[94] Digesto, Ulpiano. *Comentarios al Edicto* Libro XXI. D. 50, 16, 33.
[95] Digesto, Paulo 50, 16, 129. *Comentarios a la Ley Patria Popea.*
[96] Digesto, Ulpiano 48, 2, 7, 2.
[97] Digesto, Paulo 50, 17, 151.
[98] Codex 2, 3, 12.
[99] Digesto, Paulo 42, 2, 1.

—La cosa juzgada se tiene por verdad (Res judicata pro veritate habetur) [100].

—En la duda prevalece la equidad (Aequitas in dubio prevalet).

—Debe restringirse lo odioso y ampliarse lo favorable (Favorabilia sunt amplianda odiosa autem restringenda).

—Ningún interesado en acto o contrato puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio (Creditores accipere debemus eos qui aliquam actionem, vel civilem habent, sic tamen, ne exceptione submoveatur, vel honorariam actionem vel in factum) [101].

—Los contratos son ley para los contratantes (Contranctus ex conventione legem accipere dignoscuntur).

—Nadie está condenado a lo imposible (Ad imposibilia nemo tenetur).

—Nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro (Iure naturae aequum est nominem cum alterius dotrimento et injuria fieri locupletiorem) [102].

—En caso de duda hay que absolver al reo (In dubiis, reus est absolvendus).

—Corresponde probar al que afirma y no al que niega (Incumbit probatio qui dicit non qui negat).

—Nadie puede dar lo que no tiene (Nemo dat quod nom habet).

e) *Los principios generales del Derecho internacional.* El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que "la Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:... "c) los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (artículo 38).

De la génesis de esta disposición se desprende que "la comisión encargada de la redacción del estatuto comprendía por principios generales de Derecho los que ya han sido reconocidos "in foro domestico" por los pueblos civilizados, pues no se quería conceder al tribunal plena libertad en la determinación del derecho y vincularla en cambio, a principios jurídicos que han alcanzado ya una objetivación. Ahora bien: nada preciso se dice acerca de esta objetivación. De ahí que pueda tratarse, ya sea de principios concordantes que se encuentran en los ordenamientos jurídicos de los pueblos civilizados, ya sea de aquellos que les sirven de fundamento. Pero ha de tenerse en cuenta que el artículo 38 habla sólo de principios de Derecho y no de reglas de Derecho; de lo cual resulta que no se refiere a cualesquiera preceptos jurídicos de los distintos Estados que casualmente coincidan entre sí, sino única y exclusivamente a aquellos principios fundados en ideas jurídicas generales, aplicables a las relaciones entre Estados" [103].

[100] DIGESTO, ULPIANO 50, 17, 20.
[101] DIGESTO, ULPIANO, 44, 7, 42.
[102] DIGESTO, POMPONIO, 50, 17, 206.
[103] ALFRED VERDROSS. *Derecho Internacional Público.* Pág. 124.

C) *La equidad*

a) *Concepto.* La equidad es la justicia del caso particular. Al respecto escribió Aristóteles: "Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo ambos buenos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley por esto no es menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirla y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como el mismo lo haría si estuviera presente, es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Por lo tanto lo equitativo es también justo y, vale más que lo justo en ciertas circunstancias..." [104].

Santo Tomás se refirió también a la equidad explicando que "lo equitativo es una clase de lo justo y mejor que otras especies de lo mismo, es mejor que lo justo legal, pero está contenido bajo lo justo natural. En ciertas cosas, no es posible que se diga algo que sea verdadero universalmente, como en las cosas contingentes, en las que, aunque algo sea verdad en la mayoría de los casos, en algunos pocos, sin embargo, no lo es. Y tales son los hechos humanos, sobre los cuales se dan las leyes. La falta no proviene de la ley, pues fue estatuida razonablemente, ni tampoco por parte del legislador, que habló según la condición de la materia, sino que la falta proviene de la naturaleza del asunto. Pues tal es la materia de las cosas operables humanas, que no guardan universalmente el mismo modo, sino que en algunos pocos casos cambian" [105].

En otra parte escribe Santo Tomás que "en ciertos casos es malo seguir la ley constituida. Mas es bueno, dejando a un lado las palabras de la ley, seguir lo que piden la razón de justicia y la utilidad común. Y a esto se ordena la equidad [106]. Además, afirma Santo Tomás, "el

[104] ARISTÓTELES. *Etica a Nicómaco.* Libro V. Capítulo X.
[105] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica.* II-II, c. 120, art. 1º.
[106] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentario a la Etica a Nicómaco de Aristóteles.* 1085.

que en caso de necesidad obra fuera de las palabras de la ley no juzga de la ley misma sino del caso singular en el cual ve que no debe observarse la ley literalmente" [107].

b) *Importancia.* En la actualidad, en casi todos los ordenamientos jurídicos se percibe un retorno a la equidad. "Un siglo de legalismo y de justicia puramente formalista ha mostrado los serios inconvenientes que le son consustanciales; por eso han surgido en esta época diversos movimientos enderezados contra la rigidez del imperio de la norma genérica y abstracta y en favor de la consideración de los elementos individualísimos que definen cada caso como una entidad irreductible a las demás" [108].

"Todo el movimiento de ideas que se agrupa hoy bajo las banderas de la Escuela del Derecho libre, de la teoría sociológica del Derecho y de la jurisprudencia de intereses, ha logrado abrir a la equidad los ventanales de la interpretación y la aplicación del Derecho al proclamar, como canon fundamental, que el juez debe investigar minuciosamente las circunstancias y situaciones sociales, que son como el subsuelo del caso jurídico sometido a su consideración, y para poder juzgar adecuadamente todas estas particularidades debe gozar, frente a las reglas del Derecho, de la mayor libertad posible" [109].

c) *La equidad y los principios generales del Derecho.* El problema de las relaciones existentes entre la equidad y los principios generales del Derecho ha sido muy debatido. Hay quienes afirman que la equidad es uno de los principios generales del Derecho; y otros niegan la posibilidad de identificar la equidad con los principios generales del Derecho.

Según Eduardo García Maynez, "sea cual fuere la posición que se adopte frente al problema, creemos que en cualquier caso debe la equidad ser considerada como un principio general de Derecho, y, en realidad, como el primero de ellos o el supremo, ya que sirve de base a todos los otros. Pues si se hace una interpretación positivista de la expresión "principios generales de Derecho" y se sostiene que, para llegar al establecimiento de los mismos, tiene el juez que elevarse por inducción hasta las normas más abstractas que sea posible obtener, partiendo del estudio de la rica multiplicidad de las disposiciones del Derecho positivo, habrá que admitir que en el fondo de todas éstas late el anhelo —logrado o no— que sus autores tuvieron, de hacer de las mismas preceptos justos. Todo derecho positivo representa, como dice muy bien Gustavo Radbruch, "un ensayo, desgraciado o feliz, de realización de la justicia". Si esto es así, si la norma que manda al legislador hacer leyes justas y buenas, es la expresión del primero de los deberes de aquél, no puede decirse que la equidad difiera radical-

[107] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica.* I-II, c. 46, artículo 4º.
[108] LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del Derecho.* Pág. 464.
[109] JOSÉ CASTAN TEBERÍAS. *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad.* Pág. 150.

mente de los principios generales del Derecho. Tales principios han de ser justos; pero ser justo es también, para el legislador, un principio, el primer principio de acción".

"El hecho de que la norma que ordena hacer leyes justas y dictar fallos equitativos sea la suprema norma, el más elevado principio, no nos autoriza para negar que dicha norma sea, a su vez, un principio general".

"Si se interpreta a la luz de la doctrina del Derecho natural el término que discutimos, la conclusión tendrá que ser la misma. En ambos supuestos, su conciencia valorativa indicará al juzgador que, sin olvidar las exigencias de la seguridad jurídica, ni oponerse a las disposiciones de la legislación vigente, debe acatar el principio que le ordena ser justo en el caso singular y que, substancialmente, en nada difiera del que manda al legislador ser justo cuando legisla" [110].

5. SOLUCIÓN DEL DERECHO SUIZO. El Código Civil Suizo de 1907 soluciona el problema de la integración de las lagunas legales estableciendo que "la ley rige todas las materias a las cuales se refiere la letra o el espíritu de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez decide según el Derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, según las reglas que él establecería si tuviese que actuar como legislador. El se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia" (artículo 1°) [111].

Comentando esta disposición, Claude du Pasquier, profesor de la Universidad de Ginebra y Magistrado del Tribunal de Neuchatel, expresa: "De esta manera, no es en las circunstancias individuales del caso por resolver que el juez debe buscar las razones de un fallo equitativo; debe elevarse por encima del caso particular que le está sometido, considerar al conjunto de situaciones semejantes, comparar el valor de los intereses en juego y, colocándose en el plano del legislador, estatuir según un principio susceptible de ser erigido en regla general. Los ejemplos suministrados por la jurisprudencia federal nos muestran que este método es sabio y que, por lo demás, no conduce a resultados sensacionales: en la mayor parte de los casos en que ha hecho uso del poder que le deja el Código frente a una laguna, es aun por la analogía que el Tribunal federal ha llegado a la solución. En cambio se muestra más osado cuando se trata de decidir si hay o no una laguna: declara su existencia aun cuando sería posible aplicar una disposición legal, pero que esta aplicación al caso particular no puede, según el sentido, el texto y el sistema legal, corresponder a la verdadera voluntad del legislador; a este respecto "el juez debe dejarse guiar por consideraciones de política legislativa" [112]

[110] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho*. Págs. 376 y 377.

[111] *Code Civil Suisse*. Ed. A. Francke. Berna. 1908.

[112] CLAUDE DU PASQUIER. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica*. Pág. 195.

VII. LA INTERPRETACION Y LA INTEGRACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO

A continuación analizaremos el problema de la interpretación y la integración del Derecho de acuerdo con el ordenamiento jurídico chileno.

1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL. La interpretación doctrinal, expresada en la obra de los juristas chilenos, no obstante que carece de fuerza obligatoria, ha tenido gran importancia y ha inspirado a legisladores y jueces.

2. INTERPRETACIÓN LEGISLATIVA. La interpretación legislativa, que es la realizada por medio de las leyes, es la que tiene mayor fuerza efectiva y más amplio alcance, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil de Chile que dispone que "sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio" (artículo 3); y luego agrega que "las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio" (artículo 9, inciso 2°).

3. INTERPRETACIÓN JUDICIAL. La interpretación judicial es la que emana de las sentencias de los tribunales. Al respecto el ordenamiento jurídico chileno da ciertas normas para que los jueces determinen el sentido y alcance de las leyes y establece que en el proceso de interpretación los magistrados deben tomar en consideración cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y sistemático. "En consecuencia, el juez no sólo debe analizar las palabras de que se ha servido el legislador, sino las relaciones que unen todas las partes del articulado sobre el punto de que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por dicha ley en el orden general del Derecho y el lugar que en este orden ocupa. Y estos cuatro elementos, estudiados en conjunto, han de adaptarse a la práctica y a la realidad, para que se cumpla con los fines que se propuso el legislador y encontrar en seguida la verdad jurídica" [113].

A) *Elemento gramatical.* El Código Civil de Chile establece que "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu" (artículo 19, inciso 1°).

La norma general es que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (artículo 20, primera parte).

El sentido natural y obvio de las palabras, de acuerdo con lo resuelto por la jurisprudencia chilena, es el que les da el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española [114].

[113] *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas.* Tomo I. Pág. 72.
[114] *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas.* Tomo I. Pág. 77.

El profesor de la Universidad de Chile, Alfredo Etcheberry, está en desacuerdo con esta interpretación "en primer término, porque contradice el texto mismo del artículo 20 del Código Civil, que se remite, mucho más lógicamente, al uso general y no a los diccionarios. En seguida, por cuanto es cosa sabida que el Diccionario de la Lengua, en su afán de proteger el esplendor lingüístico, es muy conservador en cuanto a la admisión de nuevos vocablos y camina con muchos años de retraso con relación al uso general de los mismos. Además, el Diccionario es hecho en España y fundamentalmente para los españoles; pese a que en los últimos tiempos se ha dado más cabida a las voces americanas, lo dicho sigue siendo cierto. Las palabras españolas tienen a veces en Chile un sentido o un matiz diferente de los qué tienen en España" [115].

En todo caso, no hay duda que a ciertos vocablos empleados por la ley no es posible atribuirles el significado que les otorga el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española cuando éste no concuerda con la acepción que tienen en el uso general que de ellos se hace en Chile, caso en el cual el intérprete debe atenerse al uso general.

El Código Civil de Chile establece que esta norma tiene dos excepciones:

a) Cuando el legislador haya definido expresamente las palabras de la ley "para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal" (artículo 20, segunda parte); y

b) "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso" (artículo 21).

B) *Elemento lógico.* El Código Civil de Chile establece que para interpretar una ley se puede "recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma" (artículo 19, inciso 2°).

Este elemento busca establecer el fin perseguido por la ley y la lógica interna de ella, esto es, el pensamiento que el legislador ha querido expresar y las relaciones lógicas que vinculan sus diversas partes. Esto es lo que constituye la "ratio legis", a que se refería la doctrina clásica.

Por ello la jurisprudencia chilena ha establecido que "la ley debe ser interpretada en el sentido de su función, esto es, de acuerdo con el fin que le incumbe realizar. Es por esto que debe desecharse toda interpretación que haga irrealizable el Derecho" [116].

C) *Elemento histórico.* Este elemento busca establecer la historia fidedigna del establecimiento de la ley, mediante la investigación de la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley y el estudio de los antecedentes que tuvo en consideración el legislador.

[115] ALFREDO ETCHEBERRY. *Derecho Penal.* Pág. 84.
[116] *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas.* Tomo I. Pág. 73.

La jurisprudencia chilena ha establecido que constituyen elementos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley los siguientes [117]:

a) El Mensaje del Presidente de la República o la moción de los parlamentarios autores del proyecto de ley.

b) La discusión habida en el Congreso Nacional al tiempo de tratarse el proyecto, los informes de las Comisiones respectivas, las actas de las sesiones de los cuerpos legislativos y de dichas comisiones informantes, etc.;

c) La opinión de los parlamentarios que participaron en la discusión del proyecto, siempre que se acredite en forma fidedigna que dicha opinión fue compartida por la mayoría del Parlamento;

d) Las fuentes y la opinión de los tratadistas tomadas en consideración por el legislador.

D) *Elemento sistemático.* El Código Civil de Chile establece que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto" (artículo 22).

Este elemento está en íntima relación con el elemento lógico y busca relacionar las leyes que integran el ordenamiento jurídico unas con otras, de manera que exista entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

4. Las lagunas del Derecho y la integración. Cuando existe una ley aplicable al caso, el juez debe interpretarla. Pero a veces se dan casos para los cuales no existe legislación chilena aplicable y, en tales circunstancias, el juez debe no ya interpretar la ley, porque ésta no existe, sino realizar una labor de integración de la misma.

El Código Civil de Chile, inspirado en la concepción de la plenitud hermética de la ley, no se coloca en el supuesto de que existan lagunas legales; se refiere sólo a los pasajes oscuros o contradictorios de las leyes, pero no a la ausencia o vacío de la misma.

No obstante lo expuesto, las normas que establece el referido Código son preceptos de integración jurídica, al disponer que "en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural" (artículo 24).

El Código Orgánico de Tribunales de Chile dispone que "los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión" (artículo 10).

[117] *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas.* Tomo I. Pág. 75.

El Código de Procedimiento Civil establece que las sentencias deben contener, entre otros requisitos, "la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo" (artículo 170, Número 5°).

El Código de Procedimiento Penal prescribe que las sentencias deben contener, entre otros requisitos, "la cita de las leyes o de los principios jurídicos en que se funda el fallo" (artículo 500, Número 6°).

En el ordenamiento jurídico positivo chileno, los principios generales del Derecho se reducen al contenido fundamental de las normas jurídicas positivas que integran dicho ordenamiento.

En lo que se refiere a la equidad, la doctrina ha dicho que "equidad natural es lo mismo que Derecho o justicia natural, o sea, la justicia según los dictámenes de la razón natural. En este sentido, la equidad es el origen y la regla del Derecho escrito".

"Otro sentido suele dársele, según el cual equivale en cierto modo a la epiqueya y significa la interpretación benigna del Derecho escrito, que busca la intención del legislador en aquellos casos extraordinarios en que la aplicación literal de la ley sería contraria a la equidad natural. En este caso se dice que el juez procede "ex aequo et bono". Nuestro Código no acepta esta clase de interpretaciones contrarias a la letra de la ley, principalmente cuando el sentido literal es claro; y sólo recurre a la equidad natural, a falta de ley escrita" [118].

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha determinado que "los principios de equidad natural responden a una situación de igualdad que, aunque no hayan sido expresamente establecidos por el Derecho positivo, la justicia no puede desconocerles eficacia, puesto que ésta es precisamente una de las manifestaciones de tal igualdad" [119].

Finalmente debemos señalar que el Código Civil de Chile establece que "la Corte Suprema y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas" (artículo 5°).

El Código Orgánico de Tribunales de Chile, por su parte, impone al Presidente de la Corte Suprema la obligación de dar cuenta el 1° de marzo de cada año, en audiencia pública, del cumplimiento de la citada disposición. (artículo 102, Número 4°).

De este modo los Tribunales de Justicia de Chile tienen la obligación de representar los vacíos que existan en el ordenamiento jurídico positivo, debiendo convertirse en factores dinámicos de la evolución legal.

"En la práctica, esta disposición con que el autor del Código se propuso llenar las imperfecciones de la legislación, no ha tenido efecto, sea porque los Tribunales superiores no han querido llamar la atención sobre cuestiones que pudieran volverse a presentar a su fallo y

[118] ALFREDO BARROS ERRÁZURIZ, *Curso de Derecho Civil*. I. Pág. 75.

[119] Corte de Santiago, 1° de julio de 1958. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo 55. Sección 2ª Pág. 34.

en que estimaban peligroso dar opinión, sea porque han desconfiado de que el legislador pusiera inmediato remedio al mal por ellos señalado aumentando de este modo los conflictos y pleitos" [120].

5. INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Cuando las partes han expresado su voluntad en un acto jurídico, el juez debe interpretarlo para conocer su intención o espíritu.

El Código Civil de Chile establece normas de interpretación obligatorias para el juez, entre las cuales las más importantes son las siguientes:

a) "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (artículo 1560).

b) "Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado" (artículo 1561);

c) "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno" (artículo 1562);

d) "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen" (artículo 1563);

e) "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra" (artículo 1564);

f) "Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende" (artículo 1565);

g) "No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella" (artículo 1566).

[120] LUIS CLARO SOLAR. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo I. Pág. 34.

CUESTIONARIO

1. *¿En qué consiste la interpretación jurídica?*
2. *¿Cuáles son las diversas clases de interpretación jurídica?*
3. *¿Cuáles son las diversas teorías sobre la interpretación del Derecho?*
4. *¿Cuáles son, en su concepto, las principales diferencias que existen entre la teoría exegética y las siguientes teorías sobre la interpretación del Derecho:*
   a) *La teoría finalista;*
   b) *La teoría de la libre investigación científica;*
   c) *La teoría del Derecho libre;*
   d) *La teoría de la jurisprudencia sociológica;*
   e) *La teoría del realismo jurídico?*
5. *¿Cuáles son las principales diferencias que existen entre la interpretación de la ley y la del acto jurídico?*
6. *¿En qué consiste el conflicto, antinomia o concurso de normas jurídicas?*
7. *¿Cuáles son los principios lógicos aplicables en los conflictos de normas jurídicas?*
8. *¿Qué son las lagunas del Derecho?*
9. *¿Qué diferencias existen entre lagunas de la ley y lagunas del ordenamiento jurídico?*
10. *¿Cuáles son los casos más importantes de lagunas del Derecho?*
11. *¿Cuáles son las principales teorías sobre las lagunas del Derecho?*

12. *¿Cuáles son los elementos que debe considerar el juez, en Chile, para interpretar las leyes?*

13. *¿Cuáles son las normas más importantes del ordenamiento jurídico chileno sobre integración de las lagunas del Derecho?*

14. *¿Cuáles son las normas más importantes del ordenamiento jurídico chileno sobre interpretación de los actos jurídicos?*

15. *Estudie en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales" las principales sentencias pronunciadas por los tribunales chilenos, en los últimos diez años, sobre interpretación e integración del Derecho.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AFTALIÓN, ENRIQUE R.; GARCÍA OLANO, FERNANDO; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho.* Tomo I. Capítulo XII. Págs. 443 a 490.

ALEXANDROV, N. G. y otros. *Teoría del Estado y del Derecho.* Capítulo XIII. Págs. 310 a 314.

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT. *L'interprétation dans le droit.*

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. *Manual de Introducción al Derecho.* Tomo II. Tercera Parte. Capítulos I a V. Págs. 79 a 120.

BONNECASE, JULIEN. *Introducción al Estudio del Derecho.* Volumen I. Capítulo VI. Págs. 222 a 248.

CAPITANT, HENRI. *Introduction a l'étude du droit civil.* Primière Partie. Capítulo V. Págs. 93 a 106.

CASTRO BRAVO, FEDERICO DE. *Derecho Civil de España.* Tomo I. Parte Cuarta. Capítulo I. Págs. 439 a 484.

COVIELLO, NICOLÁS. *Doctrina General del Derecho Civil.* Parte General. Sección Primera. Capítulo III. Págs. 63 a 103.

ENGISCH, KARL. *Introducción al Pensamiento Jurídico.* Capítulo V. Págs. 113 a 136.

FUENZALIDA PUELMA, ENRIQUE. *Integración de las Lagunas Jurídicas en el Derecho Chileno.*

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho.* Cuarta Parte. Capítulos XXII a XXVIII. Págs. 317 a 378.

GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción al Derecho.* Parte General. Sección Segunda. Capítulo IV. Tercer Subcapítulo. Págs. 233 a 277.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Introducción al Derecho.* Octava Parte. Capítulo Unico. Págs. 431 a 451.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulo X. Págs. 163 a 178.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo IV. Nº 2. Págs. 362 a 412.

MORINEAU, OSCAR. *El estudio del Derecho.* Capítulos XV y XVI. Págs. 423 a 488.

MOUCHET, CARLOS Y ZORRAQUÍN BECU, RICARDO. *Introducción al Derecho.* Primera Parte. Capítulo X. Págs. 217 a 243.

ORGAZ, ARTURO. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales.* Lección Séptima. Págs. 149 a 165.

PASQUIER, CLAUDE DU. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.* Segunda Parte. Capítulo VIII. Págs. 177 a 209.

POUND, ROSCOE. *An Introduction to the Philosophy of Law.* Capítulo III. Págs. 48 a 71.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo XXI. Págs. 627 a 664.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.*

REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS. Título Preliminar.

ROSS, ALF. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Capítulo IV. Págs. 105 a 151.

RUGGIERO, ROBERTO DE. *Introducción al Estudio del Derecho y Parte General.* Capítulo IV. Págs. 93 a 115.

SOLER, SEBASTIÁN. *Interpretación de la ley.*

TORRE, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Segunda Parte. Capítulo XV. Págs. 337 a 371.

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO

EL DERECHO NATURAL

"Yo no he creído que tu decreto tuviese fuerza suficiente para dar a un ser mortal poder para despreciar las leyes divinas, no escritas, inmortales. Su existencia no es de hoy, ni de ayer, sino de siempre. . .".

SOFOCLES

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. HISTORIA DEL DERECHO NATURAL. III. CRÍTICAS AL DERECHO NATURAL. IV. FUNDAMENTO DEL DERECHO NATURAL. V. CONTENIDO DEL DERECHO NATURAL. VI. CARACTERES DEL DERECHO NATURAL. VII. EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO. VIII. INTERFERENCIAS ENTRE EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO. IX. DERECHO NATURAL Y CAMBIO SOCIAL. X. CONCEPTO DEL DERECHO NATURAL.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

I. INTRODUCCION

Una de las ideas que con mayor frecuencia han aparecido en la historia del pensamiento humano es la de la existencia de un Derecho Natural, es decir, de una ley que no emana de la voluntad humana sino que procede de algo superior, que algunos piensan es Dios, otros la naturaleza humana, otros la razón, y que, de todos modos, es superior al Derecho Positivo y sirve de fundamento a sus normas.

1. EL DRAMA DE ANTÍGONA. Esta idea fue muy bien desarrollada por el poeta griego Sófocles (497-406 antes de Cristo) en su obra "Antígona", donde relata, dentro de la gran carga emotiva del teatro griego, la tragedia de Antígona, heroína de la adhesión a la idea de la preeminencia del Derecho Natural sobre la ley positiva, quien logra imponer su mensaje espiritual mientras sus antagonistas son abatidos por una desventura irreparable [1].

[1] Sobre la interpretación de Antígona ver: Guillermo Federico Hegel. *Filosofía del Derecho.* Pág. 169; y Werner Jaeger. Paideia. Págs. 259 y 260.

Polineces, alzado en armas contra su propia patria, muere junto a las murallas de Tebas en lucha con su hermano Estéocles, quien resulta también herido de muerte. El tirano Creonte dispone, como castigo para el rebelde, que su cadáver insepulto sea pasto de los perros y las aves, y sanciona con la muerte a quien desobedezca el mandato. La orden del tirano choca con los sentimientos de piedad de la joven Antígona, sobrina de Creonte y hermana del difunto Polineces, quien, clandestinamente, tributa a su hermano honores fúnebres, para así dar cumplimiento a las leyes de los dioses. Surge, entonces, el conflicto entre las dos legalidades, y Creonte, dispuesto a defender la autoridad de la ley positiva aun cuando sus rigores caigan sobre la joven prometida de su hijo, interroga a Antígona:

"Creonte: Tú que inclinas al suelo la cabeza, ¿confiesas o niegas haber sepultado a Polineces?"

"Antígona: Lo confieso, no niego haberle dado sepultura".

"Creonte: Y tú, dime sin rodeos, brevemente, ¿sabías que por bando se había prohibido hacer eso?"

"Antígona: Lo sabía. ¿Cómo no había de saberlo? ¡Si era público!"

"Creonte: ¿Y no obstante osaste violar esas leyes?"

"Antígona: Sí, porque no fue Zeus quien promulgó esa prohibición; ni la justicia, compañera de los dioses inmortales, estableció esas leyes entre los hombres. Y yo no he creído que tu decreto tuviese fuerza suficiente para dar a un ser mortal poder para despreciar las leyes divinas, no escritas, inmortales. Su existencia no es de hoy, ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo aparecieron. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino. Ya sabía que un día debo morir —¿Cómo ignorarlo?— aun sin tu voluntad; y si muero prematuramente, ¡Oh! será para mí una gran fortuna. Para los que, como yo, viven entre miserias inumerables, la muerte es un bien..."[2].

2. La tragedia de Sócrates. Enfrentado al mismo conflicto, Sócrates (469-399 antes de Cristo) consideraba que es un deber para los ciudadanos obedecer las leyes del Estado, aun cuando ellas fuesen injustas, y dio testimonio de esta creencia con el holocausto de su propia vida.

Platón (427-347 antes de Cristo), discípulo de Sócrates, describe en su diálogo "Critón", la tragedia del maestro. Este diálogo fue escrito, según parece, entre 399 y 394 antes de Cristo, o sea, después de la muerte de Sócrates (399).

Sócrates, condenado injustamente por los tribunales de Atenas a la pena de muerte, espera en su celda el momento en que deberá beber la cicuta. Es la hora del alba. Critón, el gran amigo de Sócrates, obtiene entrar a la prisión para solicitarle, a nombre de sus amigos, que escape de ella y huya de la ciudad. El tiempo apremia. La nave de

[2] Sófocles. *Antígona*. Pág. 158.

Delos, cuyo arribo al puerto señalaría el fin de la vida de Sócrates, debe llegar ese día o al siguiente. Por eso sus amigos han preparado todo para la fuga e incluso algunos disponen de dinero suficiente para lo que sea menester y todos están dispuestos a afrontar las consecuencias que se sigan de la liberación de su maestro.

Frente a la angustia de Critón, Sócrates conserva toda su serenidad y entereza y, dispuesto a ser fiel a sus principios, analiza con su amigo, a la luz de la razón, si la fuga sería un acto justo. Al respecto expresa Sócrates: "Nosotros, ya que la razón así lo manda, no examinaremos otra cuestión que la que ahora mismo mencionábamos, es decir, si obraremos justamente pagando dinero y prodigando favores a los que me han de sacar de aquí; siendo nosotros fugitivos, amén de cómplices de la huida, o cometeremos verdaderamente injusticia, al hacer todo eso; si resulta evidente que tal conducta sería injusta, no deberemos pararnos a considerar ni si será forzoso que muramos, por permanecer aquí cruzados de brazos, ni si habremos de sufrir lo que quiera que sea, con tal de no obrar con injusticia".

A continuación, Sócrates desarrolla una apología de las leyes, manifestando al respecto:

"Sócrates: Sigue, pues, este razonamiento. Si, proyectando nosotros fugarnos de aquí, o como haya que llamar a esto, se nos acercasen las leyes y los gobernantes de la ciudad, y nos preguntasen: "dinos, Sócrates, ¿qué piensas hacer?, ¿verdad que con lo que te propones llevar a cabo intentas destruirnos a nosotras, las leyes, y a la ciudad entera en lo que está de su parte?, ¿o tal vez te parece posible que siga existiendo, que no se venga abajo aquella ciudad en la cual no tienen fuerza alguna las sentencias pronunciadas, sino que pierden su autoridad y son aniquiladas por obra de los particulares?" ¿Qué diremos, Critón, a estas razones y a otras semejantes? Pues, en efecto, muchos argumentos podrían esgrimirse, sobre todo si fuera un orador el encargado de ello, en defensa de esta ley en trance de ser violada, de la ley que determina que las sentencias pronunciadas son inamovibles. ¿Diremos acaso que la ciudad era injusta con nosotros y que no sentenciaba con rectitud? ¿Diremos esto o no?"

"Critón: Esto, por Zeus, amigo Sócrates".

"Sócrates: "Y qué responderemos, si las leyes dicen: "Sócrates, "¿es ése acaso el convenio estipulado entre tú y nosotras?, ¿no te comprometiste a someterte a las sentencias que la ciudad pronunciase?" En caso de que sus palabras nos causasen extrañeza, seguramente añadirían: "Sócrates, no te maraville lo que te decimos, y responde, ya que también tú sueles recurrir al sistema de preguntas y respuestas. Ea, pues; dinos: ¿cuál es el motivo de queja que tienes con respecto a la ciudad y nosotras y qué te mueve a intentar aniquilarnos? Veamos para empezar: ¿no te trajimos al mundo nosotras, ya que por nuestra mediación casó con tu madre tu padre y te engendró? Di, pues: ¿tienes algún motivo de disgusto con aquellas de nosotras que son leyes relativas a los matrimonios, por considerar que no son bue-

nas?" "No", respondería yo. "¿Y con las leyes concernientes a la crianza y educación del niño, que tú también disfrutaste?, ¿tal vez no eran buenas las prescripciones de aquellas de entre nosotras a las cuales compete este cometido, cuando ordenaban a tu padre que te hiciese instruir tanto en lo espiritual como en lo físico?" "Sí, eran buenas", respondería yo. "Pues bien, si naciste, fuiste criado e instruido merced a nosotras, ¿puedes sostener que no eras nuestro hijo y nuestro esclavo, tú y tus antepasados? Y, si esto es así, ¿crees tener los mismos derechos que nosotras y consideras que te está permitido obrar con las leyes como ellas intenten obrar contigo? Con respecto a tu padre —y lo mismo diríamos con respecto a tu amo, si lo hubieses tenido—, no disponías de una igualdad de derechos que te permitiera tratarlos de igual forma que ellos a ti: no podías, pues, aunque hablasen mal de ti, hablar mal de ellos, ni golpearles, aunque te golpeasen, etc., etc.

¿Cómo, pues, vas a disfrutar de esa igualdad con respecto a tu patria y sus leyes, de suerte que si nosotras tratamos de quitarte la vida, por considerarlo justo, intentes también tú, en la medida de tus fuerzas, matarnos, para defenderte, a nosotras, las leyes y la patria, y digas que esa conducta es justa, tú, un hombre que siente verdadera preocupación por la práctica de la virtud? ¿Tal vez eres tan sabio, que se te oculta que la patria es más digna de respeto que la madre, el padre y los antepasados todos, y más venerable, sagrada y considerada tanto entre los dioses como entre los Hombres sensatos, y que hay que adorarla, ceder ante ella y halagarla, cuando está enojada, más que al padre, y o persuadirla o hacer lo que mande, y sufrir de buen talante lo que ordene sufrir, tanto si se trata de recibir golpes o de aguantar cadenas como si nos conduce a la guerra a correr el riesgo de ser heridos o muertos? ¿Ignoras que hay que hacer eso, que así lo exige la justicia, que no hay que ablandarse, retroceder ni abandonar el puesto, sino que en la guerra, ante el tribunal y en todas partes hay que llevar a cumplimiento lo que la ciudad y la patria ordenen, o convencerlas de acuerdo con las exigencias de la justicia? ¿Desconoces acaso que no es piadoso maltratar a una madre o a un padre, y mucho menos aún a la patria?" "¿Qué responderemos a eso, Critón? ¿Que dicen verdad las leyes o que no?"

"Critón: Que dicen verdad".

"Sócrates: "Pues bien, Sócrates, añadirían tal vez las leyes, piensa si decimos verdad, al afirmar que no es justo lo que tratas de hacernos. Veamos: nosotras te trajimos al mundo, te criamos y educamos, hicimos partícipes de todos los bienes de que nos fue posible a ti y a todos los demás ciudadanos, y, no obstante, tenemos concedida licencia —y así lo advertimos— para que, después de alcanzar los derechos de ciudadanía y de conocernos a nosotras, las leyes, y todo lo concerniente a la ciudad, pueda todo ateniense a quien no le agrademos marchar con sus cosas donde quiera. Y ninguna de nosotras, las leyes, es obstáculo ni prohíbe, en el caso de que alguno de vosotros quiera marchar a una colonia, o establecerse en calidad de extranjero domiciliado

donde quiera que sea, por no gustarle la ciudad y nosotras, que vaya a donde le plazca con sus bienes. Pero cuando uno de vosotros, conociendo nuestro modo de hacer justicia y de gobernar a la ciudad en los restantes aspectos, permanece en ella, creemos que se ha comprometido de hecho con nosotras a cumplir aquello que le ordenemos, y consideramos, si es desobediente, que delinque por tres motivos, ya que no obedece a sus progenitoras, que somos nosotras, ni a sus nodrizas, que somos también nosotras, y porque, habiéndose comprometido a obedecernos, ni no lo hace ni nos convence de que sea mala nuestra conducta en algún punto, y eso que todas nuestras órdenes carecen de acritud, y permitimos elegir entre dos cosas, o convencernos o cumplir lo que mandamos, cosas ambas que no realiza, como hemos dicho".

"Estas son, Sócrates, las acusaciones que creemos van a recaer sobre ti también, si haces lo que proyectas, y no en menor grado que sobre cualquier otro ateniense, sino en el grado más alto. Pues bien, si yo les preguntase: "¿por qué?", sin duda me reprenderían con razón, manifestando que yo he sido el ateniense que mayormente ha contraído con ellas el referido compromiso. Y he aquí lo que alegarían: "Sócrates, grandes son las pruebas que tenemos de que la ciudad y nosotras te éramos gratas. En efecto, no pasarías en Atenas más tiempo que cualquier otro ateniense, si no te agradase más, pues la verdad es que jamás saliste de la ciudad ni siquiera para acudir a una fiesta, salvo una vez que fuiste al Istmo. A ninguna otra parte has ido, si exceptuamos algunos lugares a los que fuiste en expedición militar. Fuera de eso, jamás hiciste, como los demás ciudadanos, un viaje, ni sentiste el deseo de conocer otra ciudad y otras leyes, sino que nuestra ciudad y nosotras te bastábamos: tal era la fuerza de tu preferencia por nosotras y hasta tal punto estabas conforme con ser ciudadano según nuestras normas. Y entre todo lo que hiciste en esta ciudad, merece mención el hecho de que tus hijos nacieron aquí, lo cual fue así porque la ciudad era de tu agrado. Pero hay algo más: en el mismo proceso te era lícito proponer para ti la pena de destierro, si querías, y podías conseguir entonces con la anuencia de la ciudad lo que ahora intentas en contra de su voluntad, pero en aquella ocasión te vanagloriaste de no sentir disgusto porque hubieses de morir y, según dijiste, preferías la muerte al destierro. Y he aquí que ahora ni respetas aquellas palabras ni tienes miramiento alguno para con nosotras, las leyes, ya que tratas de aniquilarnos, y tu conducta es la que observaría el más vil esclavo, al tratar de fugarte con quebranto de los convenios y de los acuerdos conforme a los cuales te comprometiste a vivir. Y ahora, en primer término, respóndenos a esto: ¿decimos verdad al sostener que tú contrajiste de hecho, aunque no de palabra, el compromiso de acomodar a nuestras normas tu vida ciudadana, o no decimos verdad?" ¿Cuál será nuestra respuesta, Critón? ¿Les daremos la razón?"

"Critón: Es forzoso".

"Sócrates: Pues he aquí lo que seguirían diciendo: "¿Verdad que, si tratas de quebrantar los acuerdos con nosotras concertados, no es porque contrajeras tales compromisos constreñido por una necesidad, ni engañado, ni obligado a tomar una decisión en breve tiempo? En cuanto a este último punto, son setenta los años de que has dispuesto para marcharte de la ciudad, si nosotras no éramos de tu gusto o los acuerdos no te parecían justos. Pero ni Lacedemonia ni Creta preferiste —y eso que dices a cada paso que ambas gozan de buenas leyes—, ni ninguna otra ciudad griega o bárbara; lejos de eso, te ausentaste menos de Atenas que los cojos, ciegos y demás impedidos: hasta tal punto la ciudad te agradaba más que a los restantes atenienses, y también nosotras, evidentemente, pues, ¿a quién puede gustar una ciudad, si no le satisfacen también sus leyes? ¿Y ahora nos sales con que no vas a ser fiel a lo convenido? Ea, Sócrates, obedécenos y evita el ridículo que harías, saliendo de la ciudad".

"Efectivamente; considera qué beneficio vas a depararte a ti mismo o a tus amigos, al violar los referidos compromisos, al quebrantar cualquiera de ellos. Pues es evidente, creo yo, que también tus amigos correrán el riesgo de ser desterrados y quedar privados de sus derechos cívicos, o de perder su fortuna; en cuanto a ti, veamos en primer término: si vas a alguna de las ciudades más cercanas, Tebas o Mégara —ambas tienen buenas leyes— llegarás a ellas, Sócrates, como enemigo de su régimen de gobierno, y todos cuantos miran por el bien de su ciudad te verán con desconfianza, por considerarte un violador de las leyes, y harás buena opinión de tus jueces, de suerte que parecerá justo su fallo, pues el que atentó contra las leyes muy bien puede parecer que ha hecho daño a los jóvenes y a los hombres poco sensatos. Y, siendo esto así, ¿huirás de las ciudades de buenas leyes y de los hombres más honestos? Y, si obras así, ¿valdrá la pena de vivir? ¿O tal vez te acercarás a ellos y tendrás la desvergüenza de hablarles... de qué, Sócrates? ¿Les dirás quizás lo mismo que aquí decías, que la virtud y la justicia, las normas tradicionales de conducta y las leyes han de gozar de la máxima estimación de los hombres? Mas, ¿no crees que ese modo de obrar de Sócrates parecerá a todas luces chocante? Forzosamente hay que creerlo".

"Pero supongamos que no permaneces allí, sino que abandonas esas ciudades y marchas a Tesalia, en busca de los "huéspedes" de Critón. Allí existe gran libertinaje y vida licenciosa, y sin duda oirán con gusto de tus labios el jocoso relato de tu fuga de la cárcel, con los detalles del disfraz o de la zamarra o de cualquiera de las prendas que suelen encajarse los fugitivos, amén del cambio de las propias facciones. ¿Y crees que no habrá quien saque a relucir el hecho de haberte atrevido, a tu avanzada edad, con poca vida por delante, como es natural, a quebrantar las leyes más sagradas por un excesivo apego a la vida? Tal vez no lo digan, si a nadie eres enojoso; pero, en caso contrario, oirás muchas cosas indignas de un hombre como tú. Y vivirás adulando a todos y siendo su esclavo y, por otra parte, no

harás otra cosa que regalarte, como quien ha ido a Tesalia a un banquete. ¿Y dónde se nos quedarán aquellos razonamientos sobre la justicia y las restantes virtudes?"

"Ahora bien, ¿quieres tal vez vivir por tus hijos, para terminar su crianza e instruirlos? ¿Y qué? ¿Piensas llevarlos a Tesalia y educarlos allí, haciéndolos extranjeros, para que obtengan también ese beneficio? ¿O no tienes esa intención, pero sí piensas que, si vives tú, su educación y crianza estarán mejor atendidas que si mueres, aun admitiendo que se habrán de criar en Atenas y que, por tanto, no estarás con ellos? Son tus amigos los que se cuidarán de ellos: ¿acaso lo harán sólo en el caso de que vayas a Tesalia, y no, si vas al Hades? Debemos pensar que en ambos casos lo harán, a poco que puedan los que se precian de ser amigos tuyos".

"Ea, pues, Sócrates; obedece a tus nodrizas, que somos nosotras, y no estimes a tus hijos, ni el vivir ni otra cosa alguna por encima de la justicia, para que puedas, cuando vayas a la mansión de Hades, alegar todo esto en tu defensa ante los que allí gobiernan. Es evidente que, si obras como pretendías, la cosa no es aquí para ti ni para ningún otro de los tuyos mejor, ni es más justa ni más piadosa, ni tampoco será mejor, cuando llegues allá. Ahora bien, es cierto que ahora vas a marchar al Hades, si es que vas, víctima de una injusticia —te la han ocasionado los hombres; no nosotras, las leyes—; pero, si escapas de la ciudad, devolviendo tan vergonzosamente injusticia por injusticia, mal por mal, quebrantando los convenios y acuerdos que con nosotras concertaste y dañando a quienes menos deberías dañar, es decir a ti mismo, a tus amigos, a tu patria y a nosotras, en ese caso, nosotras seremos duras contigo, mientras vivas, y allí nuestras hermanas, las leyes de la morada de Hades, no te acogerán con benevolencia, sabedoras de que hiciste lo posible por acabar con nosotras. Así, pues, que no te persuada Critón a hacer lo que dice, más que nosotras".

"Ten por seguro, mi querido Critón, que, al modo como los coridantes creen oír las flautas, me parece oír todo eso, y que en mi interior resuena el clamor de esas palabras y hace que no pueda escuchar cualesquiera otras. Sabe, pues, que, al menos mi actual modo de pensar, si hablas en contra de eso, lo harás en balde. No obstante, si crees que algo vas a conseguir, habla".

"Critón: Pero nada puedo decir, Sócrates".

"Sócrates: Ea, pues, Critón; obremos así, puesto que así lo indica la divinidad" [3].

II. HISTORIA DEL DERECHO NATURAL

Desde las épocas más antiguas existen testimonios de la creencia en un Derecho Natural. Así, medos, babilonios, hebreos, egipcios, y

[3] PLATÓN. *Critón*. Págs. 37 a 45.

chinos nos dan fe en sus textos de que consideraban, más allá de sus propias leyes positivas, la existencia de una ley natural, que podía incluso, como sucedió con los medos, servir para regir las relaciones humanas en defecto de las leyes positivas.

1. El Derecho Natural en Grecia. La primera concepción racional del Derecho Natural en la civilización occidental apareció entre los griegos.

"Es sorprendente comprobar cómo, desde los primeros momentos de la filosofía del derecho, o mejor, de la filosofía de la ley, lo que vale decir desde los comienzos del Derecho Natural, los griegos hicieron una distinción que debía mantenerse en vigor hasta la época más reciente. Contraponían, por una parte, la idea de un Derecho Natural individualista-revolucionario, esencialmente ligado al concepto fundamental del Estado de naturaleza y a la noción del Estado como unidad social arbitraria y artificial, basada en el libre contrato, determinada por el interés y no por necesidades metafísicas; y, por la otra, la idea de un Derecho Natural de fundamento metafísico, carente de existencia con anterioridad a las leyes, en cierto estado de naturaleza mítica, pero que vive y debe vivir en las leyes, Derecho Natural al que se califica usualmente —aunque no con mucha justicia— de conservador Es interesante, además, observar que la idea de Dios como legislador supremo, está íntimamente ligada a esta concepción" [4].

a) *Sócrates (469-399 antes de Cristo).* Sócrates afirmó su fe en una justicia superior, para cuya validez no es necesaria una sanción positiva ni una formulación escrita. La obediencia a las leyes del Estado es, para Sócrates, un deber. El buen ciudadano debe obedecer aún las leyes malas, para no estimular al mal ciudadano a violar las buenas. En consecuencia, para él, el cumplimiento de las leyes, sean éstas justas o injustas, es preferible, en todo caso, a la anarquía. El mismo Sócrates puso en práctica este principio cuando, acusado de haber introducido nuevos dioses y de haber corrompido la juventud, fue condenado a muerte por estos supuestos delitos y aceptó que se ejecutara la condena, sufriendo serenamente la muerte, que pudo haber evitado.

b) *Platón (427-347 antes de Cristo).* En el diálogo "La República", Platón desarrolla su concepción del Estado y de la justicia. El Estado es, para Platón, un organismo perfecto en el cual se encarna una completa unidad. Es un todo formado por individuos, sólidamente constituido. En él debe reinar la armonía, la que se alcanza por la virtud. La justicia es la virtud por excelencia y consiste en una relación armónica entre las varias partes de un todo. La justicia armoniza y rige tanto el obrar de los particulares como el de la comunidad, asignando a cada cual su verdadera dirección y estableciendo sus propios límites. Esta doctrina platónica hace de la justicia un todo con el orden.

[4] Enrique Rommen. *Derecho Natural.* Pág. 15.

El ser perfecto que se basta a sí mismo, que todo lo domina, es el Estado. El fin del Estado es universal porque comprende en sus atribuciones la vida toda de los individuos. El Estado tiene por fin la felicidad de todos mediante la virtud de todos. En consecuencia, el Estado rige la actividad humana en todas sus manifestaciones y a él le incumbe promover el bien en todas sus formas. El poder del Estado es ilimitado; todo cae bajo su competencia.

En el diálogo "Las Leyes", Platón desarrolla su concepción de la legislación. Para él la ley debe ser verdadera y procurar el bien común; sólo así realiza su ideal. Platón contrapone la ley verdadera y justa a la ley positiva, y convierte a la primera en medida de la segunda y criterio de su rectitud.

Al respecto manifiesta que "únicamente pueden considerarse como verdaderas leyes las que procuran el bienestar general del Estado; que la legislación cuyo solo objeto es el beneficio de algunos, corresponde más bien a las facciones que a los gobiernos; y en este caso, lo que se denomina justicia, no es más que una palabra sin sentido alguno" [5].

Para Platón el verdadero Derecho vive en el mundo de las ideas y las leyes positivas no pueden pretender ser valiosas sino en la medida en que participen de la idea de la ley justa. Es por eso que el legislador —y únicamente los filósofos y los reyes filósofos pueden ser legisladores— debe contemplar el mundo de las ideas, en donde habita la esencia de la ley inmutable y eterna, e inspirarse en él para la organización de la vida jurídica.

Platón reconoce, así, la existencia de un Derecho Natural, que convierte en Derecho ideal y que es el fundamento de las leyes positivas.

c) *Aristóteles (384-322 antes de Cristo).* Para Aristóteles, lo mismo que para Platón, el sumo bien es la felicidad producida por la virtud. El Estado es una necesidad, no es sólo una simple asociación temporal realizada para alcanzar algún fin particular, sino que constituye una unión orgánica perfecta, que tiene por fin la virtud y la felicidad universales. El Estado regula la vida de los ciudadanos mediante leyes. Estas controlan la vida entera de los individuos porque ellos no se pertenecen a sí mismos, sino al Estado. El contenido de las leyes es la justicia [6]. La justicia encuentra su expresión en la ley natural y en la ley positiva. La ley positiva tiene su origen en la voluntad del legislador y la ley natural en la esencia de lo justo. La ley natural es, por consiguiente, inmutable, y tiene el mismo valor en todas partes, independientemente de la ley positiva que la expresa; la ley positiva, por el contrario, varía con los pueblos y el tiempo. La ley positiva debe ser la realización de la ley natural, ya que es la aplicación de la idea universal de justicia a las circunstancias concretas de la vida.

[5] PLATÓN. *Las Leyes.* Libro IV.

[6] Ver la Teoría de la justicia en Aristóteles en el Capítulo XVIII de este libro referente a "Los valores jurídicos".

La idea inmutable del Derecho vive en la ley positiva, que cambia. Toda ley positiva es un ensayo, más o menos feliz, de realización de la ley natural. Por esta razón la ley natural conserva siempre su valor obligatorio, por más imperfecta que sea su aplicación por la ley positiva. La ley natural es, pues, la que da a la ley positiva su sentido, fundamento y finalidad.

2. EL DERECHO NATURAL EN ROMA. Los romanos no fueron nunca atraídos por la Filosofía del Derecho, aunque fueron los más grandes juristas que ha conocido el mundo. Destacó como excepción Marco Tulio Cicerón, para quien "la verdadera ley es la recta razón en armonía con la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y sempiterna, incita al cumplimiento del deber por medio de sus órdenes y aparta de las obras injustas por medio de sus prohibiciones. Y, sin embargo, ni impone sus órdenes o prohibiciones a los buenos en vano, ni produce ningún efecto en los malos al mandar o al prohibir. Es una falta grave intentar alterar esta ley, y no es lícito rechazar o derogar ninguna parte de ella, y es imposible abolirla por completo. No podemos vernos libres de sus obligaciones por obra del Senado o del pueblo, y no necesitamos mirar fuera de nosotros mismos en busca de quien nos la explique o interprete. Y no habrá distintas leyes en Roma y en Atenas, o leyes distintas ahora y en el futuro, sino una ley eterna e inmutable que será válida para todas las naciones y todos los tiempos, y habrá un solo señor y gobernante, es decir, Dios, sobre todos nosotros, pues El es el autor de esta ley, su promulgador, y su juez y sancionador. Todo el que la desobedece huye de sí mismo y niega su naturaleza humana, y a causa de este mismo hecho sufrirá las peores penas, aun cuando escape a lo que comúnmente se considera castigo" [7].

En el campo práctico, los juristas romanos sufrieron la influencia del Derecho Natural de los filósofos estoicos, especialmente en lo que se refiere a la igualdad de los hombres. Esta influencia fue mayor en el Derecho Privado Romano, en donde instituciones como la esclavitud y la familia se vieron muy modificadas por este nuevo pensamiento.

3. EL DERECHO NATURAL CATÓLICO. Los pensadores católicos dieron al Derecho Natural una formulación sistemática. Es precisamente en sus postulados filosóficos en los que se basa el moderno resurgimiento de esta doctrina, que expondremos en su oportunidad.

a) *La Patrística y San Agustín.* La Patrística recogió la distinción estoica entre un Derecho Natural absoluto y un Derecho Natural relativo. El primero regía a los hombres antes del pecado y, decaída por éste la naturaleza humana, surgió un Derecho Natural relativo, conforme a ella, que creó el Estado, la familia, etc. Como para los estoicos, también para los Padres de la Iglesia este Derecho Natural relativo debía acercarse al absoluto, en cuanto le fuera posible y consideraban que tal misión de acercamiento debía desempeñarla la Iglesia.

[7] MARCO TULIO CICERÓN. *La República.* Libro III. Capítulo 22.

En el período de transición entre la antigüedad clásica y la época medieval se destaca la figura de San Agustín (354-430), el principal representante de la Patrística. Distingue la existencia de tres categorías de leyes: ley eterna, ley natural y ley humana.

La ley eterna está transcrita en el corazón del hombre por medio de la ley natural, con el objeto de que conserve en sus costumbres la imagen de las ideas morales que le fueron comunicadas. Esta ley está "de tal modo escrita en el corazón de los hombres, que ni la misma iniquidad puede borrar" [8].

La ley natural es, para San Agustín, la ley íntima, ley interior, de la que el hombre trata con frecuencia de huir, teniendo por misión la ley exterior hacerle volver a ella. Su carácter de inmediata evidencia explica el que sea común al género humano. Ningún hombre que tenga uso de razón desconoce totalmente, por caído que esté, los preceptos fundamentales de la ley divina, pues la naturaleza los escribió en su corazón, intimándolo, por ejemplo, a no hacer a otro lo que no quiera para sí [9].

La ley humana debe inspirarse en la ley natural, pues, en caso contrario, ella carece de valor.

El aporte de San Agustín es decisivo en el desarrollo del Derecho Natural, al punto de constituir la primera formulación integral de la teoría cristiana, que tuvo en Santo Tomás de Aquino y Francisco Suárez una rigurosa sistematización.

b) *La Escolástica y Santo Tomás de Aquino.* Santo Tomás de Aquino (1226-1274), la figura más sobresaliente de la Escolástica, distinguió cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina y humana.

La ley eterna es la razón del gobierno del Universo, existente en Dios, que gobierna todas las cosas, y que no es conocida por ningún ser humano, salvo los "bienaventurados".

La ley natural es la participación del hombre en la ley eterna, por medio de la recta razón que Dios le ha dado. Ella permite al hombre conocer algunos de los principios de la ley eterna, haciéndole distinguir entre el bien y el mal.

La ley divina es la revelada por Dios por medio de las Sagradas Escrituras, y ella tiene por objeto completar, con direcciones particulares, la ley natural.

La ley humana es una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.

Tenemos, entonces, que, en concepto de Santo Tomás de Aquino, la ley natural es expresión de la voluntad divina dada a conocer al hombre no sólo por la revelación sino, además, por la razón humana. Ella tiene por objeto la conducta entera del hombre y se extiende a

[8] SAN AGUSTÍN. *Confesiones.* Libro II. Capítulo IV. V. 9.

[9] SAN AGUSTÍN. *De diversis quaestionibus.* 83. c. 46. Enarrationes in Psalmos. 57, 1.

todos sus actos; muestra cuál es el fin del hombre y preceptúa los medios para conseguirlo.

El problema principal que esboza el Aquinatense, el mismo que será desarrollado más tarde por Francisco Suárez, es el de la universalidad e inmutabilidad de la ley natural. Según Santo Tomás de Aquino, en ella existen preceptos fundamentales de valor absoluto e inmutable y preceptos que pueden variar de acuerdo con las circunstancias que regulan o por causas específicas [10].

Refiriéndose al problema de la inmutabilidad del Derecho Natural, expresa Santo Tomás de Aquino: "la inmutabilidad acompaña siempre, absolutamente, a la ley natural por lo que se refiere a sus primeros principios. Respecto de los preceptos secundarios, que son como las conclusiones propias e inmediatas de esos primeros principios, la ley natural puede sufrir variación, pero no en forma tal que deje de ser verdadero o recto en la generalidad de los casos (ut in pluribus) aquello que esa ley prescribe" [11].

Con respecto a la universalidad de los preceptos del Derecho Natural, expresa Santo Tomás de Aquino: "la ley natural es una misma en todos los hombres por lo que se refiere a los primeros principios, lo mismo en cuanto a su rectitud o verdad práctica, que en cuanto a la apreciación o cognoscibilidad de la misma. Por lo que a los casos particulares —que son a modo de conclusiones de esos principios— se refiere, hay igualdad comúnmente (ut in pluribus) bajo el doble aspecto de su objetividad y de su conocimiento; no la hay siempre, en determinadas circunstancias, ni en cuanto a su objetividad, ni en cuanto a su conocimiento y ello debido a ciertos obstáculos e impedimentos, no de otro modo que sucede en el orden de la naturaleza, en las operaciones generativas y corruptivas. Esos obstáculos son las pasiones, las costumbres perversas, los hábitos pecaminosos, todos esos males de la inteligencia que así le pervierten, como lo evidencia el hecho de que antiguamente —según refiere Julio César— los germanos no llegaban a apreciar la iniquidad del robo, siendo así que la ley natural lo proscribe" [12].

Nos interesa considerar dentro de la doctrina de Santo Tomás de Aquino si éste pensaba que la ley natural estaba compuesta de un solo precepto o de varios. Este problema nos lo resuelve partiendo del paralelismo entre el orden especulativo y el orden práctico. Así como en el orden especulativo lo primero que cae bajo nuestra inteligencia es la noción del ser y la base de todo conocimiento es el principio de que una cosa no puede a la vez ser y no ser bajo el mismo respecto, también en el orden práctico lo primero que percibe nuestra razón, ordenada a la acción, es la noción de bien. Como quiera entonces que todo agente obra por un fin y este fin debe tener razón de bien, porque si tuviera razón de mal ello significaría la destrucción del agente, el

[10] SANTO TOMÁS. *Suma Teológica*. I-II, c. 94, a. 5.
[11] SANTO TOMÁS. *Suma Teológica*. I-II, c. 94, a. 5.
[12] SANTO TOMÁS. *Suma Teológica*. I-II, c. 94, a. 4.

primer precepto de la ley natural es: se debe hacer el bien y evitar el mal. Todos los demás preceptos derivan de aquél. Así, pues, para Santo Tomás de Aquino, toda la ley natural, con las características de universalidad e inmutabilidad que le son propias, puede reducirse a ese precepto general y amplio.

c) *Francisco Suárez.* Este sacerdote y jurista español (1568-1617) admite la clasificación de las leyes enunciadas por Santo Tomás de Aquino.

En lo que se refiere a la ley natural, afirma que ésta se manifiesta habitualmente en la conciencia porque Dios la grabó en ella. Pero no hay que confundir esta ley con su expresión en la conciencia, ya que de tal modo se diferencian que a veces ésta toma como verdadera una máxima falsa. La ley natural es algo objetivo, en cambio su expresión en la naturaleza es un hecho psicológico, condicionado por las limitaciones del hombre. Podemos resumir la doctrina de Suárez en los siguientes términos: "el hecho de la naturaleza humana no es la ley natural sino la ocasión de ella. Esta es una parte de la ley eterna, que prohíbe o manda a la voluntad en determinados actos, en mérito de las consecuencias racionales que trae consigo la premisa de ser el hombre un ente consciente y libre. La ley natural obtiene carácter obligatorio en cuanto se manifiesta como tal en la conciencia. Pero hay que distinguir esta expresión habitual de la ley en la mente humana, de la ley en sí misma y objetivamente considerada, es decir, no es lo mismo el hecho del conocimiento que su objeto" [13].

Según Suárez, la materia de la ley natural es la honestidad, que equivale a la moralidad. Ella manda aquello que la razón exige de la naturaleza humana y prohíbe lo contrario.

El efecto propio de la ley natural es obligar al hombre en conciencia; es decir, producir un deber de carácter necesario e ineludible. Además, todas las leyes deben emanar, en última instancia, de ella, incluso aquellas leyes civiles con magnitud en cierta manera propia.

La ley natural se manifiesta, en concepto de Suárez, como una unidad, a pesar de estar compuesta de multitud de preceptos, porque todos ellos constituyen un todo armónico. Asimismo, es una para todos los hombres, en todos los tiempos y lugares; no es subjetiva y casual, sino objetiva y absoluta, lo cual no significa que siempre mande lo mismo, con prescindencia de las circunstancias concretas.

Ahora bien, con respecto a la variabilidad que posee la ley natural, Suárez distingue tres órdenes de preceptos: "unos son los universalísimos, cómo no se ha de hacer el mal y se ha de hacer el bien; otros son las conclusiones inmediatas y totalmente unidas de modo intrínseco a tales principios, como los preceptos del Decálogo; en el

[13] Luis Recaséns Siches. *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez.* Pág. 145.

tercer orden, hay otros preceptos que están mucho más separados de los principios" [14].

Suárez sostiene que "el Derecho Natural es en sí inmutable, lo cual no impide que un sector de sus preceptos pueda experimentar modificaciones en sus contenidos, mas no porque los principios racionales varíen, sino porque, transformándose la materia social a que se aplican, cambia también el precepto, lo cual está previsto ya en el sentido del mismo" [15].

La ley natural, en sus primeros principios, es perenne e inmutable y no puede ser modificada ni aun por Dios, porque éste no puede permitir aquello que la razón demuestre que es un mal. Pero, en lo que dice relación con los preceptos derivados inmediatamente de éstos, cabe distinguir entre los que se refieren a la naturaleza humana como tal y los que se relacionan con materias contingentes.

Así, por ejemplo, es precepto universalísimo hacer el bien y evitar el mal; de él se derivan preceptos secundarios que pueden referirse: a) A la naturaleza humana, por ejemplo, no matar; y b) A materias contingentes, por ejemplo, el que establece, dentro de un régimen de dominio privado, que la propiedad es "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno" (Código Civil de Chile, artículo 582).

En los preceptos relativos a la naturaleza humana, el contenido de ellos no puede sufrir mudanzas; es decir, poseen las mismas características que ya hemos visto para los universalísimos. En cambio, en los que se refieren a cosas contingentes puede haber variación, pero no en el sentido que cambie la ley natural sino que, por cambiar la materia contingente, debe mudar también el precepto secundario que a ella se refiere. En el ejemplo dado anteriormente, mientras se considere el régimen de propiedad privada como el más justo, el precepto derivado del Derecho Natural que se refiere a la materia contingente del dominio deberá ser el señalado; pero si, por ejemplo, se cambia ese régimen por otro de propiedad comunitaria de los bienes de producción, es decir, si se transforma la materia contingente, deberá cambiar también el precepto derivado que a ella se refiere.

Al primer orden de preceptos, es decir, a los que se refieren a la esencia racional del hombre, los llama Suárez, Derecho Natural preceptivo; y a aquellos que, a pesar de tener validez, están determinados por un complejo de circunstancias, los denomina Derecho Natural dominativo.

En lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, Suárez enseña que éste no puede contradecir a aquél, pero que él escoge, solamente, algunos de sus preceptos, aquellos que se refieren a la realización del bien común; y que concretiza

[14] LUIS RECASÉNS SICHES. *La Filosofía del Derecho a Francisco Suárez.* Pág. 151.

[15] LUIS RECASÉNS SICHES. *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez.* Pág. 151.

determinadamente los principios generales del Derecho Natural. Además, puede mandar o prohibir lo naturalmente indiferente y crear relaciones nuevas. De consiguiente, el Derecho Positivo añade algo al Derecho Natural en cuanto manda y prohíbe, por exigencias del bien común, cosas lícitas no preceptuadas por éste.

4. La Escuela Clásica del Derecho Natural. El advenimiento de los tiempos modernos significó un cambio profundo en la vida humana; en el campo religioso surgió la Reforma; en el campo político, nacieron los Estados nacionales y se reforzó la idea de una monarquía absoluta; en lo artístico, emergió el Renacimiento; y en el campo de la filosofía jurídica nació la Escuela Clásica del Derecho Natural, que se desarrolló en los siglos XVII y XVIII y abarcó varias etapas cuyas características iremos señalando. No obstante, podemos hacer una síntesis del pensamiento de conjunto en su estado más maduro. Sus principios fundamentales son los siguientes: el hombre nace libre; luego, ante las dificultades que emanan de ese estado de naturaleza, celebra un contrato con sus semejantes para constituir una sociedad, en la cual delega parte de sus derechos a cambio de protección; estos derechos que el hombre entrega a la sociedad no pueden ser disminuidos por ella, porque son derechos naturales.

En el desenvolvimiento de la Escuela Clásica del Derecho Natural pueden distinguirse tres períodos [16]:

A) *Primer período.* Los representantes más destacados son Hugo Grocio, Tomás Hobbes, Baruch Spinoza, Samuel Puffendorf y otros. Corresponde a la época del mercantilismo en el campo de la economía, del absolutismo ilustrado en lo político y de la Reforma protestante en lo religioso. Según los escritos de los filósofos citados, el Derecho Natural queda entregado solamente a la prudencia y moderación del gobernante.

B) *Segundo período.* A él pertenecen John Locke y Carlos de Montesquieu. Es la época del liberalismo político y filosófico y del capitalismo. Para estos autores el Derecho Natural precisa de una mayor protección y creen poder otorgársela a través de una separación de los poderes del Estado.

C) *Tercer período.* En él destaca Juan Jacobo Rousseau. La creencia en la soberanía popular y en la democracia son los caracteres distintivos de este período. Se considera que el Derecho Natural también precisa de protección, pero se cree que ella sólo puede otorgársela la voluntad general del pueblo.

A) *Primer período.*

a) *Hugo Grocio (1583-1645).* Grocio distingue entre un Derecho Natural y un Derecho Voluntario.

[16] Edgar Bodenheimer. *Teoría del Derecho.* Págs. 153 y siguientes.

El Derecho Natural se basa en la naturaleza racional y social del hombre y, en consecuencia, es bueno y justo sólo aquello que no va contra el hombre en cuanto ser social o racional. Lo define como "un dictado de la recta razón que indica que algún acto, según sea o no conforme con la misma naturaleza racional, contiene necesidad o bajeza moral y, consiguientemente, el creador de la naturaleza, Dios, impone o prohíbe tal acto" [17].

Como preceptos de Derecho Natural señala Grocio los siguientes: abstenerse de lo que es de otro, cumplir los tratados y pactos, indemnizar los daños causados culpablemente, castigar a quien lo merezca.

Grocio pensaba que el Derecho Natural debía existir aun cuando Dios no existiese o, existiendo, no se preocupase de los asuntos humanos, ya que el Derecho Natural tenía su fundamento sólo en la naturaleza racional y social del hombre.

Como hemos señalado, Grocio coloca frente al Derecho Natural inmutable un Derecho Voluntario que puede variar según la voluntad del legislador.

En lo que se refiere a la formación de la sociedad política, parte del supuesto de un estado de naturaleza en que los hombres gozaban plenamente de sus derechos; pero, en búsqueda de una mayor seguridad, constituyeron, por medio de un contrato, la sociedad, entregando a un soberano la totalidad de sus derechos naturales. Este soberano no está sometido a control jurídico alguno por parte de sus súbditos, pero, en el ejercicio de su omnímodo poder, debe sujetarse al Derecho Natural y de Gentes. Consecuente con esta posición Grocio no admitía el derecho de rebelión contra el soberano legítimo sino en casos extremos y justificados.

Así, pues, dentro del sistema de Grocio se reconoce la existencia de un Derecho Natural basado en la naturaleza humana, de carácter inmutable, compuesto de varios preceptos y cuya protección se encuentra confiada sólo al buen criterio del gobernante.

b) *Tomás Hobbes (1588-1679).* El pensamiento del filósofo inglés Hobbes presenta caracteres de gran originalidad. Supone un estado de naturaleza; pero, para él, el hombre es intrínsecamente egoísta y malo y, como todos los hombres son iguales y tienen derecho a todas las cosas, se produce un continuo batallar de todos contra todos (bellum omnium contra omnes). La razón indica al hombre la conveniencia de la paz que permita la conservación de la vida. Así nace el Derecho Natural (lex naturalis), que Hobbes define como "el dictado de la recta razón acerca de aquello que deba hacerse u omitirse, tanto cuanto fuere posible, para la conservación de la vida de cualquiera de los miembros" [18].

[17] Hugo Grocio. *Del Derecho de la guerra y de la paz.* Libro I. X-1. Pág. 52.
[18] Tomás Hobbes. *De Cive.* Volumen II. Capítulo II, Nº 1.

De este primer dictado de la recta razón se derivan otros principios de Derecho Natural, que persiguen la misma finalidad de mantener la paz, por ejemplo, respetar los pactos.

La guerra de todos contra todos no acabará mientras cada uno tenga derecho a todas las cosas; por ello es necesaria la entrega de estos derechos a la sociedad, representada por un soberano, quien debe proteger a los hombres de la maldad de sus semejantes. Para esto, debe detentar todo el poder y no estar sometido a control, ser irresponsable. No obstante, debe respetar el Derecho Natural y procurar la felicidad de sus súbditos. El ejercicio de su poder no debe ser extremo: debe reconocer a sus súbditos ciertos derechos que Hobbes llama "inocuos", tales como el de comerciar, elegir profesión, etc.

Para el soberano, el Derecho Natural tiene el valor de una mera norma moral, mientras que para sus súbditos adquiere valor jurídico a través de las leyes positivas, las cuales sólo obligan en virtud de ser mandatos del gobernante.

c) *Baruch Spinoza (1632-1677).* La teoría de Spinoza encuentra varios puntos de contacto con la de Hobbes, aunque no puede hablarse, como veremos, de identidad.

Sostiene Spinoza que en el estado de naturaleza los hombres se guían por la ambición de poder; su derecho tiene un límite sólo en la falta de poder individual; esta situación genera una lucha continua, cuya inconveniencia comprenden los hombres en virtud de su razón. Por ello, acuerdan constituir el Estado, que es un instrumento de mayor poder individual, ya que les evita estar a la vez en guardia contra todos.

Hasta aquí encontramos gran similitud entre Spinoza y Hobbes, pero aquél difiere de éste en lo que se refiere a la misión del Estado. Para Spinoza, éste no puede limitarse sólo a mantener la paz sino que debe garantizar a sus súbditos un máximo de libertad. Ello, aunque no guíe al Estado ninguna consideración, ya que el poder del soberano es la medida de su derecho y depende del consentimiento de los ciudadanos. Si el soberano actúa de modo de perder el apoyo de sus súbditos, viola una ley de naturaleza, la de su propia conservación. En la doctrina de Spinoza, el Derecho Natural coincide con aquellas limitaciones al poder soberano que resultan del poder de la multitud o de la razonable comprensión por parte del gobernante de sus propios intereses [19].

d) *Samuel Puffendorf* (1632-1694). Samuel Puffendorf sostiene que coexisten en el hombre dos tendencias innatas: a su propia conservación y a la vida en sociedad con los demás hombres. Así, el Derecho Natural es el reflejo de ambas, y consiste en "que cada uno trate celosamente de preservarse a sí mismo en forma que no perturbe la sociedad de los demás hombres" y en "que nadie se conduzca hacia otra

[19] BARUCH SPINOZA. *Tratado Teológico-Político.* Tomo III. Capítulo XVI.

persona de modo que esta última pueda quejarse con razón de que se ha violado su igualdad de derechos" [20].

Para constituir la sociedad y garantizar la aplicación del Derecho, tanto Natural como Positivo, se requieren dos pactos: uno, que significa la cesión de los derechos individuales a la sociedad, seguido de un decreto que establezca la forma de gobierno; y otro posterior, entre ciudadanos y soberano, en virtud del cual éste se compromete a asegurar la paz y aquéllos a apoyarle en todo cuanto persiga el bien de la comunidad.

El soberano debe cumplir el Derecho Natural, que para él tiene valor jurídico y no meramente moral, aunque no exista tribunal humano que lo juzgue. Admite sólo excepcionalmente el derecho de rebelión.

Conclusiones: Hemos analizado, hasta el momento, el pensamiento de los principales expositores de esta primera etapa de la Escuela Clásica del Derecho Natural.

En síntesis, ellos sostienen que existen principios absolutos que guían la conducta humana, pero su aplicación no está asegurada sino por la buena voluntad del gobernante.

No nos debe extrañar esta posición, un tanto ajurídica, si consideramos las circunstancias políticas del momento. Aún se encontraba fresco el recuerdo de la anarquía reinante bajo el régimen anterior. A cambio de evitarla, estos autores estaban dispuestos a entregar al soberano la totalidad del poder, quedando los derechos individuales confiados sólo a su prudencia. Otra razón poderosa para proceder en este sentido era el deseo de independizar a los nuevos Estados nacionales, sobre todo a aquellos protestantes (no olvidemos que esta Escuela es esencialmente protestante), de la influencia de la Iglesia. El Derecho se presenta a estos autores fundamentalmente como un medio de asegurar una situación estable e independiente para cada Estado.

Sin embargo, no se les escapó a estos autores que dejaban los derechos individuales en peligrosa orfandad, y por eso les vemos siempre declarar que el soberano debe someterse en el ejercicio de su potestad a los preceptos del Derecho Natural, entendido como norma moral (Hobbes) o como norma jurídica (Puffendorf).

B) *Segundo Período*

En la segunda etapa de la Escuela Clásica del Derecho Natural vemos acentuarse el carácter protector de las garantías individuales que tiene el Derecho más que el de salvaguardia del orden. Importa ahora más la libertad que la seguridad, que tanto preocupó a los filósofos que acabamos de estudiar.

Esta tendencia se explica por la experiencia de los excesos a los que puede conducir la doctrina de la omnipotencia soberana.

[20] SAMUEL PUFFENDORF. *Elementos de Jurisprudencia*. Libro II. Observ. IV. 4

a) *John Locke (1632-1704).* Locke sostiene que en el estado de naturaleza los hombres tienen el derecho de aplicar por sí las normas del Derecho Natural. Por los inconvenientes de este sistema (ninguna garantía para la vida, propiedad y libertad), los hombres pactan una sociedad en la que delegan sólo aquel derecho de aplicar las normas del Derecho Natural. Los demás derechos siguen inherentes a los hombres y significan un obstáculo a un poder excesivo.

El poder legislativo tiene la misión de asegurar la vida, la propiedad y la libertad a través de leyes generales, de las que nadie puede escapar. Si el poder legislativo se excede, Lock entrega la protección del Derecho Natural al Poder Judicial [21].

b) *Carlos de Montesquieu (1689-1755).* John Locke destacó la existencia de la libertad individual dentro del Estado y enunció el principio de la separación de los poderes públicos como garantía de ella. Esta concepción fue desarrollada en forma extraordinaria por Carlos de Montesquieu, quien considera que la mejor salvaguardia de la libertad (Derecho Natural) es la separación de los poderes del Estado, con una estricta vigilancia recíproca [22].

C) *Tercer período*

Juan Jacobo Rousseau (1712-1778). Rousseau sostiene la idea de que debe garantizarse el Derecho Natural colocando su custodia y aplicación en manos de la mayoría del pueblo. El problema fundamental, cuya solución la da el "Contrato Social", lo enuncia Rousseau en los siguientes términos: "Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes" [23].

Para conseguir esta finalidad cada persona tiene que entregar a la comunidad todos sus derechos naturales. Parecería que los hombres, al efectuar este traspaso, quedarían privados de su libertad, pero esto no es así porque —sostiene Rousseau— la pertenencia al Estado, bajo las condiciones del Contrato Social, no destruye la libertad o igualdad originarias del individuo; en efecto, "dándose cada individuo a todos no se da a nadie, y como no hay un asociado sobre el cual no se adquiera el mismo derecho que se cede, se gana la equivalencia de todo lo que se pierde y mayor fuerza para conservar lo que se tiene" [24].

En consecuencia, para Rousseau, el Contrato Social es un postulado de la razón, una verdad no histórica sino normativa.

El hombre consigue, por medio del Contrato Social, la seguridad, la libertad civil y una garantía de su propiedad. No está sujeto a nin-

[21] Ver al respecto *Jaime Williams.* "Algunos aspectos de la libertad según John Locke".

[22] Carlos de Montesquieu. *El espíritu de las leyes.* Tomo II. Libro XI. Capítulo VI.

[23] Juan Jacobo Rousseau. *El Contrato Social.* Libro I. Capítulo VI.

[24] Juan Jacobo Rousseau. *El Contrato Social.* Libro I. Capítulo VI.

gún otro individuo sino sólo a la voluntad general de la comunidad. El verdadero soberano es la voluntad general. Cada individuo, al obedecer a la voluntad general, no hace sino obedecerse a sí mismo; su voluntad individual se funde con la voluntad general.

Para Rousseau, el gobierno es simplemente una comisión para ejecutar la voluntad general. No hay contrato entre el pueblo y el gobierno, tal como lo habían afirmado Hobbes, Puffendorf y Locke. Expresado en términos jurídicos, el gobierno no es sino un mandato, que puede ser revocado, limitado o modificado a voluntad del pueblo soberano. Los depositarios del poder público son funcionarios del pueblo, a los cuales no se les transmiten los atributos de la soberanía.

5. La Escuela del Derecho Racional. En esta breve historia de la idea del Derecho Natural hemos visto que los filósofos coinciden en que ese ordenamiento natural, cuya custodia confían a distintos organismos, emana o tiene su base en la naturaleza humana y en que la misión de la razón consiste en descubrir los postulados de ese Derecho innato.

Ahora bien, la Escuela de Derecho Racional es innovadora precisamente en ese punto, al considerar que la razón no es la descubridora sino la fuente generadora del Derecho Natural. El principal representante de esta tendencia es el filósofo alemán Manuel Kant.

Manuel Kant (1724-1804). El Derecho es definido por Kant como "El conjunto de las condiciones por medio de las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el de los demás, según una ley universal de libertad" [25].

De acuerdo con este concepto acerca del poder de la razón y del Derecho como norma de coexistencia entre hombres dotados de libertad, para Kant el Derecho Natural es el conjunto de principios universales, absolutos, perfectos e inmutables, derivados de la propia razón humana, que rigen la conducta del hombre de acuerdo con el imperativo categórico: "obra de tal manera que la norma de tus actos pueda valer como principio de conducta o de legislación universal".

6. Crisis y resurgimiento de la teoría del derecho natural. Durante la segunda mitad del siglo XIX, la idea del Derecho Natural se vio duramente atacada por parte del historicismo y del positivismo, refractarios a toda metafísica en el campo del Derecho y que pretendían reducir la ciencia jurídica a un análisis del Derecho Positivo, exclusivamente desde un punto de vista técnico.

Pero, posteriormente, a fines del siglo XIX, se produjo una reacción en contra del positivismo y un renacimiento de la teoría jusnaturalista, especialmente en Alemania, con Rodolfo Stammler, y en Italia, con Giorgio del Vecchio y Giuseppe Capograssi.

[25] Manuel Kant. *Eléments métaphysiques de la doctrine du Droit.* Pág. 43.

Ultimamente el filósofo del Derecho alemán Gustavo Radbruch escribió: "La ciencia del Derecho tiene que meditar, de nuevo, sobre la verdad milenaria de que hay un Derecho superior a la ley, un Derecho Natural, un Derecho Divino, un Derecho Racional, medido con el cual la injusticia sigue siendo injusticia aunque revista la forma de ley, y ante el cual la sentencia pronunciada de acuerdo con esta ley injusta no es Derecho, sino lo contrario del Derecho" [26].

a) *Rodolfo Stammler (1856-1938).* Rodolfo Stammler sostiene que junto con estudiar técnicamente el Derecho Positivo, es necesario desarrollar una teoría del "Derecho Justo".

En su análisis distingue entre el concepto y la idea del Derecho.

El concepto del Derecho debe abarcar todas las formas en que se ha manifestado históricamente el Derecho y, según él, se puede definir como "el querer entrelazante, inviolable y autárquico" [27]. Dentro de este concepto caben también las situaciones jurídicas del despotismo (vida de los ciudadanos regida por una norma jurídica que emana del arbitrio del déspota) y de la guerra (corresponde al procedimiento y a la ejecución forzada).

La idea del Derecho es, en cambio, la realización de la justicia y entiende Stammler que es justa una norma jurídica cuando armoniza los propósitos individuales con los sociales. La finalidad del Derecho debe ser una comunidad de hombres de voluntad libre, pero libre sólo en el sentido de que puedan ejecutar aquellos actos cuyo fin aproveche efectivamente a la sociedad. Stammler, siguiendo a Kant, considera que cada miembro de la comunidad debe ser considerado como un fin en sí, no como un medio para realizar el querer arbitrario de otro; pero se aparta de éste en que da un mayor contenido social a su concepto del Derecho: su idea de libertad es, como hemos visto, muy distinta de la kantiana.

En su opinión, dos sistemas jurídicos que tengan normas y principios jurídicos diferentes pueden ser conformes a su idea social. Este ideal no es un sistema de Derecho Natural, sino un mero principio formal, por el cual puede juzgarse la justicia o injusticia de una norma jurídica positiva, sin prejuzgar la validez y fuerza obligatoria de aquella norma. Es, a lo más, un "Derecho Natural de Contenido Variable".

b) *Giorgio del Vecchio (1878-1970).* El eminente filósofo del Derecho Italiano Giorgio del Vecchio cree en un Derecho Natural absoluto, igual a la justicia. Su realización está en el reconocimiento, que se ha operado paulatinamente, de la autonomía de la personalidad humana. Como Kant y Stammler, piensa que todo hombre tiene derecho a ser considerado por sus congéneres como un fin; pero se distancia de Kant en cuanto al concepto del Estado, que es para él "la organización más perfecta, el poder supremo que regula toda actividad humana" [28].

[26] GUSTAVO RADBRUCH. *La renovación del Derecho.* Pág. 9.
[27] RODOLFO STAMMLER. *Filosofía del Derecho.* Pág. 93.
[28] GIORGIO DEL VECCHIO. *Lecciones de Filosofía del Derecho.* Pág. 357.

Así se pierde el carácter individualista kantiano del Estado y se faculta a éste para intervenir en todo cuanto aproveche al bien común, siempre que sus actos no afecten la autonomía de la personalidad humana.

En Del Vecchio se encuentran claramente expresadas las características de la nueva filosofía jusnaturalista: se valorizan los conceptos tradicionales acerca de los derechos individuales y se otorga al Estado una función activa para propender al bien común.

c) *Giuseppe Capograssi (1889-1956).* El distinguido jurista italiano Giuseppe Capograssi desarrolla una teoría del Derecho Natural inspirada en las concepciones de San Agustín y Santo Tomás de Aquino e influenciada por la filosofía de la historia de Juan Bautista Vico (1668-1774).

Uno de los aspectos más originales de la teoría de Capograssi es el que se refiere a las relaciones entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo. Al respecto "considera necesario distinguir dos situaciones que corresponden a dos momentos históricos diferentes: la que él juzga como normal: aquella en la que no existe contraposición entre el Derecho Natural y el Positivo, y aquella en la que ambos se contradicen".

"En el primer caso, dado que el Derecho Natural se identifica con el ordenamiento positivo considerado en sus fundamentos, afirma que es obligación del juez el no mutilar el derecho de su raíz y, por consiguiente, juzga necesario que el juez aplique directamente los principios que están a la base del ordenamiento jurídico. Rechaza, por tanto, de forma categórica toda clase de anarquismos tolstoyanos que pretendan quitar valor al ordenamiento positivo sustituyéndolo por los ideales parciales y arbitrarios; e insiste en la necesidad de estudiar a fondo el ordenamiento positivo sin pararse en su superficie normativa, tratando de llegar a las estructuras inalterables de la vida concreta de la cual las normas positivas no son más que su concreción. Para Capograssi es, por tanto, evidente que el derecho natural fundamenta toda la historia del derecho y de ahí que sin mengua de su valor absoluto adquiera diferentes expresiones según los momentos".

"El verdadero conflicto para el jurista se plantea, según Capograssi, cuando la legislación positiva contradice los principios del Derecho Natural. Son los casos en los que los gobernantes tratan de realizar un ordenamiento que sea solamente un conjunto de normas puestas por el Estado, desligadas de las raíces de la vida. Son los casos en los que se trata de convertir el derecho en un simple medio al servicio de los fines impuestos por el Estado".

"Ahora bien, la solución de Capograssi para estas situaciones no difiere de la ofrecida en el caso anterior. Se trata de observar en lo profundo de los ordenamientos positivos, de buscar sus raíces. ¿Cómo explicar esta actitud de Capograssi que parece abocar a un positivismo cerrado?"

"Aquí es necesario recordar una vez más la concepción del mal en Capograssi, que es en definitiva la viquiana y aun la Escolástica. Como ya dijimos al hablar de la sociedad de ladrones, un régimen

que sea absolutamente injusto es imposible. Y de ahí que para Capograssi, dado que hasta en el ordenamiento jurídico más injusto se conserva cierta parte de justicia, es necesario superar la parte injusta apoyándose en la justa. De otra parte considera Capograssi que es ésta la singular labor que ha realizado siempre el jurista: la ciencia del derecho penal, según él, no ha hecho otra cosa que esto en su historia y la ciencia del derecho administrativo nació precisamente por ello".

"La actitud de Capograssi que en el plano teológico-filosófico supone una aplicación del principio paolino de que el mal sólo se vence con el bien, en el plano estrictamente jurídico viene a valorar debidamente lo que para la justicia supone el respeto a la legalidad. Así ya en 1932 insiste en el grave riesgo que supone para la suerte del individuo la ofensiva del totalitarismo nazi contra la legalidad"[29].

III. CRITICAS AL DERECHO NATURAL

1. Crítica de la Escuela Histórica del Derecho. Para esta Escuela, el Derecho es un fenómeno de cultura, como el arte o el lenguaje, que emana del espíritu popular nacional (Volksgeist). Este espíritu popular nacional es una entidad real, no una expresión metafísica. Concebido como un ente orgánico y viviente, está dotado de un sentimiento jurídico: ante las contingencias que la historia le presenta, crea, en forma instintiva, no reflexiva, normas de conducta que constituyen el Derecho consuetudinario.

De acuerdo con esto, la fuente principal del Derecho es la costumbre, manifestación del sentimiento jurídico del pueblo. Sin embargo, existen otras fuentes de rango inferior, como son la ley y la ciencia jurídica.

De toda esta concepción se desprende la crítica que la Escuela Histórica del Derecho hizo al Derecho Natural, pero quede en claro que se refería a lo que entonces se entendía como Derecho Natural, que era, en rigor, sólo la formulación de la Escuela Clásica; es decir, ataca la existencia de un Derecho deducido o descubierto por la razón humana, perfectamente elaborado y detallado, aplicable por igual a todos los pueblos de la tierra y establecido de modo inmutable de una vez para siempre.

La Escuela Histórica del Derecho sostiene que no existe un Derecho Natural deducido de la pura razón, ya que todo Derecho es una emanación del sentimiento jurídico del espíritu popular. Esto no significa, como parece desprenderse de un análisis superficial, negar la posibilidad de una valoración del Derecho Positivo; de ninguna manera: la Escuela Histórica del Derecho no renuncia a la tarea valorativa, sólo cambia el criterio de valoración.

[29] Jesús Ballesteros. *La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi*. Págs. 108 y 109.

En vez de enjuiciar al Derecho Positivo frente a un Derecho Natural deducido de la pura razón, emplea el siguiente criterio axiológico: el Derecho Positivo es justo en tanto es manifestación auténtica y espontánea del sentimiento jurídico del espíritu popular, y es injusto en la hipótesis contraria.

El espíritu de cada pueblo tiene su peculiar y exclusivo sentimiento jurídico que, ante las contingencias históricas que le corresponde afrontar, segrega un Derecho exclusivo suyo, un Derecho Racional. Sin embargo, en el fondo de cada Derecho Racional existen principios generales que son comunes a todos, en razón de la unidad de la naturaleza humana.

No existe, pues, ese pretendido Derecho Natural universal, aplicable a todos los pueblos del mundo.

Asimismo, el variado acontecer histórico determina continuos cambios de ese Derecho Racional, siendo inaceptable un Derecho que pretende encontrarse establecido de una vez para simpre.

Es preciso no olvidar el aspecto político que tiene la crítica de la Escuela Histórica del Derecho al Derecho Natural: el jusnaturalismo racionalista había constituido la estructura filosófica de la Revolución Francesa, que se realizó con el propósito de sustituir violentamente, revolucionariamente, el antiguo ordenamiento jurídico por otro deducido de la pura razón.

Como un movimiento de reacción y también debido a los excesos revolucionarios, la Escuela Histórica proclama a la tradición y a la evolución como los caminos más adecuados para llegar a un Derecho bajo el cual se realice aquella aspiración.

En síntesis, para esta Escuela no existe un Derecho Natural frente a un Derecho Positivo: existe sólo el Derecho, que es esencialmente positivo, establecido de la manera señalada.

2. Crítica del positivismo jurídico. El positivismo jurídico, como método, intenta aplicar al conocimiento del Derecho el empirismo que tantos éxitos había deparado a las ciencias de la naturaleza. El empirismo es un sistema de la teoría del conocimiento que reconoce única y exclusivamente a la experiencia como fuente segura del conocimiento y rechaza, por tanto, cualquiera otra.

El Derecho, según él, es un producto de la evolución social y sólo por medio de la experiencia podrá ser conocido.

No existe más Derecho que el Positivo, establecido por la voluntad del Estado.

Luego, lo único que debe interesar al jurista es la ley positiva, el hecho de la ley positiva; en rigor, su tarea se reduce a recoger hechos, compararlos y extraer conclusiones.

La explicación de esta actitud es el deseo de asegurar el bien jurídico, certeza en cuya virtud todos saben cuál es el comportamiento que pueden esperar de los demás, ya que el Derecho se lo impone bajo la amenaza de sanción. Si no hay más Derecho que el estatal, ya se sabe que no queda sino cumplirlo.

En cambio, admitir un Derecho Natural al lado del Derecho Positivo provoca incertidumbre, pues podrá siempre argüirse que la ley positiva no concuerda con la natural y, por otra parte, los propios jusnaturalistas discrepan en sus concepciones.

La cuestión acerca de por qué el Estado impone como Derecho éste y no otro distinto, no compete contestarla al jurista sino al sociólogo, que nos explicará la razón a través de las influencias del medio o lucha de intereses.

El problema de la valoración del Derecho divide al positivismo en dos corrientes: una niega la posibilidad de la valoración, sosteniendo que el Derecho es un mero fenómeno, emanación de la voluntad del Estado; otra, en cambio, menos radical, no niega el problema axiológico, pero sostiene que la valoración se hace sólo en virtud de la Etica, en la conciencia de cada individuo, en ningún caso por comparación a un hipotético Derecho Natural.

3. Crítica de Hans Kelsen *(1881-1973)*. Hans Kelsen, el creador de la "Teoría Pura del Derecho", desarrolló su crítica al Derecho Natural en un ensayo titulado "La idea del Derecho Natural".

Kelsen comienza su análisis estableciendo un paralelo entre el Derecho Natural y el Positivo; señala que ambos se distinguen por su razón de validez específica y afirma que "la norma del Derecho Natural vale en virtud de su contenido interno, porque es buena, acertada, justa; la norma del Derecho Positivo, porque ha sido elaborada de una cierta manera, especial, porque ha sido establecida por un determinado hombre, que precisamente por eso tiene la consideración de autoridad. En esto reside —en relación con el Derecho Natural— la positividad de un Derecho: en que ha sido legislado por la voluntad humana" [30].

De esta diferencia básica deriva Kelsen importantes consecuencias: si el Derecho Natural, es decir, sus normas, son buenas y justas en sí, es perfectamente evidente que no necesitarán coacción para ser cumplidas; en tanto que las del Derecho Positivo, no siendo tales, necesitarán dicha coacción. Ahora bien, la forma básica tanto del Derecho Natural como del Derecho Positivo es la de un juicio hipotético (dada una condición, se debe una determinada consecuencia); no obstante, y de acuerdo con lo dicho anteriormente, existe una diferencia entre ambas especies de Derecho: si el Derecho Positivo necesita coacción, la consecuencia establecida para una determinada condición por cada uno de los juicios hipotéticos que constituyen sus normas deberá forzosamente referirse a dos personas; una, el obligado; otra, quien deba compeler a la acción al obligado, es decir, el coactivante. En cambio, como las normas del Derecho Natural son buenas y justas en sí y no precisan coacción, la consecuencia establecida para una determinada condición por los juicios hipotéticos que constituyen sus normas, deberá estatuir la conducta de una sola persona, el obligado.

[30] Hans Kelsen. *La idea del Derecho Natural*. Págs. 19 y 20.

¿Qué significado tiene este distingo? En las socledades civilizadas ha dejado de tener vigencia el principio de la justicia por sí mismo; se ha preferido entregar la función judicial a un órgano especial, dotado del poder de hacer cumplir por la fuerza las normas de Derecho Positivo, es decir, dotado de poder coactivo. Este órgano se ha transformado en las sociedades modernas, según el principio de la división del trabajo, en una organización coactiva específica; así, el Derecho Positivo, de ordenación coactiva, pasa a ser organización coactiva. "Esa ordenación coactiva, especialmente al ser organización coactiva, es el Estado. Y así puede también decirse que el Estado es la forma perfecta del Derecho Positivo" [31].

En cambio, en el Derecho Natural, si la consecuencia de cada uno de los juicios hipotéticos estatuye la conducta del solo obligado, no es necesario el órgano, ni la organización coactiva ni, por lo tanto, el Estado. Así, toda idea de anarquía (ordenación no estatal y libre de coacciones), como toda idea de separar Derecho y Estado, entendiendo Derecho y Estado como dos esencias distintas, es típicamente jusnaturalista.

Ya hemos señalado que la forma básica de ambas especies de Derecho es la de un juicio hipotético (dada una condición, se debe una determinada consecuencia); ésta es la llamada legalidad normativa, característica de toda ley jurídica, en contraposición a la legalidad causal (relación causa-efecto), característica de las llamadas leyes de la naturaleza.

De esta manera, pues, tanto las normas naturales como las positivas señalan una determinada consecuencia como debida a una condición dada. Sin embargo, dice Kelsen, no debe ligarse el deber ser de la legalidad normativa, entendida como característica común de ambas especies de Derecho, a lo bueno y justo, porque ello sólo es propio de las normas de Derecho Natural. En el Derecho Positivo, el deber ser, por su razón de validez específica que ya hemos señalado, se encuentra ligado sólo de manera hipotético-relativo a lo bueno y justo; es decir, sólo es bueno y justo lo que debe ser según el Derecho Positivo, si se admite como tal una condición básica de la dictación de las leyes positivas, por ejemplo, si se admite como bueno y justo que se deban obedecer como leyes las resoluciones de una Asamblea Popular, también es bueno y justo lo que señalen como deber ser esas mismas leyes.

"Así como a la idea del Derecho Natural corresponde la validez absoluta de sus normas, a la idea del Derecho Positivo corresponde la simple validez hipotético-relativa, es decir, que sus normas sólo valen bajo un supuesto, bajo la aceptación de una norma fundamental establecida por la autoridad jurídica suprema, cuya validez misma no está fundada ni puede fundarse dentro de la esfera del Derecho Positivo" [32].

[31] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 22.
[32] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 27.

Si las normas del Derecho Natural tienen validez absoluta, es de su esencia que ellas sean también inmutables; todo intento de construir, al lado de este Derecho Natural absoluto, otro Derecho Natural relativo, la bondad de cuyas normas fuese sólo de carácter hipotético-relativo, no es más que un intento de romper la línea diferenciadora de ambos Derechos "con la intención consciente o inconsciente de justificar como Derecho Natural, o como una especie de Derecho Natural, el Derecho Positivo siempre cambiante, de validez hipotético-relativa, esencialmente mudable en su contenido, y en continua mudanza de hecho" [33].

De este paralelo entre el Derecho Natural y el Positivo, deduce Kelsen que existe identidad esencial entre ambos órdenes jurídicos, no obstante las diferencias, más o menos periféricas, que hemos podido constatar; pero es precisamente esta identidad de fondo la que configura la problemática del Derecho Natural. "Es la necesidad, dada con toda ordenación normativa, y que existe tanto para un sistema de Derecho Natural como para una ordenación jurídico-positiva, de una individualización (concretización) de las normas generales (abstractas). Ahí donde hay que realizar el Derecho Natural, ahí donde hay que referir inmediatamente sus normas, de igual manera que las del Derecho Positivo, a los hechos reales de la vida social regulados por ellas porque han de ser aplicadas a esos hechos, ahí aparece la cuestión de si el Derecho Natural puede afirmar su existencia más allá de toda positividad, de si —con arreglo a su idea— es posible como sistema de normas diferentes e independiente del Derecho Positivo, de si cabe afirmar la posibilidad del Derecho Natural en cuanto tal" [34].

Para Kelsen, es precisamente en la aplicación de las normas generales del Derecho Natural a los actos humanos en donde se comprueba la imposibilidad de un ordenamiento jurídico natural que esté más allá de toda posibilidad, es decir, en el que no intervenga, como creadora de normas jurídicas, la voluntad humana.

Para probar su aserto, analiza las etapas de aplicación de cualquier norma jurídica, tanto de Derecho Natural como de Derecho Positivo. Hemos visto ya que la característica común de las normas naturales y positivas es la de ser juicios hipotéticos, en que hay una consecuencia establecida para una condición dada, por ejemplo, en Derecho Natural cuando dos sujetos han pactado (condición), deben respetar lo pactado (consecuencia); en Derecho Positivo, cuando alguien ha robado (condición), debe ser castigado por el juez con la privación de libertad (consecuencia). La aplicación deberá referirse, pues, tanto a la condición como a la consecuencia.

El primer acto de concretización de una norma general jurídica consiste en la constatación de que en la realidad existe un hecho que es la condición abstracta exigida por la norma general para una dada consecuencia abstracta. En ese momento se ha creado una norma

[33] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 28.
[34] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 29.

particular concreta que establece para esa condición concreta (el hecho) una determinada consecuencia también concreta; "no hay aquí, como hace ver la exposición tradicional, por una parte la norma bajo la que ha de subsumirse el hecho real, y por otra parte el hecho inserto en la realidad natural, sino que entre la norma general y el hecho real se interpone la norma individual, concreta, producida en el acto de concretización que crea constitutivamente el supuesto para la realización de una concreta consecuencia, al cumplir su función relativa al acto condicionante afirmando que existe un hecho caracterizado en la norma general. Esta llamada subsunción del hecho bajo la norma general es, pues, un acto de creación jurídica, un elemento esencial del proceso en que se establece el Derecho, y por virtud del cual es precisamente Derecho Positivo" [35].

Hay, pues, en este primer momento de concretización, un acto de creación de Derecho, de una norma jurídica: hay también un establecimiento de Derecho, y, como todo establecimiento supone voluntad (humana), hay aquí una positivación.

El segundo acto de concretización consiste en determinar una consecuencia concreta según tiempo, lugar y contenido. En efecto, en la norma particular concreta (si se pacta por A y B, tanto A como B deben cumplir lo pactado), se ha establecido una consecuencia concreta, pero hay varias cuestiones referentes a esa consecuencia concreta que no se hallan esclarecidas en dicha norma, por ejemplo, si es un contrato de préstamo, puede no estar contenida en la norma la indicación del lugar y del tiempo en que debe efectuarse la devolución (debe devolverse, es lo único que dice la norma particular concreta). Por todo ello se requiere, entonces, este segundo acto de concretización.

"A la determinación lo más completo posible de la consecuencia se une finalmente su ejecución, es decir, el cumplimiento del hecho correspondiente en la realidad" [36].

Kelsen precisa que para que una norma jurídica general pueda aplicarse a un acto humano es necesario un proceso de concretización en el que hay una creación de una norma jurídica particular, pero esto es importantísimo porque significa que si el Derecho Natural quiere referirse a un acto humano (y esa es la finalidad de todo Derecho) debe positivizarse, es decir, recurrir a la ayuda de un acto humano.

Ahora bien, ¿a quién corresponde realizar esta concretización? En el campo del Derecho Positivo corresponde al órgano a que ya hemos hecho mención; pero, ¿y en el campo del Derecho Natural? La teoría jusnaturalista señala que esa labor la realiza cada individuo separadamente. Analicemos esta respuesta. Supongamos que dos personas concluyen un pacto; según el Derecho Natural esa condición (el pacto) señala como debida la consecuencia de cumplirlo, pero, ya lo hemos visto al analizar el proceso de aplicación de toda norma, alguien debe

[35] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 32.
[36] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 33.

crear la norma particular concreta que estatuye ante una dada condición concreta una determinada consecuencia concreta y ese alguien, según los jusnaturalistas, debe ser cada una de las partes. ¿Y si una de ellas considera que no ha habido tal pacto?

Es evidente que no puede aceptarse este criterio, porque entonces no habría seguridad alguna en las relaciones jurídicas. Para Kelsen, el error estriba en "la idea de que las partes poseen las condiciones de entendimiento y voluntad exigibles, que son sabias y buenas, y ambas en el mismo grado; en una palabra, que son perfectas. En este supuesto va incluida especialmente la idea de que los intereses de los hombres no perturban su juicio objetivo y que son aptos para conocer la verdad plena [37].

Entonces, es necesario entregar la aplicación de las normas de Derecho Natural a un órgano, de la misma manera que el Derecho Positivo. Esto significa, ni más ni menos, que una positivación formal, ya que la voluntad humana va a intervenir en la concreción de las normas naturales, lo que, según hemos visto, implica creación de normas jurídicas particulares.

Pero hay más; los órganos de aplicación de las normas jurídicas no pretenden, por definición, alcanzar la verdad sino, sencillamente, resolver el litigio. Ellos, procediendo con entera buena fe, creerán acontecido un hecho que la norma general señala como condición de una determinada consecuencia y lo colocarán como condición concreta de la norma particular que crean y, en consecuencia, establecerán como debida una determinada consecuencia concreta. Si el hecho no ha acaecido en verdad, ello significa que el Derecho Natural queda sin aplicación, porque él establecía una determinada consecuencia sólo cuando se produjera una condición, y ésta no se ha producido; su norma ha sido reemplazada por otra de Derecho Positivo. La positivación del Derecho Natural no es aquí simplemente formal, sino también material.

Resumiendo, en el peldaño superior de la escala está el Derecho Natural en su estado general y abstracto y, en la base de ella, las acciones de los hombres que ese Derecho Natural pretende regir. Para regirlos, debe verificarse una operación de aplicación.

No pueden ser los propios hombres cuyos actos deben ser regidos por el Derecho Natural los llamados a aplicarlo, porque:

a) No son igualmente inteligentes, buenos y sabios; no son perfectos; y

b) Porque sus intereses suelen perturbar su juicio objetivo.

Luego, la labor de aplicación tendrá que hacerla un órgano (positivamente formal), que pretenderá resolver el litigio, no alcanzar la verdad (positivación material).

Hemos analizado hasta aquí el proceso de aplicación de una norma de Derecho Natural desde el punto de vista de la fijación del hecho

[37] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 37.

condicionante, pero surgen dificultades semejantes también en lo que se refiere a la fijación de la consecuencia concreta; ello también requiere la intervención de un acto humano, pero las consecuencias son más graves.

En efecto, para poder determinar la consecuencia concreta debida a una determinada condición, dentro de una norma de Derecho Natural, se requeriría en el órgano encargado de ello el concepto de lo justo y bueno; "pero hay que aceptar, a base de la experiencia, que la intuición de lo acertado y justo, es decir, de la consecuencia prescrita por la ordenación jurídico-natural, que el saber sobre la conducta acertada y justa, falta a los hombres, o por lo menos a la mayoría de ellos" [38]. Entonces, la aplicación de esa ordenación jurídico-natural debería entregarse a la minoría que tuviera aquella intuición.

Pero esto significa también que para la mayoría de los hombres, aquellos a quienes se va a aplicar el Derecho Natural, las consecuencias estatuidas como debidas por sus normas no les parecerán acertadas y justas y deberán ser compelidos a cumplirlas por la fuerza.

El órgano señalará la consecuencia concreta debida a la condición concreta que él ha establecido como acaecida en la práctica. Tal consecuencia implica un acto o una abstención de un hombre que puede no compartir la opinión del órgano y que, por tanto, tendrá que ser forzado a cumplir. Para obligarlo, el órgano tendrá que establecer una ordenación coactiva que se interpondrá entre el Derecho Natural abstracto y general y el caso particular que pretendía regir.

Esta ordenación coactiva tiene un contenido de Derecho Natural, aunque expresado en frase negativa: si no respetas los tratados, serás sancionado (la norma de Derecho Natural general y abstracto era: si celebras un tratado, debes respetarlo), pero su forma es positiva, como quiera que ha sido establecida por el órgano. Tal ordenación coactiva "representa una completa positivación del Derecho Natural en el grado general" [39].

Ahora bien, si son pocos los que tienen la intuición de lo justo y acertado no es muy difícil comprender que estos pocos tendrán grandes dificultades en su labor de aplicación de las normas del Derecho Natural, ya los veamos como jueces, aplicando directamente las normas del Derecho Natural o como legisladores, procurando dar un contenido natural a la legislación positiva. El juez, por ejemplo, debe procurar ante todo resolver el litigio, y esto hará que "no entra en vigor la norma de Derecho Natural puro: cuando un cierto hecho se da, debe producirse una cierta consecuencia y sólo esa, sino la norma de Derecho Natural aplicado: cuando ha sido fijado un cierto hecho de manera auténtica por el órgano llamado a ello, debe producirse la consecuencia determinada por ese órgano" [40]. En el caso del legislador, debe forzosamente aceptarse, en bien de la sociedad, que él fue el

[38] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 43.
[39] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 45.
[40] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural.* Pág. 48.

único en intuir lo justo, pues, de lo contrario, todo sería caos y confusión al verter cada uno su opinión subjetiva acerca de la justicia de una norma de Derecho Positivo.

Para darnos una idea de la dificultad con que puede realizarse el Derecho Natural, basta pensar, afirma Kelsen, en las infinitas veces en que no se realiza el mismo Derecho Positivo en su grado general al aplicarse a casos particulares, siendo de notar que éste ha sido escriturado pensando precisamente en resolver sus dificultades de aplicación, ¿por qué piensan entonces en una realización satisfactoria de un Derecho Natural vago y general?

Hasta ahora hemos admitido la existencia de un orden jurídico natural; pero, si hemos comprobado que los hombres no tienen aptitud para intuir lo justo, ¿es concebible aceptar la existencia de un orden jurídico que regle relaciones entre hombres que lo ignoran? Al respecto Kelsen afirma: "la capacidad de ser justo que tienen los hombres, cuya carencia a introducir el Derecho Positivo en lugar del Derecho Natural, es tan sólo una subjetivación de un principio objetivo de justicia, no una cualidad psíquica que pueda establecerse empíricamente; desde el punto de vista psicológico no se da el contraste de justo e injusto. En el juicio de valor contenido en la afirmación de que un hombre es justo, de que tiene la aptitud o la propiedad de ser justo, se oculta la ordenación justa misma bajo una máscara psicológica. Justa es una conducta sólo en tanto que corresponda a esa ordenación objetiva. Y la afirmación de que los hombres no son aptos o no lo son en modo suficiente para observar una tal conducta, de que les falta esa propiedad de la justicia, sólo significa que les falta una ordenación objetiva en la que cobre expresión el principio de la justicia" [41].

En conclusión Kelsen afirma que el Derecho Natural, para realizarse, necesita volverse obra humana, positivizarse, y, "con esto, el proceso de realización del Derecho Natural suprime su idea" [42].

En síntesis, la crítica de Hans Kelsen señala que:

a) Tanto el Derecho Natural como el Positivo tienen como característica común la legalidad normativa;

b) La fijación del hecho condicionante exige la intervención de un órgano, aun en Derecho Natural (positivación formal); este órgano, al actuar, reemplaza al Derecho Natural por un Derecho Positivo (positivación material);

c) La fijación de la consecuencia debida también exige intervención de un órgano que debe imponer coactivamente a los obligados la consecuencia que establece como debida (positivación del Derecho Natural en su grado general);

d) El juez y el legislador encuentran mucha dificultad al aplicar el Derecho Natural y se ven forzados a recurrir al principio de la fuerza del Derecho, en cuya virtud es preferible alcanzar la paz, re-

[41] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural*. Pág. 51.
[42] HANS KELSEN. *La idea del Derecho Natural*. Pág. 52.

solviendo el litigio, que mantenerlo indefinidamente en busca de la justicia absoluta, que el hombre no puede captar; la realización del Derecho Natural es, así, muy problemática, y

e) Si los hombres no tienen intuición de lo justo y acertado, ello indica la falta de una norma; luego, el Derecho Natural no existe.

4. CRÍTICA DE NORBERTO BOBBIO. Norberto Bobbio, en su ensayo titulado "Algunos argumentos contra el Derecho Natural", resume así su pensamiento:

"1. El Derecho Natural no es un Derecho con el mismo título que el Derecho Positivo porque carece del atributo de la eficacia".

"2. El Derecho Natural no llega a alcanzar el objetivo que corresponde a los sistemas jurídicos positivos porque no garantiza ni la paz ni la seguridad".

"3. El Derecho Positivo ha ido extendiéndose poco a poco por todos los campos que antes se atribuían al Derecho Natural".

"4. La noción de "naturaleza" es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales Derechos diametralmente opuestos".

"5. Incluso si fuese unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabría derivar un acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto".

"6. Incluso si hubiera sido unánime el acuerdo sobre lo que es justo por el hecho de ser natural, de ello no se derivaría la validez de este acuerdo para el momento actual".

"Que quede bien entendido que estas críticas no pretenden despojar al Derecho Natural de su función histórica ni tampoco suprimir la exigencia que este Derecho expresa, la exigencia de no aceptar como valores últimos los que vienen impuestos por la fuerza de la clase política en el poder. Desearía hacer constar bien claramente que las dudas aquí formuladas no afectan en modo alguno a la existencia de valores morales superiores a las leyes positivas, ni al contenido de las mismas, sino únicamente a su motivación" [43].

IV. FUNDAMENTO DEL DERECHO NATURAL

La esencia de la naturaleza humana es inmutable e igual en todos los hombres, y todos ellos gozan del derecho de libertad, es decir, de la facultad de determinarse por sí mismos en busca de su realización integral. En efecto, la persona humana no obra como agente de las fuerzas de la naturaleza, sino como un ser autónomo, con cualidades de principio y fin; no actúa impulsada por el orden de los motivos, sino como dominadora de ellos; el hombre trasciende a la naturaleza física, porque está dotado de un espíritu libre. Si el hombre fuera sólo

[43] NORBERTO BOBBIO. *Algunos argumentos contra el Derecho Natural.* En "Crítica del Derecho Natural". Págs. 236 y 237.

un fenómeno, no se plantearía para él el problema ético ni tendría sentido la valoración de sus acciones; en este caso, el hecho sería el criterio de la verdad. Pero, como quiera que él, a pesar de pertenecer también al mundo físico, lo trasciende, su vida es una lucha constante por explicar su propia esencia y realizarse integralmente; y, por ello, lleva en sí mismo la posibilidad de determinarse, esto es, de conformar o no su conducta con la norma ética. Por esta razón, las acciones humanas se consideran en su dependencia trascendental con respecto al ser y se valoran como expresiones de libertad; es decir, mediante la comparación con aquel criterio que le es dado por el íntimo ser del sujeto y que constituye su ley metafísica propia. Si logra ordenar así su vida, se habrá realizado en su plenitud ontológica; pero, en cambio, si obra transgrediendo sus dictados, hará traición a su propia naturaleza.

Ahora bien, todo aquello que le es indispensable al hombre para el desarrollo de su personalidad y cuya obtención está en algún modo subordinada a otro, le es debido a él, y, correlativamente, el hombre está obligado a reconocer, como propio de sus semejantes, aquellas cosas o facultades que están en relación de condición necesaria para la satisfacción de las exigencias de la naturaleza del prójimo. Esto quiere decir que existe, en virtud de la propia naturaleza, un orden o disposición que la razón humana puede descubrir y según el cual debe obrar la voluntad para conformarse con las finalidades del ser. De consiguiente, existe una ley rectora de nuestra vida, que tiene por fundamento la naturaleza racional del hombre y no precisa de promulgación, porque se encuentra grabada en nuestra conciencia y le señala a ella, con carácter obligatorio, el camino de la justicia. Este es el Derecho Natural.

V. CONTENIDO DEL DERECHO NATURAL

Entre los principios del Derecho Natural existe un orden en el que se pueden distinguir dos categorías: 1) Principios primarios, o sea aquellos universalísimos, evidentes a todo hombre con uso de razón, y 2) Principios secundarios, o sea las conclusiones próximas e inmediatas de los principios anteriores, deducidas con facilidad por todos los hombres.

1. Principios primarios. Estos principios expresan los fines primarios de la naturaleza humana a los cuales está ordenada o inclinada naturalmente. De ahí que Santo Tomás de Aquino establezca el orden de estos preceptos primarios del Derecho Natural atendiendo a esas distintas inclinaciones naturales y los reduzca a tres grupos fundamentales. "El hombre, en primer lugar, siente una inclinación hacia un bien, que es el bien de su naturaleza; esa inclinación es común a todos los seres, pues todos los seres apetecen su conservación conforme a su propia naturaleza. Por razón de esta tendencia, perte-

necen a la ley natural todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida del hombre y a evitar sus obstáculos".

"En segundo lugar, hay en el hombre una inclinación hacia bienes más particulares, conformes a la naturaleza que él tiene en común con los demás animales; y en virtud de esta inclinación decimos que pertenecen a la ley natural aquellas cosas que "la naturaleza ha enseñado a todos los animales", tales como la comunicación sexual, la educación de la prole, etc.

"Finalmente, hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a su naturaleza racional, inclinación que es específicamente suya; y así el hombre tiene tendencia natural a conocer las verdades divinas y a vivir en sociedad. Desde este punto de vista, pertenece a la ley natural todo lo que se refiere a esa inclinación, v. gr. desterrar la ignorancia, evitar las ofensas a aquellos entre los cuales tiene uno que vivir, y otros semejantes, concernientes a dicha inclinación" [44].

2. PRINCIPIOS SECUNDARIOS. De los preceptos primarios del Derecho Natural derivan otros secundarios, que dicen relación con la naturaleza humana o que se refieren a materias contingentes, y que procuran concretar o especificar aquellos dictados generales a que hicimos referencia.

Sin pretender hacer una enunciación exhaustiva de los preceptos secundarios del Derecho Natural, sino más bien por vía de ejemplo, podemos enunciar los siguientes:

a) Respetar la vida y la persona propia y la del prójimo, precepto del cual derivan, entre otros, el derecho y deber de conservar la vida y el derecho de legítima defensa;

b) Dar y reconocer a otro lo que le es debido, del cual derivan: cumplir las obligaciones, no enriquecerse a costa de otro sin justa causa, no causar daños injustos;

c) Asumir las consecuencias de nuestros actos, del cual deriva todo el principio de responsabilidad;

d) No ser juez y parte en el mismo proceso, del cual deriva la organización de la justicia;

e) No juzgar a nadie sin oírlo y darle oportunidad de probar sus defensas, del cual deriva la teoría del proceso.

VI. CARACTERES DEL DERECHO NATURAL

Para estudiar los caracteres propios del Derecho Natural hay que distinguir, previamente, entre los principios primarios y los secundarios.

1. PRINCIPIOS PRIMARIOS. Nos referiremos, en primer lugar, a las cualidades del Derecho Natural en lo que dice relación a los principios primarios:

[44] SANTO TOMÁS DE AQUINO *Suma Teológica*. I-II, c. 94, a. 2.

a) *Universalidad.* Si admitimos que existe una unidad fundamental de la especie humana: de naturaleza específica, de origen y de destino final; y si consideramos que el Derecho Natural tiene por fundamento inmediato la naturaleza del hombre y como materia sobre la cual versa, aquellos productos espontáneos de ella, fácil es concluir que el Derecho Natural es el mismo en todo tiempo y para todo individuo. En efecto, los primeros principios naturales, como ser: la tendencia hacia la conservación de la vida, la propagación de la especie, la sociabilidad y el desarrollo de la inteligencia, han existido como tendencias en todos los pueblos del mundo.

b) *Cognoscibilidad.* Por muy compleja que sea la vida humana, el Derecho Natural siempre será aplicable igualmente a todos los hombres en cuanto encierra verdades universalísimas y se encuentra integrado por aquel conjunto de principios que hemos llamado primarios. El carácter universal de este orden de verdades lo coloca por encima de toda contingencia, sea ella objetiva o referente a la cognoscibilidad de las mismas, de modo que estos principios se presenten siempre, y en forma evidente, a toda conciencia humana.

c) *Inmutabilidad.* Así como la universalidad de los primeros principios del Derecho Natural afecta a éstos en razón del espacio, la inmutabilidad lo hace en razón del tiempo.

La inmutabilidad debe ser entendida en el sentido de que algo que ha pertenecido al Derecho Natural no puede dejar de serlo, en lo que dice relación a los preceptos primarios.

2. Principios secundarios. Analizados que han sido los caracteres esenciales del Derecho Natural en el orden de los principios primarios, estudiaremos las cualidades propias de los principios secundarios, que también forman el contenido de él. Entre éstos, vimos que existían dos órdenes: uno que dice relación con la naturaleza humana en cuanto tal, y otro que se refiere a materias contingentes.

En el orden de los principios secundarios que se relacionan con la naturaleza humana, podemos decir que el Derecho Natural es también universal e inmutable y que, comúnmente, también es cognoscible. Pero en algunos casos en que existe depravación de la razón humana por el influjo de las pasiones y de los hábitos, cabe admitir la ignorancia de estos principios secundarios. Así, la experiencia demuestra que ciertos pueblos, de un nivel cultural muy bajo, han ignorado la ilicitud de acciones prohibidas por los preceptos secundarios del Derecho Natural; y así, también, muchas personas que poseen una contextura psíquica en exceso pasional, que viven en ambientes de escasa moralidad, o que, por razones económicas o de cualquier otra naturaleza, cohabitan en promiscuidad, tienen una inteligencia de tal manera influida por hábitos que, no obstante ser aprobados por su medio social, son en sí viciosos, que su razón desconoce estos principios secundarios y, por lo tanto, es preciso excusarlas de algunos actos inmorales por ignorancia.

Los principios secundarios de Derecho Natural que se refieren a materias contingentes, no son en sí universales e inmutables, por cuanto su objeto es esencialmente variable. No es que la razón primera varíe, sino que, cambiando la materia relativa sobre la que se aplica, cambian las consecuencias del Derecho Natural. Como se ve, no se trata de que todo el contenido del Derecho Natural sea variable, sino tan sólo sus consecuencias secundarias; y ello porque es inherente a él la idea de que estados de cosas diversos exigen regulaciones diversas.

Un ejemplo de estos principios nos lo da la institución de la propiedad privada sobre los medios de producción. De aquel principio primario e inmutable de que los bienes materiales están destinados a servir al hombre para la satisfacción de sus necesidades, se ha concluido como principio práctico, en la época actual y en ciertas naciones, que la mejor forma de organizarlos es mediante la constitución del dominio privado sobre los medios de producción. Tenemos, entonces, que ella continuará siendo en algunos países una institución de Derecho Natural en tanto cuanto las condiciones y circunstancias comprueben que es el mejor sistema. Pero, si se llega a probar que la actual organización se presta a arbitrariedades e injusticias y beneficia sólo a un reducido sector social, en perjuicio de la colectividad, entonces ella dejará de ser, por causa de los hombres, una institución de Derecho Natural; y, por el contrario, otro sistema pasará a tener tal carácter, como podría ser, por ejemplo, el de propiedad colectiva de los medios de producción, el de propiedad comunitaria o cualquier otro.

Tenemos, entonces, que los principios secundarios del Derecho Natural, relativos a materias contingentes, varían en relación a las circunstancias históricas y culturales.

VII. EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO

El Derecho Natural, como lo hemos visto, es aquel conjunto de los primeros principios de justicia, eternos e inmutables, que sirven de orientación al Derecho Positivo. Su misión no es tanto la de suministrar fórmulas, como la de dar la forma sustancial al ordenamiento jurídico.

Pero es de la esencia del Derecho Natural el aspirar a convertirse en Derecho Positivo. El busca traducir en fórmulas concretas los principios de que es portador, y por ello es el continuo inspirador de la legislación para que, por medio de ésta, se viertan a la vida práctica sus dictados. Por ello, mientras el Derecho Positivo representa la estabilidad y el orden, el Derecho Natural señala el progreso.

"Para la doctrina jusnaturalista tradicional no puede haber duda alguna en este punto, a menos que se entienda mal. En efecto, si el Derecho Natural posee una relación estrecha con la naturaleza del hombre y su modo de operar es propio de su naturaleza (ley natural), no puede existir a la larga evidentemente ningún orden jurídico y social

positivo que no realice en medida considerable el Derecho Natural. En consecuencia, habrá que considerar como indiscutible que el Derecho Positivo encierra en sí mismo Derecho Natural, aun cuando no Derecho Natural en su plena realización porque la ley natural cuando se positiviza, como sostuvo siempre la doctrina jusnaturalista tradicional, se encuentra disminuida en su eficacia. Incluso el Estado dictatorial que en medida considerable impone la injusticia legal —recuérdense las formas históricas o las del momento presente— se ve forzado a realizar una parte esencial del Derecho Natural, porque de lo contrario no podría durar por ser contrario a la naturaleza" [45].

El Derecho Positivo escoge para sus aplicaciones solamente aquellos preceptos del Derecho Natural que se refieren a la realización del bien común, habida consideración de las circunstancias de tiempo y lugar. Pero, en este proceso de captación y elaboración, el Derecho Positivo puede crear relaciones nuevas, dando o prohibiendo aquello que es naturalmente indiferente o que está subordinado a contingencias culturales o históricas. En este trabajo, el Derecho Positivo añade algo al Derecho Natural, completándolo, por exigencias del bien común, con aquellas cosas lícitas y necesarias no preceptuadas por éste.

Como vemos, el Derecho Natural y el Positivo se prestan recíproca colaboración, se sostienen mutuamente; aquél justifica el Derecho Positivo ante la razón y éste realiza el Derecho Natural en la sociedad.

VIII. INTERFERENCIAS ENTRE EL DERECHO POSITIVO Y EL DERECHO NATURAL

Muchas veces se presentan interferencias entre el Derecho Positivo y el Natural, fundadas en una disconformidad entre los dictados de una ley positiva y los preceptos naturales.

Una ley manifiestamente violatoria de los preceptos del Derecho Natural y perjudicial al bien común no es verdaderamente ley; no produce ningún deber de conciencia y, por lo tanto, no impone obediencia a sus ordenanzas. Y ello porque el ordenamiento jurídico no es solamente un conjunto de normas a cuyo cumplimiento se pueda obligar por la fuerza, sino un orden de justicia entre las personas; y, en consecuencia, a aquella norma que viola los principios fundamentales sobre los que descansa el ordenamiento jurídico, debe negársele el carácter de la juridicidad. Tal norma no puede ser integrada en el ordenamiento, ya que está en oposición con sus fundamentos.

Si bien es cierto que no se puede hablar de ley injusta, porque el mandato injusto no se compadece con la naturaleza misma de la ley, no obstante ello nos serviremos de esta expresión para significar toda norma que aparentemente es una ley, pero que no cumple con todos los

[45] JOHANNES MESSNER. *Etica Social política y económica a la luz del Derecho Natural*. Pág. 461.

requisitos necesarios para ser una verdadera ley obligatoria. Por consiguiente, una ley es injusta y nula y no obliga cuando no emana de autoridad legítima que obra dentro de sus facultades, cuando es contraria al Derecho Natural o cuando atenta contra el bien común.

El problema de las leyes injustas se ha presentado en múltiples oportunidades en la historia y, últimamente, en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, con ocasión de los agudos problemas sociales que quedaron como saldo de las iniquidades del régimen nazi y de su derrocamiento. "¿Debían ser castigados los delatores que, persiguiendo fines egoístas, obtuvieron el encarcelamiento de otros por transgredir leyes monstruosas aprobadas durante el régimen nazi? ¿Era posible condenarlos en los tribunales alemanes de postguerra, sosteniendo que esas leyes violaban el Derecho Natural y, por lo tanto, eran nulas, de modo que el encarcelamiento de las víctimas por violar tales leyes fue en realidad ilícito, y el obtenerlo fue en sí un delito"? [46].

Debemos considerar los problemas derivados de este caso de contraste insalvable entre el Derecho Natural y el Positivo. Ellos dicen relación tanto con el juez que ha de aplicar normas que reputa absolutamente injustas, como con los ciudadanos de los que se exige la observancia de las mismas.

"Tanto para una como para la otra cuestión debemos ante todo establecer el principio de que no basta la opinión, aun bien fundada, de la injusticia de las leyes vigentes para legitimar la insurrección contra ellas o la negación de obediencia. Si cualquier impulso de la conciencia individual bastase para justificar la infracción y la subversión del orden jurídico establecido, la consecuencia sería no la instauración de una más alta justicia, sino la imposibilidad de cualquier instauración, por la perpetua inseguridad de sus bases. Hay que tener presente que la oposición contra el orden jurídico establecido puede obedecer a los más diversos motivos: tanto a la aspiración purísima de una más perfecta justicia como al afán egoísta de substraerse a los propios deberes. Una crítica, y en especial una autocrítica rigurosa es necesaria por tanto a este propósito: muy a menudo, el "espíritu revolucionario" ha abusado del nombre sagrado de la justicia para cubrir pasiones impuras e intereses unilaterales".

"Sobre todo, y por lo que especialmente afecta al magistrado, no hay duda que éste debe, por razón de su cargo, interpretar y aplicar las normas vigentes. Al reconstruir el sistema jurídico positivo, y en especial al aplicarlo judicialmente, el intérprete, en cuanto tal, debe atenerse a las leyes tal como son y no tal como debían ser con arreglo a los puros principios. Un método diverso conduciría a infringir la unidad del sistema, confundiendo el "jus conditum" con el "jus condendum" y la función del juez con la del legislador, y quitando al De-

[46] H. L. A. HART. El concepto de Derecho. Pág. 257. La sentencia en referencia es del Oberlandsgerich Bamberg, de 27 de julio de 1949, y fue pronunciada en un juicio seguido en contra de una mujer que había denunciado a su marido por la violación de una ley nazi de 1934.

recho Positivo aquella certeza que no puede dejar de pertenecerle por su misma esencia".

"La misma justicia impone que se reconozca y se salve, ante todo, aquella parte de justicia que debe ser incorporada al sistema vigente, cualesquiera que sean sus imperfecciones; y que sin tirar por la borda estos gérmenes y núcleos vitales, se trabaje sobre ellos, en los límites del sistema, para darles los máximos desenvolvimientos posibles. Quien sepa (y todo jurista lo sabe) cuán amplios son los márgenes que las formulaciones jurídicas positivas dejan necesariamente al intérprete, y cómo todo sistema, aun aparentemente "cerrado", tiene en realidad sus "válvulas" y sus medios naturales de renovación, de transformación y de enriquecimiento, no puede desconocer esta elemental exigencia, de que aun respecto a los ordenamientos injustos se recurra en primer lugar a estos medios y no se destruya a la ligera o al arbitrio lo que con harta dificultad se ha construido.

"Pero donde se revelen insuficientes todos los medios posibles para conseguir al menos una cierta justicia en el ámbito y en las formas de la legalidad, la crisis de conciencia del juez podrá, en los casos más graves, encontrar su verdadera solución sólo en la renuncia al cargo: que es lo que, en tal hipótesis, deberá hacer cualquier otro funcionario público" [47].

En lo que se refiere a los ciudadanos, a la ejecución de las leyes intrínsecamente injustas, ningún hombre puede cooperar sin hacerse cómplice de cometer injusticias; pero a las leyes que no son manifiesta y absolutamente injustas, se puede y a veces se debe obedecer, no porque ellas obliguen por sí mismas, sino por el hecho de que su inobservancia puede traer consigo perjuicios mucho mayores. El bien común de la sociedad muchas veces obliga a este acatamiento. No obstante ello, la justicia nos obliga a hacer todo lo posible por obtener la derogación o modificación de la ley injusta, reivindicando el Derecho Natural contra el Positivo que de él reniega.

Para toda persona existe el derecho y el deber de desobediencia a las leyes positivas intrínsecamente injustas. Es cierto que de hecho estas leyes pueden ser impuestas coercitivamente por el Estado y el trasgresor sancionado; pero es efectivo, también, que la justicia está por encima de la fuerza y que ésta no puede tener pretensión alguna racional sobre los actos humanos y que sólo actúa sobre el cuerpo del hombre y el espíritu de éste siempre será libre. Recordemos, al respecto, a Epicteto:

"César expidió credenciales para mí. Dejémosle que te extienda credenciales que te permitan constituirte en juez en materias de música y literatura; ¿y qué bien te reportará? Cualquiera que pueda ser, hay otra cuestión, que es, ¿cómo llegaste a ser juez? ¿Cuáles de sus manos besaste —las de Símforo o las de Numenio (dos cortesanos con influencias en la Corte)? ¿Frente a cuál de sus dormitorios dormiste?

[47] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho*. Págs. 531 y 532.

¿A quién enviaste presentes? Después de todo, ¿no reconoces que el oficio de juez es tan digno como el de Numenio? Pero yo puedo arrojar a quien quiera a la prisión. Como puedes hacerlo con una piedra. Y soy capaz de dar muerte a quien desee. Como puedes hacerlo con un asno. Eso no es gobernar a los hombres. Gobiérnanos como seres racionales, señalándonos lo que es beneficioso, y te seguiremos; señalándonos lo que es perjudicial, y nos apartaremos. Haz que te admiremos y emulemos, como a Sócrates, que hizo que los hombres le admirasen e imitasen. Fue el único que gobernó a la gente como hombres, e hizo que le sometiesen sus deseos, sus aversiones, sus decisiones, sus negativas. "Haz esto: no hagas esto otro, de otro modo te arrojaré a prisión". Di esto y cesarás de ser un gobierno sobre seres racionales" [48].

IX. EL DERECHO NATURAL Y LOS CAMBIOS SOCIALES

El Derecho Natural es un Derecho que puede ser introducido en la historia. No es la ley eterna, encerrada en la mente de Dios, sino que es sólo su participación humana, que no puede sustraerse a las limitaciones de ésta.

Entendido así el Derecho Natural "pierde su figura de masa inerte y obstaculizadora; desciende al terreno de las luchas humanas; toma parte activa en nuestra historia jurídica, prohibiendo o mandando cambios. Los prohíbe cuando las leyes vigentes responden a los principios superiores de la justicia en las circunstancias concretas de la sociedad. Frente al frenesí del movimiento, frente a la enloquecida búsqueda de lo nuevo por lo nuevo, el Derecho Natural cumple verdaderamente un oficio de rémora; y entonces adquiere el aspecto del Derecho de ayer y se le acusa de obstaculizar la evolución. Pero es también capaz de cumplir la función opuesta, con los lobos del iusnaturalista inglés o con los melifluos soñadores del francés; sabe también pasar a la vanguardia, sabe postular ardientes innovaciones. Esto sucede siempre que el Derecho vigente no responde más a las exigencias de la justicia en las condiciones históricas del momento. Entonces la rémora se transforma en motor; el Derecho sobrepasado resulta agresivo, como un "ius condendum". En tal sentido se ha podido decir que "en su dinámica el Derecho es todo Derecho Natural".

"Esta función dinámica sobre el Derecho Positivo se desarrolla de dos modos: por corrosión lenta y por reacción impetuosa".

"La corrosión lenta se cumple a través del desgaste continuo a que la vida somete todo sistema jurídico mellando la compaginación de las construcciones técnicas más sólidas y resquebrajándolas con repetidas apelaciones a principios superiores, con el recurso de remedios ordinarios y extraordinarios, de excepciones y ficciones que pueden a veces irritar al profano, pero no al filósofo, que en todos estos

[48] EPICTETO. *Pláticas (o Diatribas)*. Libro III. Capítulo VII. Vers. 31 a 36.

repliegues ve otras tantas pequeñas erupciones del Derecho Natural, se ven caminos tortuosos, a través de los cuales la razonabilidad y la justicia, un poco camufladas bajo las mismas armaduras con las que se amenazaba arrojarlas, reaparecen para neutralizar las iniquidades del ordenamiento jurídico positivo. Es ésta una obra subrepticia que cumple el Derecho Natural en los mismos ambientes que lo ignoran o niegan. Así la vemos en acto en los juristas romanos, que si bien no brillaron por la capacidad de elevarse a la visión filosófica del Derecho Natural, sin embargo eran excelentes en el arte de abrirle oportunos respiraderos a través de las cerradas entabladuras del Derecho Quiritario".

Junto a la corrosión quieta y pacífica tenemos el cataclismo ruidoso y violento. Lo tenemos cuando el trabajo de corrosión y de corrección interna procede demasiado lentamente, de modo que la vida de un pueblo se encuentra encerrada, sin salida legal, entre las prensas de fórmulas envejecidas y oprimentes. Entonces sucede como en Roma cuando los patricios apaleaban a los plebeyos en nombre de las Doce Tablas y los plebeyos hacían tumultos en nombre de leyes... extravagantes; entonces suceden las explosiones volcánicas del 89, que derrumban tumultuosamente "l'ancien régime" en nombre de un régimen apenas entrevisto en las nieblas de una ideología iusnaturalista; entonces el Derecho Natural revela su capacidad de funcionar como fermento impetuoso de la historia".

"¿Debemos, pues, adosarle todas las revoluciones? Cierto, ofrece un pretexto peligroso a los eternos insatisfechos, a los rebeldes, a los disfrutadores de las debilidades de quien está en alto; porque al no ser escrito, se presta a muchas interpretaciones, responde a demasiados convites; y la respuesta que se dice venida de él, muchas veces no es más que el eco pasivo y disfrazado de nuestra pregunta, es decir, es la respuesta de la misma conciencia, o quizá de la misma inconsciencia que lo invoca. Confieso que siento la fuerza de esta acusación, y comprendo el embarazo de los juristas frente a esta puerta, que amenaza abrirse a cada instante y ponerlos en contacto con lo desconocido. Pero no podemos negar una verdad porque desagrada o porque es posible su abuso. Por otra parte no está mal, y aun es deseable, que la naturaleza misma ofrezca una válvula de seguridad al que gime bajo el peso de leyes inicuas, legalmente intocables. Es fatal o, mejor, es providencial que cuando se amenaza con destrozar la vida en nombre de una fórmula, la vida se rebele y rompa la fórmula. Para calmar los excesivos temores agreguemos que las válvulas naturales de seguridad no sólo se ofrecen a quien está abajo para protegerse del que está en alto, sino también al que está en lo alto para defenderse de quien está abajo; pueden abrirse tanto a favor de los revolucionarios como a favor del orden establecido: se abren ante cualquiera que se presente acompañado por la razón y la justicia" [49].

[49] GIUSEPPE GRANERIS. *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho.* Págs. 104 a 106.

X. CONCEPTO DEL DERECHO NATURAL

De todo lo dicho se infiere que concebimos el Derecho Natural, no como el propio de un período histórico primitivo, en que los hombres estaban organizados en una forma más perfecta y justa, sino como una medida valorativa fundada en la propia naturaleza, o mejor, como una ley objetiva que tiende a establecer un justo ordenamiento.

El Derecho Natural no se ha realizado integralmente como fenómeno en el curso de la historia, sino que se ha ido encarnando en la realidad en forma progresiva, a pesar de las múltiples desviaciones y negaciones de los hombres.

El ser humano tiene en sí, prefigurado, el fin a que debe tender en su desenvolvimiento y conoce la bondad de los medios que debe usar, es decir, tiene grabada en su corazón la imagen del Derecho Natural y su vida es un continuo esfuerzo por que devenga aparentemente aquello que es ya en él mismo; por ello, la existencia del Derecho Natural es la lucha contra el medio y las contingencias para lograr un perfecto ordenamiento o ajustamiento de las acciones humanas.

El Derecho Natural es, además, el criterio que permite valorar el Derecho Positivo y medir la intrínseca justicia de éste. Ello no significa que exista una identidad entre ambos, ya que la experiencia de la historia nos señala que muchas instituciones jurídicas positivas han estado en flagrante violación con los preceptos del Derecho Natural; pero del carácter injusto de ellas son responsables solamente las personas que han negado los valores absolutos o han visto, como los hombres de la caverna subterránea de Platón, solamente "las sombras proyectadas por el fuego en la caverna" [50].

El Derecho Positivo procura un acercamiento progresivo al Derecho Natural. No otra cosa testimonian las garantías individuales que consignan la mayor parte de las constituciones políticas del mundo y la Declaración Universal de los Derechos Humanos enunciada por la Organización de las Naciones Unidas.

Por otra parte, los principios del Derecho Natural sirven también para interpretar el Derecho Positivo, y a ello se deben las referencias de los Códigos a los principios generales del Derecho y a la equidad natural.

Además, el Derecho Natural es la fuente inagotable de perfeccionamiento e integración de las normas jurídicas positivas.

De consiguiente, el Derecho Natural es algo objetivo que se manifiesta en la naturaleza humana como absoluto, universal e inmutable, en el orden de los primeros principios, y condicionado a las limitaciones del hombre y a las circunstancias históricas y culturales en el orden de los principios secundarios.

El Derecho Natural, como tal, tiene una existencia objetiva; es un Derecho verdadero, válido y existente, con prescindencia del hecho

[50] PLATÓN. *La República*. Libro VII.

psicológico de su expresión en la naturaleza humana y de su comprensión, como asimismo, de su reconocimiento por la legislación positiva. Así, cuando Caín mató a Abel [51] violó un precepto del Derecho Natural, contravino la justicia y se hizo responsable de un homicidio, aun cuando no existiera una ley positiva que sancionara el asesinato, pues Abel tenía derecho a su vida, no porque se lo hubiera reconocido la legislación de un Estado, sino por disposición del Derecho Natural.

El Derecho Natural no es un Derecho ideal ni tampoco Positivo, sino la ley ordenadora que se presenta a la inteligencia humana como el elemento jurídico de la razón que, amalgamado con multitud de otros de carácter histórico, sociológico, económico y cultural, y moldeado por la técnica jurídica, se traduce en el Derecho Positivo.

Como conclusión de las ideas expuestas podemos decir que, en nuestro concepto, el Derecho Natural es la expresión de los primeros principios de justicia que rigen las relaciones de los hombres en sociedad, determinan las facultades que a cada uno pertenecen de conformidad con el ordenamiento natural, y sirven de fundamento de toda regulación positiva de la convivencia humana.

[51] BIBLIA. *Libro del Génesis.* IV-8.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué diferencias existen entre la concepción del Derecho Natural católica, la clásica y la racionalista?*
2. *¿Cuál es el fundamento del Derecho Natural?*
3. *¿Cuál es el contenido del Derecho Natural?*
4. *¿Cuáles son los caracteres del Derecho Natural?*
5. *¿Qué relaciones existen entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo?*
6. *¿Cómo se resuelven las interferencias entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural?*
7. *¿Cuál es el concepto de Derecho Natural?*
8. *¿Cuáles son las críticas más importantes que se formulan al Derecho Natural?*
9. *En su concepto, ¿existe actualmente una crisis o un resurgimiento del Derecho Natural?*
10. *Lea la tragedia "Antígona" de Sófocles.*
11. *Lea el diálogo "Critón" de Platón.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AHRENS, ENRIQUE. *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho.* Capítulo I. Págs. 27 a 93. Capítulo III. Págs. 150 a 159.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Tomo I. *Parte Segunda.* Capítulo I. Págs. 117 a 122. Capítulo II. Págs. 123 a 132. Págs. 133 a 156. 157 a 178. Capítulo X. Págs. 211 a 248. Capítulo XIV. Págs. 249 a 266. Capítulo XVI. Págs. 267 a 294.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Parte Segunda. Capítulo I. Págs. 78 a 122.

BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho.* Parte Segunda. Capítulo VI. Págs. 125 a 222.

BRETHE DE LA GRESSAYE, JEAN Y LABORDE-LACOSTE, MARCEL. *Introduction générale a l'etude du droit.* Parte Primera. Capítulo I. Págs. 10 a 25. Págs. 54 a 62.

CATHREIN, VÍCTOR. *Filosofía del Derecho.* Parte Primera. Capítulo II. Págs. 15 a 33. Capítulo IV. Págs. 160 a 268.

COING, HELMUT. *Fundamentos de Filosofía del Derecho.* Parte Segunda. Capítulo VI. Págs. 162 a 180.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho.* Tomo I. Introducción. Págs. 1 a 7. Capítulo XXI Págs. 565 a 579. Capítulo XXV Págs. 632 a 669. Tomo II. Págs. 1 a 56 y 70 a 162.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Supuestos, Conceptos y Principios del Derecho.* Parte Primera. Págs. 27 a 33 y 281 a 299.

FRIEDRICH, CARL JOACHIM. *La Filosofía del Derecho.* Parte Primera. Capítulo VIII. Págs. 89 a 105. Págs. 128 a 193 y 224 a 238.

GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción al Derecho.* Capítulo único. Págs. 439 a 453.

HART, H. L. A. *El concepto de Derecho.* Capítulo IX. Págs. 229 a 247.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Manual de Filosofía del Derecho.* Parte Segunda. Capítulo I. Págs. 39 a 115 y 234 a 247.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Introducción al Derecho.* Parte Sexta. Capítulo único. Págs. 325 a 348.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulo I. Págs. 50 a 55. Capítulo VIII. Págs. 101 a 112.

KELSEN, HANS. *Justicia y Derecho Natural.* En la obra: "Crítica del Derecho Natural". Capítulo III. Págs. 187 a 237.

LECLERCQ, JACQUES. *El Derecho y la Sociedad, sus fundamentos.* Capítulo II. Págs. 15 a 41. Capítulo III. Págs. 51 a 61.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Capítulo III. Págs. 290 a 311.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Capítulo III. Págs. 254 a 272.

MARITAIN, JACQUES. *El Hombre y el Estado.* Págs. 87 a 95 y 101 a 107.

MAYER, MAX ERNST. *Filosofía del Derecho.* Capítulo II. Págs. 26 a 49 y 49 a 60.

MESSNER, JOHANNES. *Etica social, política y económica.* Parte Tercera. Págs. 343 a 491.

MOUCHET, CARLOS y ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO. *Introducción al Derecho.* Parte Primera. Capítulo I. Págs. 30 a 37.

ORGAZ, ARTURO. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales.* Lección Tercera. Págs. 51 a 79.

PASQUIER, CLAUDE DU. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.* Capítulo X. Págs. 258 a 268.

PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL. *Lecciones de Filosofía del Derecho.* Capítulo XVII. Págs. 243 a 257.

RADBRUCH, GUSTAV. *Filosofía del Derecho.* Capítulo III. Págs. 23 a 42.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo VIII. Págs. 58 a 78.

RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, LINO. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* Capítulo XI. Págs. 225 a 248 y 256 a 262.

ROMMEN, ENRIQUE. *Derecho Natural.* Historia. Doctrina, Referencia al libro íntegramente.

ROSS, ALF. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Capítulo X. Págs. 221 a 261.

RUGGIERO, ROBERTO DE. *Introducción al Estudio del Derecho y Parte General.* Capítulo I. Págs. 11 a 14.

TAPARELLI, LUIS. *Curso Elemental de Derecho Natural.* Referencia al libro íntegramente.

TORRE, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Capítulo VIII. Págs. 415 a 441.

VINOGRADOFF, PAUL. *Introducción al Derecho.* Capítulo IX. Págs. 164 a 174.

VIVES, FRANCISCO. *Filosofía del Derecho.* Capítulo XI. Págs. 166 a 213.

WELZEL, HANS. *Derecho Penal Alemán.* Referencia al libro íntegramente.

CAPÍTULO DECIMOCTAVO

LOS VALORES JURIDICOS

"La justicia se refleja variadamente en todas las leyes, pero sin agotarse en ninguna; por lo cual sólo ella puede, en las horas grandes y decisivas, imponer como deber y sacrificio supremo el hacer saltar en pedazos el orden positivo y pasar sobre él, cuando se encuentre irreparablemente corrompido, a fin de proseguir y perfeccionar con un orden nuevo aquel proceso de realización y de reivindicación de la misma justicia".

GIORGIO DEL VECCHIO

SUMARIO

I. LOS VALORES JURÍDICOS. II. LA JUSTICIA. III. LA SEGURIDAD. IV. EL BIEN COMÚN.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. LOS VALORES JURIDICOS

1. CONCEPTO DEL VALOR. El concepto de valor se encuentra en todas las doctrinas filosóficas; pero la reflexión sistemática sobre los valores constituye un tema nuevo, y la disciplina que los estudia, la Axiología, se inició solamente en la segunda mitad del siglo XIX.

Existen diversas teorías que explican el concepto y la validez de los valores: para unos, ellos son objetivos y existen independientemente de los sujetos y de las conciencias valorativas; para otros, son subjetivos y su existencia, sentido y validez se deben a reacciones fisiológicas o psicológicas de los sujetos que valoran; y para unos terceros, los valores son realidades estructurales que tienen existencia y sentido en situaciones concretas.

Adhiriendo a una concepción objetivista, nosotros consideramos que los valores son cualidades que poseen las cosas en virtud de las cuales, con independencia de su ser físico o espiritual, "son" de cierta manera. Los valores son arquetipos ideales absolutos, trascendentes, inmutables y universales, cuyo ser no está condicionado por ningún concepto subjetivo sobre los mismos y cuya inserción en las cosas no depende de ninguna voluntad individual, sino de la naturaleza misma de esas cosas. Los valores son objetivos, es decir, no dependen de las preferencias individuales, sino que mantienen su forma de realidad más allá de toda apreciación subjetiva.

2. Los VALORES JURÍDICOS. Para Jorge Millas, profesor de la Universidad de Chile, "la mera existencia del derecho no involucra "per se" la existencia de los valores comúnmente perseguidos en una comunidad jurídica". Esta observación vale para la casi totalidad de los valores, sin más excepción que los estrictamente jurídicos. Pero, ¿hay realmente valores de esa especie? Es frecuente reconocer como tales el orden, la paz, la seguridad y la justicia. Pero esta constelación, reducida por Radbruch sólo a la seguridad y la justicia, es considerablemente ensanchada por la Escuela de Carlos Cossio, que, a los anteriores, agrega los de poder, cooperación y solidaridad, reconociendo que no se trata de una enumeración cerrada, y que ella podría enriquecerse con el descubrimiento de nuevos valores. Pero en realidad, la discrepancia no tiene su origen en las diferencias de precisión de las observaciones, sino en la falta de un criterio apropiado para el discernimiento. Rara vez se plantean los autores este problema. Hablan de "valores jurídicos" como si fuera obvio lo legítimo de esta especificación, frente a valores de otra clase, por ejemplo, valores éticos, religiosos o estéticos. Mas las cosas no son, en verdad, tan obvias. Si no explicitamos criterio diferencial alguno, no se ve por qué hemos de considerar *jurídico sólo* el orden, la paz, la seguridad y la justicia. ¿Por qué no también la solidaridad, el poder y la cooperación, como lo hace Cossio? ¿Y por qué no también otros valores como la prudencia, la eficiencia, la prosperidad, la libertad o el pudor?

"No cabe duda que, en general, los investigadores confunden en este punto la plasticidad axiológica del Derecho con la especificidad de los valores jurídicos. Ya lo hemos visto: el horizonte de las funciones axiológicas del Derecho es prácticamente ilimitado. Como técnica de vida social organizada, el Derecho se halla funcionalmente ligado a todos los valores, de una manera u otra. Las instituciones jurídicas sirven de medio para la realización de los más dispares fines valiosos. El Derecho sirve, en virtud de esta plasticidad, a la educación, la moral, la salud, la religión, la ciencia. El Derecho sirve, en buenas cuentas, a la vida humana, pero esta universalidad funcional del Derecho no hace jurídicos a tales valores, porque ellos tienen una esencia material propia, independiente del Derecho, susceptible de intuirse y de conceptualizarse sin elementos jurídicos, más aún, susceptible de existir en situaciones extrajurídicas de vida".

"El problema no queda, sin embargo, resuelto con el criterio diferencial propuesto por Cossio. De acuerdo con su doctrina, para reconocer los valores propiamente jurídicos sólo tenemos que atender a la intersubjetividad propia del Derecho. Serán, pues, valores jurídicos todos aquellos en que debemos reconocer como nota esencial la alteridad o bilateridad, en virtud de la cual el valor es un valor propio de la conducta concurrente de dos o más individuos. Es decir, "que se debe tratar de valores sociales o de comunidad, que se presentan en relación al sentido de la conducta de varios sujetos coactuantes, y no de valores que se puedan dar en la conducta aislada de un individuo".

La justicia sería, entonces, un valor jurídico, porque no puede concebírsela sino en función de la conducta de más de un sujeto. La santidad, en cambio, no lo sería, porque un solo individuo podría realizarla hasta sus más altas exigencias sin que fuera menester referir su conducta a los demás".

"La inoperancia de este criterio salta a la vista. Son muchos los valores a los que la alteridad pertenece como nota esencial: por lo pronto, todos los valores morales (excluyendo quizás la dudosa categoría de los deberes para consigo mismo); la ética es, según su concepto, el repertorio de lo que nos es exigible respecto al prójimo. ¿Debiéramos concluir, pues, que la generosidad, la lealtad, la compasión, la magnanimidad, la veracidad, la tolerancia, son valores jurídicos? ¿O es que se puede ser generoso o leal de modo absoluto, sin referencia a ser humano alguno a quien la generosidad o lealtad vayan dirigidas? La santidad misma —concepto, por lo demás, algo impreciso— difícilmente puede darse como ejemplo de valor extra-social. Es difícil comprender la plenitud de una santidad monologante, no probada en la decisiva dimensión de las virtudes sociales, no realizada en el ejercicio, tan religioso, del amor al prójimo. ¿Y a qué hablar de la urbanidad o cortesía, valor esencialmente bilateral? ¿Concluiremos también incluyéndolo entre los valores jurídicos, porque se presenta en relación al sentido de la conducta de varios sujetos coactuantes? Se ve que este camino nos lleva a situación tan incierta como la propia falta de un criterio diferencial. Todo parece indicar la necesidad de atacar el problema desde un ángulo completamente distinto".

"Notemos, para empezar, que aquí no se trata de definir o describir unos valores jurídicos que hubieran sido previamente reconocidos por algún carácter específico. Se trata más bien de descubrir si hay algún valor cuya especificidad sea jurídica, por tanto, si puede comprendérsele sin referencia a otros valores y si su esencia y su existencia están necesariamente ligadas a la esencia y existencia de una organización jurídica. La pregunta sería, pues, ésta: ¿Hay algún valor ligado tan estrechamente al Derecho que éste sea condición, a la par necesaria y suficiente, de su concepto y su existencia?" [1].

Para el profesor Millas un solo valor escapa a esta regla general: la seguridad jurídica.

Discrepamos de la conclusión del distinguido filósofo del Derecho chileno, por las razones que expondremos más adelante. En síntesis, podemos decir que, para nosotros, el valor jurídico es aquel que encuentra en el Derecho su condición necesaria y suficiente de existencia; y, en nuestro concepto, el único que tiene esta característica es la justicia, que se encuentra vinculada del modo más estrecho a la existencia del Derecho. La justicia queda realizada por el solo hecho de existir un Derecho vigente, porque el Derecho es el objeto de la justicia.

[1] JORGE MILLAS. *Filosofía del Derecho.* Págs. 218 a 221.

3. TEMAS DE LA VALORACIÓN JURÍDICA. Según Luis Recaséns Siches, los grandes temas que deben ser investigados en relación con la valoración jurídica son los siguientes [2]:

a) Determinar los valores supremos que deben inspirar al Derecho;

b) Averiguar qué otros valores pueden y deben normar la elaboración del Derecho en determinados casos y supuestas unas ciertas condiciones, y esclarecer los nexos de esos valores con los primeros;

c) Esclarecer qué valores, a pesar de serlo y de ocupar un alto rango en la jerarquía axiológica, en ningún caso y de ninguna manera pueden ser transcritos en las normas jurídicas;

d) Investigar las leyes de la relación, combinación e interferencia de las valoraciones que confluyen en cada uno de los tipos de situaciones sociales; y

e) Estudiar las leyes de realización de los valores jurídicos.

4. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y LA VALORACIÓN JURÍDICA. La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen "se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser el Derecho y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el Derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del Derecho y analizar su estructura" [3].

II. LA JUSTICIA

1. CONCEPTO. "Cuando Jesús de Nazareth en el interrogatorio ante el Gobernador romano admitió que era un Rey, dijo: "Yo he nacido y he venido al mundo para dar testimonio de la verdad". Entonces Pilatos preguntó: "¿Qué es la verdad?" Evidentemente el escéptico romano no esperaba respuesta alguna a esta pregunta y el Justo tampoco dio ninguna. Pues lo esencial en su misión como Rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad El había nacido para dar testimonio de la justicia, de esa Justicia que El quería realizar en el Reino de Dios. Y por esta justicia murió en la cruz".

"Así surge de la pregunta de Pilatos: "¿Qué es la verdad?", y de la sangre del Crucificado otra pregunta mucho más importante, la pregunta eterna de la humanidad: "¿Qué es la justicia?".

"Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres desde Platón a Kant" [4].

[2] LUIS RECASÉNS SICHES. *Vida Humana, Sociedad y Derecho.* Págs. 478 y 479.
[3] HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho.* Pág. 63.
[4] HANS KELSEN. *¿Qué es la Justicia?* Págs. 7 y 8.

Es impresionante la coincidencia del pensamiento sobre la justicia a lo largo de veinticinco siglos de historia de la filosofía; ella ha sido entendida siempre como igualdad, proporcionalidad, armonía, medida de cambio y distribución y ha sido apreciada como el valor jurídico por excelencia.

Remonta a la mitología griega la personificación de la función igualitaria de la justicia en la diosa Diké, hija de Zeus (Júpiter) y de Themis, que se sentaba al lado del trono de su padre para ayudarle en la tarea de juzgar las acciones de los hombres y de los dioses y a la que, por el símbolo de la espada que portaba, parece haberle correspondido, más que la decisión judicial, la división de las cosas en partes iguales.

A la diosa Diké se le confunde en la mitología con la diosa Astrea, hija, al parecer, de Astreo y de la Aurora. Vivió en la edad de oro y subió al Olimpo al cometerse en el mundo el primer crimen, quedando colocada en el Zodíaco en la constelación de Virgo. Sus atributos eran una balanza y una palma en una mano, y, en la otra, un manojo de espigas.

En lo que se refiere al concepto de justicia, por lo menos en lo que puede ser justo para cada persona, puede significar: a cada uno lo mismo, a cada uno según sus méritos, a cada uno según sus obras, a cada uno según su contribución, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según su rango o condición, a cada uno según su capacidad, a cada uno según lo atribuido por el Derecho Positivo. Todas estas acepciones son incompatibles entre sí, pero existen entre ellas elementos comunes, pues en todas aparece el concepto de justicia como un principio de acción según el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo.

Sin embargo, ninguna de las referidas significaciones, ni su común denominador formal, hacen algo más que fijar los límites dentro de los cuales pueden discutirse el concepto de justicia, que requiere, tanto una formalización de la igualdad como la determinación del criterio material que debe aplicarse a la norma de igualdad y a la referencia a la realidad histórica.

Examinemos, siguiendo a Alf Ross [5], el papel que desempeña cada uno de los dos elementos contenidos en las fórmulas de justicia: la exigencia formal de igualdad y el criterio material para la determinación de la clase a que se aplica la norma de igualdad.

La exigencia formal de igualdad no nos dice qué criterios son los relevantes. Si este punto queda sin resolver, la igualdad se reduce a la exigencia de que todas las diferenciaciones dependen de criterios generales. Pero esto no es más que una demanda de que el trato concreto se presente bajo la forma de la aplicación de una norma general. En consecuencia, el ideal de igualdad significa, simplemente, la correcta aplicación de una norma general. Los conceptos generales empleados

[5] Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia.* Págs 265 y 266.

en la norma definen una cierta clase de personas o situaciones a las cuales deberá darse un cierto trato. El trato igual de todos los que pertenecen a esta clase es, por lo tanto, consecuencia necesaria de la correcta aplicación de la norma. Como resultado de esto, la justicia viene a estar en oposición a la arbitrariedad, es decir, a la decisión que surge en forma no determinable de la reacción espontánea, frente a la situación concreta, del sujeto que toma la decisión, y está determinada por sus emociones y actitudes subjetivas. Esta es la exigencia formal de racionalidad que surge del primero de los dos elementos contenidos en la fórmula de justicia, o sea, la pura exigencia de igualdad.

La exigencia formal de igualdad no puede jamás justificar la pretensión de que una norma deba ser preferida a otra. Ello depende de su contenido, y este contenido no puede ser derivado del principio de igualdad, sino que tiene que surgir del otro elemento que aparece en la justicia: el critero material para la determinación de la clase a que se aplica la norma de igualdad.

2. DIVERSAS ACEPCIONES DE LA JUSTICIA. Aunque el concepto de justicia es único, él puede dar lugar a diversas acepciones, entre las cuales distinguiremos tres: como virtud moral, como orden objetivo y como ideal.

La justicia, como virtud moral, tiene un aspecto subjetivo: le interesa sobre todo lo que puede haber de virtud en el hombre que practica la justicia y estudia esa virtud como una de las que integran el orden moral.

La justicia, como orden objetivo, considera los actos del hombre en relación con los demás, en la medida en que esos actos están determinados por el ordenamiento jurídico; se identifica con éste en cuanto alcanza efectivamente a realizar la justicia en el campo de la vida social.

La justicia, como ideal, persigue un modelo que sirva de fundamento al Derecho.

Analizaremos estas tres acepciones:

a) La justicia como virtud moral es la virtud suprema, omnicomprensiva, la expresión del amor al bien o a Dios, la aspiración a la santidad. En este sentido debe ser comprendido el Sermón de la Montaña: "Bienaventurados los que tienen hambre y sed de justicia, porque ellos serán saciados" [6].

La justicia fue definida por Cicerón como "el hábito del alma, observado en el interés común, que da a cada cual su dignidad" [7]. Ulpiano [8] y Justiniano [9] la definieron como "la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo"; y, para Santo Tomás de

[6] EVANGELIO SEGÚN SAN MATEO. Capítulo V, Versículo 6.
[7] CICERÓN. *La República*. Libro III, 22.
[8] ULPIANO. *Digesto*. Libro I, Título 1, Ley 10.
[9] JUSTINIANO. *Instituciones*. Libro I, Título I.

Aquino, "justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho" [10].

La justicia, en cuanto virtud moral, persigue el perfeccionamiento del sujeto que actúa; por ello, como expresa el profesor de la Universidad de Chile Jaime Williams, "le exige un hábito, formado por la constante y perpetua voluntad del agente de conformarse a sus requerimientos. El término voluntad significa la disposición del ánimo de actuar rectamente; en este caso, de reconocer con buen ánimo el "debitum" y saldar tal deuda. Es un querer con íntima convicción, y de consiguiente, libre. No es un querer coaccionado, un "coactus volui". No se trata, en consecuencia, de hacer actos aislados de justicia para convertirse en un hombre justo sino de hacerlos habitualmente. De aquí que el Santo Doctor enfatice el punto al indicar: voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho. Pues bien, una persona que actúe de este modo, ejecutará actos externa como internamente justos, o sea, plenamente justos. Cada uno de ellos será, de este modo, un "iustum perfectum", o "iustum formaliter", según la terminología escolástica".

"En fin, la justicia como virtud pretende, al igual que toda la Moral, en la cual ella está inserta, salvar al hombre, perfeccionándolo. Apela siempre al actuar que el hombre debe observar voluntariamente. Ella no se ve satisfecha con actos puramente externos que no traslucen una recta disposición" [11].

b) La justicia como orden objetivo. La justicia, considerada como orden objetivo, es la proporción de los actos humanos con el fin jurídico y se identifica con el ordenamiento jurídico. De este sentido objetivo derivan muchas definiciones de la justicia. Así, por ejemplo, para Dante Alighieri (1265-1321) "la justicia es la real y personal proporción que existe entre los hombres relativa a las cosas y las personas, la cual, conservada, conserva la sociedad; y si es perturbada, la destruye" [12]. Para Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716), la justicia consiste en "cierta congruencia y proporcionalidad". Según Rodolfo Stammler (1856-1938) "justo equivale a ordenado unitariamente" [13]. Otros autores se refieren a la justicia como expresión del orden social o de un orden de relaciones jurídicas.

La justicia, objetivamente considerada, consiste en dar a cada uno lo que le corresponde. Pero con ello sólo describimos el acto justo. Para que la justicia se realice es menester, además, que existan condiciones que impongan la solución adecuada, por obra, no de la voluntad del agente, sino de una voluntad superior a la suya.

El acto justo surge de una relación existente entre dos o más sujetos. No es un acto puramente individual, sino de orden social. Si su

[10] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. II-II, c. 58, a. 1.
[11] JAIME WILLIAMS. *Una aproximación existencial a la axiología jurídica*. Pág. 624.
[12] DANTE ALIGHIERI. *Monarquía*. Libro II. Capítulo II.
[13] RODOLFO STAMMLER. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Pág. 209.

cumplimiento dependiera exclusivamente de la voluntad individual, el acto justo sería sólo un acto de voluntad, pero como aparece impuesto por una voluntad superior —la del Derecho— el acto consiste, además, en cumplir el Derecho.

La justicia, como orden objetivo, se identifica con el ordenamiento jurídico que la realiza.

c) La justicia como ideal. Al carácter absoluto e inmutable de la justicia corresponde, subjetivamente, una multiplicidad de ideales de justicia, que son consecuencia de las variaciones de la intuición humana para comprender la justicia y realizarla en determinadas circunstancias históricas. Por ello el ideal de la justicia objetiva es un orden social justo.

La historia da testimonio, en cuanto a la realización del ideal de justicia, de las más arduas controversias teóricas y las más sangrientas luchas sociales.

3. PRINCIPALES TEORÍAS ACERCA DE LA JUSTICIA. Un estudio completo de las doctrinas sobre la justicia exigiría un análisis de los diversos sistemas éticos, ya que en ellos aparece tratada siempre en forma destacada. En la imposibilidad de realizar aquí un ensayo semejante, nos limitaremos a reseñar las teorías más importantes acerca de la justicia a través de la historia.

A) *Platón* (427-347 antes de Cristo) desarrolla en el diálogo "La República" su concepción del Estado y de la justicia. El Estado es, para Platón, un organismo en el cual se encarna la más perfecta unidad. Es un todo formado por individuos, sólidamente constituido. En él debe reinar la armonía, la que se alcanza por la virtud. La justicia es la virtud por excelencia y consiste en una relación armónica entre las varias partes de un todo. La justicia exige que cada cual haga aquello que le corresponde en relación al bien común.

La justicia así comprendida significa la virtud que armoniza y rige tanto el obrar de los particulares, como el de la comunidad, asignando a cada cual su verdadera dirección y sus propios límites.

Esta doctrina hace de la justicia un todo con el orden.

B) *Aristóteles* (384-322 antes de Cristo) desarrolla en el Libro V de su obra "Etica a Nicómaco" su teoría sobre la justicia. Para él, el contenido de las leyes es la justicia, y el principio de ella la igualdad, la cual se aplica de varias maneras. Distingue varias especies de justicia: la primera es la "justicia distributiva", que se aplica al reparto de los honores y de los bienes y consiste en que cada uno de los asociados reciba de ellos una porción adecuada a su mérito. Así, pues, dice Aristóteles, si las personas no son iguales, tampoco deben tener cosas iguales. La justicia distributiva consiste, pues, en una relación proporcional, que él define como una proporción geométrica.

La segunda especie es la "justicia rectificadora, igualadora, o sinalagmática", reguladora de las relaciones de cambio. También aquí se aplica el principio de la igualdad, pero en una forma diversa de la

anterior, porque ahora se trata sólo de medir impersonalmente la ganancia o el daño, esto es, las cosas y las acciones en su valor objetivo, sin tomar en consideración los méritos personales. Según Aristóteles, una medida tal encuentra su propio tipo en la proporción aritmética. Esta especie de justicia tiende a lograr que cada una de las partes de una relación se encuentre con respecto a la otra en una condición de paridad, de tal suerte que ninguna dé ni reciba más ni menos. De esto se sigue la definición de tal forma de justicia como el punto intermedio entre el daño y la ganancia. Estos términos se entienden en sentido lato, aplicados no sólo a las relaciones voluntarias y contractuales, sino también a aquellas que Aristóteles llama involuntarias, que nacen del delito y que exigen una correspondencia exacta entre el delito y la pena.

En esta materia hace Aristóteles una ulterior subdistinción. La justicia igualadora puede mirarse desde un doble punto de vista, bien en cuanto determina la formación de las relaciones de cambio según una cierta medida y entonces se presenta como "justicia conmutativa"; o bien en cuanto tiende a hacer prevalecer tal medida en casos de controversia mediante la intervención del juez y se presenta, entonces, como "justicia judicial". En materia de delitos, la justicia rectificadora se ejercita, de un modo necesario e inmediato, en la forma de justicia judicial, porque se trata de reparar un daño injustamente producido, contra la voluntad de una de las partes.

Las diferentes especies de justicia formuladas por Aristóteles no parecen estar deducidas rigurosamente de un solo principio, y ello explica el hecho de que aún se discuta entre sus intérpretes si Aristóteles enunció una división bipartita, tripartita o bien cuadripartita de la justicia.

Aristóteles se preocupó, además, de las dificultades que ofrece la aplicación de las leyes abstractas a los casos concretos, e indicó un medio correctivo de la rigidez de la justicia que es la equidad, entendida como un criterio de aplicación de las leyes que permite adaptarlas a los casos particulares.

C) *Santo Tomás de Aquino* (1225-1274) desarrolló el concepto de justicia especialmente en el "Tratado de Justicia" de la Suma Teológica (II-II, c. 57-79). Sigue en esta materia muy de cerca la ética de Aristóteles, dividiendo la justicia en justicia conmutativa, que es la que los particulares se deben entre sí; justicia distributiva, que es la debida por la comunidad a sus miembros; y justicia legal, general o social, que es la que rige las relaciones de los individuos con la comunidad entera considerada como un todo, cuyo fin es el bien común.

Para Santo Tomás de Aquino "la justicia es el hábito según el cual uno con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho" [14]. Precisando el sentido y alcance de esta definición expresa:

[14] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. II-II, c. 58. a. 1º.

a) "La justicia es el hábito". Toda virtud es un hábito pues éste es el principio del acto bueno. Por consiguiente, es necesario que la virtud se defina por el acto bueno que tiene por objeto la materia propia de la virtud, acto que debe ser voluntario, estable y firme. Por ello se afirma que la justicia es un hábito;

b) "Según el cual alguno", es decir, una persona, ya que sólo los seres humanos pueden realizar el orden de la justicia;

c) "Con perpetua y constante voluntad". Por voluntad perpetua se quiere significar el propósito de realizar siempre la justicia; y constante lleva la idea de firmeza o perseverancia en la realización de este propósito o disposición;

d) "Da", ya positivamente, haciendo lo que le es debido; ya negativamente, absteniéndose voluntariamente de lesionar el derecho de otro;

e) "A cada cual", es decir, a otra persona. Este es otro de los caracteres propios y diferenciadores de esta virtud; ella no se refiere al hombre individualmente considerado, sino que rige sus relaciones con los demás y con la sociedad en general; no se preocupa del hombre en sí mismo, sino en su vida de relaciones. La justicia mira el bien bajo la razón de lo debido al prójimo, y por esto es de su naturaleza el referirse a otro, porque nada es igual a sí mismo sino a otro; y puesto que la justicia pretende rectificar los actos humanos, es necesario que esta igualdad que requiere sea de individuos diversos capaces de obrar y por ello no existe sino de un hombre a otro;

f) "Su derecho", o sea, aquello que le es debido a alguna persona en virtud de sus facultades morales inviolables. Este es el objeto de la justicia, dar a los demás aquello que le es propio a cada cual, lo que le pertenece: cosa, servicio, acto, etc. La justicia, como expresa Víctor Cathrein, "hace a los hombres inclinados a darme a mí lo mío y a mí me dispone a darles a ellos lo suyo. ¿Mas qué significan estas palabras lo mío, lo suyo, etc.? ¿Qué quiero yo decir cuando afirmo que este vestido me pertenece, que es mío? Como se deduce del uso general de los pronombres posesivos, quiero expresar con esto que tal cosa está en una particular relación conmigo y determinada en primer término para mí y para uso mío, en tanto pueda servirme y que yo pueda excluir a los demás del uso de la misma cosa. Tan pronto no está ya determinada para mi uso exclusivo, debo dejar de llamarla mía, por lo menos en sentido general" [15].

Para Santo Tomás de Aquino la justicia es la más preclara entre todas las virtudes morales.

D) *Manuel Kant* (1734-1804) en la "Crítica de la razón práctica" refuta los sistemas formales fundados sobre la utilidad o sobre la búsqueda de la felicidad. La moral se distingue radicalmente de la utilidad y del placer; ella manda de modo absoluto y quiere que nues-

[15] VÍCTOR CATHREIN. *Filosofía del Derecho*. Pág. 44.

tros actos tengan un carácter universal. A esto se reduce la ley moral, que Kant denomina "imperativo categórico" y que formula como sigue: "Obra de tal manera que la máxima de tu acción pueda valer como principio de una legislación universal". Esto significa que nuestra acción no debe ser motivada por impulsos particulares; que no debe haber contradicción entre nuestra acción individual y lo que debe ser norma para todos.

Este es un principio puramente formal: no da preceptos de ética material, no dice lo que se debe hacer, sino cómo y con qué intención se debe obrar. Según tal principio precisa obrar con y por la conciencia del deber, de modo que sea posible una legislación universal conforme a la acción particular.

Según Kant, el Derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia y, por ello, lo define diciendo que "el Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad". En esta definición se reafirma el concepto de la voluntad como supremo valor ético.

En otras palabras, para Kant la conducta humana es buena o justa cuando está determinada por normas que los hombres que actúan pueden o deben desear que sean obligatorias para todos.

4. Negación de la justicia como valor absoluto. Hans Kelsen afirma que "si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional existen sólo intereses humanos y, por lo tanto, conflictos de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos soluciones: o satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos. No es posible demostrar que ésta y no aquélla es la solución justa. Si se supone que la paz social es el valor supremo, el compromiso aparecerá como la solución justa. Pero también la justicia de la paz es sólo una justicia relativa y en ningún caso absoluta".

"En realidad yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad.

Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia" [16].

5. CLASIFICACIÓN DE LA JUSTICIA. La justicia, desde el punto de vista objetivo, se divide en conmutativa, distributiva y general, legal o social.

a) La justicia conmutativa regula las relaciones de persona a persona, consideradas como tales, las cuales son naturalmente iguales e independientes en el orden de los bienes que se poseen con exclusión de los demás. Ello obliga a las personas a dar a cada uno lo suyo según la medida estricta de la igualdad. Dado que los derechos y las pretensiones de esta justicia están fundados principalmente en contratos, se llama también "justicia contractual" o "de cambio"; y como exige la estricta igualdad de prestación y contraprestación, se denomina también "justicia compensadora", es decir, justicia vinculada al estricto principio de equivalencia;

b) La justicia distributiva es la que tiene por objeto distribuir entre los miembros de una sociedad los cargos y las cargas en la debida proporción. La regla fundamental de la justicia distributiva consiste en dar a cada miembro de la comunidad la parte de bien que le corresponde según el lugar que ocupa en la sociedad. Ella regula las relaciones entre la autoridad y los ciudadanos, y obliga a aquélla a distribuir los cargos públicos en proporción a las aptitudes y méritos de las personas; y

c) La justicia general, legal o social tiene por objeto el bien común, es decir, impone a las personas la obligación de cooperar al progreso y bienestar de la sociedad en que viven. La justicia general hace que las personas miren su bien propio en unión y dependencia del bien común. Se llama también "justicia legal", por cuanto se ejerce especialmente por medio de las leyes; y "justicia social", porque tiene como objetivo el interés social, es decir, el bien común.

Algunos autores distinguen entre la "justicia legal" y la "justicia social", argumentando que los deberes impuestos por la justicia legal tienen su fundamento en el Derecho Positivo y los derivados de la justicia social emanan principalmente del Derecho Natural.

6. PROPIEDADES DE LA JUSTICIA. Para determinar las propiedades de la justicia, es necesario distinguirla como virtud y como orden. "En el primer sentido, ella es igual a las otras virtudes morales, y para producir actos virtuosos debe obtener que éstos nazcan de un ánimo bien dispuesto, es decir, justo. En el segundo sentido, tiene la naturaleza de los ordenamientos sociales, en los que el hecho prevalece sobre el ánimo" [17].

Sin la buena disposición de ánimo del sujeto actuante "tendremos la justicia-orden social, no la justicia-virtud. Esta última, en

[16] HANS KELSEN. *¿Qué es la Justicia?* Págs. 75 y siguientes.

[17] GIUSEPPE GRANERIS. *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho.* Pág. 49.

cuanto tal, tiene todas las exigencias de las virtudes morales. En consecuencia, cuando hemos pagado una deuda sin voluntad o con voluntad contraria, no podremos decir que hemos practicado la virtud de la justicia, sólo podremos decir que hemos cumplido un acto de justicia".

"¿Este doble uso del nombre de justicia no representa ya un desgarrón en la moral? Lo sería en las otras virtudes, porque ellas atienden solamente a perfeccionar al sujeto y por lo tanto su nombre no puede usarse en sentido objetivo. Pero como la justicia atiende también a la perfección del orden social, su nombre puede usarse, si bien en sentido disminuido, aun cuando obtenga sólo este resultado exterior" [18].

Dicho en otros términos, "sin la buena disposición de ánimo no se hace nada virtuoso; y esto vale para todas las virtudes, incluyendo la justicia. Pero ésta es diferente de las otras en que, aun sin esa disposición interior, ella puede obtener algo materialmente justo, mientras que las otras no producen nada que merezca su nombre, ni siquiera sólo en sentido material" [19].

Esto explica la racionalidad de fórmulas muy diversas, pero que constituyen todas ellas aplicaciones de las normas de justicia a la conducta externa de las personas, como las siguientes:

—No hagas a los demás lo que no quieras que los demás te hagan a ti;

—Obra para con los demás como quisieras que los demás obrasen contigo;

—No exijas de los demás más que lo que tú mismo estás dispuesto a cumplir;

—Admite que se te trate como tú tratas a los demás;

—Obra del modo en que tú desearías que obraran todos los demás hombres.

Cuando comienza a desenvolverse la reflexión filosófica sobre la idea de justicia, aparecen como las propiedades esenciales de ella la igualdad, la armonía, la proporción y el orden. La igualdad es aquella relación que se aplica a todas las especies cognoscibles de la realidad. La armonía fue la idea de Platón. La proporción constituyó el concepto aristotélico. El orden es un elemento conceptual que está implícito en los anteriores y que, en cierta manera, los comprende a todos; él rige la coexistencia de personas distintas y tiene, necesariamente, como término, otro sujeto diverso. Todos estos elementos integran la justicia; porque, en efecto, ella es ciertamente igualdad, armonía, proporción y orden. Pero esto no solamente en el sentido genérico, en el cual se nos presenta como sinónimo de perfección en general o de virtud comprensiva de todas las demás virtudes, sino más bien en el sentido

[18] GIUSEPPE GRANERIS. *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho.* Pág. 50.

[19] GIUSEPPE GRANERIS. *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho.* Págs. 50 y 51.

específico de la regla determinada de convivencia en las relaciones entre sujeto y sujeto.

La justicia procura promover una igualdad o proporcionalidad entre los hombres dentro del juego de sus relaciones sociales. Por esto no se nos presenta como enunciación de relaciones reales, existentes de hecho, sino como criterio normativo, como una existencia deontológica, como una misión por cumplir, como una tarea por desarrollar; por lo tanto, como algo que no es pura y simplemente, sino como algo que debe ser, como algo que debe hacerse.

En este sentido ofrécese como una igualación, como una equiparación que debe promoverse entre los términos de una relación social.

Pero aquí llegamos a un problema grave, cual es el de determinar el criterio de valor que debe ser tenido en consideración para establecer la igualdad; es decir, la norma valorativa que nos permita medir dos cosas heterogéneas o que nos habilite para precisar las relaciones en que se encuentran los términos de la relación de justicia.

Para algunos, este criterio de valor es la dignidad de la persona humana; para otros, los valores económicos, la utilidad, el trabajo contenido, los valores culturales, etc.

Consideremos que el criterio de valoración para establecer la igualdad debe ser la dignidad moral de la persona humana. Por consiguiente, para determinar la valorización entre los términos de una relación de justicia debemos estimar, principalmente, a la persona humana como sujeto ético, a cuyo servicio están el Estado y el Derecho, como medios para propender a su desarrollo integral y a su ascensión ontológica. Ahora bien, para comprender la estimación de la persona humana para la justicia en relación con los valores que ella encarna, y como quiera que los hombres son en esencia iguales, hay que apreciar y respetar en todos ellos los derechos inalienables de la personalidad, como ser el derecho a la conservación de la vida, a los medios necesarios para el integral desarrollo de las personas, a la libertad, a la propiedad y al uso de ella, al trabajo, a expresar sus opiniones, etc. Pero como las capacidades y los merecimientos de cada uno son diversos, los derechos que se derivan de estas singularidades deben ser desiguales. Es decir, la justicia exige que se trate igual sólo a los hombres que son iguales, y desigualmente a los que son desiguales y en la medida que lo son.

Con estas premisas podemos procurar dar respuesta a la interrogante: ¿qué es lo suyo de cada cual?

En materia de justicia conmutativa lo suyo de cada cual es lo que corresponde a una persona en relación a la prestación que recibe de la otra parte. La transgresión de esta relación, caracterizada por el hecho de que una de las prestaciones sea desproporcionadamente mayor o menor que la otra, produciría para uno de los contratantes un enriquecimiento a costa ajena y para el otro una lesión injustificada en su patrimonio.

En materia de justicia distributiva, lo suyo de cada cual es la parte que la comunidad debe asignarle a cada persona en los bienes y en las cargas de carácter público, en relación a su situación real y a sus calidades concretas.

En materia de justicia legal, lo suyo de la comunidad es lo que a ella pertenece como medio necesario para la realización del bien común.

Concluimos, entonces, que la doctrina de la justicia culmina en una filosofía de la persona humana.

7. Relaciones entre Justicia y Derecho. Respecto a las relaciones entre Justicia y Derecho podemos distinguir cuatro posiciones fundamentales:

"a) El positivismo identifica los términos Derecho y Justicia, porque niega la existencia de una justicia objetiva y trascendente y considera que no hay más justicia que la establecida en la legislación, pero advierte que esa justicia no es la justicia absoluta que en vano busca el hombre, sino una justicia relativa y contingente, la justicia posible en cada situación concreta, que es la única justicia existente en general".

"b) El jusnaturalismo admite también la equivalencia de Derecho y Justicia porque eleva el primero al nivel de la segunda y elimina del campo jurídico aquellos datos de la experiencia que no encajan en el esquema de justicia absoluta e inmutable que debe realizar todo Derecho "para merecer ese nombre". Como dice Cathrein, hablar de Derecho injusto es un contrasentido: hablar de Derecho justo, es sencillamente un pleonasmo. El positivismo rebaja la justicia absoluta al rango de la experiencia jurídica y como en ésta se da la variabilidad, la inmutabilidad propia de aquélla desaparece. El Derecho Natural, a la inversa, eleva la experiencia jurídica al rango de la justicia, y como ésta tiene un contenido inmutable, arroja del seno de lo jurídico todo cuanto la contradice".

"c) El idealismo equipara también Derecho y justicia, no al modo de Derecho Natural, sino a la manera positivista, pero conservando el carácter absoluto e inmutable de la justicia, lo cual equivale a "santificar" o "divinizar" la experiencia empírica; pues ésta no representa la justicia "relativa", única posible, del positivismo, sino la justicia absoluta, la cual encarna en todo hecho de experiencia porque, según Hegel, "lo que es real es racional y lo que es racional es real".

"d) Por último el formalismo crítico separa el Derecho de la justicia; Derecho son ciertos datos de experiencia ordenados con arreglo a cierto método o concepto, de los que a posteriori, confrontados con la idea, puede predicarse el carácter de justos o injustos. Así según Stammler, es posible tanto un Derecho justo como un Derecho injusto" [20].

[20] Luis Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho.* Págs. 454 y 455.

8. NUESTRA POSICIÓN. En nuestro concepto, la justicia es el valor absoluto que determina la igualdad que debe existir en las relaciones humanas y ella se expresa a través del Derecho.

La igualdad es la nota esencial y distintiva de la justicia y del Derecho.

La justicia, en consecuencia, es el valor supremo del Derecho; y el Derecho, por su parte, aquello que realiza la justicia.

La justicia, además, es un valor que exige ser realizado y que solamente puede hacerse efectivo por medio del Derecho.

Las realizaciones históricas de la justicia sólo representan ejemplos perfectos o imperfectos de sus afirmaciones. Jamás la historia podrá suplantar la justicia, porque ella, por esencia, no se agota en el acaecer.

Por esto podemos afirmar que "en nuestra opinión, las condiciones históricas de la vida (educación, hábito, herencia) no engendran la idea de lo justo, sino que son las ocasiones y los modos de los hechos que a ella corresponden, las razones de su afirmación en concreto. Sólo en este sentido, esto es, en su aspecto empírico, puede decirse que la conciencia de lo justo está subordinada a condiciones históricas de desenvolvimiento. En cambio, en su aspecto ideal, no tiene otra razón de determinación o de interferencia que la lógica" [21].

En el orden de la justicia, cada hombre está obligado respecto de otro u otros; y así a la obligación de uno corresponde la facultad de otro de exigir su cumplimiento, con independencia del contenido de las obligaciones y de las pretensiones que corresponden entre sujeto y sujeto.

Pero, además de esta determinación formal del obrar de los sujetos en su vida de relaciones, existe otra, cuyo contenido está implícito en lo que hemos dicho anteriormente.

En efecto, golpea insistentemente nuestra conciencia el problema de precisar si la ordenación jurídica corresponde o no a aquel valor que forma parte de lo más recóndito de nuestra naturaleza, en cuanto que somos poseedores de valores universales que trascienden nuestra experiencia y nuestra propia existencia. Cada vez que juzgamos un ordenamiento jurídico positivo lo estamos confrontando, midiendo, comparando con ese criterio absoluto de lo justo que llevamos grabado como sello indeleble en nuestra personalidad.

No otra cosa significa la petición que hace Bassanio a Porcia, en la célebre comedia de Shakespeare "El Mercader de Venecia", de que quebrante el Derecho para que triunfe la justicia. Este ideal es también el que hace encarnar Sófocles en "Antígona".

La justicia se nos presenta, así, como el valor constitutivo del Derecho, siempre válido aunque sólo parcial o defectuosamente realizado.

Como acertadamente afirma Max Ernst Mayer "la justicia es evidentemente la creadora del Derecho, es la llama divina que da vida a

[21] GIORGIO DEL VECCHIO. *Hechos y Doctrinas*. Pág. 46.

las obras humanas. Así como la creación artística comienza con la concepción, es decir, con una vivencia de la fantasía que busca su expresión, pero que al traducirse en sonidos, colores o notas pierde infinitamente, así también en el Derecho el sentido de la justicia concibe el pensamiento jurídico; incluso puede decirse que la justicia es la concepción del Derecho" [22].

Pero la justicia no está enmarcada, no tiene su confín en la norma jurídica vigente o, mejor, no se agota en el Derecho positivo. Este representa sólo un ensayo de realización de aquélla, realización que a veces suele ser imperfecta y no reflejar el valor de la justicia y en tal caso se produce un conflicto entre éste y el ordenamiento jurídico positivo, que es debido, principalmente, a que las normas jurídicas han dejado de representar, por no importa qué contingencia histórica, el valor de la justicia, y entonces se produce una revolución en que la justicia, llevada en las conciencias de todos los hombres e inspirando, incluso, las armas, procura hacer trizas el orden vigente que, lejos de ser tal, es iniquidad, y busca reemplazarlo por un ordenamiento que no esté en pugna con sus dictados.

"La concepción y el culto de la justicia —como escribe Giorgio del Vecchio— no puede depender de las vicisitudes contingentes, ni del alternativo sucederse de las fuerzas en contraste, ni de aquel rumor mundano que, como soplo de viento, para decirlo todavía con Dante, "muta nome perche muta lato", sino que deben desarrollarse y extraerse de aquella "simiente eterna" que está ínsita, como ya enseñaba Vico, en nuestra misma conciencia" [23].

Como decía Aristóteles, "todas las virtudes se encuentran en el seno de la justicia" y "la salida y la puesta del sol no son tan dignas de admiración como ella" [24].

Si la justicia es negada no hay nada que pueda dar valor a la vida del Derecho.

III. LA SEGURIDAD

1. Concepto. "En su sentido más general la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación" [25].

Según Jorge Millas, "la seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado. Se trata, a no dudar, de una seguridad

[22] Max Ernst Mayer. *Filosofía del Derecho.* Pág. 182.
[23] Giorgio del Vecchio. *Derecho y vida.* Págs. 54 y 55.
[24] Aristóteles. *Moral a Nicómaco.* Libro V. Capítulo I.
[25] J. T. Delos. *Los fines del Derecho.* Pág. 47.

específica, que conviene apellidar jurídica, para evitar las equívocas resonancias del concepto genérico de la seguridad a secas. No es, pues, la seguridad metafísica del místico, ni la seguridad moral del optimista, ni la seguridad psicológica del hombre equilibrado, ni la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente la del hombre social que seguro o no en su situación metafísica y económica, sabe con qué ha de contar como norma exigible para su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto, de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno" [26].

"La seguridad jurídica es un valor de situación: el bien donde encuentra cumplimiento real no consiste, evidentemente, ni en la conducta de seres libres en cuanto tales, ni en "cosas" del orden físico o ideal. Pudiera parecer, tal vez, por la íntima conexión entre el Derecho y la seguridad, que ésta residiera en el Derecho mismo, que encarnara en él, que el Derecho la realizara o ejemplificara, como una estatua a la belleza, o a la verdad una proposición bien fundada. Semejante modo de ver carece, no obstante, de sentido. El Derecho como sistema normativo sólo puede ser el instrumento gracias al cual la seguridad concretamente existe, sin que él mismo sea, en cuanto tal, seguridad. La seguridad en la medida en que es un valor, es un modo posible de ser, y este modo posible es modo de la vida humana, de la vida del individuo que se siente seguro, de la vida colectiva que se desenvuelve con orden, mas no del sistema normativo que tal seguridad procura".

"La seguridad constituye, entonces, un valor de situación: la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplan" [27].

2. Diversas acepciones de la seguridad. La seguridad se puede concebir de tres maneras [28]:

a) La seguridad como seguridad por el Derecho es la seguridad contra todo lo que atenta contra los derechos de las personas. En este sentido es un elemento del bien común. Ella presupone que el Derecho mismo sea una certeza:

b) La seguridad como certeza del Derecho exige la perceptibilidad cierta de la norma de Derecho; la prueba de los hechos de que depende su aplicación y la ejecución de lo que ha sido reconocido como Derecho; la certeza de que se trata del contenido del Derecho vigente.

La seguridad como certeza del Derecho requiere cuatro condiciones [29]:

—Que el Derecho sea positivo;

—Que este Derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho segu-

[26] Jorge Millas. *Filosofía del Derecho.* Pág. 223.
[27] Jorge Millas. *Filosofía del Derecho.* Pág. 225.
[28] Gustavo Radbruch. *Los fines del Derecho.* Pág. 64.
[29] Gustavo Radbruch. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Pág. 40.

ro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto;

—Que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error; y

—Que el Derecho Positivo no se encuentre expuesto a cambios demasiado frecuentes.

c) La seguridad como seguridad contra las modificaciones del Derecho procura evitar la incertidumbre del Derecho vigente, es decir, las modificaciones jurídicas arbitrarias, realizadas sin previo estudio y consulta.

3. COMPONENTES VIVENCIALES DE LA SEGURIDAD. Como afirma el profesor de la Universidad de Chile, Jorge Millas, "la seguridad jurídica en cuanto situación de quien psicológicamente la vive, se resuelve en dos componentes vivenciales, saber o certeza, por una parte, y expectativa o confianza, por la otra. El saber se refiere a la existencia de las normas jurídicas: es nuestro conocimiento, a) de que hay ciertas normas que disponen tales y cuales conductas de modo impersonal y objetivo; y b) de que el orden así previsto es generalmente observado. La confianza deriva de ese conocimiento y consiste en la fundada expectativa de una continua y prolongada vigencia del orden jurídico. No se trata aquí de esa certeza de conocimiento teórico respecto a la existencia y contenido de las normas, sino de la anticipación de lo que probablemente ocurrirá en vista de la actual vigencia del orden jurídico dado. Sin embargo, el valor práctico de esta probabilidad es tan grande, que lo equiparamos a la certeza y arreglamos conforme a ella nuestra conducta. Sólo así es posible que se constituya la situación de seguridad" [80].

4. SENTIDO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA SEGURIDAD. La seguridad puede ser considerada en sentido subjetivo y objetivo, pero ambos están indisolublemente vinculados.

La seguridad en sentido subjetivo es la convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social. La seguridad es un sentimiento subjetivo que se define con relación a la sociedad y que se fundamenta sobre la existencia de hecho de un estado social que protege a la persona.

La seguridad en sentido objetivo se confunde con la existencia de un estado de organización social, de un orden social.

La seguridad es esencialmente una relación entre la persona y un estado social objetivo en el cual ella está incluida.

La seguridad pone en relación lo subjetivo y lo objetivo e implica la confrontación de una persona con el orden social objetivo que la protege.

[80] JORGE MILLAS. *Filosofía del Derecho*. Pág. 226.

La seguridad no puede definirse ni desde el solo punto de vista subjetivo ni desde el único punto de vista objetivo; es una correlación entre el estado subjetivo de la persona y la realidad social objetiva.

5. LA SEGURIDAD Y EL ORDEN JURÍDICO POSITIVO. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos existen normas que realizan la seguridad jurídica, entre las cuales, en Chile, las más importantes son las siguientes:

a) Presunción del conocimiento de la ley. "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley, después que ésta haya entrado en vigencia" (Código Civil de Chile, artículo 8);

b) Principio de la reserva o legalidad penal. "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio" (Constitución Política de Chile, artículo 11);

c) Irretroactividad de la ley. "La ley puede sólo disponer para el futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo" (Código Civil de Chile, artículo 9);

d) Cosa juzgada. "Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada" (Código de Procedimiento Civil de Chile, artículo 175);

e) Prescripción. "La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción" (Código Civil de Chile, artículo 2492).

6. JUSTICIA Y SEGURIDAD. Las diferencias que existen entre justicia y seguridad, según J. T. Delos [31], derivan de que la justicia es una noción correlativa al Derecho, mientras que la seguridad es un hecho, un estado de hecho, cuya definición no hace aparecer la noción de Derecho.

¿Se trata de la seguridad subjetiva? Es un hecho psicológico: la certeza efectiva de que los hechos de violencia no vendrán a perturbar al sujeto en la posesión de sus bienes.

¿Se trata de la seguridad objetiva? Es una organización de hecho, de donde resulta otro hecho: la integración de la persona y de los bienes de los individuos en una sociedad determinada.

¿Se trata de la seguridad considerada como relación? Ella está en el individuo en relación con la sociedad o en la sociedad en relación con el individuo; aparece como un hecho que puede ser realizado sin referencia explícita a la idea del Derecho.

Entre la justicia y la seguridad existe una diferencia de objeto: el de la justicia es el Derecho y el de la seguridad es la posesión de un bien. A esta última no le corresponde legitimar la posesión del bien

[31] J. T. DELOS. *Los fines del Derecho.* Pág. 49.

que protege; esta investigación no es de su competencia: éstos son presupuestos anteriores a la organización de la seguridad; ella no investiga más que un hecho y se contenta con determinarlo por medio de hechos.

La seguridad es la posesión de hecho, tranquila y cierta, de la persona y de sus bienes, garantizada por la sociedad.

Si la seguridad es una relación de hecho entre el individuo y la sociedad en la cual está integrado, aparece evidente que ella se concreta en una relación de justicia.

¿Se trata de la seguridad objetiva, es decir de la existencia de un orden social y de su mantenimiento? Todos los sacrificios que se exigen de las personas son a nombre de sus obligaciones de justicia social.

¿Se trata de la seguridad subjetiva? Las personas tienen el derecho de ser protegidas contra sus iguales y contra los abusos de poder de los gobernantes. Su derecho tiene como correlativo un deber de justicia de la sociedad.

La investigación sobre la seguridad se sitúa en el plano de la justicia y el Derecho, y toda acción de la seguridad está limitada por la justicia y el Derecho.

La función de seguridad se ejerce entera en un cuadro de justicia y de Derecho, en donde se afirman la trascendencia de la sociedad sobre el individuo y la subordinación de la sociedad a los derechos fundamentales de la persona humana.

Un problema importante de analizar es el referente a los eventuales antagonismos que puedan presentarse entre la justicia y la seguridad. Al respecto se citan dos ejemplos: "de la cosa juzgada, cuya verdad legal prevalece sobre la justicia que implica la verdad real, aun cuando aquélla no corresponda a ésta; y también se invocan en el mismo sentido el caso de la prescripción, y el ejemplo histórico del sacrificio de Sócrates, quien prefirió ser víctima de una injusticia, con tal de mantener el orden jurídico positivo. No se advierte, sin embargo, que en estos ejemplos no es exacto que haya una antinomia —de Derecho, aunque sí puede haberla de hecho— entre la seguridad y la justicia, a menos que se tome la parte por el todo, la especie por el género. En los casos de la cosa juzgada y de la prescripción, puede pensarse que una relación jurídica entre particulares no se resuelve de acuerdo con lo que exige la justicia conmutativa; pero es que la justicia conmutativa no es toda la justicia, pues por encima de las relaciones de coordinación que ella regula, están las de subordinación a que se refiere la justicia distributiva, y sobre todo las de integración que constituyen la materia propia de la justicia general, legal o social, la que exige la ordenación de los actos de todos y cada uno de los miembros de la sociedad al bien común. Es esta justicia social la que sirve de fundamento a instituciones jurídicas del Derecho Positivo como la cosa juzgada y la prescripción, ya que el bien de todos pide que los litigios tengan algún término, que no se prolonguen indefinidamente y para poner término a los juicios ha sido necesario instituir la cosa juzgada,

así como ha sido necesario instituir la prescripción con miras a definir las obligaciones de los particulares. No se trata, pues, de instituciones injustas, sino fundadas en los principios de la justicia general o social. En cuanto al ejemplo de Sócrates, debe recordarse que él prefirió cumplir con la decisión injusta que lo condenó a beber la cicuta, invocando el principio de la seguridad jurídica, pero fundándose principalmente en consideraciones de justicia. Todo su razonamiento parte de esta premisa: "que en ninguna circunstancia es permitido ser injusto, ni volver injusticia por injusticia, mal por mal". Es por consideraciones de justicia que no acepta volver mal por mal, injusticia por injusticia; tanto más que la injusticia cometida con él sólo tenía una víctima, mientras que la injusticia que se le proponía para evitar aquélla, haría víctima a toda la sociedad, ya que vendría a trastornar el orden jurídico existente. Y lo que se dice a propósito de estos ejemplos, puede hacerse extensivo a todos aquellos casos de aparente oposición entre la seguridad y la justicia" [32].

7. IMPORTANCIA DE LA SEGURIDAD. Para algunos autores la motivación principal que preside el establecimiento del Derecho Positivo es la necesidad de crear seguridad en la vida de relación; por ello afirma Luis Recaséns Siches que "el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible exigencia de seguridad, de certeza, en la vida social. La pregunta de por qué y para qué hacen Derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni en el séquito de egregios valores que la acompañan, sino en un valor subordinado —la seguridad— correspondiente a una necesidad humana".

"El hombre no tan sólo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que también se plantea análogo problema respecto de los demás hombres; y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación con los demás: de saber cómo se comportarán ellos con él y qué es lo que él debe hacer frente a ellos; y precisa no sólo saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que esto ocurrirá necesariamente; esto es, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero, además, de la seguridad de que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada".

"El Derecho surge como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás, —certeza—; pero no sólo certeza teorética (saber lo que se debe hacer), sino también certeza práctica, es decir, seguridad: saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente" [33].

[32] RAFAEL PRECIADO HERNÁNDEZ. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Págs. 240 y 241.

[33] LUIS RECASÉNS SICHES. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. Págs. 209 y 210.

Por ello, para que sea posible la convivencia entre los hombres, es necesario un orden y una seguridad y cuando ellos no existen la sociedad se resiente; de ahí la frase de Johann Wolfgang Goethe: "Prefiero la injusticia al desorden", afirmación que, aunque infundada, pone de relieve esta idea.

En nuestro concepto, no obstante la importancia de la seguridad para la vida social, no es ella la que constituye el supremo valor del Derecho, sino que la seguridad representa una realización parcial de la justicia, que procura otorgar certeza a la vida de los hombres en sociedad.

IV. EL BIEN COMUN

1. CONCEPTO. El bien común es el conjunto de las condiciones espirituales, culturales y materiales necesarias para que la sociedad pueda realizar su fin propio y establecer un orden justo que facilite a las personas humanas que integran la sociedad alcanzar su fin trascendente.

Existe el bien común de la familia, de los municipios, de los sindicatos, de las universidades, de las sociedades religiosas, del Estado, de la comunidad internacional y, en general, de cada sociedad humana.

2. CARACTERES. Siguiendo a Santo Tomás de Aquino [34] y tomando en consideración las interpretaciones de Jacques Maritain [35] y Teófilo Urdanoz [36], podemos afirmar que los caracteres fundamentales del bien común son la totalidad y la igualdad proporcional:

a) *La totalidad.* Es característica del bien común la totalidad, pues la sociedad misma se presenta como un todo. El bien común es el bien del todo, al cual los individuos contribuyen y del cual todos participan.

Pero no debe entenderse el bien común como el bien de la sociedad tomada como un todo, en beneficio del cual deberían los hombres sacrificar sus propios bienes particulares, como lo pretende el totalitarismo. porque en tal caso el bien común habría perdido su condición de comunicable a las personas, ya que si no fuera el bien de los hombres no sería verdaderamente común. Una recta concepción de bien común se separa, pues, de todo totalitarismo que sacrifica las personas a una abstracción de bien común, desvinculado de los bienes particulares.

[34] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica.* II - II. Tratado de la Prudencia y Tratado de la Justicia.

[35] JACQUES MARITAIN. *La persona y el bien común. Los derechos del hombre y la ley natural.*

[36] TEÓFILO URDANOZ. *El bien común según Santo Tomás.* Apéndice de la Suma Teológica. Tomo VIII. Págs. 755 y siguientes.

Tampoco debe entenderse el bien común como una colección o suma cuantitativa de los bienes particulares de las personas que integran la sociedad, como lo pretende el individualismo. Existe una diferencia esencial entre el bien común y el bien particular y no una simple diferencia cuantitativa; y ello, porque la sociedad no es una masa amorfa o un simple conglomerado de partes, sino un todo orgánico y una realidad distinta de la suma de personas que la integran.

Por ello, el concepto de bien común es una universalidad que reúne las características de unidad de todos los bienes particulares.

El bien común es el bien del todo y de las partes, formando una unidad de orden.

"El bien común es esencialmente comunicable y comunicativo a todos y cada uno de sus miembros componentes, por el mero hecho de ser común y de ser inmanente. No está, ni puede estar, fuera del hombre, sino en él... Es un todo implícito, no meramente potencial, sino a modo de un todo global confuso que se explica y se distingue según varios modos de participación actual en sus miembros o partes... El bien común se difunde y comunica a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, como el ser a sus modos particulares, como la salud y el bienestar del organismo a todos sus miembros, como la virtud vivificante del alma a todas las partes del cuerpo" [37].

b) *La igualdad proporcional.* El bien común es comunicado a cada persona no en su integridad, sino en partes a escalas variables, proporcionadas a la aptitud y responsabilidad de cada cual.

Esta idea de proporción es fundamental en la constitución del bien común y tiene fecundas consecuencias. Santo Tomás de Aquino expresa que "cada ciudadano es una parte del todo, y la bondad de cada parte sólo puede darse en la buena proporción o disposición con respecto al todo orgánico; de ahí que ese bien individual no será tal si no se desarrolla, crece y prospera en debida proporción con todo el conjunto" [38]. Y en otra parte agrega: "el bien particular no puede subsistir sin el bien común de la familia, de la ciudad o de la patria. De ahí que Máximo Valerio dijera de los primeros romanos que "preferían ser pobres en un imperio rico a ser ricos en un imperio pobre" [39].

Muchas veces el bien individual está en oposición al bien común, no porque no se incluya como parte de él, sino porque crece y prospera desmesuradamente, a expensas del organismo social y con perjuicios del bien de los demás, merced a actividades de los hombres, las más de las veces ilícitas e injustas.

3. PRIMACÍA DEL BIEN COMÚN SOBRE EL BIEN INDIVIDUAL. La superioridad del bien común es la consecuencia lógica de todo lo dicho. El bien común es superior al bien individual de cada persona, por ser un bien mayor y más perfecto. El bien del todo es siempre mayor que

[37] SANTIAGO RAMÍREZ. *Doctrina política de Santo Tomás.* Pág. 34.
[38] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica. I - II.* c. 92, a.1.
[39] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica. II - II.* c. 47, a.10.

el bien de cada una de las partes, porque el todo es mayor que la parte. Pero esta superioridad del bien común es no sólo cuantitativa, sino formal y cualitativa, porque el bien común es una razón de bien formalmente distinta de los bienes de los particulares; por ello, también, en un sentido formal y cualitativo, el bien común es superior al bien individual, pero entendido dentro del mismo orden.

El bien común es inmanente a las personas porque todas participan de él y las incluye a todas y, a la vez, es trascendente a ellas y a sus propios bienes particulares.

Hay que tener en cuenta que el principio de la primacía del bien común sobre el bien individual debe entenderse siempre dentro del mismo orden de bienes; porque, como decía Santo Tomás de Aquino, "el bien común es mejor que el privado cuando ambos pertenecen al mismo género, pero no cuando son de diversa clase" [40].

Esta relación de superioridad del bien común implica, necesariamente, relaciones de subordinación.

Los hombres, así como sus bienes particulares, deben ordenarse al bien común de todas las sociedades de las cuales forman parte, de la misma manera como los miembros o las partes del cuerpo se ordenan al bien de todo el organismo que integran.

Es necesario determinar la naturaleza íntima de estas relaciones de supremacía y ordenación al bien común. En razón de que la sociedad es un todo compuesto de personas, resulta que las relaciones entre persona y sociedad son complejas y difíciles de precisar. ¿Debemos dar la supremacía a la persona sobre el bien de la sociedad entera, como pretende el individualismo; o, por el contrario, debemos establecer la sumisión absoluta de la persona humana a la sociedad, en especial al Estado, como lo sostiene el totalitarismo?

Consideramos que ambas respuestas son erróneas y que, para encontrar una justa solución al problema, debemos analizar la significación e implicancia del principio de la ordenación de los individuos y de los bienes particulares al bien común.

Cuando afirmamos la ordenación de las personas al bien común entendemos que dicha ordenación ha de traducirse en una tendencia consciente mediante actos de amor y de justicia. Son éstos los dos valores universales, fundamentos de la vida social, por los que el hombre entra en contacto inmediato con el bien común y establece relaciones con él; los únicos que tienen por objeto propio el bien común y cuyos principios establecen el orden de las relaciones de la persona con el bien común.

Como establece Santo Tomás de Aquino, en el plano temporal, las personas que integran una sociedad "se relacionan a la misma como las partes al todo; y como la parte, en cuanto tal, es del todo, síguese que cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo" [41].

[40] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica. II - II*, c. 152, a.4.
[41] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica. II - II*, c. 58, a.5.

En la sociedad las personas deben tender a la búsqueda y promoción del bien común, porque sólo en él y a través de él pueden conseguir su propio bien y perfección personal. El hombre se perfecciona en y por la sociedad; y la sociedad debe procurar el bien de todos los hombres que la integran.

Esta ordenación al bien común se rige por la justicia general, social o legal. El bien común se convierte en finalidad del orden social y en objeto de la justicia legal.

El bien común está fundado en obligaciones de justicia y constituye un orden de justicia.

El bien común tiene la modalidad de un bien común debido y bajo ese aspecto impone la sumisión de las personas a él.

4. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA ORDENACIÓN DE LAS PERSONAS AL BIEN COMÚN. Las personas están ordenadas al bien común de la sociedad por normas de justicia legal y por la fuerza imperativa de Derecho.

El hombre está obligado a procurar el bien común y debe realizarlo y promoverlo con todas sus acciones exteriores, de tal manera que subordine a la utilidad común toda su actuación. Esta preocupación del bien común debe ser uno de los deberes primordiales de la persona. Esto significa que el hombre no debe aislarse en un individualismo, ni buscar egoístamente su propio bien con perjuicio del bien de los demás. Es la justicia social la que obliga al hombre a "considerar su propio bien en unión con el bien general y en dependencia de éste" [42].

La subordinación de las personas al bien común aparece evidente si se considera el contenido material de éste. Si nos referimos a la sociedad política, esto es, al Estado, podemos afirmar que él debe procurar la suficiencia de bienes espirituales intelectuales y materiales necesarios para que los hombres que lo integran puedan desarrollar plenamente su personalidad y alcanzar su perfección humana.

El bien común de toda sociedad es un ideal de perfección nunca totalmente realizado, que señala una meta de progreso indefinido, pero que las sociedades deben constantemente promover y las personas cooperar a su realización.

La ordenación de las personas al bien común y el ámbito de sus obligaciones para con él es universal; se refieren a cualesquiera de las esferas de sus acciones externas; pero no de una manera omnímoda, por la exigencia de la totalidad de sus actos, en todas las formas, momentos y circunstancias. Esta ordenación tiene medidas y limitaciones.

Al respecto, Santo Tomás de Aquino expresa que "el hombre no se ordena a la comunidad política según todo su ser y todas las cosas que le pertenecen, y por eso no es necesario que todos sus actos sean meritorios o no respecto de la sociedad" [43].

[42] JACQUES LECLERCQ. *Le fondement du droit et de la societé.* Pág. 221.
[43] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica. I - II,* c. 21, a.4.

La persona humana es parte de la sociedad sólo por analogía, como parte de un todo accidental. Ella es un todo, que sirve a otros bienes y finalidades superiores. Esta ordenación al bien común tiene limitaciones derivadas del destino trascendente de la persona humana.

La primacía del bien común temporal sólo significa superioridad sobre el bien particular de la persona en el orden de la vida social.

La persona posee un destino trascendente y está ordenada a un bien superior. Bajo este aspecto, el bien común de la sociedad debe subordinarse a ese bien superior a que cada persona está orientada y debe respetarlo y garantizar los derechos fundamentales de la persona humana que son inherentes a su destino espiritual; y ello, por la superioridad y trascendencia del destino espiritual sobre el temporal.

El bien común del Estado se presenta como superestructura de otros bienes comunes inferiores, como los de la familia, los municipios, los sindicatos, las universidades, etc., a los que el bien del Estado debe completar. Por lo mismo, el Estado debe respetar las vinculaciones anteriores de los individuos a esos bienes comunes y los derechos inherentes a la familia, los municipios, los sindicatos, etc. La ordenación de los individuos al bien común del Estado no significa la absorción de las actividades de las sociedades intermedias, sino el respeto de ellas. El Estado no debe realizar tareas que incumben, por naturaleza, a sociedades intermedias; pero sí el Estado debe ejercer el derecho y asumir la obligación de actuar e intervenir, en caso de insuficiencia o incapacidad de ellas, desarrollando una acción de complemento y ayuda, una función supletoria y perfectiva de las mismas. Este es el llamado principio de subsidiariedad.

"Tal es la dialéctica de fines y medios, de interordenación y servicio mutuo que impone las relaciones entre la persona y el bien común, y la distinción del orden temporal y el orden eterno. Si en ese plano temporal la subordinación de los individuos a la sociedad es universal, extensivamente, en el campo de los derechos fundamentales de la persona humana, derivado de su destino trascendente, el Estado o la comunidad política debe de algún modo supeditarse y servir al logro de estos fines superiores que cada ciudadano debe conseguir como bien suyo y misión puramente personal" [44].

5. DIVERSAS CATEGORÍAS DE BIENES QUE COMPRENDE EL BIEN COMÚN. Las diversas clases de bienes que comprende el bien común están ordenados jerárquicamente y existe entre ellos una subordinación interna que señala el valor e importancia de los mismos en los objetivos de la sociedad.

Analizaremos esto en relación con el Estado:

a) La primera categoría corresponde a los valores de justicia y caridad.

[44] TEÓFILO URDANOZ. *El bien común según Santo Tomás*. Pág. 778.

El Estado debe promover la libertad, la paz, la fraternidad, la solidaridad y la justa convivencia de todas las personas y debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

b) La segunda categoría está compuesta por los valores y bienes de la cultura, los medios de educación y formación intelectual; el progreso científico y tecnológico; la autonomía de las universidades; el desarrollo de la literatura y del arte; y, en general, la formación de un ambiente que asegure y estimule la creatividad y el libre desarrollo del espíritu; y

c) La tercera categoría la integran los bienes materiales y económicos. La producción y distribución de estos bienes debe organizarse de tal modo que beneficie efectivamente a toda la comunidad y no suceda, como en algunos Estados, que "el comercio de las cosas está casi todo en manos de pocos, de tal suerte que unos cuantos hombres opulentos y riquísimos han puesto sobre los hombros de la multitud innumerable de proletarios un yugo que difiere poco del de los esclavos".

6. EL CONTENIDO DEL BIEN COMÚN. Como expresa el distinguido profesor de la Universidad Católica de Lovaina Jean Ladriere, "*el contenido efectivo del bien común* es de *naturaleza ética:* es la finalidad real de la vida colectiva, es decir *la instauración de una comunidad verdadera,* de una vida común en la cual los individuos encuentran una verdadera satisfacción, porque se reconocen unos a otros en su realidad humana verdadera, en su dignidad, en su libertad. La instauración de una comunidad tal representa una tarea infinita. La realización del bien común no puede, por lo tanto, ser concebida como la ejecución de un programa determinado: ella es el encaminamiento en la dirección de una verdadera comunidad".

"Si se visualiza el bien común simplemente desde el punto de vista distributivo, la simple competición de los individuos y de los grupos puede en principio asegurarlo. El poder no tendrá que intervenir, de este punto de vista, sino para asegurar a esta competición condiciones suficientes de seguridad y para corregir, llegado el caso, los defectos de funcionamiento del sistema. Pero el óptimo que ha sido mencionado más arriba es siempre relativo a determinado conjunto de restricciones. Ahora bien, algunas de estas restricciones dependen de una acción colectiva, en el sentido de que sólo las iniciativas que comprometen a toda la colectividad podrán modificarlas. Una vez modificadas las restricciones puede desprenderse un nuevo óptimo, más satisfactorio que el primero. *Así el propio punto de vista distributivo conduce al punto de vista colectivo.* Independientemente de esta acción sobre las restricciones, el punto de vista colectivo tiene por lo demás su propia justificación, como se ha visto".

"Ahora bien, la mera acción de los individuos y de los grupos particulares no puede asegurar el bien común visualizado desde el punto de vista colectivo. Es preciso por esto una acción colectiva, y esta acción no puede ser conducida más que por individuos capaces

de situarse precisamente desde el punto de vista de la colectividad, de adoptar una perspectiva universal, de sobrepasar su propia particularidad para pensar en el destino de la totalidad y para actuar en nombre de ésta. Vuelve a aparecer aquí el rol funcional del poder y el problema de la integración".

"Idealmente, el sistema más eficaz sería un sistema aristocrático, en sentido platónico, es decir un sistema en el cual el poder sea confiado a hombres descendientes de una clase especial en que el estatuto y las condiciones concretas de existencia sean tales que sus miembros no pudieran tener un punto de vista particular. Se halla algo de este concepto ideal de la aristocracia en la monarquía hereditaria y en el sistema más moderno del partido único. Pero el defecto de todo sistema aristocrático es que no es posible determinar con anticipación por medio de una teoría apropiada o de una sabiduría superior, el contenido concreto y las exigencias efectivas de lo universal y no es posible en consecuencia asegurar con anticipación, por una educación apropiada que tales y cuales individuos serán efectivamente los portadores de las exigencias de lo universal. En otros términos, un sistema aristocrático no ofrece ninguna garantía de que los dirigentes que propone sean en efecto los "mejores". Las verdaderas exigencias de la vida colectiva no pueden sacarse a la luz efectivamente más que por la experiencia, en la vida misma, en la acción, a partir de las tensiones, en medio de las contradicciones, de los riesgos y de los errores inevitables de la vida real. Para que las exigencias del bien común puedan aparecer, en una situación dada, se necesita una mediación. Y un sistema aristocrático es incapaz de asegurar la mediación entre lo particular y lo universal, porque pretende ignorar la particularidad, situarse de golpe en lo universal. Volvemos así a lo que se ha dicho más arriba sobre el rol de los partidos".

"*Lo que justifica a los partidos* y los hace necesarios desde el punto de vista funcional es también lo que los justifica y los hace necesarios desde el punto de vista del contenido efectivo del bien común, del punto de vista de las finalidades verdaderas de la colectividad. Pero de este punto de vista, no es ya sólo el *papel integrador* de los partidos el que aparece, sino también su *misión ética*. La integración que un partido está encargado de efectuar no puede hacerse en el vacío, de manera puramente formal: ella consiste en articular perspectivas particulares en una perspectiva global, que pueda traducirse en un programa gubernamental. Pero esta *perspectiva global* no puede constituirse si no está sostenida por una intención que apunta a un término finalizador. Este término finalizador es precisamente el bien colectivo en su contenido efectivo. Si este contenido es de naturaleza ética, será preciso que un partido, para cumplir su misión en relación al sistema del poder, esté animado en definitiva por una visión ética. Solamente a partir de una visión anticipadora del bien común, como fin de la vida colectiva, se puede uno poner en estado de trabajar

efectivamente en su realización, de proponer un programa concreto de acción en la situación dada y de emprender su realización".

"Pero la anticipación del bien común no proviene ni de la previsión ni de la prospectiva, ella surge de una visión ética del hombre. Un partido, como tal, no debe necesariamente ser el portador, al menos de manera explícita, de una concepción ética, es decir de una concepción de conjunto del destino del hombre. Le basta tener una concepción política, es decir una concepción de la vida de la ciudad, de la organización del Estado y de las tareas que éste debe cumplir. Pero si es verdad que las tareas del Estado no toman su sentido más que en relación al horizonte de una verdadera comunidad, que es el verdadero fin de la vida política, una concepción política no toma su sentido sino en relación a una concepción ética. Un partido no tendrá una concepción verdaderamente capaz de inspirar una acción política conducente hacia el bien común, si no está animado, al menos implícitamente, por una visión ética del hombre y de la comunidad humana".

"La política no es una empresa autónoma, *el poder no es su propio fin,* la soberanía no es para sí misma, el Estado no es un verdadero objetivo; *la política no es más que el esfuerzo concreto para realizar la exigencia ética en las condiciones de la vida colectiva,* tales como los hombres, en su historia, las determinan. El poder es el servidor de los fines que él persigue a veces sin saberlo y que es preciso a veces enseñarle a perseguir, a pesar de él —la soberanía no es más que la ficción en la cual la colectividad simboliza su propia existencia esperando poder vivirla en la efectividad de relaciones verdaderas y el Estado es el camino necesario que conduce a la colectividad hacia su verdad, que la hace pasar poco a poco de su vida salvaje, donde cada uno persigue por sí mismo sus propias ventajas, hacia su vida razonable, donde cada uno recibirá de los otros el contenido de su vida y pondrá su vida al servicio de los demás" [45].

7. JUSTICIA Y BIEN COMÚN. La justicia es el valor fundamental de la vida social por el cual el hombre entra en relación inmediata con las demás personas; ella tiene por objeto propio el bien común.

En consecuencia, el bien común está fundado en obligaciones de justicia. La justicia es el criterio racional conforme al cual se asigna a cada persona su colaboración y participación en el bien común.

La justicia determina y especifica el bien común; y, por ello, el bien común constituye un orden de justicia.

[45] JEAN LADRIERE. *El Poder. En Poder y Conflicto de Jean Ladriere y Paul Ricoeur.* Págs. 66 a 70.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué son los valores?*
2. *¿Qué son los valores jurídicos?*
3. *¿Cuáles son los valores jurídicos?*
4. *¿Cuáles no pueden ser valores jurídicos?*
5. *¿Cómo se define la justicia?*
6. *¿Cuántas clases de justicia existen?*
7. *¿Cuáles son las propiedades de la justicia como virtud y como orden?*
8. *¿Qué es la seguridad jurídica?*
9. *¿Cuáles son las diversas acepciones de la seguridad jurídica?*
10. *¿Cuáles son los componentes vivenciales de la seguridad?*
11. *¿Cuál es el sentido subjetivo y objetivo de la seguridad?*
12. *¿Qué relaciones existen entre la justicia y la seguridad?*
13. *¿Cuál es el concepto de bien común?*
14. *¿Cuáles son los caracteres propios del bien común?*
15. *¿Qué relaciones existen entre el bien común y los bienes de las personas que integran la sociedad?*
16. *¿Qué relaciones existen entre los bienes comunes de las diversas sociedades?*
17. *¿Cuáles son las diversas categorías de bienes que integran el bien común?*

18. *¿Qué relaciones existen entre la justicia y el bien común?*

19. *Estudie las implicancias sociales y políticas de la teoría del bien común.*

20. *Analice, en función de los valores jurídicos, las siguientes normas del ordenamiento jurídico chileno:*

    a) *"Nadie podrá alegar ignorancia de la ley, después que haya entrado en vigencia" (artículo 8° del Código Civil de Chile).*
    b) *"Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio" (Constitución Política de Chile, artículo 11).*
    c) *"La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo" (Código Civil de Chile, artículo 9).*
    d) *"Las sentencias definitivas e interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada" (Código de Procedimiento Civil de Chile, artículo 175).*
    e) *"La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción". (Código Civil de Chile, artículo 2492).*

21. *Estudie una ley chilena cualquiera y analice los valores existentes en ella.*

22. *Lea el diálogo "Critón" de Platón.*

23. *Lea el libro V de la "Etica a Nicómaco" de Aristóteles.*

24. *Lea el "Tratado de la Justicia" de la "Suma Teológica" de Santo Tomás de Aquino.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AFTALIÓN, ENRIQUE R.; GARCÍA OLANO, FERNANDO; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho.* Tomo I. Capítulo I. Págs. 20 a 28 y 35 a 43.

ARISTÓTELES. *Etica a Nicómaco.* Libro V.

BATTAGLIA, FELICE. *Curso de Filosofía del Derecho.* Tomo III. Parte Quinta. Págs. 219 a 243 y 307 a 351.

BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho.* Parte Primera. Págs. 54 a 64.

CARLYLE, A. V. *Los fines del Derecho.* Págs. 81 a 95.

CATHREIN, VÍCTOR. *Filosofía del Derecho.* Capítulo II. Págs. 15 a 23. Capítulo III. Parte Segunda. Págs. 41 a 51 y Págs. 73 a 81.

COING, HELMUT. *Fundamentos de Filosofía del Derecho.* Parte Segunda. Capítulo V. Págs. 108 a 131. Capítulo VI. Págs. 189 a 209.

DELOS, J. T. *Los fines del Derecho.* Pág. 31 a 54.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho.* Págs. 153 a 158 y Capítulo XXVI. Págs. 669 a 681.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *La Justicia.*

FRIEDRICH, CARL JOACHIM. *La Filosofía del Derecho.* Parte Primera. Págs. 27 a 47; 58 a 67. Parte Segunda. Págs. 275 a 288; 297 a 310; 321 a 331.

GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción al Derecho.* Capítulo VI. Págs. 343 a 385; 449 a 453 y 461 a 471.

KELSEN, HANS. *¿Qué es la Justicia?*

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulo II. Págs. 55 a 64.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Estado.* Parte Primera. Capítulo I. Págs. 3 a 16 y 24 a 27.

LECLERCQ, JACQUES. *El Derecho y la Sociedad, sus fundamentos.* Capítulo III. Págs. 193 a 202.

LE FUR, LOUIS. *Los fines del Derecho.* Págs. 16 a 27.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Parte III. Págs. 187 a 191. Págs. 273 a 277 y Págs. 443 a 491.

MARITAIN, JACQUES. *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural.* Capítulo I. Págs. 21 a 25.

MAYER, MAX ERNST. *Filosofía del Derecho.* Capítulo II. Págs. 147 a 156 y 168 a 192.

MILLAS JIMÉNEZ, JORGE. *Filosofía del Derecho.* Capítulo VII. Págs. 197 a 204 y 209 a 242.

MILLAS JIMÉNEZ, JORGE. *Filosofía del Derecho.* Parte Segunda. Capítulos VII y VIII. Págs. 198 a 215. Págs. 219 a 239. Parte Tercera. Págs. 302 a 331 y 491 a 504.

MOUCHET, CARLOS y ZORRAQUÍN BECU, RICARDO. *Introducción al Derecho.* Capítulo II. Págs. 41 a 60.

PASQUIER, CLAUDE DU. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.* Capítulo XI. Págs. 298 a 311.

PLATÓN. *La República.*

PLATÓN. *Las Leyes.*

PLATÓN. *Critón.*

PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL. *Lecciones de Filosofía del Derecho.* Capítulo XIV. Págs. 207 a 215. Capítulo XV. Págs. 217 a 231. Capítulo XVI. Págs. 233 a 241.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Capítulo I. Págs. 40 a 52 y Capítulo IX. Págs. 95 a 102.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Filosofía del Derecho.* Capítulo II. Págs. 31 a 45.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Los fines del Derecho.* Págs. 57 a 70.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo X. Págs. 90 a 110.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Vida Humana, Sociedad y Derecho.* Capítulo I. Págs. 42 a 57. Capítulo VI. Págs. 209 a 216. Capítulo XII. Págs. 420 a 535.

RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, LINO. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* Capítulo VI. Págs. 157 a 162. Págs. 302 a 317 y 325 a 351.

ROSS, ALF. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Capítulo XII. Págs. 261 a 281.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica.* II-II Tratado de la Prudencia y Tratado de la Justicia.

URDANOZ, TEÓFILO. *En Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino. Tomo VIII. Págs. 755-779.

CAPÍTULO DECIMONOVENO

DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

"El jurista tiene el derecho de juzgar su época, negándose a que se le considere de un partido determinado. Sé que la independencia del pensamiento expone, en épocas de revoluciones políticas, a sufrir los efectos de la injusticia. Pero no considero excesivos los sacrificios necesarios para conservarla".

GEORGES RIPERT

SUMARIO

I. DIFERENTES POSICIONES. II. EL CAMBIO SOCIAL. III. EL CAMBIO SOCIAL INCREMENTAL, GRADUAL Y PROGRESIVO. IV. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL. V. CAMBIO EN EL DERECHO Y CAMBIO A TRAVÉS DEL DERECHO. VI. DIFERENTES TIPOS DE CAMBIO LEGAL. VII. LA DOMINACIÓN LEGAL. VIII. FUNCIÓN DEL DERECHO EN LA PLANIFICACIÓN DEL CAMBIO SOCIAL. IX. EL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL EN LAS DEMOCRACIAS Y EN LAS DICTADURAS. X. FUERZAS SOCIALES QUE ACTÚAN SOBRE EL DERECHO. XI. INFLUENCIA DE LOS JURISTAS EN EL CAMBIO SOCIAL. XII. LAS UNIVERSIDADES Y LAS FACULTADES DE CIENCIAS JURÍDICAS, ADMINISTRATIVAS Y SOCIALES Y EL CAMBIO SOCIAL.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. DIFERENTES POSICIONES

La controversia entre quienes consideran que el Derecho debe seguir y no impulsar los cambios sociales, por una parte, y los que creen que él debe ser un agente determinante de dichos cambios, por otra, es un tema muy debatido en la historia del pensamiento jurídico.

Al respecto expondremos, en síntesis, las posiciones más importantes.

1. FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY (1779-1861) sostiene que todo pueblo tiene un espíritu, un alma propia, que se refleja en diversas manifestaciones: Moral, Derecho, Arte, Lenguaje, etc., todas las cuales son producto espontáneo e inmediato de este espíritu popular. El Derecho no es una creación del legislador, sino una elaboración instintiva del pueblo, que se manifiesta de hecho y que sólo más tarde adquiere una concreción por obra de los juristas. A la labor de los juristas sigue después la legislación. Al respecto, Savigny expone que "la

síntesis de esta opinión es que todo Derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a los cuales por asentimiento universal se puede dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario, esto es, que el Derecho se crea primero por la costumbre y las creencias populares y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador" [1].

Las leyes tienen, pues, una función secundaria que a veces hasta puede resultar dañosa. Las leyes no hacen más que fijar los principios establecidos con anterioridad por la conciencia jurídica popular. De ahí la aversión de Savigny hacia la legislación y la codificación, porque ellas detienen la evolución espontánea del Derecho.

2. Rodolfo von Ihering (1818-1892) desarrolló los postulados de la Escuela Histórica del Derecho, y, en lugar del impulso espontáneo de que hablaba Savigny, colocó la voluntad consciente orientada finalísticamente, como soporte y meta de la evolución jurídica; y así señaló como nervio central de ésta la lucha por el Derecho, a la que confirió el carácter de un deber ético [2].

Ihering afirmó que "todo Derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a las que no los aceptaban, por lo que todo Derecho, tanto el Derecho de un pueblo como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlo. El Derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza...".

"El Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si analizamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una nación, desplegando sin cesar para defender su derecho tan penosos esfuerzos como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad en la esfera de la producción económica e intelectual. Todo hombre que lleve en sí la obligación de mantener su derecho, toma parte en este trabajo nacional y contribuye en lo que puede a la realización del Derecho sobre la tierra" [3].

3. Carlos Marx (1818-1883) sostuvo que tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino por las condiciones materiales de vida.

Para Federico Engels, el reflejo de las relaciones económicas en la forma de principios jurídicos "se produce sin que la persona que actúa

[1] Federico Carlos de Savigny. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la Ciencia del Derecho.* Pág. 48.

[2] Rodolfo von Ihering. *El espíritu del Derecho Romano. El fin en el Derecho. La lucha por el Derecho.*

[3] Rodolfo von Ihering. *La lucha por el Derecho.* Págs. 38 y 39.

sea consciente de él; el jurista se imagina que opera con principios a priori, en tanto que en realidad son sólo reflejos económicos" [4].

Marx afirmó que "en la producción social de su vida los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia. Al llegar a una determinada fase de desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí. De formas de desarrollo de las fuerzas productivas, estas relaciones se convierten en trabas suyas. Se abre así una época de revolución social. Al cambiar la base económica, se revoluciona, más o menos rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella. Cuando se estudian esas revoluciones, hay que distinguir siempre entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de producción y que pueden apreciarse con la exactitud propia de las ciencias naturales y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas; en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y luchan por resolverlo y del mismo modo que no podemos juzgar a un individuo por lo que él piensa de sí no podemos juzgar tampoco a estas épocas de revolución por su conciencia, sino que, por el contrario, hay que explicarse esta conciencia por las contradicciones de la vida material, por el conflicto existente entre las fuerzas productivas sociales y las relaciones de producción. Ninguna formación social desaparece antes de que se desarrollen todas las fuerzas productivas que caben dentro de ella, y jamás aparecen nuevas y más altas relaciones de producción antes de que las condiciones materiales para su existencia hayan madurado en el seno de la propia sociedad antigua" [5].

Precisando el verdadero alcance de la concepción materialista de la historia, Federico Engels (1820-1895) escribió que "el elemento determinante de la historia es en última instancia la producción y la reproducción en la vida real. Ni Marx ni yo hemos afirmado nunca más que esto; por consiguiente, si alguien lo tergiversa transformándolo en la afirmación de que el elemento económico es el único determinante,

[4] FEDERICO ENGELS. *Carta a Conrad Schmidt*. Carlos Marx-Federico Engels. Correspondencia. Pág. 400.

[5] CARLOS MARX. *Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política*. Págs. 182 y 183.

lo transforma en una frase sin sentido, abstracta y absurda. La situasión económica es la base, pero las diversas partes de la superestructura —las formas políticas de la lucha de clases y sus consecuencias, las constituciones establecidas por la clase victoriosa después de ganar la batalla, etc.—, las formas jurídicas y en consecuencia inclusive los reflejos de todas esas luchas reales en los cerebros de los combatientes: teorías políticas, jurídicas, ideas religiosas y su desarrollo ulterior hasta convertirse en sistemas de dogmas— también ejercen su influencia sobre el curso de las luchas históricas y en muchos casos preponderan en la determinación de su forma. Hay una interacción de todos esos elementos, en el seno de la interminable multitud de accidentes (es decir, de cosas y hechos cuyo vínculo interno es tan lejano o tan imposible de demostrar que los consideramos como inexistentes y que podemos despreciarlos), el movimiento económico termina por hacerse valer como necesario. Si no fuese así, la aplicación de la teoría a cualquier período de la historia que se elija sería más fácil que la solución de una simple ecuación de primer grado".

"Nosotros hacemos nuestra historia, pero en primer lugar con premisas y condiciones muy determinadas. Entre éstas, las económicas son en definitiva las decisivas. Pero las condiciones políticas, etc., y por cierto que inclusive las tradiciones que obseden a los cerebros humanos, también desempeñan un papel, aunque no decisivo" [6].

En uno de sus últimos escritos (1875), Carlos Marx precisa su concepción del Derecho. Lo concibe como producto de una sociedad dividida en clases basadas en el ordenamiento de la estructura económica. Expresa los intereses de estas clases. Así, el Derecho en la sociedad burguesa se diferencia de aquél existente en la sociedad gastada por la revolución que inicia el proceso de desaparición de las clases. En la primera habrá un Derecho igual para clases desiguales; mientras en la segunda, en sus primeras etapas de desarrollo, habrá un Derecho igual, pero como derecho desigual para trabajo desigual, pero esta desigualdad del trabajo ya no será tal en virtud de las diferencias de clase sino sólo de las individuales. El Derecho, como todo Derecho, seguirá siendo, por tanto, desigual, aunque con otro contenido. De esta manera, siempre enfatiza el condicionamiento del Derecho por la estructura económica y por el desarrollo cultural de la sociedad.

Hablando de la nueva sociedad, Carlos Marx dice que "de lo que aquí se trata no es de una sociedad comunista que "se ha desarrollado" sobre su propia base, sino de una que acaba de salir precisamente de la sociedad capitalista y que, por tanto, presenta todavía en todos sus aspectos, en el económico, en el moral y en el intelectual, el sello de la vieja sociedad de cuya entraña procede. Congruentemente con ésto, en ella el productor individual obtiene de la sociedad —después de haber hecho las obligadas deducciones— exactamente lo que

[6] FEDERICO ENGELS. *Carta a J. Bloch.* Carlos Marx-Federico Engels. Correspondencia. Págs. 394 y 395.

ha dado. Lo que el productor ha dado a la sociedad es su cuota individual de trabajo. Así, por ejemplo, la jornada social de trabajo se compone de la suma de las horas de trabajo individual; el tiempo individual de trabajo que él aporta, su participación en ella. La sociedad le entrega un bono consignando que ha rendido tal o cual cantidad de trabajo (después de descontar lo que ha trabajado para el fondo común), y con este bono saca de los depósitos sociales de medios de consumo la parte equivalente a la cantidad de trabajo que rindió. La misma cantidad de trabajo que ha dado a la sociedad bajo una forma, la recibe de ésta bajo otra forma distinta.

"Aquí reina, evidentemente, el mismo principio que regula el intercambio de mercancías, por cuanto éste es intercambio de equivalentes. Han variado la forma y el contenido, porque bajo las nuevas condiciones nadie puede dar sino su trabajo, y porque, por otra parte, nada puede ahora pasar a ser propiedad del individuo, fuera de los medios individuales de consumo. Pero, en lo que se refiere a la distribución de éstos entre los distintos productores, rige el mismo principio que en el intercambio de mercancías equivalentes: se cambia una cantidad de trabajo, bajo una forma, por otra cantidad de igual trabajo, bajo otra forma distinta".

"Por eso, el derecho igual sigue siendo aquí, en principio, el derecho burgués, aunque ahora el principio y la práctica ya no se tiran de los pelos, mientras que en el régimen de intercambio de mercancías, el intercambio de equivalentes no se da más que como "término medio", y no en los casos individuales".

"A pesar de este progreso, este derecho igual sigue llevando implícita una limitación burguesa. El derecho de los productores es "proporcional" al trabajo que han rendido; la igualdad, aquí, consiste en que se mide por el "mismo rasero", por el trabajo".

"Pero unos individuos son superiores física e intelectualmente a otros y rinden, pues, en el mismo tiempo, más trabajo, o pueden trabajar más tiempo; y el trabajo para servir de medida tiene que determinarse en cuanto a su duración o intensidad, de otro modo deja de ser una medida. Este derecho "igual" es un derecho desigual para trabajo desigual. No reconoce ninguna distinción de clase, porque aquí cada individuo no es más que un obrero como los demás; pero reconoce, tácitamente, como otros tantos privilegios naturales, las desiguales aptitudes de los individuos, y, por consiguiente, la desigual capacidad de rendimiento". "En el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad". El Derecho sólo puede consistir, por su naturaleza, en la aplicación de una medida igual; pero los individuos desiguales (y no serían distintos individuos si no fuesen desiguales) sólo pueden medirse por la misma medida siempre y cuando se les enfoque desde un punto de vista igual, siempre y cuando se les mire solamente en un aspecto "determinado", por ejemplo, en el caso concreto, "sólo en cuanto obreros", y no se vea en ellos ninguna otra cosa, es decir se prescinda de todo lo demás. Prosigamos: unos obreros

están casados y otros no; unos tienen más hijos que otros, etc. A igual trabajo y, por consiguiente, a igual participación en el fondo social de consumo, unos obtienen de hecho más que otros, etc. Para evitar todos estos inconvenientes, el derecho no tendría que ser igual, sino desigual".

"Pero estos defectos son inevitables en la primera fase de la sociedad comunista, tal y como brota de la sociedad capitalista después de un largo y doloroso alumbramiento. El derecho no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionado".

"En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella, la oposición entre el trabajo manual y el trabajo intelectual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando, con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual, según sus capacidades; a cada cual, según sus necesidades" [7].

II. EL CAMBIO SOCIAL

1. CONCEPTO. El cambio es una característica de la sociedad humana. El cambio social es tan normal como el orden social.

El cambio social es una modificación irreversible en los modos de conducta social.

Como expresan Lawrence Friedman y J. Landinski [8], el énfasis se coloca en lo que es peculiarmente social, cual es el desarrollo de patrones de conducta social significativamente diferentes, nuevos modos de interacción de las personas. Por ello, no constituyen por sí solos cambios sociales los aumentos en los ingresos económicos, las modificaciones en las actitudes psicológicas, los cambios en las creencias, o los progresos científicos o tecnológicos. En general, los movimientos sociales, característicos de la época contemporánea, no constituyen siempre cambios sociales. El cambio social ocurre cuando hay modificaciones reconocibles en los patrones corrientes de interacción de las relaciones de persona a persona, o cuando emergen y se asientan nuevas relaciones.

Existe un conjunto de otros atributos fundamentales del cambio social que necesitan ser precisados. El cambio social está enraizado en los esfuerzos conscientes de las personas para resolver problemas

[7] CARLOS MARX. *Crítica del Programa de Gotha.* Obras escogidas. Págs. 333 a 335.

[8] LAWRENCE FRIEDMAN y J. LANDINSKI. *El Derecho como instrumento de cambio incremental.* Pág. 23.

mutuos a través de acciones colectivas. Los hombres, ordinariamente, no buscan nuevas maneras de modelar su comportamiento, a no ser que las viejas formas les parezcan insatisfactorias y crean que deban ser modificadas. El proceso de cambio social es intencional y racional, en el sentido de que está determinado por comportamientos humanos intencionales, producidos con el objeto de obtener resultados a través de medios juzgados idóneos para tal efecto. El cambio social emana de la actitud consciente de las personas que emprenden la tarea de buscar soluciones satisfactorias a sus problemas elaborando y reelaborando proyectos, movilizando recursos, definiendo y redefiniendo objetivos y acumulando experiencias de éxitos y fracasos.

De modo general, se puede establecer que el cambio social es un proceso dividido en tres etapas: a) La definición de un problema, entendiendo por tal aquellas condiciones reales o imaginarias que son percibidas de ese modo por las personas que integran la sociedad. Pero hay problemas inherentes a la realidad objetiva; b) La selección de los medios para resolver el problema; y c) La evaluación de los medios escogidos y la redefinición de la situación. En el curso del proceso tiene lugar el cambio social.

Las instituciones sociales están constantemente evolucionando hacia alguna finalidad temporal predeterminada. Además, el proceso de cambio es temporalmente desigual y discontinuo, fundamentalmente porque en él influyen diversos y complejos factores. Pero, aunque discontinuo, el cambio social es acumulativo, en el sentido de que el cambio en un frente trae cambios en otros frentes.

El cambio social se manifiesta, fundamentalmente, en modificaciones graduales y progresivas de la estructura social. Hay excepciones importantes: la guerra y las revoluciones son dislocaciones radicales y abruptas de la estructura social. Pero, en general, el cambio es un proceso creciente, aunque no necesariamente tranquilo.

2. Objeto del cambio social. El concepto de cambio social afirma la idea de mutaciones en la forma de sociabilidad que lo experimenta. Como tal, puede afectar tanto a los aspectos estructurales de una forma social como al substrato ideológico en que ella se fundamenta.

De esta afirmación se desprende, como afirma el jurista chileno Juan Enrique Miquel [9], que el cambio social requiere —desde un punto de vista conceptual, al menos— las nociones de cultura y estructura social, que forman la base de la sociabilidad. Pero además, en los hechos, el cambio no se produce sino a partir de formas de sociabilidad concretas, por lo que el estudio de un fenómeno de cambio determinado requiere el análisis del tipo de sociabilidad que posee una comunidad en el momento en que éste se produce. Por ello un modelo de

[9] Juan Enrique Miquel. *Sociabilidad y cambio social contemporáneos.* Págs. 122 y siguientes.

estructura social implica un modelo de cambio histórico social; incluso podemos decir que la historia consiste en las modificaciones que sufren las estructuras sociales y en las formas del cambio social que son consecuencia de ellas.

De todo lo expuesto podemos concluir que el objeto directo del cambio social son las grandes categorías de la vida en sociedad: la cultura y la estructura social, aunque en definitiva el objeto del cambio social es el hombre que recibe las consecuencias que las transformaciones implican, ya sea en el marco de los contenidos de la vida social o en el de sus estructuras.

El cambio social puede actuar sobre el conjunto de las categorías de la vida social o afectar uno de los términos que la componen:

a) *Actuación sobre valores.* El cambio social puede referirse a valores que desempeñan un rol diverso en la cultura de la sociedad. Estos valores pueden ser esenciales, esto es, que dan sentido a una cultura e informan la conciencia estimativa de los integrantes de la sociedad; o valores secundarios, que están condicionados por los primeros;

b) *Actuación sobre la estructura social.* Estos cambios, generalmente, son de ajuste de determinadas instituciones o estructuras parciales, que se producen como consecuencia de la modificación de otra estructura. Por su naturaleza, estos cambios son parciales y no afectan a la totalidad de la vida social, excepto cuando el tipo de valor referencial sea la eficacia y su acción se extiende a la forma global de organización de la sociedad;

c) *Cambio ocasionado simultáneamente en ambas categorías de la vida social.* Este cambio se presenta excepcionalmente en los casos de crisis generales, en que se produce el consenso sobre la necesidad de sustituir los valores y estructuras vigentes, o en los casos en que este cambio es impuesto por una minoría que detenta el poder o por un grupo armado que se ha apoderado de él, y que actúan simultáneamente sobre la valoración social y las estructuras existentes.

"De este análisis podemos extraer premisas que constituyen bases para una teoría del cambio social: primero, que el cambio social tiene por objeto producir modificaciones en la forma de sociabilidad, pudiendo afectar a las categorías de la vida social —cultura y estructura— conjunta o separadamente. Segundo, que este cambio admite gradaciones, y que de él se derivan según su extensión o impacto cualitativos, la necesidad de salir del sistema cultural —con relación a la totalidad de los valores o a la globalidad de las estructuras— o necesidades de rectificación parcial, que afectan uno o más valores esenciales, pero sin mutar el ser del sistema. O aquellos que actuando referencialmente modifican sólo estructuras parciales o instituciones; y, finalmente, dentro de este grupo, los cambios ocasionados en las estructuras que

actúan limitadamente por tener finalidades de ajuste o perfeccionamiento del sistema" [10].

3. EL HOMBRE COMO OBJETO ÚLTIMO DEL CAMBIO SOCIAL. El sujeto de toda la vida social es el hombre. El marco cultural y las estructuras que impone la sociedad hacen posible su perfeccionamiento espiritual, cultural y físico y el desarrollo de su actividad.

Las formas de la sociabilidad influyen en la sicología de los hombres y las condiciones del sistema en sus posibilidades de acción. Por ella las modificaciones culturales e institucionales influyen no sólo sobre las formas estructurales de la vida social, sino también sobre el hombre que es el sujeto de ellas. Los cambios estructurales de ajuste influyen en formas específicas de la conducta de los hombres; los cambios totales modifican de manera importante las posibilidades de vida y desarrollo de las personas. El carácter social y las formas de comportamiento, la libertad en sus múltiples manifestaciones, los valores culturales, la participación en el gobierno y en la economía de la sociedad, son partes del cambio que afectan al hombre y pueden implicar una transformación de su personalidad.

Un cambio social puede ser impuesto en los primeros momentos por la fuerza, pero para funcionar y ser eficaz en un período más o menos prolongado requiere la aceptación de las personas y la posterior modificación de sus características de sociabilidad, en sus expectativas y valoraciones, es decir, en el conjunto de fenómenos que forman su carácter social. "El peligro de los métodos que acometen desde fuera la transformación consiste en que sólo modifican la sociedad externamente, sin cambiar en realidad la estructura del hombre. La consecuencia es que introducir ordenación formal y funcional del cultivo interno, amenaza siempre agitar el todo social" [11].

Por otra parte, es necesario insistir en que el sujeto activo del cambio social es el hombre. El es el actor de la vida social, el ser que impulsa las transformaciones.

Frente al cambio social, el hombre puede asumir diversas actitudes. La primera es la de constituirse en objeto del cambio, en el sentido de adaptarse a las modificaciones sociales parciales que lo obligan a alterar su conducta y cambiar su vida. La segunda actitud es la del hombre que no sólo se limita a sufrir las consecuencias del cambio, sino que se incorpora a las fuerzas sociales que lo impulsan e influye en su dirección. Esta actitud corresponde a las minorías de élite y, en ciertas ocasiones, a grandes hombres que, por su acción personal, determinan cambios profundos en la vida social, como fue el caso de Julio César, Napoleón Bonaparte, Vladimir Ilich Lenin, Mahatma Gandhi, etc. Finalmente, el cambio en el hombre puede ser el método de la transformación social que busca crear un tipo humano capaz de

[10] JUAN ENRIQUE MIQUEL. *Sociabilidad y cambio social contemporáneos*. Págs. 127 y 128.

[11] KARL MANNHEIM. *El hombre y la sociedad en época de crisis*. Pág. 196.

influir en las nuevas estructuras. Este fue el método que quiso aplicar en Alemania, sin éxito, el dictador Adolfo Hitler.

En Chile hemos tenido el ejemplo de diversas personalidades que se incorporaron a las fuerzas sociales e influyeron decididamente en su orientación. De ellas, una de las más sobresalientes, en el siglo XX, fue don Arturo Alessandri Palma, Diputado, Senador, Ministro de Estado y Presidente de la República de Chile en dos períodos (1920 a 1925 y 1932 a 1938). Su pensamiento fue expuesto con brillo en el discurso pronunciado en la Convención del Partido Liberal Aliancista, celebrada el 25 de abril de 1920 en el Salón de Honor del Congreso Nacional, al aceptar su primera candidatura a la Presidencia de la República, en el cual manifestó:

"Ha sido costumbre oír a los que han tenido la satisfacción de alcanzar el honor que ahora vosotros me discernís, que "no son una amenaza para nadie". Mi lema es otro:

"Quiero ser amenaza para los espíritus reaccionarios, para los que resisten toda reforma justa y necesaria; esos son los propagandistas del desconcierto y del trastorno".

"Yo quiero ser amenaza para los que se alzan contra los principios de justicia y de derecho; quiero ser amenaza para todos aquellos que permanecen ciegos, sordos y mudos ante las evoluciones del momento histórico presente, sin apreciar las exigencias actuales para la grandeza de este país; quiero ser una amenaza para los que no saben amarlo y no son capaces de hacer ningún sacrificio para servirlo".

"Seré, finalmente, una amenaza para todos aquellos que no comprenden el verdadero amor patrio y que, en vez de predicar soluciones de armonía y de paz, van provocando divisiones y sembrando odios, olvidándose de que el odio es estéril y que sólo el amor es fuente de vida, simiente fecunda que hace la prosperidad de los pueblos y la grandeza de las naciones".

4. Causas del cambio social. Las causas del cambio social son los factores o fuerzas que actúan sobre este modelo estructural, modificándolo. Ellas pueden ser inmediatas o mediatas:

a) Diversos hechos y situaciones pueden constituir causas inmediatas del cambio social. En la antigüedad la causa que perturbaba o aceleraba más las transformaciones sociales era la actuación de grandes hombres; en cambio en la época contemporánea han sido la aparición de las grandes invenciones y el desarrollo de la ciencia y la tecnología.

Las causas inmediatas del cambio social pueden ser diversas, según las características de la sociedad. Entre ellas pueden distinguirse las que tienen su origen fuera de la estructura social, y aquellas que son generadas en esta misma. Ejemplo típico de las primeras lo constituye la irrupción de las formas de vida occidental en el Japón y el cambio social que ello generó. Entre las segundas está la capacidad que tiene una sociedad para crear dentro de su propia estructura los mecanismos que recojan y canalicen las fuerzas que aspiran a efectuar transforma-

ciones en la vida social y así mantener la adhesión de la mayor parte de los individuos que la componen.

b) La causa mediata fundamental de los cambios se encuentra en la rigidez del sistema de sociabilidad. En el marco del conjunto de la vida social, el cambio es generado por la rigidez o incapacidad de la estructura social vigente para satisfacer las necesidades sociales e incorporar al sistema las fuerzas que los hechos sociales han creado, ya sea como resultado de realidades propias derivadas del funcionamiento de la sociedad o como consecuencia de nuevos hechos que se hacen presentes desde fuera del sistema.

5. SENTIDO DEL CAMBIO SOCIAL. La existencia de una crisis del sistema estructural de una sociedad obedece a determinados juicios sobre ella. La adhesión de los hombres a un esquema de cambios se presenta no sólo como una decisión de cambiar algo, sino, además, como un deseo de sustituir dicha estructura por otra. En los primeros momentos de una crisis puede no aparecer claro el objetivo que persiguen las fuerzas sociales opuestas al sistema; pero, para que estas fuerzas puedan ganar adhesión, requieren una orientación y un sentido.

Por la naturaleza dinámica de los procesos de cambio social, éstos a veces se apartan de los objetivos proclamados en un primer momento, pero ello ocurre con mayor frecuencia en los cambios globales y no en los parciales.

En la medida que las fuerzas sociales que impulsan los cambios sean elementos racionales, la decisión de los individuos de sumarse al proceso se producirá durante él, en virtud del sentido o finalidad perseguida.

El cambio social no vale por sí, sino que su valor resulta de su orientación y sentido reales, de los principios que lo inspiran y configuran, de los bienes sociales que cautela, de los métodos por los cuales realiza su acción y de la visión del hombre y del mundo que se expresan en él.

6. CONDICIONES CONCRETAS DEL CAMBIO SOCIAL. Las formas concretas en que se presentan las situaciones de crisis que preceden a los períodos de transformaciones sociales, están condicionadas, en sus diversas posibilidades de ser, por las características de dicha sociabilidad.

Los diversos tipos de cambio social admiten la siguiente clasificación:

a) El cambio total del sistema, que puede ser revolucionario, si consiste en el cambio rápido de la totalidad de las características esenciales de un sistema social; o evolutivo, si es un proceso diferido en el tiempo y que enfrenta los cambios de manera parcial;

b) El cambio parcial del sistema, que se concretiza en un proceso de reforma social que puede revestir caracteres de intensidad, violencia y aceleración vaciados, según la mayor o menor generalidad de las estructuras e instituciones que se vean afectadas por él.

III. EL CAMBIO SOCIAL INCREMENTAL, GRADUAL Y PROGRESIVO

El cambio social incremental, esto es, gradual y progresivo, puede no ser la manera preferida de cambio social, pero es la forma normal en que ocurre, por las siguientes razones" [12].

a) En muchas situaciones de cambio social las personas están insatisfechas con el presente, pero indecisas o incapaces de alcanzar un consenso acerca de las precisas condiciones sociales futuras que desean crear, o de cómo lograrlas. Los hombres no pueden racionalmente escoger entre alternativas drásticamente diferentes de la realidad presente; solamente después que ellos han probado alternativas, están en condiciones de saber si realmente las querían. Los cambios marginales son un proceso probable bajo estas condiciones, porque ellos permiten un examen constante a través de las experiencias colectivas;

b) Las personas tienen capacidades limitadas para hacer frente a posibles alternativas de acción;

c) La mayoría de las condiciones sociales en las cuales el cambio tiene lugar son complejas. Las personas y los grupos afectados tienen diferentes percepciones de los problemas, diversos intereses y, como consecuencia de ello, variadas ideas acerca de la solución de los mismos;

d) Las estructuras sociales son durables. Tienen una porfiada persistencia enraizada en modelos habituales de interacción de las personas. Ellas se necesitan mientras continúen satisfaciendo demandas colectivas o individuales. Aun cuando no logren satisfacer tales demandas, los nuevos modelos deben probarse antes de ser adoptados ampliamente; por ello, la mayoría de las personas solamente observará mientras algunos experimentarán. De este modo se asegurará la supervivencia de lo viejo mientras ocurre la alteración; y

e) El cambio social no es siempre un movimiento positivo hacia una meta deseada. Es también un movimiento negativo que se aleja de males no deseables. Hay épocas en que el cambio debe ocurrir, pero las personas consideran que ninguna de las alternativas son de su agrado. En tales momentos, los hombres abandonan sus metas y hacen efectivos los más pequeños cambios que sean necesarios para evitar males mayores.

IV. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

1. El objeto del conocimiento del derecho. Como establece Andrés Cúneo, profesor de la Universidad de Chile [13], el objeto del

[12] Lawrence Friedman y J. Landinski. *El Derecho como instrumento de cambio social incremental.* Pág. 25.

[13] Andrés Cúneo. *El rol del Derecho en la formación de la cultura.* En Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Números 28-29. Págs. 64 y siguientes.

conocimiento del Derecho puede ser el Derecho justo o ideal, o la norma jurídica positiva tal cual ha sido establecida por el legislador, o bien la conducta del hombre que cumple o infringe la norma. Sin duda que cada uno de estos objetos sólo representan una parte de la realidad total, que es el Derecho, cuyo ser se desarrolla en la experiencia vital de una sociedad y que es, a la vez, valor, norma y conducta jurídica. Por ello, por una parte están los valores jurídicos; por otra, las normas jurídicas positivas que rigen efectivamente en la sociedad en un momento histórico determinado; y, por último, está el Derecho en acción, esto es, las conductas jurídicas.

El jurista, por tanto, no puede desentenderse de los valores, ni de las normas, ni de las conductas y debe estudiar estos objetos de conocimiento con la perspectiva adecuada: con la axiología para los valores, con la dogmática jurídica y la teoría general del Derecho para las normas y con los métodos sociológicos para las conductas.

La Escuela Sociológica del Derecho [14], ampliamente difundida entre los juristas norteamericanos y europeos, ha establecido que el Derecho no puede desentenderse de las conductas normales; son ellas su fuente material y la medida de su vigencia real.

2. Sistemas jurídicos. Lawrence M. Friedman, profesor de la Universidad de Stanford, establece [15] que en un sistema jurídico se pueden distinguir tres clases de elementos: estructurales, sustantivos y culturales. Los elementos estructurales son las instituciones mismas, las formas que revisten y la finalidad que persiguen. Los elementos sustantivos son las normas jurídicas en tanto realmente son utilizadas por los gobernantes y los gobernados. Los elementos culturales son los valores y actitudes que mantienen unido al sistema y que determinan el lugar que él ocupa en la cultura de la sociedad como un todo: "Es la cultura legal, esto es, la totalidad de los valores y actitudes relacionados con el Derecho, la que determina cuándo, dónde y por qué la gente acude al Derecho o el gobierno o le da la espalda".

"Estos tres elementos juntos —estructural, sustantivo y cultural— constituyen un todo que a falta de un término mejor, llamamos sistema jurídico. El Derecho viviente de una sociedad, su sistema jurídico, en el sentido analizado, es el Derecho en su forma real".

3. Seguridad jurídica y cambio social. Como expresa Luis Recaséns Siches [16], el hombre no tan sólo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que también se plantea análogo problema respecto de los demás hombres y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación con ellos; esto es, precisa de certeza sobre las relaciones sociales y de seguridad de que la norma se cumplirá.

[14] Ver Edwin Schur. *Law and Society. A Sociological View.* Págs. 37 y siguientes.

[15] Lawrence Friedman. *Cultura legal y desarrollo social.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Número 11. Págs. 46 y 47.

[16] Luis Recaséns Siches. *Filosofía del Derecho.* Págs. 220 y siguientes.

El Derecho Positivo surge como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás —certeza—, pero no sólo certeza teorética (saber lo que se debe hacer), sino también certeza práctica, es decir, seguridad: saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque, si es preciso, será impuesto por la fuerza.

Desde luego que con la certeza y la seguridad no basta, pues la certeza y la seguridad deben darse en normas justas; pero certeza y seguridad constituyen el sentido formal de la función del Derecho Positivo.

El Derecho Positivo procura seguridad en aquello que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines; de ahí que su contenido varíe según los pueblos y los tiempos. Pero en todo momento el Derecho Positivo representa una función de certeza y seguridad, lo mismo en un régimen conservador que en uno progresista o en otro revolucionario, pues en todos ellos se trata de asegurar la realización de determinadas tareas, bien que éstas sean diversas en unos y otros.

La seguridad es una función esencial del Derecho Positivo pero no es su fin supremo. Este consiste en la realización de la justicia, porque el Derecho es el objeto de la justicia [17].

Aunque los hombres elaboren el Derecho Positivo movidos por el deseo de obtener seguridad en determinadas relaciones sociales, lo que les importa no es cualquiera seguridad, sino precisamente seguridad en lo que entienden como exigencias de justicia.

Aunque la seguridad es valiosa para los hombres, ella coexiste con otros valores también significativos como el anhelo de cambio y el deseo de progreso. Por ello, el Derecho Positivo, si bien tiene como una de sus funciones la de certeza y seguridad, persigue también la realización de las necesidades suscitadas por los cambios sociales. Así, pues, el Derecho Positivo procura, por una parte, ser estable y, por otra, cambiar en relación con las nuevas circunstancias sociales. La seguridad perfecta equivaldría a la absoluta inmovilidad jurídica, y el cambio constante haría imposible la vida social.

Este doble aspecto del Derecho, el de procurar seguridad estable junto con cambiar en relación con las nuevas circunstancias sociales, ha sido notablemente señalado por Max Weber (1864-1920) haciendo referencia histórica al surgimiento del capitalismo. Enfoca el problema poniendo énfasis en el carácter del Derecho Racional, que facilita las condiciones de desarrollo del capitalismo.

Para Weber, el Estado Racional se funda en la burocracia profesional y en el Derecho Racional (es el único tipo de Estado en que puede prosperar el capitalismo moderno). Señala que el Derecho Racional del moderno Estado occidental proviene, en su aspecto formal, del Derecho Romano. La burocracia bizantina, bajo Justiniano,

[17] Ver Capítulo Decimoctavo de este libro sobre "Los valores jurídicos" y Capítulo Decimoséptimo sobre "El Derecho Natural".

puso orden en ese Derecho Racional (tenía interés por un Derecho sistematizado y fijado). Con la decadencia del Imperio Romano de Occidente, fueron el notario italiano y luego las universidades los que constituyeron una teoría sistemática del Derecho, los que tuvieron sobre la conciencia el renacimiento de aquel Derecho. Lo decisivo del proceso —señala— estuvo en la racionalización. Contribuyó a él la monarquía francesa con la creación del Instituto de los Defensores, y luego la Iglesia con el Derecho Canónico. Esta racionalización del proceso se extendió por todo el mundo occidental. (Weber es explícito en no establecer una vinculación causal entre recepción del Derecho Romano y el advenimiento del capitalismo. Señala, por ejemplo, que en Inglaterra, patria del capitalismo, no hubo tal recepción. La recepción del Derecho Romano sólo influyó decisivamente en cuanto creó el pensamiento jurídico-formal). La justicia de la burocracia se ha orientado siempre en sentido jurídico-formal. El Derecho Romano fue aquí el medio que sirvió a la erradicación del Derecho material en beneficio del formal. El Derecho formalista es estable. El capitalismo necesita un Derecho con el que se pueda contar lo mismo que con una máquina. La creación de semejante Derecho se consiguió al aliarse el Estado moderno a los juristas, para imponer sus ambiciones de poder. La alianza entre el Estado y la jurisprudencia formal había de favorecer al capitalismo".

Hasta aquí, Weber ha dejado entrever también la idea de la función de calculabilidad propia del Derecho Racional. Sin embargo, es explícito al respecto cuando dice que "aquello que en contraste con dichas formas capitalistas remotas de lucro es específico del capitalismo moderno, o sea la organización estrictamente racional del trabajo en el terreno de la técnica racional, no se ha originado en parte alguna —ni podía originarse— en el marco de aquellos organismos estatales de construcción irracional. Porque, para ello, estas formas de empresa moderna, con su capital fijo y su cálculo exacto, son demasiado sensibles frente a las irracionalidades del Derecho y la administración. Así, pues, sólo podía originarse: 1) Allí donde, como en Inglaterra, la elaboración práctica del Derecho se hallaba efectivamente entre las manos de abogados, los cuales, en interés de sus clientes, esto es, de elementos capitalistas, ideaban las formas adecuadas de los negocios, y de cuyo gremio salían luego los jueces, ligados estrictamente a los "precedentes", o sea a esquemas calculables. 2) O bien allí donde el juez, como en el Estado burocrático con sus leyes racionales, es más o menos un autómata de párrafos, al que se le dan desde arriba los autos, con los costos y las tasas, para que emita hacia abajo sentencias con sus fundamentos más o menos concluyentes, es decir, en todo caso, un funcionamiento que en conjunto puede calcularse" [18].

Como hemos dicho anteriormente, el Derecho Positivo se propone crear un orden justo, cierto y seguro, hay inevitablemente un margen

[18] MAX WEBER. *Economía y Sociedad.* Tomo II. Pág. 1.062.

de incertidumbre o inseguridad en todo ordenamiento jurídico para que éste pueda adaptarse a los cambios sociales y, también, para que pueda ir progresando en el sentido de lograr un mayor acercamiento al valor supremo de la justicia.

La tendencia estabilizadora propia del Derecho Positivo no condice con las circunstancias históricas de cambio social que vivimos, y esa falta de congruencia es la principal causa de la actitud escéptica y aun hostil que existe hoy frente al Derecho. "El hombre de nuestros días no cree en el Derecho; y, porque no cree, se impacienta frente a los obstáculos que su existencia pueda oponer a sus momentáneos designios, pareciéndole intolerables sus barreras, sin perjuicio de utilizarlo —con utilización meramente instrumental— cuando puede usar esas barreras en beneficio propio. Tanto lo uno como lo otro, el aprovechamiento técnico de las normas jurídicas como la disposición a atropellarlas, revela igual actitud desconsiderada hacia ese orden de la realidad cultural que es el Derecho, y la consiguiente reducción de su eficacia como forma de vida dentro de la sociedad actual" [19].

4. Derecho y cambio social. La demanda de reformas en el Derecho tiene, como fundamento inmediato, una situación del valor justicia; pero tal situación se encuentra, a su vez, condicionada por la presencia de una realidad político-social cuyos datos suponen una alteración respecto de aquella otra a partir de la cual se estableció el ordenamiento jurídico impugnado.

Un cambio superficial en la estructura de la realidad histórica repercute sobre el Derecho provocando reformas leves, mientras que cambios sociales profundos tienen que reflejarse a través de modificaciones serias en el ordenamiento jurídico; y situaciones revolucionarias provocan su ruptura.

Como afirma Eugenio Velasco, ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales de la Universidad de Chile, "el progreso del Derecho tiene características muy peculiares que le hacen diferir del concepto del progreso en cualesquiera otras ciencias. El progreso científico importa siempre una rectificación de lo que se estimó que era la verdad, o una ampliación de conocimientos que hasta entonces no se tenían. En el Derecho esta idea no calza: el Derecho progresa cuando es capaz de interpretar mejor las necesidades humanas y de adaptarse en forma más perfecta a lo que de él se requiere para el bienestar colectivo, el progreso, la paz y la justicia. Si este progreso queda atrás, hay crisis de la legalidad" [20].

Como expresa Eduardo Novoa Aldunate, profesor de la Universidad Católica de Chile, "lo que una sociedad moderna espera del Derecho es que arbitre los mecanismos necesarios para organizar y normar las diversas actividades que desarrolla la colectividad, sumi-

[19] Francisco Ayala. *Sistemas de la sociología.* Tomo II. Pág. 428.
[20] Eugenio Velasco L. *El Derecho y los cambios sociales.* Págs. 14 y 15.

nistrando a sus diversos grupos y organismos fórmulas y soluciones cooperadoras y cursos de acción claramente definidos que le permiten alcanzar sus objetivos. Cuando el Derecho no cumple con esta función esencial, la sociedad se ve forzada a prescindir de él como elemento coadyuvante en la organización de la sociedad y de sus miembros en ella. Entonces serán otras ciencias del conocimiento las que se adelanten a prestar su colaboración activa al proceso de desarrollo y a la necesidad de organización, no sólo en su campo específico (económico, sociológico, administrativo, político, etc.), sino también sustituyendo el aporte no logrado del Derecho. La raíz de esta ausencia de participación o respuesta del Derecho ante la necesidad de buscar nuevas formas de organización que aseguren valores sociales fundamentales en una sociedad, está en la naturaleza de las funciones que el Derecho ha venido ejerciendo en nuestras sociedades principalmente latinoamericanas, desde su creación como comunidades políticas independientes. El Derecho hasta hoy ha tenido como propósito principal, facilitar la integración nacional solemnizando las actuaciones esenciales y regulando la solución de los conflictos que se puedan producir entre los miembros de la comunidad. Esta función de naturaleza eminentemente "interpretativa", se opone al concepto "promocional" del Derecho, que modernamente estima que éste debe fundamentalmente preocuparse de favorecer y estimular el cumplimiento de determinadas metas sociales, promoviendo los cambios o adecuaciones que la sociedad juzgue necesarios en un momento determinado. Las instituciones jurídicas latinoamericanas, por lo general, han encarnado al primero de dichos roles, y han hecho del mantenimiento del orden y el respeto a la ley la principal de sus funciones y objetivos. Ello ha traído como consecuencia, que estas funciones, importantes por cierto pero no exclusivas, sean las que han conferido al Derecho y a los hombres que lo formulan, un carácter y comportamiento eminentemente conservador de lo existente.

Los valores jurídicos de estabilidad de la norma y certidumbre jurídica, han sido erigidos en supremos bienes del Derecho y su protección y salvaguardia ha sido la principal tarea que a éste ha tocado cumplir en nuestras sociedades. Sin embargo, el excesivo celo y preocupación puesto en esta tarea ha provocado un abandono de funciones quizás tan importantes y valiosas como aquéllas, que hacen del Derecho una ciencia útil a la sociedad que está destinado a servir. Dicha característica y orientación conservadora y estática del Derecho ha pasado a convertirse en un obstáculo del progreso, impidiendo el cumplimiento de tareas esenciales en países abocados a un complejo y urgente proceso de desarrollo. Resulta motivo de preocupación observar cómo el papel del Derecho y de los juristas en este proceso ha sido subestimado en sociedades que poseen una tradición legalista tan fuerte como es la chilena. Numerosas iniciativas encaminadas a promover importantes y decisivos cambios económicos y sociales no han podido traducirse en realidades por carencia de los instrumentos jurí-

dicos adecuados o han tropezado con la existencia de disposiciones excesivamente engorrosas o arcaicas" [21].

Alfredo Etcheberry, profesor de la Universidad de Chile, analiza el problema del Derecho como instrumento del cambio social y, al respecto, expone: "Entre los no juristas, a menos que tengan alguna formación en las ciencias sociales, existe una creencia muy difundida en la eficacia casi todopoderosa del Derecho para imponer determinadas conductas a los ciudadanos; particularmente se atribuye esta virtud al Derecho Penal, con su régimen de sanciones drásticas. Si se asigna esta potencialidad al Derecho, con prescindencia de las circunstancias históricas sobre las cuales pretende actuar, por la sola circunstancia de ser una voluntad respaldada por la fuerza, sin duda es una creencia errónea. La eficacia del Derecho es limitada. Conspiran contra ella muchos factores que eventualmente pueden presentarse; la oscuridad o complicación de sus preceptos; el excesivo número de reglamentaciones; los límites que impone la propia naturaleza física; la influencia de las realidades culturales, económicas, morales y religiosas en el medio que la norma pretende regir; la accesibilidad del común de los ciudadanos a los órganos encargados de hacer respetar y cumplir la ley, etc. Todos estos factores son importantes, pero desearíamos sólo poner énfasis en la necesaria adecuación de la ley al sentimiento y las necesidades generales; a la toma de conciencia, por los ciudadanos, de la necesidad y justificación de la norma. Sin duda, es ilusorio pretender que la conducta de los destinatarios de la norma se ajuste invariablemente a sus preceptos, habría siempre un margen de "tensión" o, como suele decirse, de "inautenticidad" (con un término que juzgamos poco feliz) entre la conducta ideal a que la norma aspira y el comportamiento efectivo de los súbditos del orden jurídico. La misma previsión de una sanción en la norma muestra que para su autor era de pensar que algunos, por desacuerdo con el precepto o los sacrificios que les impondría su observancia, desobedecerían la norma. Pero no debe perderse de vista que la función del precepto no es meramente cognoscitiva (distinguir entre las conductas ajustadas a Derecho y las ilícitas) ni es sancionatoria (no tiene por objeto aplicar sanciones), sino que es normativa, esto es, desea que su mandato se cumpla: la norma mayormente realizada como tal es aquella que resulta unánimemente acatada, de modo que no sea necesario aplicar nunca la sanción prevista en ella. Para que esto ocurra, el poder intimidatorio de la amenaza penal —aun severa o cruel, y aunque vaya siempre seguida de un aparato policial-judicial-carcelario que la aplique con el mayor rigor— es absolutamente ineficaz. Si no se quiere obedecer una ley injusta, se puede en último término aceptar el martirio, y contra esto la tiranía es impotente. El Derecho puede ser impuesto por la fuerza (y eso con la limitación que hemos señalado) con respecto a un pequeño número de infractores recalcitrantes, que se obstinan en no

[21] EDUARDO NOVOA ALDUNATE. *Derecho y desarrollo*. Págs. 21 a 23.

acatar las normas que la inmensa mayoría de los ciudadanos aprueba y respeta, o bien puede ser impuesto por la fuerza a un gran número de personas gracias al mecanismo represivo propio de un Estado policial, pero esta última situación sólo puede ser históricamente transitoria: no puede concebirse como una forma normal y permanente de vigencia del Derecho. En definitiva, si la ley quiere ser cumplida, necesita contar con el acatamiento interno de los súbditos en medida mucho mayor de la que ordinariamente se piensa. Claro está que ese acatamiento externo puede traducir posiciones espirituales muy diversas, desde el fervoroso entusiasmo por la ley hasta la indiferencia, la resignación o la cobardía, pero siempre es indispensable. Para ello, el Derecho no debe contrariar la conciencia y la sensibilidad sociales del momento histórico que pretende regular; al menos, no debe contrariarlas en gran medida. Es verdad que sobre la posición de acatamiento se puede influir mostrando la excelencia de valores nuevos o poco conocidos, a través de la educación, la difusión, la propaganda o una política de estímulos o incentivos que hagan atractivo el cumplimiento de la ley (y en este aspecto, según diremos más adelante, también el propio Derecho puede cumplir una función). Pero en todo caso, tanto los incentivos como las sanciones tienen un límite, pasado el cual la oposición violenta entre la ley y el sentir profundo de la mayoría de los ciudadanos llega a un extremo en que, como bien se ha escrito, éstos no se dejan ya sobornar ni amedrentar, y cesan de cumplir la ley"[22].

Francisco Cumplido, profesor de la Universidad de Chile, expone que "con frecuencia se admite que al Derecho no corresponde un papel importante en el cambio social. Sociólogos, cientistas políticos y economistas lo han mirado, hasta hace poco, más como un obstáculo para la transformación de valores y estructuras de la sociedad que como un instrumento que debe ser tenido en cuenta al planificar programas y ejecutar el cambio. Es verdad que la experiencia nos muestra que son muy escasas las oportunidades en que una modificación del Derecho es la causa directa de una transformación de la sociedad. Sin embargo, son pocos los que dudan que el Derecho pueda constituirse en una herramienta para el cambio y que su función básica es institucionalizarlo"[23].

Según Cumplido, para que el Derecho se transforme de defensor del sistema jurídico imperante en instrumento de sustitución de valores y estructuras, se requiere de una decisión del poder político. Por tanto, si al Derecho le corresponde institucionalizar el cambio no puede pedírsele que sea por sí solo un agente de cambio. De esta manera el Derecho puede cumplir una función de "liberar energía", que existe

[22] ALFREDO ETCHEBERRY. *Reflexiones sobre la enseñanza del Derecho en Chile.* En Cuadernos de la Realidad Nacional. Número 15. Diciembre de 1972. Págs. 108 y 109.

[23] FRANCISCO CUMPLIDO. *El jurista y el Estado contemporáneo.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Números 25, 26 y 27. Pág. 91.

subyacente en la sociedad, tanto desde el punto de vista económico como social. Al respecto puede realizar acciones dirigidas tanto a eliminar los obstáculos jurídico-sociales que impiden el desarrollo, como a crear los instrumentos que puedan encauzar la energía liberada.

5. EL DERECHO COMO "TRANQUILIZANTE SOCIAL". Norbert Lechner, profesor investigador de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), considera que en algunos casos el Derecho es empleado en su función ideológica de "tranquilizante social" [24]. Lechner estudia la legalidad no como un criterio formal de subsunción, sino como un criterio contradictorio generado con el antagonismo de clases y actuando sobre él. La legalidad es la forma específica de la lucha social por el poder. "La conciencia real, determinada por la ideología de la clase dominante, establece la legalidad como principio de legitimación del poder. Es decir, el poder político se legitima no respecto a las necesidades sociales (normas sociales), sino en referencia a la regulación jurídica (relaciones de dominación institucionalizadas). La clase dominante utiliza el método autolegitimador de la legalidad porque las normas jurídicas representan predominantemente sus intereses particulares".

"En el principio de la legalidad la política del "Estado Social de Derecho" logra su máximo desarrollo que en su cumbre da lugar a la ruptura revolucionaria o –reversibilidad del proceso social– a la dictadura desenmascarada del capital".

Según Lechner, "de hecho, el principio de legalidad se traduce frecuentemente en una sobre o subestimación del Derecho. Me refiero a la sobrestimación que reside en la importancia concedida a la propiedad estatal, o sea, al poder de disposición jurídico sobre determinadas empresas en detrimento de las relaciones sociales de producción, vale decir, a la organización social del trabajo. Por otra parte, veo una subestimación del Derecho en la tendencia de querer solucionar conflictos sociales mediante actos administrativos. En estos casos el Derecho es empleado en su función ideológica de "tranquilizante social".

"Ambas desviaciones radican en una apreciación unilateral y plana de la legalidad. Que la contradicción principal de esta coyuntura imponga la estrategia legal no significa identificar las reformas legales con la revolución social. Es posible y necesario impulsar las formas democráticas implícitas en la formación social capitalista. Se trata de regulaciones dentro del modo de producción vigente, sometidas a su lógica. Las reformas que un Derecho Social pueda aportar a las masas no significa que la clase obrera esté conquistando el control social. El poder de la burguesía no reside en títulos jurídicos, sino en relaciones económicas. Es la racionalidad del proceso productivo que decide sobre la racionalidad de las reformas legislativas. Sería erróneo considerar la transformación de las relaciones jurídicas no como condición previa,

[24] NORBERT LECHNER. *Contra la ilusión del Estado Social de Derecho*. En Cuadernos de la Realidad Nacional. Número 10. Diciembre de 1971. Págs. 130 y siguientes.

sino como la superación misma de la contradicción básica. Contra la tendencia oportunista de tomar un elemento del proceso por el proceso mismo sigue vigente la objeción de Rosa Luxemburg, de "que la gente que se pronuncia en favor de un método de reforma legislativa en lugar de la conquista del poder político y la revolución social y en contradicción con ellas, realmente no elige un camino más tranquilo, calmado y lento para el logro de la misma finalidad, sino lo que elige es una distinta finalidad. En lugar de apoyar el establecimiento de una nueva sociedad apoya las modificaciones superficiales de la vieja" [25].

6. EL DERECHO COMO OBSTÁCULO AL CAMBIO SOCIAL. El profesor de la Universidad de Chile, Eduardo Novoa Monreal, considera que el Derecho es un obstáculo al cambio social [26]. Para él, el Derecho objetivo es "un conjunto de normas obligatorias elaboradas por el hombre que son impuestas coactivamente en la sociedad, puesto que aparte de ellas no existen reglas o principios superiores de índole jurídica" [27]. "De acuerdo con lo anterior, y siendo el Derecho tan sólo un medio, carece él de fines propios. Ni la justicia ni la seguridad jurídica pueden ser tenidas como fines del Derecho" [28]. El Derecho "no pasa de ser un conjunto arbitrario de reglas sociales que tienden a perpetuar un orden caduco, sobrepasado por la conciencia colectiva y con un designio socialmente paralizador" [29].

Eduardo Novoa establece como características del Derecho las siguientes:

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

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

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

[25] NORBERT LECHNER. *Contra la ilusión del Estado Social de Derecho.* En Cuadernos de la Realidad Nacional. Número 10. Pág. 159.

[26] EDUARDO NOVOA MONREAL. *El Derecho como obstáculo al cambio social.*

[27] EDUARDO NOVOA MONREAL. *El Derecho como obstáculo al cambio social.* Pág. 79.

[28] EDUARDO NOVOA MONREAL. *El Derecho como obstáculo al cambio social.* Pág. 86.

[29] EDUARDO NOVOA M. *El Derecho como obstáculo al cambio social.* Pág. 161.

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

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

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

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

"h) Los preceptos jurídicos establecen su ordenación sobre la base de *reglas generales*" [30].

Según Novoa, "el Derecho debe ajustarse al proyecto concreto de vida social que anima a cada sociedad determinada en un momento histórico dado. El mal actual es que esto no se ha cumplido, por lo que nos encontramos en presencia de un Derecho obsoleto que el conservantismo de los juristas es incapaz de advertir y, mucho menos, de remover" [31].

Por "proyecto concreto de vida social" entiende Novoa "las metas comunes que se propone una comunidad dada, en una etapa histórica determinada, sobre la base de una cierta visión del mundo y del hombre" [32].

Para Novoa, "el Derecho de nuestra época, como sistema normativo social, carece de aquellos atributos que en otras épocas pudieron, tal vez, enorgullecer a los juristas, y se presenta como un cuerpo con-

[30] EDUARDO NOVOA MONREAL. *El Derecho como obstáculo al cambio social.* Pág. 81.

[31] EDUARDO NOVOA MONREAL. *El Derecho como obstáculo al cambio social.* Pág. 14.

[32] EDUARDO NOVOA MONREAL. *El Derecho como obstáculo al cambio social.* Pág. 179.

fuso de reglas llenas de defectos e insuficientes para satisfacer las necesidades reales de la sociedad moderna" [33].

Según Novoa, la Ciencia del Derecho, esto es, "el conjunto de conocimientos teóricos que se aplica a la reflexión sobre la legislación existente y sus fundamentos", no puede proporcionar soluciones adecuadas al problema normativo social existente en las sociedades de hoy, "porque el Derecho como ciencia ha sido elaborado sobre la base de postulados que ya no tienen real vigencia social, por corresponder a etapas históricas superadas, y se ha mostrado y se sigue mostrando enteramente incapaz de percibir su obsolescencia y de reaccionar con el fin de salir de su marasmo, de convertirse en un instrumento de verdadera utilidad para una eficiente organización social y de colmar los requerimientos de las comunidades humanas del presente" [34].

Finalmente, para Novoa "el estancamiento del Derecho no es una nota intrínseca a éste. Más bien se liga con la forma en que se manifiesta históricamente el Derecho Positivo en los países de legislación escrita. Pero, atendidas las dificultades que significaría un cambio en su régimen de formulación y los riesgos que ello comportaría, casi podríamos admitirlo como un defecto inherente al Derecho Positivo en sí" [35].

V. CAMBIO EN EL DERECHO Y CAMBIO A TRAVES DEL DERECHO

Es necesario establecer una distinción entre cambio en el Derecho y cambio a través del Derecho. Un cambio en el Derecho puede ser, y a menudo es, puramente formal e interno. No afecta otro comportamiento que el de aquellos a quienes está referida la norma legal modificada. El cambio a través del Derecho también es un cambio en el Derecho, pero no es meramente formal o interno, sino referido a alguna modificación en modelos de comportamiento en la esfera no jurídica. En síntesis, existen algunos cambios en el Derecho que son puramente formales e internos y otros que determinan cambios fuera del ordenamiento jurídico. A continuación procederemos a analizar los diferentes tipos de cambio legal.

[33] EDUARDO NOVOA MONREAL. *El Derecho como obstáculo al cambio social.* Pág. 66.

[34] EDUARDO NOVOA MONREAL. *El Derecho como obstáculo al cambio social.* Págs. 66 y 67.

[35] EDUARDO NOVOA MONREAL. *El Derecho como obstáculo al cambio social.* Pág. 31.

VI. DIFERENTES TIPOS DE CAMBIO LEGAL

Siguiendo a Lawrence Friedman y J. Landinski [36], podemos dividir el cambio legal en tres tipos generales. Un primer tipo, el puramente formal e interno, se origina en el ordenamiento jurídico y su efecto se confirma a él. Un segundo tipo resulta de presiones y fuerzas externas, pero acaba en cambio puramente interno. Un tercer tipo existe cuando un cambio interno conduce a un cambio externo, esto es, cuando el Derecho se convierte en agente de cambio externo. Estudiaremos a continuación cada uno de estos diferentes tipos:

1. CAMBIO LEGAL, FORMAL E INTERNO. Muchos cambios en el Derecho tienen poca o ninguna trascendencia externa.

Ejemplo de estas reformas legales formales son las modificaciones de algunas leyes, el cambio de algunos procedimientos, ciertas mejoras en la administración de justicia.

No todas las instancias de reformas legales de la categoría mencionada son puramente formales. Por ejemplo, la codificación ha sido en algunas épocas una meta social de considerable importancia, en torno a la cual han existido célebres polémicas, como ocurrió en Alemania a fines del siglo XIX. Pero las más de estas reformas legales son intrascendentes y las implicancias de ellas en el comportamiento social ha sido, a menudo, exagerado por aquellos que han trabajado en dichas reformas. A veces los juristas parecen que sintieran que el mejoramiento de la estética y la sistemática de las leyes es un fin trascendente, en sí mismo, que justifica su misión.

Una categoría especial de cambio puramente formal es la denominada *"ratificación"*. Por *ratificación entendemos un cambio legal* que estampa un sello formal en la modificación de comportamientos o actitudes que ya han tenido lugar o legaliza un acto ya efectuado. La derogación de una ley que es "letra muerta" es una ratificación. Si una ley ya no es cumplida, ella está en "vigor" sólo en un sentido técnico. Remover su cadáver de los libros de Derecho es un cambio puramente formal, que solamente ratifica algo que ya ha ocurrido. La legislación, por supuesto, tiene a veces utilidad.

En ciertas oportunidades ocurre un cambio legal que, en la superficie, aparece como bastante significativo y hace presagiar un importante cambio social. Sin embargo, en verdad, el cambio legal simplemente ha ratificado un cambio social preexistente. Lo que parece ser una verdadera transformación de la sociedad es, en verdad, lo que podríamos llamar una "ratificación oculta".

Probablemente más común que la pura ratificación es una situación *mitad innovación, mitad ratificación. Aquí los cambios legales* surgen en el punto intermedio de un proceso social que requiere de diversas etapas para ser completados. El cambio legal es una ratifi-

[36] LAWRENCE FRIEDMAN y J. LANDINSKI *El Derecho como instrumento de cambio social incremental.* Págs. 26 y siguientes.

cación con respecto a las etapas cumplidas; y, en cuanto a las pendientes, es, o parece ser, una innovación. Es necesario no confundir innovación con anticipación de un proceso inevitable. Además, a veces anticipación significa aceleración de un lento proceso existente, lo cual puede ser muy importante.

2. Cambio legal como resultado de presiones externas. No es fácil determinar los efectos del cambio social en el Derecho. En un cierto sentido ni siquiera es posible. El punto de vista de la moderna ciencia social es que el Derecho forma parte de la cultura total. Los cambios en la cultura afectan necesariamente al ordenamiento jurídico. Cualquier cambio en el Derecho, que no sea el meramente formal, debe reflejar algún tipo de movimiento social. No es aceptable sostener la existencia de algún "retraso cultural" entre el desarrollo social y el jurídico. Lo que existe es que las diversas instituciones legales responden en forma diferente a las variadas corrientes de fuerza en la sociedad porque tienen distintas ideologías, finalidades o realizadores.

Los modelos de respuesta legal merecen una mención especial. Cada norma jurídica, cada frase, cada preposición y, a veces, cada palabra, representan un equilibrio social de algún tipo. Se puede presumir que reflejan alineaciones concretas de fuerzas sociales y determinadas ideologías.

Toda norma jurídica positiva representa algo de tal alineamiento de fuerzas. Para las fuerzas sociales no permanecen constantes, sino que están en continua mutación y, por ello, el grado de apoyo de la norma jurídica también cambia.

Algunas veces las fuerzas sociales, aunque se modifican, permanecen más o menos en el mismo equilibrio. En tales casos, la norma jurídica no será cambiada.

Los cambios de fuerza que alteran el alineamiento en el momento en que la norma jurídica es aprobada disminuyen el apoyo a ella.

Se habla a menudo de "la pérdida de apoyo" a una norma jurídica, como asimismo de "presión" para su cambio. Esto puede ser engañoso por cuanto las instituciones jurídicas no están aisladas de la "presión" y ellas pueden responder a ésta ya sea reafirmando la norma (lo que puede significar, en el caso del Poder Legislativo, no hacer nada y en el caso del Poder Judicial, adherirse a la jurisprudencia), ya efectuando un cambio de ella (por ejemplo dictando una nueva ley o estableciendo una diversa interpretación judicial). Así, frente a cualquier norma jurídica que regule un caso viviente, las demandas para el cambio se traducirán, casi inevitablemente, en una modificación de ella.

Los alineamientos de fuerzas no se modifican de la noche a la mañana. No se debilitan ni fortalecen rápida ni uniformemente. Más aún, la mayoría de las personas no tiende a pensar en término de cambios radicales de las normas jurídicas. Los pequeños cambios son más fáciles de apreciar y se acomodan más a la psicología del pueblo.

3. CAMBIO LEGAL QUE CONDUCE A UN CAMBIO SOCIAL. *El Derecho como agente de cambio social.* Para estudiar este tipo de cambio, debemos, previamente, hacer un distingo entre el cambio legal como un instrumento inadvertido de cambio social y el uso deliberado del Derecho como instrumento para efectuar el cambio social.

a) *El cambio legal como instrumento inadvertido de cambio social.* En este caso, no es correcto llamar consecuencias no previstas a los efectos de un cambio puramente formal. El cambio es, simplemente, el instrumento o la ocasión para implementar o iniciar algún cambio. El cambio formal es sólo una herramienta que nunca provoca, por sí misma, cambios sociales.

b) *El uso deliberado del Derecho como instrumento para efectuar el cambio social.* Algunos sociólogos consideran que el Derecho solamente sigue a la opinión pública y no es capaz de crear cambios sociales; otros creen que el Derecho tiene impacto en áreas de la vida emocionalmente neutrales y no en áreas significantes y valiosas; y un tercer grupo, cuya opinión compartimos, estima que el Derecho es instrumento de cambio social y tiene poder para arrastrar a la sociedad con él.

Como expresa Yehezkel Dror, "el uso creciente del Derecho como un instrumento de acción social organizada, orientada hacia el logro de un cambio social, parece ser una de las características de la sociedad moderna y uno de los fenómenos que requieren un estudio en profundidad. La novedad relativa del uso consciente, sistemático y en gran escala del Derecho, como un instrumento de acción social, y la aparente contradicción y tensión efectiva existente entre la ideología que implica la norma jurídica —que ve en el Derecho el fundamento más estable del orden social— y la orientación instrumental que ve en el Derecho un recurso utilizado como medio para la acción social, puede dar una explicación parcial de la falta de atención prestada a esa evolución crucial en el papel del Derecho y de la actividad creadora del Derecho en la sociedad moderna" [37].

Cuando decimos que el Derecho actúa como agente de cambio, queremos decir que afecta el comportamiento de individuos o grupos. Puede hacer esto por persuasión o por la fuerza. Esto significa que el Derecho o establece una escala institucional de sanciones coercitivas y premiales destinada a crear cambios del comportamiento, o crea una atmósfera que hace el cambio del comportamiento más probable que antes.

La obediencia al Derecho, que no es el resultado directo o indirecto de la sanción, es importante.

El Derecho es también un instrumento de educación de persuasión moral y de creación de un clima favorable para el cambio social.

[37] YEHEZKEL DROR. *Law and social change.* Tulane Law Review. Volumen XXIII. 1959. Págs. 749-801. Citado por Vilhelm Aubert. Sociología del Derecho Pág. 95.

Fuera del área del cumplimiento directo, las normas jurídicas deben tener ciertas condiciones para que produzcan como resultado cambios en el comportamiento. Las condiciones más importantes son la comunicación y la aceptación.

La comunicación significa que la norma jurídica debe ser conocida por las personas a las cuales está destinada. Esto, que aparece evidente en la ley, desde un punto de vista formal, no lo es tanto con respecto a las demás formas de expresión del Derecho, especialmente los decretos, reglamentos e instrucciones. Si las personas desconocen el contenido de las normas jurídicas, ellas carecen de importancia desde el punto de vista del comportamiento.

La aceptación significa que la norma jurídica debe ser recibida y aceptada voluntariamente por las personas a las cuales está dirigida. Las normas jurídicas a veces no tienen buen éxito porque no obligan a aquellos a quienes van dirigidas; y en estos casos pierden su efectividad y no constituyen instrumentos de cambio social.

En el contexto que señalamos, las normas jurídicas que reúnen las condiciones de comunicación y aceptación constituyen instrumentos efectivos para efectuar cambios en los comportamientos sociales.

Un análisis de la influencia del Derecho en el cambio social nos lleva a distinguir en ella aspectos directos o indirectos.

En lo que se refiere a los aspectos directos, la investigación de las condiciones para el uso efectivo del Derecho como un instrumento de cambio social dirigido es de gran importancia técnica y práctica, porque permite comprender algunos de los procesos sociales básicos asociados al Derecho y al comportamiento social, y sirve de fundamento para el desarrollo de un estudio político de la legislación. Este problema puede ser abordado de dos maneras: a) Mediante la investigación de los procesos psicológicos y sociopsicológicos a través de los cuales actúa el Derecho, y la determinación de las condiciones en que los individuos y los grupos ajustan su comportamiento a las nuevas leyes; o, b) A través de una investigación empírica de los efectos producidos al utilizar el Derecho como instrumento de cambio en distintas sociedades. Investigaciones de esta naturaleza se han realizado en Israel y Turquía.

En lo que dice relación con los aspectos indirectos de la influencia del Derecho en el cambio social podemos decir que éste desempeña un papel importante al dar forma a diversas instituciones sociales que, a su vez, provocan un impacto directo en la sociedad, como, por ejemplo, la legislación que reforma el sistema educacional; la que modifica instituciones sociales básicas, como la familia o los gremios; la que cambia las condiciones de ejercicio del derecho de libertad personal, de asociación o de prensa; la que crea obligaciones jurídicas que, a su vez, permiten una acción directa destinada a producir un cambio social; la que modifica el sistema económico; etc.

El Derecho realiza cambios con mayor facilidad en aquellas esferas de la vida social que tienen un carácter instrumental, esto es, que cons-

tituyen medios racionales para obtener determinados objetivos o fines, por ejemplo la economía, la ciencia y la tecnología. En cambio son menos favorables los cambios en otras esferas que poseen un carácter expresivo, esto es, que reflejan de manera interna y directa actitudes y valores sociales que tienen para la sociedad un carácter marcadamente absoluto, por ejemplo la familia.

Según el abogado chileno Luciano Tomassini, la experiencia indica que el Derecho rara vez actúa como agente principal de cambio; en efecto:

"a Desde un punto de vista global, el Derecho no ha actuado como propulsor y ni siquiera ha sido un elemento dinámico en ningún proceso revolucionario";

"b) La aplicación práctica de leyes especiales también fracasa cuando éstas contrarían la opinión o los sentimientos comúnmente admitidos en la sociedad";

"c) La mayoría de las legislaciones reformistas o que, en su época, implicaron un cambio profundo en el sistema vigente, fueron el resultado de una emergencia social o de una situación de crisis";

"d) En una misma sociedad, la ley, como agente de cambio, tiene más éxito en aquellos sectores en donde el proceso de modernización ha avanzado más debido a otro tipo de factores que en las áreas más tradicionales" [38].

VII. LA DOMINACION LEGAL

El sociólogo alemán Max Weber (1864-1920), desarrolló la teoría de la dominación como intento de explicar los caracteres diferenciales de la civilización occidental. Según él, los tres tipos puros de dominación legítima tienen los siguientes fundamentos [39]. 1) De carácter racional, que descansa en la creencia en la legalidad de ordenamientos establecidos y de los derechos de mando de los llamados por esos ordenamientos a ejercer la autoridad (autoridad legal); 2) De carácter tradicional, que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional); 3) De carácter carismático, que descansa en la entrega extracuotidiana de una persona a la santidad, heroísmo o ejemplaridad y a los ordenamientos por ella creados o revelados (autoridad carismática).

Para Weber, sólo la denominación legal se presenta como el fruto de un desenvolvimiento progresivo. El Derecho no se supedita ni a la existencia histórica del héroe ni a la tradición sagrada; no puede irrum-

[38] LUCIANO TOMASSINI. *Derecho y cambio social en América Latina.* En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo. Págs. 303 y 304.

[39] MAX WEBER. *Sociología.*

pir como el héroe, ni subsistir como la tradición. Es producto específico del designio humano.

La autoridad legal se refiere a un arquetipo de experiencia humana, ya que constituye un desarrollo nuevo de usos y convenciones, que se encuentran en todas las sociedades.

Tanto el orden convencional como el orden jurídico comportan una posibilidad de coacción psicológica o física, aunque ambos se apoyen principalmente en el hábito, el interés personal y las sanciones previstas para los casos en que no fueren acatados. La estructura sociológica de la coacción difiere, no obstante, en ambos órdenes. El orden jurídico dispone de un personal especializado para la instrumentalización del poder coactivo (la maquinaria de fuerza constituida por jueces, policías, etc.), que no tiene el orden convencional.

Según Weber, sólo existe un sistema de dominación legal cuando las disposiciones de un orden legal se instrumentalizan y acatan en la creencia de que son legítimas, esto es, conforme a los estatutos de un gobierno que ejerce el monopolio de su sanción y del uso legítimo de la fuerza física.

Desde un punto de vista técnico, Weber considera que la evolución general del Derecho y de los procedimientos legales debió pasar por las siguientes etapas: 1) Revelación legal carismática y mediante los profetas de la ley; 2) Creación y descubrimiento empíricos de la ley, a cargo de los notables jurídicos; 3) Imposición de la ley por los poderes seculares o teocráticos; 4) Elaboración sistemática del Derecho y administración profesionalizada de la justicia por personas que han recibido una preparación técnica ilustrada y formalmente lógica en las disciplinas jurídicas.

VIII. FUNCION DEL DERECHO EN LA PLANIFICACION DEL CAMBIO SOCIAL

Al planificar cualquier tipo de cambio social, no puede dejarse de lado la función que le corresponderá al Derecho, la que dependerá del carácter y naturaleza del cambio de que se trate.

Es importante, en consecuencia, considerar la función del Derecho en cada uno de los diferentes tipos de cambio social.

Distinguiremos, siguiendo a Francisco Cumplido, profesor de la Universidad de Chile, los siguientes tipos de cambio social[40]:

1) El cambio social que consiste en la modernización del sistema;

2) El cambio social que consiste en sustituir valores y estructuras existentes en la comunidad, aceptado o impulsado por el poder político oficial; y

[40] FRANCISCO CUMPLIDO. *El jurista y el Estado contemporáneo*. Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Año 5. Números 25, 26 y 27. Págs. 92 y siguientes.

3) El cambio social que consiste en substituir valores y estructuras existentes en la comunidad, que se efectúa o pretende efectuarse contra la voluntad del gobierno, el que puede tener un carácter reaccionario o revolucionario.

Analizaremos en detalle cada una de estas situaciones:

1) En el cambio que consiste en la modernización del sistema social, sin sustituir los valores y las estructuras Fundamentales existentes en la comunidad, la función del Derecho es la de permitir o facilitar el uso oportuno de los recursos humanos, naturales, financieros, científicos, etc., existentes en la comunidad.

2) En el cambio social que consiste en sustituir valores y estructuras existentes en la comunidad y que es aceptado o impulsado por el poder oficial, la función del Derecho consiste en: a) Establecer un sistema político que institucionalice el conflicto social; b) Incorporar la estructura socioeconómica al conflicto; c) Organizar la participación del pueblo como elemento primordial del conflicto y como medio que oriente la conducta de cambio; d) Garantizar los derechos fundamentales que aseguren la subsistencia del sistema constitucional; y e) Institucionalizar el cambio mismo.

Para precisar aún más la función del Derecho en este caso, podemos distinguir entre el cambio social total de las estructuras y valores de la comunidad mediante un proceso planificado y el cambio social en que coexisten antiguos y nuevos valores y estructuras.

Adoptada por el gobierno la decisión de cambio total de las estructuras, se hace necesario efectuar las modificaciones legales que permitan las reformas y la creación del nuevo Derecho que las institucionalice. En este caso la función del Derecho es decisiva como herramienta que oriente y facilite dicho cambio social.

En una alternativa de cambio social parcial aceptado u orientado por el poder político oficial, la función del Derecho no es tan importante y se limita a una posible adaptación que resulta ser siempre más informal que formal. A veces el gobierno usa el cambio parcial secundario para experimentar la introducción de nuevas formas de organización socioeconómica; y

3) El cambio social que sustituye valores y estructuras existentes en la comunidad, que se efectúa o pretende efectuarse contra la voluntad del gobierno, puede tener un carácter reaccionario o revolucionario.

a) El cambio social reaccionario se produce cuando fuerzas sociales no controladas por el poder político oficial rompen el equilibrio del sistema, pero el gobierno no hace actuar el aparato represivo, sino que encauza el proceso hasta recuperar el equilibrio perdido. En este tipo de cambio reaccionario, el Derecho es usado como instrumento eficaz para recuperar ese equilibrio; y

b) El cambio social revolucionario se produce cuando fuerzas sociales no controladas por el poder político oficial rompen el sistema al márgen de la institucionalidad jurídica, proceden a asumir el poder e iniciar una reforma total del sistema social existente. En este tipo de

de cambio social, el Derecho no crea las condiciones del cambio, pero constituye un medio coadyuvante, un instrumento indispensable en el proceso de transformación, un medio de acción social que juega un papel importante, según las características concretas de cada situación histórica. Si la situación es la ruptura del sistema institucional de poder, el primer paso de creación política y jurídica es constituir el nuevo poder y crear los órganos jurídicos necesarios para el desarrollo revolucionario. El poder crea sus decisiones transformadoras mediante una actividad jurídica y crea una nueva institucionalidad orgánica que modifica, sustituye o a veces realiza o complementa las instituciones que existían antes del cambio. La revolución y el cambio social revolucionario los estudiaremos con detalle al final de este Capítulo.

IX. EL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL EN LAS DEMOCRACIAS Y EN LAS DICTADURAS

En los sistemas democráticos de organización del Estado existen múltiples acciones posibles de adecuación del Derecho a los cambios sociales. El estímulo puede proceder de fuentes muy distintas: puede actuar la presión de tipos y formas nuevas de vida social que creen una brecha cada vez mayor entre los hechos de la vida social y el Derecho; puede actuar la demanda imperiosa de una emergencia nacional para una nueva distribución de los recursos naturales o para un nivel más alto de justicia social; puede actuar la iniciativa de un grupo de individuos que moldeen la opinión pública hasta que el tiempo madure para la acción; puede existir un gran desarrollo científico o tecnológico que exija una nueva legislación, etc.

En los sistemas dictatoriales, la relación entre el Derecho y los cambios sociales es diversa. "La moderna dictadura se parece a las antiguas formas de absolutismo en la hostilidad contra toda forma de separación de poderes y en la concentración del mayor número posible de funciones gubernativas en el menor número posible de manos. Se diferencia de las antiguas formas de absolutismo por la complicación y refinamiento de las técnicas legislativas, administrativas y judiciales desarrolladas en los siglos intermedios. Un sistema de gobierno que controla, directamente o mediante servidores fieles, la maquinaria y todas las esferas del poder ejecutivo no sujetas a la vigilancia judicial, y que, mediante una combinación de nombramientos políticos, de inseguridad en los cargos y de instrucciones directas, domina también la administración de justicia, indudablemente tiene un poder ilimitado para hacer todas las leyes que el grupo gobernante estime necesarias. Como tal gobierno tiene, entre otros muchos poderes, dominio completo sobre todas las formas de educación y sobre los medios de comunicación, puede, oportunamente, ser capaz de moldear y condicionar la inteligencia de las personas a quienes dirige, en tal grado, que aceptarán necesariamente, o aun con entusiasmo, cualesquiera leyes que los amos

les impongan, ya por decreto-leyes, ya usando las apariencias de un procedimiento legislativo seudodemocrático".

"Indudablemente, un gobierno totalitario puede usar su monopolio de los poderes legislativo y ejecutivo para reformar el Derecho, con menosprecio de los procesos democráticos de la opinión pública, en medida mucho mayor que otros sistemas" [41].

Las transformaciones jurídicas llevadas a efecto por los gobiernos totalitarios están siempre inspiradas por una orientación despótica y un desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana.

X. FUERZAS SOCIALES QUE ACTUAN SOBRE EL DERECHO

El jurista francés Georges Ripert [42] clasifica las fuerzas sociales que actúan sobre el Derecho en dos categorías: las fuerzas conservadoras, que procuran mantener el Derecho existente; y las fuerzas reformadoras, que tratan de modificarlo o transformarlo.

a) Las fuerzas conservadoras las componen las personas que, disfrutando de una posición privilegiada que intentan conservar y se convierten en sostenedores del orden jurídico existente, mediante la defensa de los derechos que les confiere el sistema en vigor. Presentan como necesaria la situación actual de la sociedad y como peligrosa toda reforma. Predican resignación a los desheredados y tratan de socorrer a los necesitados a través de un paternalismo protector, que no excluye sentimientos de caridad, pero que contiene también el miedo a la exasperación provocada por la miseria; y

b) Las fuerzas reformadoras están integradas por todos aquellos que, insatisfechos con el orden existente, aspiran a estructurar uno más justo. Estas fuerzas se manifiestan, especialmente, cuando se producen grandes transformaciones económicas en las sociedades capitalistas. El valor de los bienes cambia y se crean nuevas riquezas; la crisis monetaria transforma situaciones que parecían sólidas; los hombres se lanzan sobre las riquezas nuevas que son susceptibles de apropiación privada; las clases no poseedoras se vuelven audaces; el espectáculo de la lucha por la conquista de la riqueza anima a los no poseedores a participar en esa lucha; surgen ideologías que presentan las desigualdades injustas como un producto del Derecho existente y que sostienen que esos males pueden ser remediados por un orden jurídico más justo, etc. A veces las reivindicaciones de los no poseedores adoptan una actitud revolucionaria.

Cuando los Parlamentos están compuestos, en su mayoría, por élites conservadoras, opuestas a los cambios sociales, políticos y jurídicos, el

[41] WOLFGANG FRIEDMANN. *El Derecho en una sociedad en transformación.* Págs. 25 a 27.

[42] GEORGES RIPERT. *Les forces créatices du droit.* Pág. 86 y siguientes.

atraso del Derecho frente a los cambios sociales es muy importante, quedando la responsabilidad básica del cambio del Derecho en manos de los tribunales, compuestos frecuentemente de jueces conservadores, opuestos a los cambios sociales.

Cuando los Parlamentos los integran, en su mayoría, personas favorables a los cambios sociales, existe una disposición general a modificar el Derecho y a ajustarlo a las nuevas situaciones históricas.

En relación con esta materia debemos destacar que la relación entre Derecho y cambio social está fuertemente influida por problemas de acatamiento por parte de sus destinatarios. El problema de una sociedad moderna no consiste sólo en tener la capacidad institucional para dictar leyes de arriba hacia abajo, sino, además, en contar con la voluntad de acatamiento de abajo hacia arriba. Este problema, que —en definitiva— es un problema de participación, no es fácil de resolver, por cuanto los destinatarios del Derecho no tienen una apreciación uniforme acerca del mismo, la que varía de acuerdo a los intereses de cada cual y al grupo social a que pertenezca.

Fundado en ello, Francisco Orrego, profesor de la Universidad de Chile, establece que, en nuestro país, existe "una crisis total de participación, que determina que el Derecho se imponga de arriba hacia abajo y no haya una creación por parte de los destinatarios, quienes se desenvuelven en un medio cultural de inquietudes y frustraciones elementales. Con frecuencia han sido grupos minoritarios que imponen sus propios valores sociales, de cualquier tendencia, a través de la legislación y de esta manera se generalizan en la sociedad sin mayor resistencia; las nuevas técnicas de propaganda o la actuación sistemática de grupos de presión tienden a facilitar, todavía más, la penetración de valores sociales que no se han originado en las bases de la sociedad. Esto, a su vez, determina que existen valores sociales vigentes en la sociedad pero que no son recogidos ni conocidos por el ordenamiento jurídico, dado que es elemental la comunicación de abajo hacia arriba. Las anteriores consideraciones bastarían para demostrar que el sistema jurídico chileno se encuentra en crisis respecto a la receptividad de los valores sociales" [43].

XI. INFLUENCIA DE LOS JURISTAS EN LOS CAMBIOS LEGALES

La influencia de los juristas en los cambios legales debería ser determinante. Desgraciadamente ello no ocurre. Como expresa Georges Ripert, "los juristas estudian las leyes civiles como si ellas establecieran las únicas reglas que la razón puede concebir. El triunfo de las leyes es para ellos el triunfo de la Razón. Es indudable que no tienen reparo en criticar la técnica legislativa. Ante las imperfecciones de redacción

[43] Francisco Orrego Vicuña. *La relación entre Derecho y desarrollo en Chile.* En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo. Pág. 283.

de las leyes modernas su crítica frecuentemente ha sido dura; pero casi nunca ha pasado de la técnica. Como expresión de la voluntad del legislador, la ley les parece siempre respetable. Todo jurista es sucesor de un pontífice. Siendo el guardián del Derecho, se cree obligado a ser el defensor de las leyes. El texto publicado en el Journal Officiel llega a ser sagrado. Las universidades y los tribunales son los edificios consagrados al culto".

"Cuando menos los juristas son los defensores del orden establecido, no solamente por deber, sino también por convicción de la belleza de este orden. Por la clase social a la que pertenecen, por su educación, por su lugar en una jerarquía, son, en su mayoría, cualesquiera que sean sus opiniones políticas, conservadores y aun admiradores de lo que existe. Tienen la tradición de los legistas encargados de fortificar las órdenes de la autoridad real con una argumentación doctrinal. La ley es para ellos la expresión de la soberanía nacional y no pueden admirarse de que lo que complace al pueblo llegue a ser ley, puesto que sus antecesores declaraban que toda voluntad del príncipe tiene fuerza de ley. La idea de la soberanía nacional es —después de todo— un plagio de la idea de soberanía real" [44].

"Eliminados de la política y aun de la filosofía, los juristas se han refugiado en el estudio de lo técnico. Allí se les ha dejado absoluta libertad y se les ha animado, pues tales estudios son inofensivos" [45].

Felizmente en la época actual, en algunos países, "un nuevo modelo ideal de jurista está en vías de nacer: se distingue del modelo anterior ante todo por el hecho de que el acento está puesto en el trabajo crítico sobre y con el Derecho, en la comprensión de lo político y de lo social y en la conciencia de responsabilidad para determinar su imagen en el porvenir" [46].

En la época actual, el jurista no puede continuar siendo exclusivamente el defensor de intereses económicos en litigio (y, por lo tanto, del statu quo), sino que debe convertirse en arquitecto de la transformación social.

El jurista tiene, hoy más que nunca, el deber de exigir que se subsanen las anomalías del ordenamiento jurídico y que se modernice la legislación, adaptándola a las exigencias sociales y condiciones históricas, de manera que responda a los imperativos de justicia. A él le corresponde desempeñar un papel protagónico en la redacción de la nueva legislación básica; elaborar el elemento jurídico de los programas y planes de desarrollo; intervenir en la planificación de las diferentes medidas de orden económico y social, para permitir la ejecución ordenada de los diferentes programas; estructurar formas institucionales

[44] GEORGES RIPERT. *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno.* Pág. 15.

[45] GEORGES RIPERT. *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno.* Pág. 17.

[46] UNESCO. *Informe sobre las ciencias sociales en la enseñanza superior.* Derecho. 1972.

adecuadas al desarrollo; colaborar en el ordenamiento del cambio social; ser agente principal en la evaluación de la aplicación de la legislación de desarrollo, especialmente en lo que dice relación con los valores socialmente aceptados, con su adecuación a los planes de desarrollo y con su eficacia jurídica. Además el jurista debe efectuar el análisis funcional de las normas jurídicas, el cual, en concepto de Joseph R. Thome, incluye los siguientes elementos: "el problema que se pretende resolver, los objetivos de la norma —cómo pretende resolver el problema y a qué valores o intereses responde; los medios disponibles para cumplir los objetivos; la actual implementación de la norma. Si fuera posible, también sería muy útil una evaluación de cómo la norma y su aplicación se relacionan con los fines de cambio social y desarrollo que cada país determina conforme sus propias necesidades y coyunturas" [47]. Este análisis funcional de la estructura jurídica es un prerrequisito fundamental para el desarrollo de algunos principios o teorías coherentes sobre el rol del Derecho como instrumento de cambio social. Finalmente el jurista debe construir modelos que permitan a los que formulan las políticas de desarrollo social traducirlas en un conjunto de normas jurídicas capaces de producir conductas congruentes con los objetivos propuestos y predecir las consecuencias probables de dichas normas [48].

Para poder realizar esta labor trascendente el jurista debe poseer una cultura jurídica válida y una clara concepción del significado del Derecho en un sociedad histórica. Debe tener sensibilidad para percibir y comprender las necesidades y aspiraciones de la comunidad en que le corresponde desempeñarse. No debe reducir su acción a la mera interpretación y aplicación de las normas jurídicas positivas, como algo rígido e inmutable. Debe ser capaz de contribuir a revitalizar el Derecho, superando sus limitaciones específicas, a fin de convertirlo real y efectivamente en objeto de la justicia e instrumento flexible de ordenamiento de los cambios sociales, políticos y económicos. Debe conocer las demás ciencias sociales, especialmente sus métodos de investigación, como condición indispensable para realizar investigaciones interdisciplinarias y ampliar su marco técnico y de referencia.

XII. LAS UNIVERSIDADES Y LAS FACULTADES DE CIENCIAS JURIDICAS, ADMINISTRATIVAS Y SOCIALES Y EL CAMBIO SOCIAL

Las aspiraciones a que se ha hecho referencia anteriormente no podrán ser realidad sin una modificación profunda en la formación jurídica que se imparte en las universidades.

[47] JOSEPH R. THOME. *El Derecho como instrumento del cambio social: comentarios sobre un modelo de Derecho y desarrollo.*

[48] Ver al respecto *Robert B. Seidman.* "Derecho y desarrollo: un modelo general".

1. LAS UNIVERSIDADES. Consideramos que las Universidades sólo podrán cumplir una función trascendente si son autónomas, democráticas, pluralistas, creadoras, críticas y comprometidas con el país y su destino.

a) Universidad autónoma es aquella que es capaz de gobernarse y realizar sus funciones en la forma que considere más conveniente a sus propios fines, con independencia del Estado y del gobierno, lo cual no significa aislamiento, sino la forma de cumplir su compromiso con la cultura y la ciencia. En su función creadora la Universidad no puede reconocer más limitaciones a su autonomía que las que sean consecuencia de su misión. La autonomía universitaria implica independencia externa y libertad interna. Ella se concreta a través de la libertad académica, la autonomía de gobierno y de administración y la autonomía financiera.

b) Universidad democrática es aquella cuyo gobierno se genera democráticamente, con participación ponderada de toda la comunidad universitaria y se expresa en un conjunto de organismos colegiados y de autoridades unipersonales electas. Donde exista una carrera académica y una carrera funcionaria fundadas en el mérito, sin discriminaciones de ninguna naturaleza, con establecimiento de niveles y jerarquías y con un sistema justo y digno de remuneraciones. Donde los estudiantes puedan ingresar y permanecer sin discriminaciones ideológicas y económicas. La Universidad debe ser, esencialmente, una comunidad de hombres libres y el acceso a ella debe ser en función únicamente de la capacidad intelectual, no importando las convicciones ideológicas, políticas, religiosas o las condiciones sociales o económicas.

c) Universidad pluralista es aquella en que se garantiza a todos los miembros de la comunidad —académicos, estudiantes y funcionarios— la libertad para expresar y comunicar públicamente su pensamiento, sin limitaciones ni temores, de tal modo que la multiplicidad de concepciones enriquezcan el acervo común. El quehacer universitario debe realizarse en la libre comunicación pública y en el diálogo en que todos participen y se perfeccionen en común.

d) Universidad creadora es aquella centrada en la investigación científica, donde exista un cuerpo de académicos dedicados a la investigación, y laboratorios y bibliotecas bien equipadas que estén a su servicio y donde ellos puedan trabajar con absoluta libertad en la determinación y desarrollo de sus proyectos. Si no se hace ciencia en la Universidad, se detiene el progreso cultural, científico y tecnológico del país.

e) Universidad crítica es aquella que confronta permanentemente las diversas soluciones intelectuales en virtud de su compromiso social. Aquella que no se conforma, sino que siempre impulsa nuevos descubrimientos, nuevos valores, nuevas formas de concebir las relaciones humanas. La Universidad debe ser la conciencia crítica de la nación, que le señale las incoherencias, contradicciones e imperfecciones que se presenten en los procesos y estructuras sociales.

f) Universidad comprometida con el país y su destino es aquella que constituye el principal agente creador e innovador de la cultura, la ciencia y el arte; que recoge las inquietudes y problemas de la comunidad, los analiza, critica y entrega visiones de futuro que entrañan posibles soluciones a los problemas mencionados. La Universidad debe ser una comunidad de trabajo al servicio del país y de su pueblo, que participe en la solución de sus problemas desde su punto de vista propio: cultural, científico y artístico.

Esta concepción universitaria sólo podrá hacerse realidad en la medida en que los poderes públicos y la nación entera tengan conciencia que ella es la institución cultural superior más respetable del país; y que en la propia Universidad existan los organismos de participación que la hagan posible.

2. Las Facultades de ciencias jurídicas, administrativas y sociales. Las transformaciones políticas, sociales y económicas experimentadas en los últimos años han significado una falta de adecuación entre la preparación dada a sus estudiantes por las Facultades de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales y su posterior desempeño en la vida. Esto también ha implicado un doble efecto; por una parte, otras profesiones mayormente adaptadas al riesgo del cambio social han enfrentado, a veces sin los conocimientos necesarios, pero con imaginación, tareas propias de abogados y administradores públicos; por otra parte, se ha experimentado la crisis profesional por una inexacta comprensión de las transformaciones sociales y una limitada y tradicional concepción de ellas. La época presente impone a los hombres de Derecho desafíos en materia de asesoría jurídica, planificación, elaboración de proyectos, control y fiscalización; y obliga a los administradores públicos a transformarse en planificadores con capacidad creativa, debido a la extensión de la administración y a las nuevas formas que ésta debe asumir con la injerencia del Estado en el manejo de organismos de producción de bienes y servicios. Estimamos que deben deslindarse claramente las nuevas funciones que corresponden al profesional que prepara cada carrera y orientar la enseñanza a suplir deficiencias. Así, en el campo jurídico, se requieren más y mejor preparados jueces con capacidad en las materias del nuevo Derecho cuyo conocimiento y juzgamiento, por su extremado carácter técnico, ha escapado, en parte, a los Tribunales de Justicia. El Poder Legislativo requiere, como se ha establecido en muchos países, un amplio equipo asesor. La administración necesita abogados preparados para funciones jurídicas creativas, contraloras y fiscalizadoras. Los grupos intermedios requieren especialistas en Derecho corporativo, comunitario, laboral. Los ciudadanos, en general, necesitan defensa jurídica planteada en la nueva concepción de sus derechos humanos individuales, económicos y sociales. En el campo de los administradores públicos se necesitan profesionales con moderna información y capacidad creadora que sean capaces de dirigir la actividad de las empresas mixtas y estatales.

Por todo lo expuesto la formación que se imparta a través de las Facultades de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales debe ser distinta de la tradicional.

Durante el corto período que desempeñamos el honroso cargo de Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (15 de noviembre de 1972 al 31 de marzo de 1974) [49], expusimos que la reforma de los estudios sociales, jurídicos, políticos y administrativos continuaba siendo una tarea que, en gran parte, estaba por realizar. Dicha reforma "no puede hacer abstracción de la realidad social y política en que vivimos, de manera que si concebimos un ordenamiento social dirigido a la obtención del bien común, la Facultad debe encontrar los medios de investigar la realidad en todas sus dimensiones y recrear el ordenamiento social, jurídico, político y administrativo de manera que éste encuentre una auténtica vigencia en beneficio de todos los integrantes de la comunidad. Concebimos, en consecuencia, esta tarea no como simple adecuación a los cambios por el solo hecho de que éstos se produzcan, sino fundamentalmente como la búsqueda de la justicia con la necesaria audacia para adecuar las instituciones a una auténtica aproximación a los valores fundamentales. Por esta razón la Facultad, como centro universitario, debe orientar su acción a recoger de la vida social las diferentes experiencias y requerimientos; a emprender la evaluación de su grado de eficiencia, y a proporcionar a la comunidad todos aquellos elementos indispensables para la formulación más adecuada, completa y eficaz de los valores sociales, jurídicos, políticos y administrativos. La defensa y recreación del orden normativo, en función de los valores enunciados, es nuestra tarea irrenunciable. Constituye, entonces, un presupuesto necesario que la realidad política, social e institucional sea investigada científicamente, dando impulso y desarrollo amplio a las Ciencias Sociales, Jurídicas, Políticas y Administrativas dentro de nuestra Facultad" [50].

[49] Fuimos elegidos democráticamente el 29 de septiembre de 1972 por el 60% de los votos de académicos, estudiantes y funcionarios de la Corporación, por un período de cuatro años, al que se puso término por Decretos del Rector Delegado de la Junta Militar de Gobierno de Chile, General (R) César Ruiz Danyau, número 622 de 1º de febrero de 1974 y número 1238 de 29 de marzo de 1974.

Los Decanos que nos antecedieron en la presidencia de la Facultad, en el carácter de titulares, fueron los señores Mariano Egaña (1843-1846), Juan Francisco Meneses (1846-1860), José Gabriel Palma (1860-1863), Manuel Camilo Vial (1863-1869), Gabriel Ocampo (1869-1882), Cosme Campillo (1882-1884), José Clemente Fabres (1884-1888), José María Barceló (1888-1894), Miguel Antonio Varas (1894-1912), Leopoldo Urrutia (1912-1914), Ruperto Bahamonde (1914-1925), Arturo Alessandri R. (1925-1927), Juan Guillermo Guerra (1927-1927), Juan Antonio Iribarren (1927-1930), Agustín Vigorena (1930-1931), Juvenal Hernández (1931-1933), Arturo Alessandri R. (1933-1946), Raimundo del Río (1946-1956), Darío Benavente (1956-1965) y Eugenio Velasco (1965-1971).

[50] MÁXIMO PACHECO G. Discurso pronunciado el 23 de noviembre de 1972 en la sesión constitutiva del Consejo Normativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

En lo que dice relación con la docencia ella debe estar encaminada a proporcionar a los estudiantes una formación integral, que les permita conocer el Derecho, comprender la realidad jurídica nacional, ser capaces de enjuiciarla críticamente y estar capacitados para formular, en su oportunidad, las soluciones jurídicas que en mejor forma satisfagan el bien común. Además debe inculcárseles aprecio por los valores de contenido preferentemente social (justicia, solidaridad, bien común). El contenido de la docencia debe tener un carácter predominantemente conceptual, realista, crítico, moderno y creador. Los planes y programas deben adecuarse a la realidad nacional. El curriculum debe ser flexible y contener un ciclo básico común para las carreras de abogado, administrador público, asistente judicial y otras que puedan existir en las Facultades.

La metodología debe ser preferentemente activa.

La investigación científica debe ser básica y aplicada. La investigación básica constituye la primera etapa que debe emprenderse a niveles individual y colectivo con la finalidad de sentar los fundamentos de las ciencias jurídicas, políticas y administrativas, ajustadas a la realidad nacional, dentro de un marco que permita el ulterior desarrollo de investigaciones aplicadas a la solución de problemas concretos. Esta especie de investigación tiene carácter permanente y debe concebirse conforme a programas a largo plazo. La investigación aplicada, entendiéndose por tal aquella dirigida a descubrir, clasificar, sistematizar y solucionar, desde el punto de vista teórico, cuestiones contingentes, debe programarse a corto y mediano plazo, considerando preferentemente como temas de investigación aquellos que dicen directa relación con la realidad nacional. La investigación en general debe estructurarse a nivel interdisciplinario, mediante la integración de los personales docentes de los distintos Departamentos. Los temas, objetos de investigación, deben seleccionarse conforme a prioridades claramente preestablecidas, cuyo principal objetivo debe ser, en el caso de la investigación básica, el incremento de conocimientos y su sistematización, y en el de la investigación aplicada, la urgencia de encontrar solución a problemas contingentes.

La extensión jurídica, en su aspecto básico, debe centrarse en programas de divulgación dirigidos a la comunidad, mediante los diversos medios de comunicación y la acción personal de docentes y estudiantes. En otra etapa la tarea de extensión debe dirigirse a los grupos intermedios de la comunidad (cooperativas, sindicatos, juntas de vecinos, etc.) con la finalidad de capacitar sus cuadros directivos. Además deben establecerse Consultorios Jurídicos que atiendan las necesidades de la población.

Consideramos que las Facultades de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales deben participar activamente en el desarrollo de la comunidad, no solamente a través de la investigación y formación de profesionales y técnicos, sino que en la solución de sus problemas y

en la elaboración de proyectos de leyes específicos en beneficio del bien común.

En las Facultades de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales debe existir la Carrera Docente y en ella debe haber un grupo significativo de académicos de jornada completa, entregados totalmente al quehacer universitario.

En estas Facultades debe existir un adecuado y eficiente sistema de seguridad integral del estudiante, a fin de resolver los múltiples problemas económicos, sociales y culturales que se les presentan, y una política global que permita su desarrollo integral y cree una mística de la responsabilidad social que les corresponde. Debe, además, posibilitarse el acceso a ella a los miembros de la comunidad, cualquiera que sea su condición socioeconómica, como asimismo, asegurar la permanencia en las Facultades a los estudiantes, evitando la deserción por motivos de orden económico.

Consideramos indispensable el establecimiento en las Facultades de la Carrera Funcionaria, con niveles adecuados de rentas y una política de perfeccionamiento y bienestar para el personal no académico.

El desarrollo, enriquecimiento y modernización de las Bibliotecas es indispensable para que las Facultades puedan cumplir en debida forma su misión.

No existe posibilidad alguna de desarrollo de las Facultades de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales si en ellas no se garantiza un efectivo ambiente democrático, libre, crítico, pluralista y creador, donde todas las corrientes de pensamiento, sin excepción, tengan expresión, puedan manifestar sus ideas e impartir la enseñanza que consideren verdadera. Estas Facultades o son comunidades de hombres libres o no existen.

Consideramos que este quehacer jurídico universitario no podrá realizarse integralmente sino en la medida en que exista una vinculación profunda y permanente de las Facultades con el Gobierno, el Poder Legislativo, los Tribunales de Justicia, la Administración Civil del Estado, las Fuerzas Armadas, los sindicatos y las comunidades intermedias.

Las Facultades de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales de las distintas Universidades, mediante la concreción de un esfuerzo reformista global, pueden constituirse en las auténticas y dinámicas instituciones autónomas, democráticas, pluralistas, críticas y creadoras del pensamiento jurídico, político y social de los países y en los centros principales de investigación y desarrollo de las ciencias sociales. Con ello prestarán un gran servicio a las naciones pues se convertirán en instituciones dinámicas que faciliten que los respectivos pueblos se desarrollen en democracia y libertad y garanticen el respeto efectivo a los derechos de la persona humana.

Este ha sido siempre nuestro ideario universitario y fue el que informó nuestra acción como Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

CUESTIONARIO

1. *¿Cuáles son las posiciones más significativas en relación al Derecho y el cambio social?*
2. *Establezca una comparación entre las posiciones de Federico Carlos de Savigny y Carlos Marx respecto del Derecho y el cambio social.*
3. *¿Cuál es el concepto de cambio social?*
4. *¿Cuál es el objeto del cambio social?*
5. *Explique la significación y trascencia del hecho que el hombre sea el objetivo último del cambio social.*
6. *¿Cuáles son las causas del cambio social?*
7. *¿Cuál es el sentido del cambio social?*
8. *¿Cuáles son las condiciones concretas del cambio social?*
9. *¿Qué es el cambio social incremental, gradual y progresivo?*
10. *¿Qué relaciones existen entre seguridad jurídica y cambio social?*
11. *¿Qué relaciones existen entre justicia y cambio social?*
12. *¿Qué relaciones existen entre Derecho y cambio social?*
13. *Estudie el Derecho como instrumento de cambio social.*
14. *Estudie el Derecho como "tranquilizante social".*
15. *Estudie el Derecho como obstáculo al cambio social.*
16. *¿Cuáles son los diferentes tipos de cambio legal?*
17. *Defina y analice el cambio legal, formal e interno.*

18. *Defina y analice el cambio legal como resultado de presiones externas.*

19. *Defina y analice el cambio legal que conduce a un cambio social.*

20. *Explique los fundamentos de la teoría de la dominación legal de Max Weber.*

21. *Explique la función del Derecho en la planificación del cambio social.*

22. *Analice el problema del Derecho y el cambio social en las democracias y en las dictaduras.*

23. *Explique cuáles son las fuerzas sociales que actúan sobre el Derecho.*

24. *¿Qué influencia puede tener un cambio en la estructura social sobre el incumplimiento por parte de los individuos de las normas sociales?*

25. *¿Qué tipo de cambio en el Derecho se ha producido en los países más altamente modernizados de América Latina y por qué?*

26. *Estudie la relación entre Derecho y cambio social en Chile en los últimos diez años.*

27. *¿Qué relación existe entre el cambio social y los principios jurídicos hechos valer por una determinada "voluntad política"?*

28. *Explique la interacción existente entre el Derecho material y el Derecho formal en un proceso de cambio social.*

29. *¿Por qué a mayor grado de legitimidad del titular del poder es menor el "costo social" para la realización y consolidación de un cambio social?*

30. *Estudie la influencia de los juristas en los cambios legales.*

31. *Estudie el rol de las Universidades y las Facultades de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales en el cambio social.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AUBERT, VILHELM. *Sociología del Derecho.* Parte Primera. Págs. 13 a 29.

AYALA, FRANCISCO. *Sistema de Sociología.* Tomo II. Capítulo VI. Págs. 318 a 324 y Págs. 407 a 422.

BERGER MORROE. *Equality by statute. The Revolution in Civil Rights.* Garden City. N. Y. 1967.

BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho.* Parte III. Págs. 227 a 303.

BENDIX, REINHARD. *Max Weber.* Capítulo XV. Págs. 437 a 440.

CARDOSO, FERNANDO. *Cuestiones de Sociología del Desarrollo de América Latina.* Capítulo II. Págs. 38 a 61. Págs. 101 a 106.

CUMPLIDO, FRANCISCO. *El jurista y el Estado contemporáneo.* En Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Números 25-26 y 27.

CÚNEO, ANDRÉS. *El rol del Derecho en la formación de la cultura.* En Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Números 28-29. Págs. 68 y siguientes.

DABÍN, JEAN. *Teoría General del Derecho.* Capítulo III. Págs. 111 a 149.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Mutabilità ed eternità del Diritto.*

DIEZ PICAZO, LUIS. *Experiencias jurídicas y Teorías del Derecho.* Capítulo XVIII. Págs. 300 a 321.

DROR, YEHEZKEL. *Law and social change. Tulane Law Review.* Volumen XXIII. Págs. 749 a 801.

DURKHEIM, EMILIO. *Sociología.* Capítulo I. Pág. 41 a 53.

ENGELS, FEDERICO. *Carlos Marx y Federico Engels.* Correspondencia seleccionada y anotada por el Instituto Marx-Engels-Lenin.

ETCHEBERRY ALFREDO. *Reflexiones sobre la enseñanza del Derecho en Chile.* En Cuadernos de la Realidad Nacional. Número 15. Págs. 105 a 121.

FRIEDRICH, JOAHN CARL. *La Filosofía del Derecho.* Págs. 275 a 325.

FRIEDMAN WOLFGANG. *El Derecho en una sociedad en transformación.*

FRIEDMAN, LAWRENCE y LANDINSKI, J. *El Derecho como instrumento de cambio social incremental.*

FRIEDMAN, LAWRENCE. *Legal culture and social change.* Law and Society Review 4. Págs. 29 a 44.

FRIEDMAN, LAWRENCE. *Cultura legal y desarrollo social.*

GRUPO REGIONAL DE ASESORES Y CONSULTORES EN DERECHO AGRARIO DE LA FAO PARA AMÉRICA LATINA. *Informe final de actividades.* Tomo I. Pág. 13 y siguientes.

HURST, JAMES. *Law and the conditions of the freedom.* University of Wisconsin.

IHERING, RODOLFO VON. *La lucha por el Derecho.*

JENKINS, FREDELL. *La justicia como ideal y como ideología.* Págs. 242 a 245.

KELSEN, HANS. *Teoría comunista del Derecho y del Estado.* Capítulo I. Págs. 24 a 36 y 55 a 57. Capítulo III. Págs. 95 a 104. Parte II. Págs. 315 a 321.

KIDD, BENJAMÍN. *Social evolution.* Capítulo II. Págs. 29 a 60.

LARENZ, KARL. *Metodología de la ciencia del Derecho.* Págs. 262 a 277.

LECHNER, NORBERT. *Contra la ilusión del Estado Social de Derecho.* En Cuadernos de la Realidad Nacional. Número 10. Págs. 130 a 161.

LECHNER NORBERT. *Objetividad y Partidismo: Ciencia e insuficiencia en el análisis social.* Págs. 47 a 82. En Cuadernos de la Realidad Nacional. Número 17 de 1973.

LOWENSTEIN, STEVEN. *El abogado y el desarrollo.* Boletín del Instituto de Docencia e investigación jurídicas. 1972, Número 8. Págs. 17 a 39.

MANNHEIM, KARL. *El hombre y la sociedad en época de crisis.*

MARX, CARLOS. *Prólogo de la Contribución a la crítica de la economía Política.* En obras escogidas de Carlos Marx y Federico Engels. Págs. 37 a 40. CARLOS MARX Y FEDERICO ENGELS. Correspondencia seleccionada y anotada por el Instituto Marx-Engels-Lenin.

MERRIL, FRANCISCO E. *Introducción a la Sociología.* Parte Quinta. Capítulo XXI. Págs. 499 a 502. Págs. 512 a 515. y Págs. 522 a 545.

MIQUEL MUÑOZ, JUAN ENRIQUE. *Sociabilidad y cambio social contemporáneos. Las perspectivas de la Autogestión.*

MOORE, WILBERT. *Cambio social.* Capítulo I. Págs. 1 a 19. Capítulo IV. Págs. 116 a 143.

MORÍN, GASTÓN. *La revolté du droit. Contre Le Code.*

MASSELL GREGORY. *Law as an instrument of revolutionary change in a traditional midien. The case of soviet Central Asia.* Law and Society Review 2, 1968, Págs. 179 a 228.

NAGEL, STUARTS. *Law and social change.*

NOVOA A., EDUARDO. *Derecho y Desarrollo.*

NOVOA M., EDUARDO. *El Derecho como obstáculo al cambio social.*

NUN, BERNARDO. FIGUEROA, GONZALO. PAOLINELLI, ITALO. TAPIA, JORGE. *El Rol del derecho en la Integración.* 1972. Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, Nº 9. Págs. 95 a 105.

ODEGARD, PETER H. *Political Power and Social change.* Capítulo I. Págs. 3 a 33.

ORREGO, FRANCISCO. *La relación entre Derecho y Desarrollo en Chile.* En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo.

PARSONS, TALCOTT. *El sistema social.* Capítulo XI, Págs. 479 a 502 y 516 a 521. *La Sociología Norteamericana contemporánea.* Parte Tercera. Págs. 169 a 181 y Parte Sexta Págs. 279 a 291.

PINTO SANTA CRUZ, FRANCISCO ANTONIO. *El sistema institucional y el Desarrollo.* Revista de Derecho Económico Nº 2. (1963). Págs. 11 a 29.

PODGORECKI, ADAM. *Loi et morale théorie et en pratique Revue del' Institut de* Sociologie. 1970, Págs. 277 a 293.

POUND, ROSCOE. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico.* Págs. 200 a 201 y 201 a 208.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Págs. 130 a 132. Pág. 148. Págs. 157 a 165.

RAVA ADOLFO. *Crisis del Derecho y Crisis Mundial.* En Crisis del Derecho. Págs. 4 a 15.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Capítulo VIII. Págs. 220 a 231.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Sociología.* Págs. 278 a 285. Págs. 598 a 616.

RIPERT, GEORGES. *Les forces créative du droit.*

RIPERT, GEORGES. *Evolución y progreso del Derecho.* En la obra Crisis del Derecho. Págs. 11 a 13.

RIPERT, GEORGES. *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno.*

RIPERT, GEORGES. *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno.*

ROSE, ARNOLD. *Law and the causation of social problems.* 16, 1968. Págs. 33 a 43.

ROSS, ALF. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Capítulo XV. Págs. 317 a 364.

SÁNCHEZ DEL RÍO, CARLOS. *El Derecho del Porvenir.*

SAVIGNY, FEDERICO CARLOS DE. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho.*

SCHUR, EDWIN. *Law and Society.* Capítulo III. Págs. 107 a 139.

SCHUR, EDWIN. *Sociología dil Diritto.* Capítulo IV. Págs. 135 a 175.

SCHWARTZ, MILLER. *Legal Evolution and Societal complexity.* The American Journal of Sociology. Págs. 159 a 169.

SEIDMAN, ROBERT. *Derecho y Desarrollo. Un modelo general.*

TAPIA, JORGE. *La Escuela de Derecho y el cambio social.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Número 7. Págs. 94 a 106.

TARDE, GABRIEL. *Las transformaciones del Derecho, Introducción.* Págs. 11 a 22.

THOME, JOSEPH. *Derecho y cambio social en América Latina.*

THOME, JOSEPH. *El Derecho como instrumento del cambio social.* Comentario sobre un modelo de Desarrollo y Derecho.

TIRYAKIAN, EDWARD A. *Sociological Theory, Valves, and Sociocultural change.* Págs. 185 a 217.

TOMASSINI LUCIANO. *Derecho y cambio social en América Latina.* En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo.

URZÚA, RAÚL. *La profesión de Abogado y el Desarrollo.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Número 9. Págs. 34 a 81.

VELASCO LETELIER, EUGENIO. *El Derecho y los Cambios Sociales.*

VELASCO LETELIER, EUGENIO. *Influencia recíproca entre enseñanza del Derecho y Sociedad.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Número 7. Págs. 86 a 93.

VIERA GALLO, JOSÉ ANTONIO. *Derecho y socialismo.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Número 7. Págs. 15 a 28.

WEBER, MAX. *Sociología del Derecho.* Tomo III. Capítulo VII. Págs. 9 a 216.

CAPÍTULO VIGÉSIMO

LA REVOLUCION

"El despotismo tiene sus límites; si el oprimido no halla justicia; si el fardo de la tiranía se le hace insoportable, recurre lleno de confianza al poder del Cielo, y reivindica su derecho, que es como sus estrellas inmutables. La vieja costumbre de luchar el hombre con el hombre resucitará entre nosotros. Siempre nos quedará nuestra espada con la cual defenderemos nuestro derecho".

FEDERICO SCHILLER

SUMARIO

I. CONCEPTO DE REVOLUCIÓN. II. DERECHO Y REVOLUCIÓN. III. LA REVOLUCIÓN EN EL SISTEMA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. IV. LA REVOLUCIÓN TRIUNFANTE COMO HECHO CREADOR DE DERECHO, DE ACUERDO CON EL DERECHO INTERNACIONAL. V. LA REVOLUCIÓN COMUNISTA. VI. LA REVOLUCIÓN COMUNITARIA.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. CONCEPTO DE REVOLUCION

Múltiples son los elementos que contribuyen a definir el concepto de revolución. Nosotros señalaremos los principales.

Hablamos de revolución, en primer término, cuando estamos enfrentados a un amplio movimiento social organizado, compuesto por aquellas fuerzas sociales que ocupan posiciones relegadas en la estructura social y política de una sociedad. Este movimiento podrá ser más o menos popular; mayoritario o no. Lo que interesa conceptualmente es que se trate de un movimiento que, en virtud de su extensión y organización, reúne —o al menos así aparece— la necesaria fortaleza como para proponerse la sustitución de las formas estatales vigentes.

El alcance que pueda tener la acción del movimiento revolucionario, así como su fortaleza, dependen del grado de cohesión que exhiba en torno a un cuerpo doctrinario sólido y coherente. Es esta ideología la que permite la transformación del movimiento social en un estado de conciencia, de una parte; y, de otra, la que posibilita señalar el camino a seguir y los desafíos a emprender. Sin este conjunto sistemático de ideas, expuesto como teoría y doctrina, no le sería posible

plantear las formas sociales de organización que se propone establecer como alternativas al ordenamiento que impugna.

La revolución centra su atención en la esfera de la estructura política; en las formas de ordenación del ejercicio del poder. La revolución busca acceder al poder. Cuando el movimiento que se propone la sustitución del orden vigente satisface su apiración primera —la toma del poder—, la revolución se hace universalmente visible y evidente. Se ha producido una profunda alteración en las formas exteriores del sistema social. Desde allí, el movimiento revolucionario, convertido en grupo políticamente dominante, inicia la transformación del conjunto del sistema en sus estructuras política, económica, social y cultural, hacia un horizonte que valora como más justo.

Cuando hablamos de revolución y de acceso revolucionario al poder, hablamos también de violencia. Sin embargo, por ella no debemos entender necesaria ni esencialmente violencia espontánea, anárquica y generalizada. La violencia en la revolución es violencia organizada. Aun más, esta violencia no lleva aparejada, de un modo necesario, derramamiento de sangre. Hablamos simultáneamente de revolución y violencia porque para que la primera tenga lugar deben operar varios factores, pero, entre ellos, predomina el factor de fuerza, aunque puede no estar presente más que como amenaza, como presencia de la posibilidad de la aplicación física de la violencia. Es en este sentido que la violencia es consustancial a la idea de revolución.

Otra precisión necesaria dice relación con la connotación esencialmente política de la revolución. El movimiento social y revolucionario combate al gobierno y busca derribarlo y asumirlo él mismo. Pero la lucha contra el gobierno la realiza en tanto él es parte de un ordenamiento estatal más amplio, a través del cual los grupos otrora dominantes basaban y ejercían su poder. De allí que la acción revolucionaria no se detiene en el gobierno. Más bien es desde ahí que verdaderamente empieza, y se desarrolla hasta la posterior consolidación del cambio social en sus distintas estructuras, que habrán de expresar tanto formas más justas como la entronización de un nuevo grupo social.

En los párrafos anteriores hemos destacado diversos elementos del concepto de revolución que demuestran su unidad en la idea de proceso. La revolución es un proceso gestado a partir de un movimiento social cohesionado en la comunión de intereses e ideales, que transforma radicalmente el conjunto del sistema social sobre la base del poder conquistado.

Finalmente, es indispensable señalar la idea de revolución como una profunda transformación moral. Revolución llega a ser, entonces, correlato de modificación fundamental de la vida social e individual. Esta concepción es de origen cristiano y, concretamente, paulista, donde aparece la idea del "hombre nuevo" que derrota al "hombre viejo".

II. EL DERECHO Y LA REVOLUCION

Debemos analizar ahora el problema de cómo enfrenta el Derecho a la revolución, en todas las implicancias que interesan desde su punto de vista. Para esto debemos distinguir el grado de receptividad que el Derecho otorga a la revolución, primero como posibilidad y luego como hecho consumado.

Desde el punto de vista del Derecho no es posible negar ni la posibilidad ni la justicia de la revolución. Esto es, el Derecho puede aceptar la revolución. Y esta aceptación puede, a veces, incluso tomar formas activas. Sin embargo, para que esto pueda ser así, es necesario juzgar con "conciencia ética" las condiciones de caducidad e injusticia en que puedan incurrir el Estado y los poderes existentes en relación a la situación del pueblo y sus derechos. Es necesario, además, que la verdadera justificación de la revolución radique en su calidad de portadora de las exigencias de justicia.

Como expresa Wilhelm Sauer, "cuando los poderes existentes se mantienen aferrados a una rígida situación jurídica, devenida hace tiempo sin vida, en oposición con la situación general del pueblo, sin adaptarse a las progresivas concepciones culturales, y permaneciendo sordos a todos los deseos y apremios de aquél, se puede y es permitido llegar a la revolución violenta. Porque el antiguo Derecho no es ya tal Derecho. El nuevo se halla en sus orígenes. La revolución no es ninguna violación del Derecho, sino única y exclusivamente creación del mismo" [1].

El distinguido catedrático de la Universidad de Panamá Lino Rodríguez-Arias se refiere a la revolución como "el Derecho Natural de los pueblos a oponerse violentamente a la acción tiránica del Estado, cuando éste conculca sus derechos humanos, elevados hoy día a la categoría de "ius gentium" por la Carta de las Nacionas Unidas. Este derecho de revolución es una conquista de la humanidad que sólo podrá abrogarse cuando la sociedad universal disponga de órganos con autoridad y poder suficientes para constreñir a los Estados a cumplir democráticamente su finalidad esencial de servir al bien común, facilitando la evolución histórica de sus pueblos sin exponerse a sufrir nuevos períodos enfermizos de retroceso o involución" [2].

Una vez consolidada la revolución en el poder, el Derecho debe analizarla desde el punto de vista de su legitimidad. En ciertos aspectos, este análisis puede ya estar parcialmente determinado por la virtual aceptación jurídico-moral que pueda haber hecho de la revolución como hecho inminente. Sin embargo, son las acciones emanadas del nuevo poder las que el Derecho deberá considerar al discernir acerca de su legitimidad.

[1] WILHELM SAUER. *Filosofía Jurídica y Social.* Pág. 217.
[2] LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* Pág. 731.

Puede enfocarse el problema de la legitimidad del hecho consumado, esto es, el de la revolución triunfante, desde una perspectiva moral que intente determinar la medida en que el nuevo poder satisface verdaderamente el fin del Estado. Porque es posible que un grupo social llegue al poder ilegítimamente desde el punto de vista del ordenamiento jurídico vigente y que, sin embargo, se convierta en gobernante, no en virtud de la mera posesión real del poder, sino por el hecho de realizar efectivamente el fin del Estado. Con esto no se legitima la forma de adquisición del poder, sino su ejercicio en orden al bien común. Por ello podemos apreciar la desaparición histórica de formas jurídico-políticas sin sacrificar la idea del Derecho al criterio de la fuerza.

No obstante, la determinación del grado de legitimidad se resuelve, también, partiendo del punto de vista de si el nuevo poder está consolidado y es capaz de garantizar el orden y la seguridad jurídicos. Aquí se enfatiza, para resolver el problema de la legitimidad, la necesidad de determinar las condiciones en que debe reconocerse carácter obligatorio a las disposiciones de un poder revolucionario. En otras palabras, este enfoque afirma un criterio sociológico de legitimidad del poder, esto es, aquel que es legítimo en tanto que es socialmente reconocido como tal en virtud de su capacidad real de coacción.

"Pero siempre será necesario el reconocimiento de este poder por el pueblo para la constitución de una base firme en la construcción del nuevo orden político. Es cierto que en todas las revoluciones se colocan frente a frente distintas partes del pueblo, aun cuando con frecuencia en muy diversa intensidad. Por ende, para afirmar la validez del poder triunfante es menester ver como toman posiciones ante él sus adversarios, y si éstos tienen la posibilidad de impedir la consolidación del mismo" [3].

Pocas veces la revolución es considerada como hecho normativo, como fenómeno de relevancia jurídica. Ningún ordenamiento jurídico ha reconocido la validez de una revolución, la cual es considerada siempre como hecho ilícito.

La revolución no es una institución jurídica; no es regulada en su procedimiento por aquellos poderes estatales que ella misma tiende a destruir. Esto nos lleva a plantear simultáneamente el problema de la revolución como negación y creación de Derecho.

"La revolución no puede ser más que un estado de hecho antijurídico (mejor dicho, antilegal), aun cuando él a veces sea justo. La antijuridicidad del movimiento revolucionario proviene del Derecho contra el cual se dirige y que está aún vigente; si, por el contrario, la revolución triunfa y queda derogado el ordenamiento jurídico anterior, desaparecen las normas que califican de ilegítima la revolución. Por consiguiente, faltando disposiciones contrarias, los actos cumplidos por la revolución adquieren la legitimidad de que en un principio carecie-

[3] Lino Rodríguez-Arias Bustamante. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* Pág. 696.

ron; sucederá todo lo contrario cuando la revolución fracasa, considerándose ilegítimos todos los actos revolucionarios".

"Sin embargo, los hechos revolucionarios son hechos jurídicos en un doble sentido. Desde el punto de vista estático, esto es, bajo el aspecto del Derecho vigente en el ordenamiento cuyos hechos se cumplen, no hay duda que han de calificarse como hechos o actos ilícitos. Por definición, tales hechos constituyen una transgresión de las normas (escritas o consuetudinarias, en todo caso institucionales) del ordenamiento jurídico, una violación del deber jurídico de obediencia a las normas vigentes, una lesión del Derecho subjetivo de personalidad del Estado. Incluso, permaneciendo en el aspecto formal, sin entrar en consideraciones sociológicas, toda revolución victoriosa, porque instaura de hecho un nuevo ordenamiento jurídico, el cual lleva el título de la propia legitimidad, se presenta como un conjunto de hechos jurídicos institucionales por excelencia; pues del conjunto de ellos surge un sistema, esto es, un nuevo ordenamiento jurídico. Es decir, que toda revolución de un lado niega, pero de otro afirma; y está provista de fuerza normativa porque contra el precedente sistema afirma nuevos valores, considerados en la colectividad como indispensables para la organización del Estado. Y porque en la "opinio juris et necessitatis" del grupo social reside el criterio de cualificación de un fenómeno como jurídico, se deriva que la revolución es un hecho normativo. Pues la fuerza del Estado no es suficiente a sostener un cierto Derecho si no se apoya en el consentimiento del pueblo, elemento humano de la sociedad estatal. De aquí que Pierandrei estime que la revolución es un hecho normativo porque crea Derecho y es un fenómeno jurídicamente relevante. Ella se puede parangonar a las enfermedades de crecimiento en la vida de los hombres y cumple la misma función. Por eso, determina —como dijimos anteriormente— una transformación no tan sólo política sino además social, producto de una larga erosión en las posiciones de las diversas fuerzas de la colectividad. En fin, la revolución es una manifestación del poder constituyente, o sea de aquel poder gracias al cual la fuerza del Estado no sólo surge sino también radicalmente se transforma".

"La estructuración jurídica que la revolución pueda asumir durante su desarrollo es independiente del ordenamiento estatal contra el cual combate y de aquel ordenamiento que aún no ha instaurado, por no haber llegado en este estadio a controlar el poder público de la nación".

"Una revolución, para que sea verdaderamente tal, no es un simple desorden, una revuelta o sedición ocasional, es siempre un movimiento organizado; en general, se trata de una organización que tiende a sustituir a la del Estado atacado, constando de autoridad, poderes, funciones más o menos análogas a los de este último: es una organización en embrión que, si el movimiento llega a triunfar, se desarrolla más en tal sentido. Comoquiera, se traduce siempre en un verdadero ordenamiento, aun cuando sea imperfecto y provisorio. En otros términos, toda revolución implica una pluralidad de instituciones que se encuen-

tran conexionadas bajo una dirección unitaria, que, independientemente de la valoración que haga de ellas el Derecho estatal en vigor, tiene todos los caracteres de un ordenamiento jurídico, no importando que éste tenga una duración y una estabilidad transitorias. O sea, la revolución es, hasta cierto punto —como hemos indicado arriba—, un hecho antijurídico, o mejor dicho, antilegal, desde el punto de vista del Derecho Positivo del Estado contra el cual se dirige; pero desde otro ángulo de la cuestión observábamos también que presenta un carácter afirmativo y, por tanto, normativo, como movimiento ordenado y regulado por su propio derecho. Esto quiere decir que es un ordenamiento jurídico que debe clasificarse en la categoría de los ordenamientos jurídicos originarios, puesto que no encuentra su fuente en otro orden jurídico anterior, sino que se concreta a su propia organización de la que le proviene su fuerza moral, política y jurídica, motivo por el cual puede hablarse de un Derecho de la Revolución, como hemos establecido en otros lugares de este estudio. Luego, la revolución es violencia, pero violencia jurídicamente organizada".

"Este carácter originario que presenta el Derecho de Revolución, en cuanto no cuenta con un precedente jurídico que lo regule y ampare, como le sucede al instituto de la guerra que se rige por las normas del Derecho Internacional, no es óbice para que, con frecuencia, las organizaciones revolucionarias se apoyen en algunas instituciones del Estado que se quiere derribar; en tales casos, la revolución viene a confundirse, al menos en parte, con aquella misma organización del Estado que ataca, asumiendo la figura de un gobierno provisorio del mismo, que podrá ser legitimado por el nuevo ordenamiento constitucional que él pueda llegar a establecer si triunfa en la lucha".

"Además, el mismo carácter de violencia que asume —aun cuando sea violencia organizada— hace que estemos ante un Derecho excepcional, nota que procede justamente de la anormalidad que determina la reacción revolucionaria, pues es un método a que acuden los pueblos cuando se hallan viviendo una situación social desesperada como consecuencia de las injusticias en que está incurriendo un poder público estancado y corrompido. Por eso, toda revolución requiere para producirse que grandes sectores de la colectividad estén afectados por la acción negativa del gobernante, hasta el punto que pueda hablarse —por lo menos— de un Estado revolucionario nacional, que es el único que puede legitimar las situaciones de hecho que en tales circunstancias se crean en contra del orden político vigente. Pues si la acción subversiva se apoya en un problema parcial de casta o de interés, es un delito y un crimen. Por esta razón, el carácter de revolución nacional o universal únicamente puede justificarla ante el principio de justicia, siendo una garantía de legitimidad".

"La circunstancia de que toda revolución responda a una necesidad popular de reaccionar contra una situación injusta, grave y crónica, hace preciso que todo movimiento revolucionario vaya ineludiblemente precedido de la formación de un estado de conciencia especial en los

individuos que van a realizarla, tendiente a superar la organización estatal que se combate, por considerarla atentatoria a los principios del Derecho natural. Pues el hecho que se considere lesionada la justicia y haya un afán por parte de los revolucionarios de reivindicarla de un Poder público que continuamente la ultraja, supone que los individuos que se disponen a llegar a la violencia con el objeto de alcanzar su cometido, mediante un movimiento organizado, consideran que existen unas normas de Derecho que están por encima de las del orden jurídico vigente, que por ser de rango superior a este que impone coactivamente el Estado, justifican un alzamiento armado para derrocarle y sustituirle por otro Derecho vigente que recoja en sus preceptos dichos principios normativos que responden mejor al principio de justicia y, por lo mismo, han de facilitar mucho más el desenvolvimiento ético-social de la personalidad humana. Los hombres en este momento en que se disponen a luchar por una nueva ordenación constitucional invocan expresamente el quererse hacer por sí mismos una justicia que les niega el actual Poder público, e implícitamente defienden los postulados de un Derecho natural, que se están violando por el Estado, y los cuales han sido captados por sus conciencias subjetivas, ávidas de un orden normativo más justo y más conforme a las exigencias de una naturaleza humana más racional; es decir, de una vida humanamente mejor en lo espiritual y en lo material".

"Esta discrepancia entre la justicia —y el Derecho Natural— y el Derecho Positivo —u orden constitucional vigente—, conduce a los pueblos a rebelarse contra el Estado que incurre en el error de tolerar o propiciar esta situación nacional anormal, incurriendo en el abuso de incumplir su finalidad de estar siempre al servicio de la realización del bien común. Es en este instante en que se produce el antagonismo entre la ley y la justicia, cuando los hombres afectados por la lesión de sus derechos naturales conciben en sus mentes —como iluminados por la chispa divina— la formulación de nuevas normas jurídicas que servirán para reestructurar más justamente el orden político-social que les venía perturbando y empujando a la molicie espiritual y a la ruina material. Por eso es que toda revolución no sólo supone un cambio en la esfera política, pues ella cala más hondo que la mera epidermis del cuerpo social, sino que conlleva una transformación sociológica de las instituciones fundamentales del Estado, poniéndose las voluntades de los hombres que la realizan al servicio de nuevas ideas aglutinantes por las que la humanidad siempre se halla dispuesta al máximo sacrificio con tal de verlas hecha carne y sangre en la vida de los pueblos. Es decir, que todo movimiento revolucionario —de acuerdo con lo que decimos más arriba— tiene que ser por naturaleza no tan sólo político —con lo cual se quedaría en el simple golpe de Estado— sino también social; más aún, ha de convertirse —como revela Hostos en sus páginas sobre América— en revolución interior del hombre para ser verdadera. Esto quiere decir que toda revolución aspira siempre a una restauración de los valores morales que se hallaban relajados bajo el viejo

régimen que se combate, al calor de la nueva mística que enciende y exalta a los pueblos a la lucha por sus derechos inviolables".

"Precisamente, por las características sangrientas que, por lo general, presenta toda revolución, es imprescindible que los hombres que la realizan actúen dentro de la mayor prudencia, creando las condiciones en las cuales su esfuerzo llegue a ser algo más positivo que un salto en el vacío. Por eso, la revolución, como decía Lenin, es un arte; y nada se gana con embarcarse en ella si no se cuenta con las condiciones máximas de triunfo. Una revolución que fracasa sólo produce el efecto de abrogar aquellas limitaciones que el gobierno parlamentario impone a la autoridad capitalista —o la supresión de las pequeñas distracciones que a manera de "válvulas de escape" permiten los dictadores a sus pueblos oprimidos—, en forma tal que la situación después de la derrota tendría que ser peor que si no se hubiese hecho la tentativa de tomar el poder. Todo el triunfo de la revolución depende de que la autoridad del gobierno se halle relajada moral y materialmente. Las disposiciones que, en este caso, trata de imponer tal gobierno son tan ampliamente rechazadas por las masas que una dirección inteligente de los líderes puede galvanizarlas para unificar la resistencia a tales disposiciones. Esta fue, en realidad, la situación de Rusia en 1917. El gobierno zarista no podría sostenerse. En el transcurso de la guerra adversa, el ejército había sido terriblemente probado y desorganizado. Existía, por lo mismo, un deseo nacional visible de paz y de reorganización de los principios esenciales de la sociedad. La maquinaria gubernamental se encontraba en plena confusión por todas partes. En este ámbiente, Lenin, casi a pesar suyo, lanzó al partido bolchevique al ataque victorioso contra los fundamentos del poder".

"Empero, conviene aclarar que lo acabado de exponer no nos lleva al absurdo de estimar únicamente justificable la revolución triunfante, pues ello equivaldría a entronizar la justicia del hecho consumado, lo cual sería tanto como doblegarnos ante la fuerza bruta y el mero orden coactivo con apariencias de legalidad, que es, precisamente, lo que se trata de eliminar con las revoluciones. En éstas la justicia de fuerza subversiva se convierte en canon de interpretación, en motor emotivo que caldea a los pueblos en llamaradas fulgurantes que los hace entregarse a una lucha de gestas heroicas y sacrificios sublimes. Es por lo que, en el supuesto de la revolución fracasada, no cabe decir —por este solo evento— que estaba desprovista del ideal de justicia. Pues las conciencias de los hombres reaccionan en nombre de la justicia; vencida, pero no suprimida; herida, mas no muerta; de manera que toda revolución inspirada en los cánones de lo justo que haya podido fracasar por otras circunstancias, siempre cuenta con el porvenir. Por eso, el filósofo del Derecho, el hombre moral, juzga prácticamente con la conciencia ética, y frente al hecho consumado, límite

máximo que se le aparece en la realidad, opone el criterio ideal de la justicia" [4].

La revolución tiene significación en cuanto es portadora de las exigencias de la justicia; en cuanto forzando la situación histórica de involución social rompe violentamente con el orden vigente de cosas, caduco y corrompido, y aspira a instaurar principios de vida más justos.

"Representa un momento crítico en la vida decadente de los pueblos, en el que la justicia se descubre con toda su grandeza, suprimiendo lo que obstaculiza su camino. Cuando surgen los movimientos revolucionarios los hombres que los hacen —que son siempre los hombres activos que hacen la historia—, no se enfrentan con la valoración de una acción determinada, una sentencia, una norma particular, un caso concreto de la vida social, sino que se trata de hallar una hermenéutica deontológica de una situación histórica completa, de enjuiciar un sistema orgánico del Derecho de un país, que, ante la insuficiencia vital para seguir su ritmo normal de evolución, ha cesado de desarrollar sus principios normativos fundamentales de acuerdo a las necesidades sociales del pueblo en que se aplica y rige, anquilosándose hasta el punto de haberse convertido en lastre para el desenvolvimiento vital, produciendo un desajuste entre las realidades jurídica y social, siendo entonces cuando es menester que la actividad humana revolucionaria, inspirándose en nuevas convicciones y principios ideológicos, haga saltar hecho pedazos el orden que, por inactivo e injusto, se había convertido en una rémora social, e instaure un nuevo Derecho que responda a los ideales por los que luchan y entregan abnegadamente sus vidas en holocausto. Se torna entonces legítimo lo que Locke denominó "apelación al Cielo", es decir, la lucha contra las leyes escritas en nombre de las no escritas, la reivindicación del Derecho Natural contra el Positivo que reniega de él" [5].

III. LA REVOLUCION EN EL SISTEMA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El eminente jurista italiano Santi Romano (1875-1947) ha efectuado un brillante análisis de los aspectos jurídicos de la revolución, que, por ser muy poco conocido en Chile, nos permitimos transcribir íntegramente [6]. Al respecto expresa:

1. Las revoluciones en el sistema del Derecho Constitucional General. "La historia tan trágica de estos últimos años como, por lo de-

[4] Lino Rodríguez-Arias Bustamante. *Filosofía del Derecho.* Págs. 702 a 708.

[5] Lino Rodríguez-Arias Bustamante. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* Págs. 708 y 709.

[6] Santi Romano. *Frammenti di un Dizionario Giurídico.* Rivoluzione e Diritto. Dott A. Giuffré. Editore. Milano. 1947. Págs. 220-233. Traducción especial de Norma Mobarec, Investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales de la Universidad de Chile.

más, toda la historia de la humanidad, hace dudar si en el sistema del Derecho Constitucional general (diré luego el porqué de este último adjetivo), no sería conveniente introducir una sección que en cierto sentido corresponda al Derecho Internacional de guerra, esto es, una sección que concierna al Derecho de las Revoluciones. En efecto, en el ordenamiento de los Estados, el fenómeno de las revoluciones es tan imponente y recurrente como el de la guerra en el ordenamiento de la comunidad internacional. En este último, los Estados que consiguen conservar en forma estable su neutralidad o no beligerancia constituyen una excepción, y son asimismo una excepción, quizás todavía más rara, aquellos cuyo orden constitucional permanece por largo tiempo preservado de las convulsiones de los trastornos políticos. Evidentemente, se trata de dos fenómenos de una naturaleza análoga: una guerra es una revolución, incluso si no asume las proporciones y la forma de la guerra civil, es una guerra de la comunidad estatal. Y, quizás, ambas son indicios de una análoga patología. Sin intención de generalizar, lo que sería exceso de simplismo, se puede considerar que, tanto a la guerra como a la revolución, cuando no son impuestas por una necesidad ineludible, recurren con mayor frecuencia los pueblos que no se sienten capaces de construir su historia con la tranquila paciencia que sólo da la fe en la propia perennidad y en los propios destinos y que se ilusionan pensando que las improvisaciones más o menos efímeras de los movimientos violentos pueden sustituir la solidez de una evolución gradual y natural. Sin embargo, dado que esos fenómenos existen y son tan frecuentes, es necesario que encuentren en el sistema del Derecho una adecuada consideración".

2. La Guerra en el Derecho Internacional y la Revolución en el Derecho Estatal. "¿Pero es posible que en el Derecho Constitucional la revolución pueda tener alguna ubicación sistemática, como la guerra en el Derecho Internacional?"

"Ciertamente, en los dos ordenamientos el problema se plantea de un modo diverso e incluso, en cierto sentido, diametralmente opuesto. El Derecho Internacional, tan a menudo calumniado como Derecho imperfecto, en circunstancias que, bajo algunos aspectos y frente al Derecho Estatal es una especie más elevada de ordenamiento jurídico, ha podido encuadrar la guerra en un sistema de normas que la prevén y la regulan; no caso por caso, sino en general, como una verdadera institución. A pesar de que busca subvertir, en mayor o menor medida, el orden que la comunidad internacional tiene en un momento dado, ella no es considerada ilícita, sino que, con aceptación, por así decirlo, de la realidad y de la necesidad, está permitida, dentro de ciertos límites, y, en lo posible, contenida y disciplinada. Y aunque los utopistas no dejan pasar ninguna ocasión para hacer resaltar y lamentar la insuficiencia de esa disciplina, no se puede negar que el haber atrapado en las redes del Derecho manifestaciones de fuerza y de violencia tan formidables, ha sido una conquista admirable de la idea jurídica. El ordenamiento estatal también puede, como sucede en los regímenes

más liberales, permitir sus transformaciones más profundas y radicales por medio de órganos competentes para ello y con la observancia de normas y procedimientos preestablecidos. Pero, cuando se habla de revolución sin ningún adjetivo, de ordinario se pretende referir a la revolución violenta que busca derribar, no con medios y métodos legales, sino con la fuerza de un movimiento más o menos popular, el orden constituido, para instaurar de hecho uno nuevo. Y ningún ordenamiento estatal ha permitido nunca una revolución en este sentido. La cual es, por lo tanto, por definición y a diferencia de la guerra, jurídicamente ilícita: se entiende respecto al Derecho que ella quiere destruir y no respecto al que pueda llegar a constituir".

"Las razones de esta diferencia sustancial entre la guerra y la revolución son varias, pero todas derivan de la estructura diversa y de la naturaleza de la comunidad internacional y de aquella estatal. La primera está compuesta de Potencias (no es una casualidad que para designar a los sujetos del Derecho Internacional se usa frecuentemente esa denominación), de entes, que son soberanos y se unen unos con otros y todos juntos en una sociedad que, en cierto sentido, se ha podido llamar anárquica. Además, cada uno de esos entes tiene un ordenamiento interno que, aunque sea en una medida muy relativa, proporciona alguna confianza de que su conducta, también en las relaciones internacionales, se mantenga dentro de ciertos límites y observe las normas de la "magna civitas" de que forma parte, normas que tienden a conservar en lo posible la paz. La comunidad estatal, por el contrario, está compuesta esencialmente de individuos, tiene una organización autoritaria a la que sus súbditos están plenamente subordinados y su ordenamiento no sólo se inspira en el fin "ne cives ad armas veniant", fin que corresponde a aquel en que se inspira el Derecho Internacional, sino que en ningún caso puede admitir que los particulares recurran a las armas y a la violencia. Así la revolución, a diferencia de la guerra, no puede asumir los caracteres de una institución jurídica esto es, no puede ser regulada en su procedimiento por aquellos poderes estatales que tiende a subvertir y a destruir".

"Algunas veces, como se sabe, especialmente a propósito de las teorías de las garantías de la libertad, los constitucionalistas más antiguos han hablado de un Derecho a la resistencia colectiva contra los abusos del poder público y se ha recordado que, tanto en la antigüedad clásica como en el medioevo, fueron reconocidas ciertas formas de resistencia colectiva, que por lo tanto podían considerarse legales. Pero, prescindiendo de toda observación acerca de la diversa estructura de los ordenamientos estatales modernos y de aquellos más antiguos, es necesario distinguir la resistencia legal de la revolucionaria, la única de que estamos tratando. Esta última resistencia, o sea la revolución, por definición no puede ser sino un estado de hecho, antijurídico incluso cuando es justo".

3. La revolución como hecho antijurídico respecto del ordenamiento estatal. "Pero, sin embargo, es necesario precisar el sentido,

totalmente relativo, de esa antijuridicidad suya. Ella se deriva, como hemos señalado, del Derecho contra el cual la revolución va dirigida y, por lo tanto, subsiste mientras este Derecho está aún vigente: si, por el contrario, desaparece, le sucede lo mismo a cada norma y a cada criterio que calificaba de legítima la revolución. En otros trabajos, he tratado de demostrar, y aquí no quiero repetirme, que cuando se constituye un ordenamiento nuevo, resurge la posibilidad de que la revolución sea calificada nuevamente por un Derecho Positivo, que será aquel que sustituya al antiguo. Como norma, debe considerarse que ese nuevo ordenamiento, si precisamente ha sido instaurado por la revolución ya dicha, legitimará a esta última, ya que no querrá renegar de sus elementos precursores ni del procedimiento del cual ha salido. De ahí la consecuencia que, a falta de disposiciones contrarias, las que también podrían producirse, los actos realizados por y para la revolución adquirirán esa legitimidad que antes no tenían. Si, por el contrario, la revolución falla y se restaura el antiguo ordenamiento, normalmente éste, a no ser que por razones de oportunidad, de clemencia o de olvido establezca otra cosa, continuará considerando ilegítimo los actos de la revolución. Finalmente, si una revolución fracasa, pero el ordenamiento vigente es derribado por otro movimiento, dependerá del nuevo ordenamiento la valoración jurídica de los actos en que se haya concretado el primero y no es posible decir "a priori" cuál podría ser esa valoración, ya que si éste, como puede suceder, no los toma en cuenta, los actos mismos deberán considerarse jurídicamente irrelevantes. Lo repito: sobre estos argumentos y sobre algunas opiniones divergentes que, como residuos de teorías jusnaturalistas todavía se insinúan en el tratamiento de ellos, no quiero insistir, ya que en otras ocasiones me he ocupado extensamente de esto. Aquí he resumido brevemente los principios que una teoría general del Derecho Constitucional puede delinear respecto a los diversos ordenamientos positivos que preceden y siguen a una revolución".

4. La organización revolucionaria como ordenamiento jurídico en sí. "Por el contrario, quiero agregar algunas breves observaciones que merecerían ser desarrolladas con investigaciones que por ahora no puedo realizar, sobre un carácter jurídico que la revolución puede asumir durante su desarrollo, carácter que ella se atribuye por sí y que, por tanto, es independiente del ordenamiento estatal contra el cual combate y del nuevo ordenamiento estatal que aún no ha instaurado. Me parece que éste es un aspecto de la revolución que los estudiosos no han puesto de relieve ni mucho menos estudiado, que yo sepa".

"Una revolución que sea realmente tal y no un simple desorden, una revuelta o sedición ocasional, es siempre un movimiento organizado del modo y en una medida que naturalmente varían, según los casos. En general, puede decirse que se trata de una organización, la cual tendiendo a sustituirse a aquella del Estado, está compuesta de autoridad, de poderes, de funciones más o menos correspondientes y

análogas a las de este último: es una organización estatal en embrión que, gradualmente, si el movimiento resulta victorioso, se desarrolla siempre más en ese sentido. Sin embargo, ella se traduce en un verdadero ordenamiento, aunque sea imperfecto, fluctuante, provisional. Existirán dirigentes, asambleas o comisiones que ayudarán a los dirigentes, normas de diversos géneros que regularán la actividad revolucionaria, personas y entidades que obedecerán esas normas, sanciones para asegurar la abservancia de éstas, agentes ejecutivos, etc. En otros términos, toda revolución implica varias instituciones coligadas entre sí en una organización unitaria que, si se considera en sí y por sí, independientemente de la valoración que de ella hace el Derecho Estatal vigente, tiene todos los caracteres de un ordenamiento jurídico. Y no importa si este ordenamiento, por su naturaleza misma y en cuanto no se trasmuta en seguida en el nuevo ordenamiento estatal que puede derivarse, tiene una duración y una estabilidad transitorias. Mientras tiene vida y opera es un ordenamiento que no puede dejar de tomarse en cuenta como tal. La revolución es un hecho antijurídico con relación al derecho Positivo del Estado contra el cual se desarrolla, pero esto no quita que desde el punto de vista bien diverso desde el cual ella se califica a sí misma, es movimiento ordenado y regulado por su propio Derecho. Lo que también quiere decir que es un ordenamiento que debe clasificarse en la categoría de los ordenamientos jurídicos originarios, en el sentido bastante conocido que se atribuye a esta expresión. En ese sentido, y limitándose a la esfera que hemos señalado, puede por tanto hablarse de un Derecho de la Revolución. Un examen de los desarrollos que han tenido las revoluciones más importantes, comprendidas aquellas más recientes, sería de gran interés para la demostración de la tesis que hemos expuesto y que a primera vista puede parecer paradojal: la revolución es violencia, pero violencia jurídicamente organizada".

5. ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS GUERRAS Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS REVOLUCIONES. "Por otra parte, la paradoja desaparece cuando se piensa que lo mismo puede decirse de la guerra, salvo una diferencia que, implícita en lo que se ha dicho, conviene poner claramente de relieve. La guerra es una institución jurídica que encuentra en el Derecho Internacional normas válidas para todas las guerras, además de aquellas que eventualmente puedan ser establecidas para cada caso, siempre sobre la base del Derecho Internacional. Toda revolución, por el contrario, tiene un ordenamiento propio, que no encuentra su fuente en otro ordenamiento, sino que es original y se concreta en su organización misma: el Derecho Constitucional de los Estados no la considera como una institución suya. Sólo el Derecho Constitucional general, no ese positivo de este o aquel Estado, puede tomarla en consideración en el sentido y desde el punto de vista de que se ha hablado. El Derecho Positivo, esto es, aquel según el cual la revolución se desarrolla, no es el Derecho Estatal, para el que ella constituye un hecho antijurídico,

sino el ordenamiento particular de cada revolución. El puede encuadrarse sistemáticamente, si se quiere, en el Derecho Constitucional general en la medida que éste, poniendo de relieve el carácter antijurídico de la revolución respecto del Derecho del Estado contra el cual va dirigida, además ponga de relieve el carácter jurídico que, viceversa, asume intrínsecamente para su organización interna".

"Sin embargo, existen casos muy frecuentes, de los que se tienen ejemplos recientes, incluso actuales, en los cuales la organización revolucionaria se apoya en algunas de las instituciones del Estado que de buena o mala gana han adherido al movimiento revolucionario y continúan funcionando, conformándose con él, mientras otras o han sido suprimidas o no se encuentran en condiciones de poder desarrollar ninguna actividad. En esos casos, la organización revolucionaria viene a confundirse, por lo menos en parte, con aquella del Estado mismo, asumiendo la figura de un gobierno provisorio suyo, que podrá ser legitimado por el nuevo ordenamiento constitucional que le sucederá establemente".

"Con excepción de estos casos, que de ordinario se verifican en etapas avanzadas de la revolución, el ordenamiento de ésta sigue siendo diferente, más bien antitético a aquel del Estado, que no lo considera, ni siquiera provisoriamente, como parte integrante del propio. Y en esto difiere sustancialmente del ordenamiento internacional de la guerra".

"Por último, se recuerda un caso extremo en el que guerra y revolución son figuras que casi se confunden. Es el caso bastante conocido en que a los insurgentes les son aplicadas las normas de Derecho Internacional, en especial las relativas a la guerra y a la neutralidad, tanto en las relaciones con el Estado contra el cual luchan como en aquellas con los otros Estados. Pero también en ese caso la revolución no puede ser considerada una institución jurídica de Derecho Internacional, ni siquiera respecto del Estado en que tiene lugar, sino que es una institución de Derecho Internacional a la cual se aplican normas propias de este último, sin que importe examinar aquí hasta qué punto son coincidentes con aquellas del Derecho de Guerra o sólo análogas".

6. CARACTERES DEL DERECHO DE LAS REVOLUCIONES Y SUS DEFECTOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA JUSTICIA. "Si el ordenamiento de una revolución, en el sentido ya señalado, debe considerarse un ordenamiento jurídico, también hay que destacar que, desde el punto de vista de los caracteres ideales y de los requisitos formales y sustanciales que se suelen atribuir a los mejores y a los más típicos ordenamientos jurídicos, de ordinario éste presenta deficiencias, lagunas, deformaciones y desviaciones gravísimas. Es conveniente detenerse en algunos de sus mayores defectos".

"En la categoría de los "derechos injustos", el Derecho de una revolución —y aquí es necesario repetir una vez más que nos referimos no al Derecho que puede surgir de una revolución, sino al que regula un

movimiento revolucionario en acción— ocupa sin duda uno de los lugares más característicos. Muchas veces (se entiende que no es el caso de generalizar demasiado) resulta aún más injusto que los ordenamientos delictivos e inmorales del tipo —usando una expresión convencional que se ha hecho común— de las denominadas "sociedades de ladrones". Y la razón se entiende fácilmente. En estas sociedades se trata de realizar una cierta justicia, en sentido relativo y limitado a las relaciones entre "los socios", y ésta, dentro de esta esfera y desde el punto de vista de las exigencias internas de ellos incluso puede ser plena, mientras que cesa de ser justicia frente a las exigencias y por tanto a los principios propios de otras sociedades, esto es, principalmente del Estado Y también en esas relaciones, por así decirlo, externas, la injusticia está circunscrita a determinadas acciones, y las sociedades de que aquí se habla buscan no la destrucción de las instituciones estatales, sino sustraerse, para alcanzar fines del todo particulares, a las represiones y a las sanciones impuestas por éstas. Por el contrario, el ordenamiento de una revolución no concierne, al menos en forma principal y directa, a las relaciones internas entre aquellos que dirigen la revolución, sino a la acción de ellos destinada a destruir el ordenamiento estatal contra el cual el movimiento va dirigido. Lo que significa que no se concede ninguna o una escasa consideración a aquella relativa justicia interna que, viceversa, constituye el contenido más importante de las sociedades delictuosas mencionadas. Los acuerdos entre los diversos grupos o partidos revolucionarios, que también pueden producirse, como lo demuestra la coalición de partidos que se ha establecido en la revolución que, mientras escribo esto, se desarrolla en Italia, tienen un carácter esencialmente político, pueden contribuir a adoptar este o aquel aspecto al ordenamiento de la revolución, pero en sí y por sí no son más que compromisos de honor, regulados por normas de corrección, de lealtad, etc., y no por normas jurídicas. Y en lo que concierne a la acción contra las instituciones estatales que se quiere derribar, la valoración de su justicia o injusticia no es por cierto el criterio principal que inspira su reglamentación, que tiende sobre todo a hacer más eficaces los medios para atacarlas".

"Sobre este tema, pueden hacerse algunas observaciones, que más que apreciaciones se traducen en constataciones simples y objetivas, podríamos decir históricas".

"Difícilmente una revolución consigue mantenerse dentro de los límites que un justo aunque no oportuno sentido de la moderación aconsejaría. Aun cuando sus dirigentes no carezcan de este sentido y quisieran uniformarse, no es fácil que tengan siempre la fuerza de resistir a las tendencias más extremistas, a las cuales están por tanto obligados a ceder en mayor o menor medida y tampoco de frenar adecuadamente los instintos de violencia que se desencadenan en ciertas clases sociales. Además, aun cuando el fin de una revolución sea intrínsecamente justo, y sus jefes tiendan a no violar los principios de la justicia, a menudo sucede que ellos, para la consecución de ese fin,

deben servirse de hombres que no son moderados en absoluto: toda revolución, que es violencia y violencia de masas, es puesta en acción por violentos que los jefes difícilmente logran mantener dentro de límites preestablecidos. Ellos, de buena o de mala fe, afirman que son actos de justicia los asesinatos de los adversarios o de los que consideran adversarios suyos, las persecuciones más crueles, las expropiaciones de bienes incluso adquiridos legítimamente, las proscripciones de toda clase. Y en cuanto estos actos, por debilidad de los dirigentes o con su consentimiento, son tolerados o reconocidos o aun ordenados, ellos se nutren de una falsa apariencia de justicia: también oficialmente a los muertos se les llama "ajusticiados"; las sustituciones en los cargos públicos de los hombres del régimen que se quiere derribar, no importa si son honestos o competentes, por los hombres de la revolución, se llaman "depuraciones"; las expropiaciones son sanciones de ganancias ilícitas, etc. De esta manera, los excesos más evidentes, las persecuciones más inmerecidas, las iniquidades, las crueldades, son disimuladas con las más encendidas protestas de que se quiere la justicia, que, por el contrario, es sacrificada a las más ciegas pasiones. Ninguna revolución se sustrae a tales desmanes y pocas consiguen reducirlos a una medida mínima".

7. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS INSTITUCIONES QUE TIENDEN A DERROCAR Y DE LAS NUEVAS INSTITUCIONES. "A estos actos de injusticia sustancial, que en nombre de la justicia se ejecutan en contra de las personas, se agregan aquellos más graves en contra de las instituciones. A las cuales, a menudo, no les beneficia la vida centenaria que gloriosamente han vivido, la que por el contrario pasa a ser interpretada como prueba de una decrepitud incompatible con los "nuevos tiempos". Olvidando su fundamento histórico, que es también su fundamento racional, desconociendo el aporte que efectivamente han dado al desarrollo de la civilización y al bienestar general, ellas son arrasadas junto con otras instituciones que realmente merecen ser suprimidas. Como el terremoto que derriba sin distinción edificios feos o insalubres, monumentos insignes y obras de arte, la revolución barre ordenamientos jurídicos enteros, a menudo sin salvar aquellas partes que, por el contrario, convendría conservar. De estas imprudentes destrucciones se derivan daños que son siempre mucho mayores que las ventajas que pueden sacarse de las débiles instituciones nuevas que la revolución improvisa, ya que sería necesario, entre otras cosas, no olvidar que cada institución, durante su infancia, no podrá funcionar jamás de un modo adecuado. Y si luego ella se consolida y se perfecciona, esto será obra no de la revolución, que sin embargo tendrá el mérito de haberla creado, sino de la historia, y se desarrollará después de ella, cuando el reino de la violencia sea sucedido por un régimen normal y equilibrado. Por cierto, no hay que desconocer que, a veces, instituciones buenas pueden nacer del descalabro, que en sí y por sí fue un mal, de otras instituciones que habrían podido continuar viviendo e incluso podría darse que aquéllas demuestren ser mejores que éstas, caso en el cual se consideraría buena su

injusta y violenta supresión: "dal folle sapientia — e dalla spina rosa" (del loco, sabiduría — y de la espina, rosa). La tempestad puede ser necesaria para que venga el sereno, pero es verdad que puede haber sereno mientras dura la tempestad. Y la justicia es, por sobre todo, serenidad.

Estos defectos, que son comunes a todas las revoluciones, se agravan en las revoluciones modernas. Esto, por varias razones, entre las cuales convendrá poner de relieve algunas de las más importantes. Ello está estrechamente relacionado con los caracteres de las constituciones que, en la mayor parte de los Estados, se han dado después de la revolución francesa de 1789. Son, como sabemos, constituciones escritas que no tienen una larga historia y de las cuales no se puede decir lo que, según Cicerón, decía Catón de la constitución romana: "nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus", y tampoco lo que se puede decir y se dice de la constitución inglesa, la que también ha tenido un desarrollo lento y progresivo, natural y espontáneo, que no se encuentra en mayor o igual medida en ningún otro ordenamiento jurídico vigente que no sea el Derecho Canónico. Los otros pueblos que por el contrario se han dado constituciones completamente nuevas, que no presentan ninguna continuidad con su pasado, improvisándose en las caóticas reuniones de una asamblea popular o en las sesiones de un colegio o comité más o menos restringidos, se han encontrado en la necesidad de solicitar de un racionalismo discutible aquella autoridad y prestigio que no podían pedir a sus tradiciones y al patrimonio sagrado de su historia. Y así han debido crear casi "ex nihilo", designándolas con trazos inexpresivos sobre la carta o los estatutos constitucionales, sus instituciones políticas, a menudo imitándose recíprocamente o, peor aún, dejándose llevar más o menos inconscientemente por la que, con acertada expresión, Enrico Amari llamaba "contagiosidad del Derecho". Y estas instituciones que esas cartas presentan reunidas, condensadas y reducidas en breves artículos, presentan para la muchedumbre de los politiqueros y aficionados un blanco cómodo, fácil de alcanzar casi por juego, para después sustituir, con una facilidad no menor, aquellas instituciones por otras también rápidamente improvisadas. Por lo demás, aun prescindiendo de la difundida convicción de que cambiar de constitución es para un pueblo casi lo mismo que para un individuo cambiar de traje, es verdad que, cuando se manifiesta la necesidad o la oportunidad de modificar en alguna parte una constitución escrita, todas las otras partes de ella quedan como inconexas y débiles, de modo que a menudo se prefiere renovarla por entero. Lo que explica por qué, de ordinario, las revoluciones modernas terminan por dirigirse no contra esta o aquella institución, sino contra todas las instituciones constitucionales, arrastrándolas en una suerte común. Lo que, en otros términos, significa también que un movimiento revolucionario, no sólo en los medios que usa, sino también en los objetivos con que se inicia, muy difícilmente se deja

limitar o frenar por su propio ordenamiento del que, eventualmente, había trazado el programa".

"Se gira así en un círculo vicioso en el que las constituciones que tienen un origen revolucionario determinan a otras revoluciones. Además de la forma escrita, contribuye a ello su escasa elasticidad, la que desgraciadamente tiende a disminuir todavía más en las cartas constitucionales que están ahora en elaboración. No sólo se quiere establecer en ellas principios generalísimos y verdaderamente fundamentales, sino muchas otras materias, y en disposiciones dispersas se exagera en detalles y particularidades respecto a exigencias del momento y no a aquellas que se debería prever para el futuro, mientras, por el contrario, con notorias contradicciones, no dejan de proclamar enfáticamente, con fines demagógicos, principios totalmente abstractos y desprovistos de contenido efectivo".

8. ULTERIORES DIFERENCIAS CON EL DERECHO DE LA GUERRA. "También sobre esta materia conviene confrontar el Derecho de las Revoluciones con el Derecho de Guerra. Una revolución puede ser en sí y por sí, en sus causas y en sus fines, justa o injusta, tal como puede serlo una guerra. Pero mientras que el Derecho de la Revolución —entendiéndose en el sentido referido— es siempre e inevitablemente un Derecho, en mayor o menor medida injusto, no puede decirse lo mismo del Derecho de Guerra. Este, en efecto, como hemos destacado, es un sistema de normas generales para todas las guerras, se constituye en tiempos de paz y en vista de intereses de la comunidad internacional que trascienden a aquellos que pueden surgir durante las luchas particulares de los futuros beligerantes, y se propone, por tanto, realizar la mayor justicia posible, no sólo en los trastornos, las violencias y en la atrocidad que toda guerra implica, sino que también en la misma injusticia de las guerras injustas. Por el contrario, los ordenamientos de las revoluciones están constituidos en cada revolución particular, mientras ella arrecia, en vista de exigencias totalmente contingentes, por las mismas fuerzas revolucionarias dominadas por las pasiones más violentas, naturalmente sin consideraciones con los adversarios, sino con el propósito de vencerlos a toda costa y por cualquier medio. Para esos ordenamientos no operan, en consecuencia, muchos de aquellos frenos que existen para el Derecho de Guerra. Les faltan los caracteres de la generalidad y, respecto de aquellos que lo establecen, de la imparcialidad, o sea, de las garantías de la justicia más elementales. Así, tanto la revolución como la guerra son una lucha por un nuevo Derecho, pero la lucha revolucionaria, además de estar mucho menos refrenada por el Derecho que la lucha bélica, no puede desarrollarse con la observancia de un Derecho que no sea, en la medida de la justicia que lo informa, semejante a aquel que acompaña a la conducción de una guerra".

9. SUS OTROS DEFECTOS. "Varios otros defectos graves, más o menos conexos con el de su inevitable injusticia, son congénitos a la naturaleza de los ordenamientos de las revoluciones".

"Entre estos defectos, pueden mencionarse los derivados del hecho que el gobierno de toda revolución, la cual es movimiento del pueblo y a menudo de las armas, no puede dejar de presentar los caracteres de los gobiernos demagógicos. También puede darse que sus dirigentes traten de corregir con diversas medidas estos caracteres, pero no es posible eliminarlos y, en consecuencia, no siempre es justo el reproche de debilidad que frecuentemente se hace, por ese motivo, a tales dirigentes por aquellos que sienten más profundamente y deploran los excesos que se derivan. No es que no pueda haber o no hayan existido revoluciones que son la obra de clases distintas de las populares e incluso de clases aristocráticas naturalmente ajenas a las degeneraciones demagógicas, pero es fácil que también estas revoluciones se transformen rápidamente en revoluciones populares en el sentido más amplio, sea porque sus mismos promotores buscan el apoyo de las clases más numerosas y más proclives a los cambios sociales, sea porque estas clases intervienen espontáneamente, esperando aprovecharse de esos movimientos".

"Otro defecto, quizás más inevitable, de los ordenamientos de que hablamos, es el de su extrema inestabilidad; todo movimiento revolucionario, mientras no se extingue con el nuevo régimen que podrá surgir de él, no encuentra tranquilidad en ninguno de sus arreglos provisionales. Y éstos tienen este carácter de provisionalidad, no sólo frente a lo definitivo que la revolución se propone instaurar, sino también porque su orden de cosas está formado de un número siempre muy alto de cambios más o menos radicales que se suceden rápidamente uno a otro, número que, como es natural, crece en proporción a la duración de la revolución, de sus vicisitudes y de las fases por que ella atraviesa. Y esto en dependencia de dos causas principales. La primera debe buscarse en la índole de aquellos que participan en la revolución, en cuanto son amantes de la novedad, no sólo respecto del antiguo régimen que quieren sustituir, sino respecto de las normas, de las disposiciones; de las organizaciones que, terminada la revolución, están destinadas a desaparecer. Y ese amor por la novedad está alimentado y exasperado por la impaciencia que siempre reprocha al movimiento revolucionario una lentitud excesiva, que se cree poder evitar con disposiciones y órdenes nuevos. La segunda causa que señalamos es más objetiva y debe buscarse en el hecho de que efectivamente la lucha revolucionaria pasa a través de diversas situaciones que implican exigencias imprevistas, las que deben solucionarse a medida que se producen".

10. Su deterioro técnico. "En fin, es evidente y fácilmente explicable el deterioro técnico de los ordenamientos que tienen por objeto la revolución en acción. Ellos son, y no pueden dejar de serlo, por lo menos en gran parte, improvisados: no tienen precedentes, ni siquiera en otras revoluciones, ya que cada movimiento revolucionario tiene sus propios caracteres; no están ligados, por tanto, a ninguna tradición, aunque estén influidos por alguna reminiscencia

histórica que, por lo demás, más bien puede desviar que dirigir; no están sujetos a principios generales que los orienten, sino que están lanzados en distintas direcciones, según el viento que corre en uno o en otro sentido. Las autoridades, las asambleas, las comisiones de que emanan, la mayoría de las veces no tienen la competencia ni la experiencia necesarias; más aún, desconfían de la colaboración de todos aquellos que encuentran encuadrados en los órganos del régimen que tratan de abolir, incluso cuando se trata de personas ajenas a la política, imparciales y expertas; y no es raro el caso que hagan gala de su propia ignorancia, creyéndose por ello libres de preconceptos y más sensibles a la aceptación de las anheladas novedades. La falta de todo control y de toda discusión verdaderamente libre; la presunción de que el buen sentido (que por lo demás suele faltar con bastante frecuencia) pueda suplir la falta de una preparación seria; el convencimiento de que los formalismos jurídicos son inútiles y, aún más, perjudiciales, son todos coeficientes, entre otros, de la imperfección técnica de los ordenamientos de que hablamos. Lo que es tanto más grave cuanto que ellos requerirán, por las dificultades que presentan, competencias muy superiores a las normales. En efecto, con ellos no sólo se deben resolver problemas distintos de aquellos comunes de los tiempos tranquilos, sino que se trata de ordenamientos que se deben, por así decirlo, acuñar en las viejas instituciones que aún sobreviven, ya que de otro modo no podrían funcionar y permanecerían aislados, sin ningún apoyo. Mientras el nuevo edificio no esté completo del todo, será necesario usar en parte el antiguo, y la adaptación gradual del primero, que se viene poco a poco formando, con el segundo, que poco a poco se va extinguiendo, es una ardua empresa, que muy pocas veces puede ser llevada a feliz término por aquellos que la asumen sin tener una adecuada conciencia de sus dificultades y de su delicadeza".

IV. LA REVOLUCION TRIUNFANTE COMO HECHO CREADOR DE DERECHO DE ACUERDO CON EL DERECHO INTERNACIONAL

Al determinar la razón de validez de los ordenamientos jurídicos nacionales, el Derecho Internacional regula la creación del Derecho Nacional. Esto queda de manifiesto en el caso de la revolución triunfante.

"Si una monarquía es transformada en república por una revolución popular, o una república en monarquía por un coup d'état del presidente, y el nuevo gobierno es capaz de mantener la nueva Constitución de manera eficaz, entonces ese gobierno y esa Constitución representan, de acuerdo con el Derecho Internacional, el gobierno legítimo y la Constitución válida del Estado. Por esta razón hemos afirmado, en una conexión distinta, que la revolución victoriosa y el coup

d'état que tiene éxito son, de acuerdo con el principio internacional, hechos creadores de Derecho. Suponer que la continuidad del Derecho Nacional o —lo que equivale a lo mismo— la identidad del Estado no es afectada por una revolución o un coup d'état, en cuanto el territorio y la población en términos generales permanecen los mismos, sólo es posible si se presupone la existencia de una norma internacional que reconoce a la revolución victoriosa y al golpe de Estado coronado por el éxito como métodos legales de alteración de la Constitución. Ningún jurista duda, por ejemplo, de que desde el punto de vista legal el Estado ruso que existió bajo la Constitución zarista y el que ahora existe bajo la Constitución bolcheviquista y bajo el nuevo nombre de U.R.S.S., sean el mismo Estado. Pero esta interpretación no es posible si, ignorando el Derecho Internacional, no vamos más allá de la Constitución rusa, tal como existe en un determinado momento. En tal hipótesis, la continuidad del orden jurídico y la identidad del Estado ruso resultarían ininteligibles. Si la situación se juzga desde este punto de vista, el Estado y su orden jurídico sólo permanecen los mismos en cuanto la Constitución permanece intacta o es cambiada de acuerdo con sus propios preceptos. Por esta razón Aristóteles enseña "que cuando la Constitución cambia su carácter y se vuelve diferente, el Estado no es ya el mismo" (Aristóteles. Política. Libro III. 1276 b)" [7].

Según Hans Kelsen, "Si el Derecho de un Estado pierde su eficacia porque en lugar de la ideología hasta entonces dominante triunfa una ideología nueva —por ejemplo, en caso de revolución—, entonces comienza, con arreglo al Derecho Internacional, la validez del contenido de la nueva ideología, que posee la eficacia necesaria. Es una norma de Derecho Internacional, universalmente admitida, que la revolución triunfante o el usurpador victorioso se convierten en poder legítimo. Si "revolución" significa tanto como ruptura de la continuidad jurídica; si el concepto de revolución debe expresar que el orden jurídico interno no ha variado con arreglo a su ley inmanente, sino que ha sido sustituido por un orden distinto que no puede derivar del primero con arreglo a las determinaciones de éste relativas a la modificación de las normas: todo esto significa —partiendo del punto de vista del primado del orden jurídico internacional—, no que la mutación carezca de ley, sino que no se ha verificado con arreglo a la ley del orden jurídico interno, sino según una ley de grado superior, según una ley del Derecho Internacional; así que la continuidad jurídica no se ha interrumpido más que relativamente y, en realidad, ha quedado asegurada, al mismo tiempo que se ha mantenido también, en el ámbito temporal, la unidad del sistema jurídico. De este modo se evita la idea de un caos de etapas jurídicas sucesivas, sin el enlace de una ley jurídica común; pero desde el punto de vista del primado del orden jurídico estatal, no hay ninguna vía que ponga en comunicación el Derecho vigente con anterioridad, desplazado por una revolución, es

[7] HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Págs. 438 y 439.

decir, por una ruptura del Derecho, con el nuevo orden estatal creado mediante ese procedimiento" [8].

V. LA REVOLUCION COMUNISTA

No podríamos terminar este capítulo sin antes referirnos a la Revolución Comunista. Ello porque la revolución que se inspira en los postulados del marxismo-leninismo, junto con constituir uno de los fenómenos destacados de nuestro tiempo, es la que plantea —teórica y prácticamente— la sustitución más radical de nuestras formas de organización económica, social y política.

Ella importa, desde el punto de vista del Derecho, una consideración global, que sólo dejaremos planteada, sin desarrollarla en toda su amplitud.

Otras revoluciones anteriores, que dieron su sello a largos períodos históricos, a grandes épocas, fueron movimientos que encontraron pleno desarrollo inicialmente en la esfera de la vida económica. Sobre la base del desenvolvimiento de nuevas formas económicas se sustentaban los nuevos grupos sociales que encarnaban la idea del progreso. El desarrollo en la economía y el comercio posibilitó, por ejemplo, primero el salto desde el feudo a los burgos, y luego, en virtud del progreso en las técnicas de producción y la extensión de la economía monetaria, desde la producción artesanal a las grandes concentraciones fabriles. La Revolución Industrial, con su inmenso despliegue de radicales innovaciones en las formas de producción, daba sustento a un poderoso grupo social que se abría paso hacia el futuro. Pero ni la Revolución Industrial ni la creciente expansión de las formas económicas capitalistas fueron producto directo de revoluciones políticas que transformaran el ordenamiento estatal en favor de los nuevos grupos. Más bien —la historia nos enseña— las revoluciones políticas que darían cima a la nueva realidad social y económica fueron producto de la necesidad de adecuar a estas nuevas realidades las formas políticas que le eran específicas: la configuración democrática de los Estados. No debe extrañar, por tanto, que el atraso relativo en el desarrollo del capitalismo alemán, por ejemplo, se expresara en un cierto retraso también en el desarrollo de sus formas estatales democráticas y nacionales. Queremos decir, con esto, que los cambios operados en la esfera política, en lo que tiene que ver con el surgimiento de una nueva época a partir de cambios radicales en las formas de vida, determinaron las transformaciones en las formas económicas, que devenían evolutivas.

Las revoluciones de nuestro tiempo que han alterado radicalmente los ordenamientos vigentes —como las revoluciones comunistas— se han planteado de un modo enteramente distinto. Por un lado, ellas han actuado principalmente sobre y a partir de la esfera política para impulsar las transformaciones en todos los órdenes de la vida.

[8] HANS KELSEN. *Teoría General del Estado*. Págs. 167 y 168.

Por otro lado, y en concordancia con lo anterior, no han sido el resultado de sucesivos saltos evolutivos sino, al contrario, han derivado de la acción consciente y planeada que se proponía transformaciones sustanciales a partir de la satisfacción del objetivo explícitamente formulado del acceso al poder.

La situación y evolución del Derecho frente a la revolución son distintas en el presente que en el pasado. Esta también por esto que tiene sentido el estudio de la Revolución Comunista, como uno de los tipos más radicales de revolución de nuestro tiempo.

La teoría marxista es revolucionaria y se fundamenta en el materialismo histórico, en el que ocupa un lugar principal el concepto de lucha de clases.

El materialismo histórico es una teoría explicativa de la historia que asigna, en el proceso del desenvolvimiento social, un papel esencial a la estructura de las fuerzas productivas. Para él, la sociedad se funda en el hecho de la producción. Esta, como transformación permanente de la naturaleza, constituye la actividad humana por excelencia. En el desarrollo de la producción así entendida, los hombres establecen relaciones sociales de producción que constituyen la estructura básica de la sociedad. Sobre esta estructura se levantan los fenómenos de la vida política, jurídica, moral, religiosa, etc., como superestructuras determinadas (que, sin embargo, en el proceso de desarrollo histórico entran en relaciones de determinación recíproca en que la determinación, en última instancia, está dada por la estructura básica de las relaciones de producción). De acuerdo con esta teoría materialista, el móvil esencial y decisivo de la historia de la humanidad es la producción y reproducción de las condiciones materiales de vida.

El proceso de desarrollo histórico es progresivo, hacia formas superiores de vida. A medida que se desarrollan las fuerzas productivas, ellas entran en contradicción con las relaciones históricas de producción; contradicción que se expresa en el antagonismo entre las clases sociales que encarnan esas relaciones. Este hecho lo explica Carlos Marx (1818-1883) diciendo que "en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de esas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia. Al llegar a una determinada fase de desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que la

expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí. De formas de desarrollo de las fuerzas productivas, estas relaciones se convierten en trabas suyas. Y se abre así una época de revolución social. Al cambiar la base económica, se revoluciona, más o menos rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella. Cuando se estudian esas revoluciones, hay que distinguir siempre entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de producción, que pueden apreciarse con la exactitud propia de las ciencias naturales, y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y luchan por resolverlo. Y del mismo modo que no podemos juzgar a un individuo por lo que él piensa de sí, no podemos juzgar tampoco a estas épocas de revolución por su conciencia, sino que, por el contrario, hay que explicarse esta conciencia por las contradicciones de la vida material, por el conflicto existente entre las fuerzas productivas sociales y las relaciones de producción. Ninguna formación social desaparece antes de que se desarrollen todas las fuerzas productivas que caben dentro de ella, y jamás aparecen nuevas y más altas relaciones de producción antes de que las condiciones materiales para su existencia hayan madurado en el seno de la propia sociedad antigua" [9].

Es consustancial al materialismo histórico la teoría de la lucha de clases.

Para el materialismo dialéctico, la realidad es intrínsecamente contradictoria, y del choque de fuerzas opuestas nace el movimiento, que constituye la esencia misma del ser.

En el seno de las sociedades, estos elementos de oposición son las clases, y ello porque el vínculo clasista es el más profundo de los lazos humanos, ya que se constituye teniendo como determinante el papel que ocupan los hombres en relación a la producción.

Las clases sociales son esencialmente, y no pueden dejar de serlo, contradictorias; y por ello, la constante lucha en que se encuentran, que ha existido durante toda la evolución de la historia, constituyendo la más profunda que conoce la humanidad.

"La historia de todas las sociedades hasta nuestros días es la historia de las luchas de clases".

"Hombres libres y esclavos, patricios y plebeyos, señores y siervos, maestros y oficiales, en una palabra: opresores y oprimidos, se enfrentaron siempre, mantuvieron una lucha constante, velada unas veces y otras franca y abierta; lucha que terminó siempre con la transformación revolucionaria de toda la sociedad o el hundimiento de las clases en pugna".

"En las anteriores épocas históricas encontramos casi por todas partes una completa diferenciación de la sociedad en diversos estamentos, una múltiple escala gradual de condiciones sociales. En la an-

[9] CARLOS MARX. *Prólogo de la contribución a la crítica de la Economía Política*. Obras Escogidas, págs. 182 y 183.

tigua Roma hallamos patricios, caballeros, plebeyos y esclavos; en la Edad Media, señores feudales, vasallos, maestros, oficiales y siervos, y, además, en casi todas estas clases todavía encontramos gradaciones especiales".

"La moderna sociedad burguesa, que ha salido de entre las ruinas de la sociedad feudal, no ha abolido las contradicciones de clase. Unicamente ha sustituido las viejas clases, las viejas condiciones de opresión, las viejas formas de lucha por otras nuevas".

"Nuestra época, la época de la burguesía, se distingue, sin embargo, por haber simplificado las contradicciones de clase. Toda la sociedad va dividiéndose, cada vez más, en dos grandes campos enemigos, en dos grandes clases, que se enfrentan directamente: la burguesía y el proletariado" [10].

Carlos Marx afirmó que "ninguna formación social desaparece antes que se desarrollen todas las fuerzas productivas que caben dentro de ella, y jamás aparecen nuevas y más altas relaciones de producción antes de que las condiciones materiales para su existencia hayan madurado en el seno de la propia sociedad antigua" [11]. El capitalismo, según Marx, ha llevado las fuerzas productivas al más alto grado de desarrollo que cabe dentro de él, haciéndolas profundamente contradictorias con las relaciones sociales de producción. Es la contradicción entre las formas sociales de producción y las formas individuales de apropiación. Al mismo tiempo señala que en el capitalismo se han desarrollado ya las condiciones materiales que anticipan el paso a la nueva sociedad. La concentración de la producción y de los productores —los proletarios—, junto con la posterior concentración monopólica de la propiedad, constituyen unas de las condiciones principales. Sumadas a la polarización social desarrollada entre las principales clases sociales en medio de miserables condiciones de vida para el pueblo, hacen posible plantear el paso revolucionario de la vieja a la nueva sociedad. La revolución se hace, así, una cuestión actual.

El marxismo considera que, si bien es cierto, la lucha de clases ha sido la ley de la historia, no debe serlo siempre y en la nueva sociedad ella será abolida, no por la simple voluntad de las masas, sino por el advenimiento de nuevas condiciones económicas, en que la existencia de cualquiera clase dominante será un anacronismo. En esta forma, las clases desaparecerán históricamente, como surgieron.

"El primer paso de la revolución obrera es la elevación del proletariado a clase dominante, la conquista de la democracia".

"El proletariado se valdrá de su dominación política para ir arrancando gradualmente a la burguesía todo el capital, para centralizar todos los instrumentos de producción en manos del Estado, es decir,

[10] Carlos Marx y Federico Engels. *El Manifiesto Comunista*. Obras Escogidas, Págs. 32 y 33.

[11] Carlos Marx. *Prólogo de la contribución a la crítica de la Economía Política*. Obras Escogidas. Pág. 183.

del proletariado organizado como clase dominante, y para aumentar con la mayor rapidez la suma de las fuerzas productivas".

"Esto, naturalmente, no podrá cumplirse al principio más que por una violación despótica del Derecho de Propiedad y de las relaciones burguesas de producción, es decir, por la adopción de medidas que desde el punto de vista económico parecerán insuficientes e insostenibles, pero que en el curso del movimiento se sobrepasarán a sí mismas y serán indispensables como medio para transformar radicalmente todo el modo de producción".

"Estas medidas, naturalmente, serán diferentes en los diversos países".

"Sin embargo, en los países más avanzados podrán ser puestas en práctica casi en todas partes las siguientes medidas:

"1. Expropiación de la propiedad territorial y empleo de la renta de la tierra para los gastos del Estado.

"2. Fuerte impuesto progresivo.

"3. Abolición del Derecho de Herencia.

"4. Confiscación de la propiedad de todos los emigrados y sediciosos.

"5. Centralización del crédito en manos del Estado por medio de un Banco Nacional con capital del Estado y monopolio exclusivo.

"6. Centralización en manos del Estado de todos los medios de transporte.

"7. Multiplicación de las empresas fabriles pertenecientes al Estado y de los instrumentos de producción, roturación de los terrenos no cultivados y mejoramiento de las tierras, según un plan general.

"8. Obligación de trabajar para todos; organización de ejércitos industriales, particularmente para la agricultura.

"9. Combinación de la agricultura y la industria; medidas encaminadas a hacer desaparecer gradualmente la diferencia entre la ciudad y el campo.

"10. Educación pública y gratuita de todos los niños; abolición del trabajo de éstos en las fábricas tal como se practica hoy, régimen de educación combinado con la producción material, etc.

"Una vez que en el curso del desarrollo hayan desaparecido las diferencias de clase y se haya concentrado toda la producción en manos de los individuos asociados, el poder público perderá su carácter político. El poder político, hablando propiamente, es la violencia organizada de una clase para la opresión de otra. Si en la lucha contra la burguesía el proletariado se constituye indefectiblemente en clase; si mediante la revolución se convierte en clase dominante y, en cuanto clase dominante, suprime por la fuerza las viejas relaciones de producción, suprime, al mismo tiempo que estas relaciones de producción, las condiciones para la existencia del antagonismo de clase y de las clases en general, y, por tanto, su propia dominación como clase".

"En sustitución de la antigua sociedad burguesa, con sus clases y sus antagonismos de clase, surgirá una asociación en que el libre de-

senvolvimiento de cada uno será la condición del libre desenvolvimiento de todos" [12].

"Los comunistas consideran indigno ocultar sus ideas y propósitos. Proclaman abiertamente que sus objetivos sólo pueden ser alcanzados derrocando por la violencia todo el orden social existente. Las clases dominantes pueden temblar ante una Revolución Comunista. Los proletarios no tienen nada que perder en ella más que sus cadenas. Tienen, en cambio, un mundo que ganar. ¡Proletarios de todos los países, uníos!" [13].

Como afirma Federico Engels (1820-1895) "el proletariado toma el Poder estatal y comienza por convertir los medios de producción en propiedad del Estado. Pero con este acto se destruye a sí mismo como proletariado y destruye toda diferencia y todo antagonismo de clase y, con ello mismo, el Estado como tal. La sociedad, que se ha movido hasta ahora entre antagonismos de clase, ha tenido necesidad del Estado, o sea, de una organización de la clase explotadora para mantener las condiciones exteriores de producción, y por tanto, particularmente, para mantener por la fuerza a la clase explotada en las condiciones de opresión (la esclavitud, la servidumbre, el trabajo asalariado), determinadas por el modo de producción existente. El Estado era el representante oficial de toda la sociedad, su síntesis en una corporación visible; pero lo era tan sólo como Estado de la clase que en su época representaba a toda la sociedad: en la antigüedad era el Estado de los ciudadanos esclavistas; en la Edad Media, el de la nobleza feudal; en nuestros tiempos, es el de la burguesía. Cuando el Estado se convierta finalmente en representante efectivo de toda la sociedad, será por sí mismo superfluo. Cuando ya no exista ninguna clase social a la que haya que mantener en la opresión; cuando desaparezcan, junto con la dominación de clase, junto con la lucha por la existencia individual, engendrada por la actual anarquía de la producción, los choques y los excesos resultantes de esta lucha, no habrá ya nada que reprimir ni hará falta, por tanto, esa fuerza especial de represión, el Estado. El primer acto en que el Estado se manifiesta efectivamente como representante de toda la sociedad —la toma de posesión de los medios de producción en nombre de la sociedad —es a la par su último acto independiente como Estado. La intervención del Poder estatal en las relaciones sociales se hará superflua en un campo tras otro y se adormecerá por sí misma. El gobierno sobre las personas será sustituido por la administración de las cosas y por la dirección de los procesos de producción. El Estado no será "abolido": se extinguirá" [14].

Vladimir Ilich Lenin afirma que el Estado burgués "no puede sustituirse por el Estado proletario (por la dictadura del proletariado) mediante la "extinción", sino, sólo, como regla general, mediante la

[12] Carlos Marx y Federico Engels. *El Manifiesto Comunista.* Obras escogidas. Págs. 49 y 50.

[13] Carlos Marx y Federico Engels. *El Manifiesto Comunista.* Obras escogidas. Pág. 60.

[14] Federico Engels. *Anti-Düring.* Págs. 301-303.

revolución violenta. El panegírico que dedica Engels a ésta y que coincide plenamente con reiteradas manifestaciones de Marx (recordemos el final de Miseria de la Filosofía y del Manifiesto Comunista con la declaración orgullosa y franca sobre el carácter inevitable de la revolución violenta; recordemos la crítica del Programa de Gotha de 1875, cuando ya habían pasado casi treinta años, en la que Marx fustiga implacablemente el oportunismo de este Programa), dicho panegírico no tiene nada de "apasionamiento", ni de declamación, ni de salida polémica de tono. La necesidad de educar sistemáticamente a las masas en esta, precisamente en esta idea de la revolución violenta, constituye la base de toda la doctrina de Marx y Engels" [15].

En otra parte de su obra "El Estado y la Revolución" afirma Vladimir Ilich Lenin: "Nosotros nos proponemos como meta final la destrucción del Estado, es decir, de toda violencia organizada y sistemática, de toda violencia sobre los hombres en general. No esperamos el advenimiento de un orden social en el que no se acate el principio de la subordinación de la minoría a la mayoría. Pero, aspirando al socialismo, estamos persuadidos de que éste se convertirá gradualmente en comunismo, y en relación con esto desaparecerá toda necesidad de violencia sobre los hombres en general, toda necesidad de subordinación de unos hombres a otros, de una parte de la población a otra, pues los hombres se habituarán a observar las reglas elementales de la convivencia social sin violencia y sin subordinación" [16].

Entre la sociedad capitalista y la comunista media el período de dictadura revolucionaria del proletariado.

Lenin definió con precisión lo que entendía por dictadura del proletariado, diciendo: "La dictadura del proletariado, si traducimos esta expresión latina, científica, histórico-filosófica, a un lenguaje más sencillo, significa lo siguiente: Sólo una clase determinada, a saber, los obreros urbanos y en general los obreros fabriles, los obreros industrirales, está en condiciones de dirigir a toda la masa de trabajadores y explotados en la lucha por derrocar el yugo del capital, en el proceso mismo de su derrocamiento, en la lucha por mantener y consolidar el triunfo, en la creación del nuevo régimen social, del régimen socialista, en toda la lucha por la supresión completa de las clases" [17].

Destacaba así tres aspectos principales de este tipo de dictadura. El primero es que se trata de la dictadura de una clase organizada y consciente. No es una dictadura de caudillos ni de tiranos.

El segundo aspecto que destaca es su función de opresión hacia los explotadores, dando lugar al papel de la violencia. Reconoce que la violencia, como violencia organizada del Estado clasista, juega un papel importante en la consolidación del nuevo poder frente a los embates de las viejas clases. A diferencia de la hipocresía de los

[15] VLADIMIR ILICH LENIN. *El Estado y la Revolución.* Obras Escogidas. Tomo II. Págs. 310 y 311.

[16] VLADIMIR ILICH LENIN. *El Estado y la Revolución.* Obras Escogidas. Tomo II. Pág. 358.

[17] VLADIMIR ILICH LENIN. *Obras Escogidas.* Tomo III. Pág. 231.

Estados burgueses —afirmaba Lenin—, el Estado proletario admite su función represiva aunque se trate ahora de la represión de la mayoría sobre la minoría. Y este carácter de la dictadura sólo tiene una función histórica, temporal. Lenin ha dicho al respecto que "en nuestro ideal no hay lugar para la violencia sobre los individuos... Todo el desarrollo lleva a la supresión de la dominación violenta de una parte de la sociedad sobre otra" [18].

El tercer aspecto fundamental destacado es el de la actividad creadora y constructiva del Estado volcada sobre la tarea de transformar toda la economía y el modo de vida político-social a partir de los principios socialistas. Constituido el nuevo poder, tiene ante sí intacta la ordenación económica y política que se propone sustituir. De allí la inmensa tarea, radicalmente transformadora, que pesa sobre la dictadura del proletariado, y que se centra en la democratización de toda la vida económica, social y política, aunque ésta sea todavía una democratización para la mayoría y no para toda la sociedad.

Esta labor represiva y constructiva del Estado proletario es facilitada por la organización de la clase obrera y el pueblo, y por el papel dirigente del Partido de la Revolución. "Lo que precisamente da más fuerza a la dictadura del proletariado es que toda su labor se basa en una voluntad única, es orientada por el Partido según una idea única. Apoyándose en la teoría del marxismo-leninismo y en el estudio de las condiciones concretas, el Partido traza la línea política en todas las esferas de la construcción socialista —economía, administración, ejército, educación, política exterior— y dirige su aplicación en la práctica".

"Después de que la resistencia de las clases derribadas ha sido vencida y que el poder se ha consolidado, la labor principal del Partido es el trabajo de organización, sobre todo en el terreno de la construcción económica" [19].

El Partido, que ha jugado un papel principal en la lucha del proletariado por alcanzar el poder, asume en la dictadura del proletariado no sólo el papel conductor de la lucha política y activista, sino el de dirigente de toda la labor de construcción de las nuevas formas económicas y políticas. Esto queda de manifiesto en los países que desarrollan la construcción socialista. Por ejemplo, en la URSS, la Constitución promulgada en 1936 dio estatuto legal al Partido Comunista. El artículo 126 de esa Constitución, luego de señalar los diferentes tipos de organización a que pueden pertenecer los ciudadanos, termina diciendo: "los ciudadanos más activos y conscientes de la clase obrera, de los campesinos, trabajadores y de los intelectuales se agrupan voluntariamente en el Partido Comunista de la Unión Soviética, que es la vanguardia de los trabajadores en su lucha por la construcción de la sociedad comunista y que representa el núcleo dirigente de todas las organizaciones de los trabajadores, tanto sociales como del Estado".

[18] VLADIMIR ILICH LENIN. *Obras Escogidas*. Tomo 23. Pág. 57.
[19] OTTO V. KUUSINEN y otros. "Manual de Marxismo-Leninismo". Pág. 505.

"Pero —según Lenin— la dictadura del proletariado, es decir, la organización de la vanguardia de los oprimidos en clase dominante para aplastar a los opresores, no puede conducir únicamente a la simple ampliación de la democracia. A la par con la enorme ampliación de la democracia, que se convierte por vez primera en democracia para los pobres, en democracia para el pueblo, y no en democracia para los ricos, la dictadura del proletariado implica una serie de restricciones impuestas a la libertad de los opresores, de los explotadores, de los capitalistas. Debemos reprimir a éstos para liberar a la humanidad de la esclavitud asalariada; hay que vencer por la fuerza su resistencia, y es evidente que allí donde hay represión hay violencia, no hay libertad ni democracia".

"Engels lo expresaba magníficamente en la carta a Bebel, al decir, como recordará el lector, que "mientras el proletariado necesite todavía el Estado, no lo necesitará en interés de la libertad, sino para someter a sus adversarios, y tan pronto como pueda hablarse de libertad, el Estado como tal dejará de existir".

"Democracia para la mayoría gigantesca del pueblo y represión por la fuerza, o sea, exclusión de la democracia para los explotadores, para los opresores del pueblo: he ahí la modificación que sufrirá la democracia en la transición del capitalismo al comunismo".

"Sólo en la sociedad comunista, cuando se haya roto ya definitivamente la resistencia de los capitalistas, cuando hayan desaparecido los capitalistas, cuando no haya clases (es decir, cuando no existan diferencias entre los miembros de la sociedad por su relación hacia los medios sociales de producción), sólo entonces "desaparecerá el Estado y podrá hablarse de libertad". Sólo entonces será posible y se hará realidad una democracia verdaderamente completa, una democracia que no implique, en efecto, ninguna restricción. Y sólo entonces comenzará a extinguirse la democracia, por la sencilla razón de que los hombres, liberados de la esclavitud capitalista, de los innumerables horrores, bestialidades, absurdos y vilezas de la explotación capitalista, se habituarán poco a poco a observar las reglas elementales de convivencia, conocidas a lo largo de los siglos y repetidas desde hace miles de años en todos los preceptos; a observarlas sin violencia, sin coacción, sin subordinación, sin ese aparato especial de coacción que se llama Estado" [20].

Luego continúa Vladimir Ilich Lenin: "Esta sociedad comunista, que acaba de salir de la entraña del capitalismo y que lleva en todos sus aspectos el sello de la sociedad antigua, es la que Marx llama "primera" fase o fase inferior de la sociedad comunista".

"Aquí —dice Marx— nos hallamos, efectivamente, ante un "derecho igual", pero es todavía "un derecho burgués", que, como todo derecho, presupone la desigualdad. Todo derecho significa la aplicación de un rasero igual a hombres distintos, que en realidad no son idénticos, no son iguales entre sí; por tanto, el "derecho igual" constituye

[20] Vladimir Ilich Lenin. *El Estado y la Revolución*. Obras Escogidas. Tomo II. Págs. 363 y 364.

una infracción de la igualdad y una injusticia. En realidad cada cual obtiene, si ejecuta una parte de trabajo social igual que el otro, la misma parte del producto social (después de hechas las deducciones indicadas".

"Por consiguiente, la primera fase del comunismo no puede proporcionar todavía justicia ni igualdad: subsisten las diferencias de riqueza, diferencias injustas; pero quedará descartada ya la explotación del hombre por el hombre, puesto que no será posible apoderarse, a título de propiedad privada, de los medios de producción, de las fábricas, las máquinas, la tierra, etc. Pulverizando la frase confusa y pequeñoburguesa de Lassalle sobre la "igualdad" y la "justicia" en general, Marx señala el curso de desarrollo de la sociedad comunista, que se verá obligada a destruir primeramente tan sólo aquella "injusticia" que consiste en la usurpación de los medios de producción por individuos aislados, pero que no estará en condiciones de destruir de golpe también la otra injusticia, consistente en la distribución de los artículos de consumo "según el trabajo" (y no según las necesidades)".

"Así, pues, en la primera fase de la sociedad comunista (a la que suele darse el nombre de socialismo) el "Derecho Burgués" no se suprime por completo, sino sólo en parte, sólo en la medida de la transformación económica ya alcanzada, es decir, sólo en lo que se refiere a los medios de producción. El "Derecho Burgués" reconoce la propiedad privada de los individuos sobre los medios de producción. El socialismo los convierte en propiedad común. En este sentido —y sólo en este sentido— desaparece el "Derecho Burgués".

"Pero el Estado no se ha extinguido todavía del todo, pues persiste aún la protección del "Derecho Burgués", que sanciona la desigualdad efectiva. Para que el Estado se extinga por completo hace falta el comunismo completo".

Marx prosigue: "...En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo y, con ella, el contraste entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital; cuando, con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y fluyan con todo su caudal los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: "De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según sus necesidades".

Al respecto señala Vladimir Ilich Lenin: "El Estado podrá extinguirse por completo cuando la sociedad ponga en práctica la regla: "De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según sus necesidades"; es decir, cuando los hombres estén ya tan habituados a observar las normas fundamentales de la convivencia y cuando su trabajo sea tan productivo, que trabajen voluntariamente según su capacidad. El "estrecho horizonte del Derecho Burgués", que obliga a calcular con

el rigor de un Shylock para no trabajar ni media hora más que otro y para no percibir menos salario que otro, este estrecho horizonte quedará entonces rebasado. La distribución de los productos no requerirá entonces que la sociedad regule la cantidad de ellos que reciba cada uno; todo hombre podrá tomar libremente lo que cumpla a "sus necesidades" [21].

En suma, la revolución comunista —fundamentada en la teoría marxista— propone el desarrollo hacia la sociedad comunista, cuyo rasgo principal es la desaparición de las clases como consecuencia de la desaparición de determinadas relaciones de producción. De esta manera, también la extinción del Estado como instrumento de dominación de una clase sobre otras, es una proposición comunista.

Entre el capitalismo y el comunismo media, sin embargo, un período de transición expresado en la sociedad socialista. Su rasgo político principal está dado por la existencia de un Estado de nuevo tipo, la dictadura del proletariado, entendida como democracia para la "mayoría gigantesca" y represión para los "opresores del pueblo". Junto a esto, será distintivo de la sociedad socialista un rasgo democrático general basado en la propiedad social de los medios de producción.

El fundamento de clase de la revolución comunista ha quedado de manifiesto. El proletariado es, en el capitalismo, la clase revolucionaria por excelencia, la que lleva en su seno el germen de la nueva sociedad, la que nada tiene que perder en la revolución. Es la clase que aspira a asumir la representación de toda la sociedad.

Hemos fundamentado la incorporación del tema de la revolución comunista desde uno de los puntos de vista generales que interesan al Derecho. Posteriormente expusimos su base teórica en la interpretación marxista de la historia e hicimos referencia específica a la idea comunista de la revolución, incorporando los aportes posteriores de V. I. Lenin. Hemos intentado exponer fielmente las ideas de los autores, omitiendo nuestros juicios y opiniones. Creemos haber hecho bien, desde el punto de vista del interés pedagógico y cultural, al tratar este tema que se refiere a un fenómeno de importancia. Un vasto sector de la humanidad y un gran número de países, que influyen en el curso de la historia, han experimentado el tránsito por la revolución comunista. No podríamos nosotros, entonces, desentendernos de ello.

VI. LA REVOLUCION COMUNITARIA

Una corriente de pensamiento, inspirada en la Biblia, los Padres de la Iglesia Católica y los Sumos Pontífices, que ha tenido gran influencia en la época contemporánea, y cuyas figuras más representativas son León Bloy (1846-1917), Charles Peguy (1873-1914), Jacques Maritain (1882-1973), Emmanuel Mounier (1905-1950) y Luigi Sturzo

[21] VLADIMIR ILICH LENIN. *El Estado y la Revolución*. Obras Completas. Tomo II. Págs. 366 a 371.

(1871-1954) en Europa; y Monseñor Manuel Larraín, Tristán de Athayde, Lino Rodríguez Arias y Jaime Castillo Velasco, en América Latina, ha desarrollado la concepción de una Revolución Comunitaria.

La esencia de esta concepción está en el pensamiento de San Pablo: "En cuanto a vosotros no es eso lo que habéis aprendido en la escuela de Jesucristo, pues en ella habéis oído predicar, y aprendido, según la verdad de su doctrina, a desnudaros del hombre viejo, según el cual habéis vivido en vuestra vida pasada, el cual se vicia siguiendo la ilusión de las pasiones. Renovaos, pues, ahora en el espíritu de vuestra mente, y revestíos del hombre nuevo, que ha sido criado conforme a la imagen de Dios en justicia y santidad verdadera" [22].

Charles Peguy afirma esta misma idea cuando expresa: "La revolución será moral o no existirá".

Un pensamiento semejante es el de Emmanuel Mounier: "Sólo se pide a los cristianos que sean auténticos. Esto es, verdaderamente, la revolución".

Los fundamentos teóricos de la Revolución Comunitaria han sido expuestos con gran precisión por Jaime Castillo Velasco.

1. PENSAMIENTO TEÓRICO Y REALIDAD OBJETIVA. "La filosofía personalista y comunitaria contiene una filosofía de la historia. La historia, afirmamos nosotros, no es un proceso hecho desde fuera de las capacidades de creación del ser humano. Por eso mismo, nunca hay un proceso en marcha que escapa totalmente a la voluntad organizada de los grupos humanos. Existe, sin duda, un condicionamiento de nuestro comportamiento de hombres: condicionamiento biológico, económico y social; pero hay, según el concepto cristiano de la historia, un chispazo creador en el ser humano. Cuando se dice, por tanto, que un proceso histórico, (por ejemplo, la marcha hacia el socialismo) es inevitable, sólo se quiere decir que la naturaleza humana, la profundidad de la conciencia humana de nuestros tiempos pide la reforma o sustitución de la sociedad individualista en que vivimos. Pero no se quiere decir que el devenir ya no nos pertenece y que sólo nos resta adherir a algo que vendrá".

"Por esta causa, debemos, me parece a mí, evitar las afirmaciones en el sentido de que el hombre cristiano tiene que limitarse a aceptar un proceso en marcha, so pena de quedar fuera de la historia. Lo que el cristiano debe hacer, a mi juicio, es comprender, sin duda, la base condicionante de los acontecimientos hacia la socialización, y poner su voluntad y su inteligencia para crear un mundo humanizado y no deshumanizado, como pudiera resultar si los cristianos dejan de actuar. No hay pues un proceso objetivo absolutamente independiente del hombre. Lo que hay, son resultados posibles que el hombre puede alcanzar humanizando la vida real de las sociedades de nuestros tiempos o puede dejar que ellas se deshumanicen. El hombre de acción nunca está fuera de la historia, a poco que comprenda lo que la con-

[22] SAN PABLO. *Carta a los Efesios*, 4, 20 a 24.

ciencia moral y social de su tiempo piden como forma de acción política. El fatalismo histórico es la negación de la política, y el fatalismo da como hecho inevitable la deshumanización. Eso es, me parece, un crimen. En otras palabras, sólo habrá socialización humanista si hay los hombres capaces de incorporar a la vida histórica los valores humanos. No hay revolución verdadera que se realice a pesar o en contra de los cristianos verdaderos".

2. DEMOCRACIA Y COMUNITARISMO. "En los párrafos anteriores, intencionalmente he hablado de la democracia como intercambiable con la sociedad comunitaria. Lo he hecho así, porque el análisis de las instituciones políticas de la sociedad comunitaria nos obliga a determinar nuestra relación con las actuales instituciones democráticas".

"Resumo mis puntos de vista sobre esta relación democracia-comunitarismo en la siguiente forma:

"Las instituciones políticas de una sociedad comunitaria son las de la democracia. La democracia es un gobierno del pueblo. El pueblo, bajo una sociedad comunitaria, estaría organizado. Las instituciones de un pueblo organizado son democráticas".

"La noción de derechos de la persona rige pues toda la estructura política. Eso importa una distribución de funciones, derechos y responsabilidades que son los mismos en la sociedad comunitaria y en una sociedad verdaderamente democrática. Pero, como hemos dicho ya, la democracia real, la democracia histórica está, en el hecho, limitada por una concepción individualista de la vida o por una concepción totalitaria de la sociedad. En ambos casos, se produce un falseamiento de la democracia. Esto operaría de la siguiente forma:

"El individualismo, por ser una reacción contra el poder del Estado, defiende en cierta medida los derechos del hombre, pero tiende a limitarlos según el interés social de las clases dominantes en la sociedad económica (capitalismo), que ha surgido de ese individualismo. La posibilidad de significación democrática que allí puede haber, y que sin duda existe en parte, destaca los derechos políticos de los ciudadanos, no suficientemente sin embargo, y alterados por los valores individualistas vigentes. Este mismo individualismo tiende a omitir los derechos de tipo social".

"Por otro lado, el totalitarismo, por ser una reacción contra el poder de minorías económicas, defiende, en cierta medida otra vez, los derechos del hombre social, (es decir, de la sociedad), frente a los individuos, pero tiende también a limitarlos al interés de las nuevas estructuras de clases dominantes en la sociedad económica, (colectivismo estatista), que ha surgido de ese totalitarismo".

"La base de significación democrática que también existe, y que hay que reconocer en esa sociedad, destaca sólo los derechos del Estado y los altera según los valores totalitarios vigentes. Tiende también a omitir o a conculcar los derechos políticos de los ciudadanos".

"Ante eso, el comunitarismo se asigna una tarea que se resume en cuatro puntos:

"*Primero*: Profundizar la validez, extensión y conocimiento de los derechos político-sociales que surgen de la teoría democrática y de la práctica de la democracia contemporánea".

"*Segundo*: Reexaminar la formulación democrática tradicional a fin de enriquecer y renovar las instituciones fundamentales, salvando su significación humanista, pero adecuándolas a la experiencia de los pueblos y a los nuevos problemas. Lo importante es que hay un espíritu fundamental que permite imaginar en cada caso, las soluciones más auténticamente democráticas que corresponden a la situación histórica".

"*Tercero*: El comunitarismo pide crear una fe democrática entre los ciudadanos, capaz de resolver los problemas teóricos y prácticos de los hombres que luchan por el humanismo. Aquí se plantean las situaciones a que ya me referí al hablar de la forma cómo una sociedad democrática puede defenderse contra los individualistas o totalitarios".

"*Cuarto*: El comunitarismo se asigna la tarea de vivir los ideales de la democracia en formas concretas de existencia social comunitaria. Esto significa ser humanista en un sentido integral; es decir, que el humanismo no es una teoría, ni un pensamiento abstracto, sino una realidad concreta. Y la realidad concreta no es una promesa formal de libertades o de justicia, sino que es la creación histórica de formas sociales comunitarias de existencia donde se realicen cabalmente los derechos individuales y sociales de todos".

3. PROBLEMAS TEÓRICOS Y POLÍTICOS QUE DEBEN SER ESCLARECIDOS. "Creo que hay necesidad absoluta de formular algunos esclarecimientos sobre problemas teóricos y prácticos, que constantemente se suscitan y a los cuales se refieren las discusiones de todos los días. Problemas que se presentan en nuestra doctrina, relaciones y comparaciones con regímenes políticos diferentes a los nuestros, o con teorías y aspiraciones que chocan con lo que nosotros afirmamos como fundamental. Eso provoca constantemente una discusión. Voy a tratar de ver algunos de estos problemas y a procurar discriminar lo que en ellos hay de verdadero o falso".

a) *Democracia y Estado.* "El primero de estos problemas es el que se refiere a las relaciones de democracia y Estado. El Estado moderno, tal como es vivido en la vida real de la democracia de nuestro tiempo, no puede ser considerado ni una superestructura de opresión de clase (teoría marxista), ni tampoco como el gerente del bien común (tesis de la filosofía social inspirada en el cristianismo)".

"El Estado representa, en verdad, hoy en día, una expresión tanto de ideales democráticos como de estructuras de clase. Se puede decir que es una mezcla de tendencias teóricas y de realidades, de aspiraciones ideales y de hechos conflictivos".

"De tal manera, que las instituciones del Estado democrático son condicionadas en amplios aspectos por la lucha de clase; pero, al mismo tiempo, las democracias de nuestro tiempo superan esa lucha, a través de la realización, deficiente pero no irreal, de las aspiraciones democráticas".

"En consecuencia, el Estado democrático de hoy admite como fundada en ciertos hechos la tesis de que la clase capitalista dominante moldea la conducta del Estado; pero, al mismo tiempo, es admisible que en buena parte de su gestión, el Estado opera como aproximándose al ideal del Estado gerente del bien común".

"En caso de no ser así, no se explicaría el hecho del progreso social cumplido incluso en el período capitalista, en cuya virtud las estructuras del Estado, sus finalidades y los resultados de su obra, importan respaldar, a veces, avances de las clases populares contra las clases dominantes. Esta contradicción, esta complejidad, a que me refiero, puede ser analizada si miramos el panorama de la democracia occidental o el panorama de los países que también se llaman democráticos, del mundo comunista. Podemos sintetizarla en algunas proposiciones simultáneamente convergentes y divergentes".

"La estructura capitalista de la sociedad de clase marca una conducta del Estado hacia la condición de Estado opresivo".

"Al mismo tiempo, sin embargo, la estructura democrática lo orienta hacia una defensa organizada de los valores universales del hombre".

"Por otra parte, la estructura autoritaria del totalitarismo convierte al Estado colectivista en un nuevo órgano de clase en manos de la nueva clase dominante".

"Pero, al mismo tiempo, en esos países totalitarios, las estructuras sociales del socialismo marcan una orientación hacia las tareas de liberación popular".

"En suma, para el comunitarismo, la tarea consiste en superar este complejo de contradicciones y suprimir el carácter opresor de todo Estado contemporáneo, haciendo del Estado un auténtico órgano de la comunidad".

"El Estado ejerce, a nuestro juicio, una función dentro de la sociedad; la de administrar las cosas de orden político. No está por encima de la sociedad, esto es el totalitarismo. Tampoco es un mero supletorio de la voluntad de los ciudadanos, eso es el individualismo. Tiene sentido sólo como gerente del bien común. Es la mayor comunidad dentro de la comunidad total. No está separado del resto y no la sustituye, pero tampoco es un órgano inferior al resto de la comunidad organizada".

b) *Democracia y clase social.* "La sociedad democrática capitalista es de clases. La sociedad autoritaria colectivista de nuestro tiempo también es de clase. Una comunidad de hombres libres (comunitarismo), no es de clase. En su seno, ha desaparecido el antagonismo de las clases sociales".

"El comunitarismo, sin embargo, parte del hecho de que hoy la existencia de esa sociedad de clase es una realidad, y la rechaza por la circunstancia de ser precisamente una forma de antagonismo que no corresponde a lo que debe ser una sociedad verdaderamente humana. El comunitarismo hoy día tiene pues que utilizar todos los medios para sustituir a esta sociedad de clase por una sociedad humanizada".

"Pero debe saber también que esto se consigue a través de métodos de acción que no preparen de nuevo la desigualdad social ni estimulen la separación entre los ciudadanos. Por eso, el comunitarismo es siempre una obra moral a la vez que social y política".

c) *Democracia y cambios revolucionarios.* La democracia entendida como sociedad comunitaria, es la revolución contra las sociedades deshumanizadas, pero, bajo inspiraciones o prácticas inhumanistas, el orden democrático contemporáneo presenta las fallas a que me he referido con anterioridad. En sí, la democracia no es una forma rígida sino un proceso abierto. La afirmación sobre los derechos humanos no es estática, sino esencialmente dinámica, por cuanto la noción de derechos humanos no se fija a ningún orden dado de solución de las necesidades de los hombres".

"Toda situación material tiene sus límites. El límite es, asimismo, una falta de plenitud. Por eso se hace presente de inmediato y siempre la necesidad de abogar aquello que no satisface las exigencias profundas de la naturaleza humana. Existe pues el derecho a solucionar cualquier situación limitadora. Pero los intereses alienados del régimen de clase, sea el capitalismo o sea el colectivismo autoritario, pretenden inmovilizar a la democracia en sus actuales formas históricas. Por tanto, cada uno en su mundo, son conservadores. Una democracia verdadera (comunitarismo) será siempre revolucionaria. Siempre estará en tensión para cumplirse mejor a sí misma".

"La estructura social es pues, para una auténtica concepción de la democracia, infinitamente modificable, ante el impulso de la lucha del hombre por sus derechos, por el humanismo. Ningún cambio es antidemocrático mientras sea humano, o sea mientras respete lo que hay de amor en el hombre. Si los cambios se traducen en una repetición de las formas de existencia antihumanas, son retroceso, no son cambios revolucionarios. La revolución es la comunidad de hombres libres, la realización de formas comunitarias de vida social. Los cambios que los sirven tienen sentido; los otros pertenecen al pasado. Los cambios verdaderos no son incompatibles con los derechos de la persona humana. Lo profundo de dichos cambios es que consisten justamente en no negar sus derechos a nadie. Pero los derechos no son abstractos y, por tanto, se necesitará siempre una actitud concreta y práctica de los hombres de carne y hueso, los cuales interrelacionando los conceptos de persona, sociedad e individuo, las ideas y las necesidades, tendrán que encontrar las fórmulas históricas en cuya virtud sean respetados los derechos de la comunidad frente a los individuos deshumanizados: aquellos que no aceptan la vigencia de un interés común. Decir, en

nombre de la revolución, que es inevitable implantar la dictadura, es un camino infalible, a nuestro juicio, para mantener la regresión".

"Debemos, pues, admitir que la democracia es un instrumento para los cambios revolucionarios. Incluso más: que, sin ella, no hay cambios revolucionarios. Pero, debemos decirlo con dos agregados:

Primero, que hay situaciones críticas, donde el empleo de métodos no formalmente democráticos puede ser impuesto por las circunstancias: un ejemplo, la existencia de un despotismo intolerable. En tal caso, la orientación fundamental ha de consistir en vencer al tirano para sustituirlo por la democracia.

Segundo: que el abandono irresponsable de los métodos democráticos, para afirmar la necesidad de la violencia, denuncia siempre un espíritu totalitario deshumanizado.

"El problema, pues, no consiste en resolver abstractamente si debemos recurrir o no a los métodos de fuerza cuando no podemos ganar democráticamente, sino que el problema consiste en que somos nosotros mismos los responsables de crear las condiciones de respeto a los derechos de todos, mediante nuestra capacidad para terminar con el empleo de los métodos de nuestra legítima defensa contra las formas de injusticia o despotismo, a fin de volver a las normas de la democracia".

"Estos dos agregados representan, a mi juicio, un llamado a nuestra propia responsabilidad política. Neguemos categóricamente el recurso fácil de convertirnos en déspotas contra nuestros adversarios, como igualmente el otro recurso fácil de halagar a los déspotas de cualquier tipo. La tarea de hacer una sociedad fraternal, es totalmente una responsabilidad nuestra".

d) *Democracia y régimen burgués.* "Lo dicho con anterioridad vale para la relación entre el régimen burgués y la democracia. Nuestra tarea es librar a esta última de esa presión. Hacerlo es encontrar las instituciones políticas del comunitarismo, pero es preciso no interpretar la relación entre democracia y régimen burgués de acuerdo con un puro determinismo económico. Más allá de los marcos de la burguesía como clase, debemos admitir la capacidad de los hombres, luchando por la libertad y por la justicia, de establecer un orden jurídico político, la democracia comunitaria, que permite la acción antiburguesa, no inmovilizándonos en juicios puramente economicistas de la historia. Debemos convertir esta dificultad consistente en las resistencias de la estructura burguesa al desarrollo pleno del espíritu democrático, en un hecho político. Es decir, la tarea social consiste en implantar los derechos democráticos dentro de la comunidad entera y realizar una sociedad comunitaria como respuesta total a los problemas políticos y sociales. La democracia no viene a ser para nosotros sólo una alienación burguesa, es también un instrumento para vencer a la burguesía".

e) *Democracia y régimen totalitario.* "Otro problema, en este orden teórico-práctico que estamos mencionando, es el de la democracia y el régimen totalitario. Me parece que un criterio análogo al anterior tiende a regir la pugna entre la democracia y el totalitarismo. Aquí también hay afirmaciones polares extremas que debiéramos considerar erróneas. Es erróneo, por una parte, considerar que es posible oponer la democracia, en abstracto, al mundo comunista, en concreto, como si en todo el sector regido por las concepciones democráticas tradicionales éstas se cumplieran de un modo completo y cabal, y en cambio, faltasen totalmente en un mundo comunista. Esta oposición polar extrema es errónea. Por otra parte, también lo es considerar que el mundo comunista encierra más democracia que el mundo que se dice democrático".

"¿Cuál sería, en ese aspecto, el criterio aceptable? Digamos que la democracia influida por el sistema capitalista no suprime del todo las libertades políticas y sociales. Permite una lucha que depende de la acción de los ciudadanos, una lucha para reformarla, para sustituirla incluso. Por otra parte, las llamadas "democracias populares" de los países comunistas suprimen los derechos políticos, a veces en una forma inhumana; pero también afirman, o por lo menos encierran la posibilidad de creación de condiciones socialmente igualitarias que pudieran servir de base para el desarrollo de una democracia más completa, después de destruido el régimen totalitario".

"Una vez más insisto en aplicar, aquí, un criterio que no tenga un sentido de esquematismo cerrado. No quisiera hacer concesiones a un cierto espíritu anquilosado de "derecha" o de "izquierda" tradicionales, sino que pretendo señalar una crítica ideológica e histórica de la realidad contemporánea. Junto con obligarnos a asumir una posición total frente a eso, nos permitimos también apreciar los elementos positivos o negativos que se encierran en esta realidad contemporánea y nos obligamos a fundamentar también en ese análisis nuestra propia actitud" [23].

[23] JAIME CASTILLO VELASCO. *La sociedad comunitaria. En los caminos de la Revolución.* Págs. 367 a 388.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué se entiende por revolución?*
2. *¿Cómo puede aceptarse la posibilidad de la revolución desde el punto de vista del Derecho?*
3. *¿Cómo puede el Derecho abordar el problema de la legitimidad de la revolución triunfante?*
4. *¿En qué sentido la Revolución es simultáneamente destructora y creadora de Derecho?*
5. *¿Cómo pueden compararse frente al Derecho la guerra y la revolución?*
6. *¿Puede hablarse de un ordenamiento jurídico dentro de la revolución?*
7. *¿Cuáles son las principales limitaciones de los ordenamientos jurídicos de las revoluciones?*
8. *¿En qué teoría de la historia se fundamenta la revolución comunista?*
9. *¿Cuál es el objetivo de la revolución comunista, en qué consiste y cuáles son los medios que se propone para alcanzarlos?*
10. *¿En qué consiste la dictadura del proletariado?*
11. *¿Cuál es la filosofía que inspira la revolución comunitaria?*
12. *¿Cuáles son los fundamentos de la revolución comunitaria?*
13. *¿Cuál es la significación y trascendencia de la revolución comunitaria?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

ALEXANDROV, NG y otros. *Teoría del Estado y del Derecho.* Págs. 130-150.

BURLATSKI, F. *El Estado y el Comunismo.* Págs. 42-85.

CASTILLO, JAIME. *Los Caminos de la Revolución.* Cuarta Parte. La Sociedad Comunitaria. Págs. 367 a 388.

DAVID, RENÉ; HAZARD, JOHN N. *El Derecho Soviético.* Tomo II. Págs. 91-101.

INSTITUTO DE ESTADO. *El Estado y el Derecho Soviético.* Págs. 9-101 y 210-297.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Segunda Parte, Capítulo VI. Págs. 431 a 441.

LENIN, VLADIMIR ILICH. *El Estado y la Revolución.* Obras Escogidas. Tomo II. Págs. 297-336 y 356-368.

LENIN, VLADIMIR ILICH. *La revolución proletaria y el renegado Kautsky.* Obras Escogidas. Tomo III. Págs. 67-109.

LENIN, VLADIMIR ILICH. *Tesis e informe sobre la democracia burguesa y la dictadura del proletariado.* Obras Escogidas. Tomo III. Págs. 147-162.

MARX, CARLOS. *Crítica del Programa de Gotha.* Obras Escogidas. Págs. 325-346.

MARX, CARLOS. *Prólogo de la Contribución a la crítica de la Economía Política.* Obras Escogidas. Págs. 181-185.

MARX, CARLOS; ENGELS, FEDERICO. *Manifiesto del Partido Comunista.* Obras Escogidas. Págs. 32-50.

CAPÍTULO VIGESIMOPRIMERO

EL ESTADO

"En qué abismo de desgracia hemos caído por haber querido gobernar inspirándonos no en el amor y en la estimación, sino en el miedo".

MARCO TULIO CICERÓN.

"Declaramos que en esta nación, bajo la ayuda de Dios, renacerá la libertad, y que el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo no perecerá en la tierra".

ABRAHAM LINCOLN

SUMARIO

I. SOCIEDAD Y ESTADO. II. CONCEPTO DE ESTADO. III. ELEMENTOS DEL ESTADO. IV. EL ESTADO DE DERECHO. V. FUNCIONES DEL ESTADO. VI. FORMAS DE GOBIERNO.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. SOCIEDAD Y ESTADO

1. LA SOCIEDAD. No solamente los hombres, sino que también los animales o, al menos, algunas especies de éstos (como las abejas, hormigas, etc.) no viven aisladamente sino en grupos. El estudio de las sociedades animales ha demostrado que ellas poseen notables analogías con las sociedades humanas. Pero éstas tienen, no obstante, caracteres peculiares derivados de la naturaleza y del fin trascendente de los hombres.

Podemos definir la sociedad humana como la agrupación natural o pactada de personas que constituyen una unidad distinta de los hombres que la integran, con el objeto de cumplir, mediante la mutua cooperación, algunos de los fines de la vida.

Desde el momento mismo de su nacimiento, el hombre se encuentra formando parte de la sociedad familiar que resulta constituida por el mero hecho de la generación. Otra especie de vínculo social tiene por fundamento la uniformidad del lenguaje, de las costumbres y de las tradiciones y sobre él se erige la sociedad nacional. La comunidad de vida en la que se realizan los valores frente a Dios, constituye la sociedad religiosa. La sujeción a un valor jurídico estable da lugar al Estado, del que vamos a ocuparnos de manera especial.

2. EL ESTADO. La palabra española Estado, al igual que la italiana "Stato", la francesa "Etat", la inglesa "State", y la alemana "Staat"

tienen su origen en el vocablo latino "status". En el Derecho Romano con la palabra "status" se designaba la situación jurídica de una persona, el conjunto de sus derechos y obligaciones con respecto a ella misma, la familia o la ciudad.

Sin embargo, ni en la antigüedad ni en la Edad Media se usó el vocablo Estado para denominar a las sociedades políticas. Otras fueron las expresiones utilizadas con fines semejantes: "polis", "civitas", "res publica", "regnum", "imperium", "land", "terra".

Se atribuye a Nicolás Maquiavelo (1469-1527) el haber introducido en la literatura científica la voz Estado en su obra "El Príncipe" (1513). A partir de entonces el uso del vocablo se generalizó, aunque no siempre con el significado atribuido por Maquiavelo.

Juan Bodin (1530-1596) en su obra "De la República", emplea también la palabra Estado y se refiere a su organización con método racional y no dogmático.

Actualmente el empleo del vocablo Estado es universal.

II. CONCEPTO DE ESTADO

El concepto de Estado está vinculado al vocablo que lo expresa, a las realidades históricas que busca reflejar y a las doctrinas que lo justifican. Por ello la definición de Estado resulta muy difícil, dada la multiplicidad de objetos que el término designa.

Muchas definiciones se han dado de Estado.

Manuel Kant (1724-1804) escribe que "Estado es la reunión de una multitud de hombres que viven bajo leyes jurídicas".

Guillermo Federico Hegel (1770-1831) define el Estado como "la actuación de la idea ética" o "la sustancia ética consciente de sí misma".

Para Léon Duguit (1859-1928) "Estado es toda sociedad humana en que existe una diferencia entre gobernantes y gobernados".

Según Giorgio del Vecchio (1878-1970) "Estado es el sujeto del orden jurídico en el cual se verifica la comunidad de vida de un pueblo", o "Estado es la unidad de un sistema jurídico que tiene en sí mismo el propio centro autónomo, y que está, en consecuencia, provisto de la suprema calidad de persona en sentido jurídico".

Para Hans Kelsen (1881-1973) "llámase Estado al orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización".

En relación con la concepción de Estado enunciaremos a continuación las principales teorías desarrolladas en la época contemporánea.

1. Teoría Marxista-Leninista. Según Federico Engels (1820-1895), "el Estado no es en modo alguno un Poder impuesto desde afuera a la sociedad; no es tampoco "la realidad de la moral", "la imagen y la realidad de la razón", como afirma Hegel. El Estado es un producto de la sociedad al llegar a una determinada fase de desarrollo; es la confesión de que esta sociedad se ha enredado consigo misma en una contradicción insoluble, se ha dividido en antagonismos irrecon-

ciliables, que ella es impotente para conjurar. Y para que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna, no se devoren a sí mismas y a la sociedad en una lucha estéril, para eso hízose necesario un poder situado, aparentemente, por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el conflicto, a mantenerlo dentro de los límites del "orden". Y este Poder que brotó de la sociedad, pero que se elevó por encima de ella, y que se fue divorciando cada vez más de ella, es el Estado" [1].

Así aparece expresada la idea fundamental del marxismo, en cuanto a que el Estado es el producto y la manifestación del carácter irreconciliable de las contradicciones de clase. El Estado surge en el momento en que éstas no pueden, objetivamente, conciliarse.

En consecuencia, para la doctrina marxista, la existencia del Estado se halla vinculada a las clases. "En las fases primeras del desarrollo de la humanidad, bajo el régimen de la comunidad primitiva, no había clases y tampoco se conocía el Estado. La dirección de los asuntos públicos corría a cargo de la sociedad misma".

"Luego aparece la propiedad privada y con ella la desigualdad económica: la sociedad se escinde en clases antagónicas y la dirección de los asuntos públicos experimenta un cambio radical. Era ya imposible decidir esos asuntos por el acuerdo unánime de toda la sociedad o de su mayoría. Las clases explotadoras se apoderan de los puestos de mando. Pero siendo como eran una reducida minoría, estas clases sólo podían mantener el sistema que las favorecía recurriendo a la coerción directa, a la fuerza, que venía en ayuda de su poderío económico. Para esto hacía falta un aparato especial: grupos armados (ejército, policía), tribunales, cárceles, etc. A la cabeza de este aparato de coerción se colocan gentes que interpretan los intereses de la minoría explotadora, y no de la sociedad en su conjunto. Así se forma el Estado, que es una máquina para mantener la dominación de una clase sobre otras. Poniendo en juego esa máquina, la clase económicamente dominante consolida el régimen social que le conviene y mantiene por la fuerza, dentro de un determinado modo de producción, a sus enemigos de clase. De ahí que en la sociedad basada en la explotación, el Estado sea siempre, en esencia, la dictadura de la clase o clases de los explotadores".

"Con relación a toda la sociedad en su conjunto, el Estado es un instrumento de dirección y gobierno de la clase dominante; con relación a los enemigos de esta clase (en la sociedad de explotación se trata de la mayoría), es un instrumento de represión y de violencia".

"El Estado es, pues, un producto de las irreductibles contradicciones de clase; ... surge en el sitio, el momento y en el grado en que las contradicciones de clase no pueden, objetivamente, conciliarse" [2]. El poder político de la clase económicamente dominante: tal es la

[1] FEDERICO ENGELS. *Los orígenes de la familia, de la propiedad privada y del Estado.* Págs. 195 y 196.

[2] VLADIMIR ILICH LENIN. *Obras completas.* T. XXV.

esencia del Estado, la naturaleza de sus relaciones con la sociedad, aunque también presenta otras características.

"Unicamente podemos hablar de Estado cuando el poder político de una u otra clase se extiende a un determinado territorio y afecta a la población que en él vive: ciudadanos o súbditos" [3].

Por lo tanto, el Estado, para la doctrina marxista, no ha existido siempre. "Ha habido sociedades que se las arreglaron sin él, que no tuvieron la menor noción del Estado ni del Poder Estatal. Al llegar a una determinada fase del desarrollo económico, que estaba ligada necesariamente a la división de la sociedad en clases, esta división hizo que el Estado se convirtiese en una necesidad. Ahora nos acercamos a paso veloz a una fase de desarrollo de la producción en que la existencia de estas clases no sólo deja de ser una necesidad, sino que se convierte en un obstáculo directo para la producción. Las clases desaparecerán de un modo tan inevitable como surgieron en un día. Con ellas desaparecerá inevitablemente el Estado. De esta manera, como afirma Engels, "la sociedad, reorganizando de un modo nuevo la producción sobre la base de una asociación libre e igual de productores, enviará toda la máquina del Estado al lugar que le corresponde: al museo de antigüedades, junto a la rueca y al hacha de bronce" [4].

2. TEORÍA DEL ORGANISMO SOCIAL. Para Otto Federico von Gierke (1844-1921) el Estado es la más alta y comprensiva forma de comunidad, no perceptible para los sentidos, pero real para el espíritu, que nos revela una existencia común humana sobre la existencia individual. Este elemento es la unidad permanente, viva, la unidad que quiere y obra y en la cual se encierra todo un pueblo. Sobre la vida del individuo se levanta la de la comunidad, de la que en todo momento aquél forma parte. Según Gierke, no hay comunidad donde no se pueda descubrir el carácter estatista, incluso en las tribus nómadas. ¿Por qué? Porque el Estado, como el Derecho —con el cual nace y a la cual acompaña— son tan viejos como la maldad humana. El conocimiento del carácter orgánico del Estado es la única fuente de la idea de que la comunidad es algo valioso en sí mismo. Y sólo del valor superior del todo comparado con sus partes puede derivarse la obligación de los ciudadanos de vivir para ese todo y, en caso necesario, de morir por él. Si el pueblo fuese solamente la suma de sus miembros, y el Estado únicamente una institución al servicio del bienestar de los ciudadanos nacidos y por nacer, entonces el individuo podría, es verdad, ser constreñido a dar su energía y su vida por el mismo Estado; pero no podría encontrarse moralmente obligado a ello.

3. TEORÍA DE LA REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA O DE LAS DOS FACETAS O DOBLE CARA DEL ESTADO. Para Jorge Jellinek (1851-1911) el Estado tiene dos aspectos bajo los cuales puede ser conocido y considerado:

[3] OTTO V. KUUSINEN y otros. *Manual de Marxismo-Leninismo*. Pág. 151.

[4] FEDERICO ENGELS. *El origen de la familia, de la propiedad y del Estado*. Pág. 200.

uno es el social y otro el jurídico. La doctrina social o sociológica del Estado considera a éste en la unidad de su naturaleza como construcción social; la doctrina jurídica lo considera como sujeto de Derecho, y en este sentido es subsumible dentro del concepto de corporación. Por ello, desde el punto de vista sociológico, "El Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio" [5]. Desde el punto de vista jurídico, "el Estado es la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o para aplicar un término muy en uso, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario" [6].

4. Teoría de la Fuerza. Según Léon Duguit (1859-1928) el Estado es una sociedad en la cual existe una diferenciación política entre gobernantes y gobernados que ha llegado a cierto grado. Esta teoría es denominada por Duguit realista y positivista. Su objeto es un simple hecho, que presenta las siguientes realidades: a) el hecho de la existencia de un grupo social; b) el hecho de la distinción, dentro de él, de fuertes y débiles, es decir, de quienes imponen su poder, gobernantes, y de quienes los obedecen, gobernados; c) el hecho de la interdependencia social que ensambla a gobernantes y gobernados; d) el hecho de la obligación que existe para los gobernantes de apelar a la fuerza; e) el hecho de la obediencia debida a las reglas propuestas por los gobernantes; f) el hecho del carácter propio de las instituciones destinadas a asegurar la realización de aquella misión, a las que Duguit designa con el nombre de "servicio público".

En resumen, concluye Duguit, la teoría del Estado debe limitarse a aprehender los hechos y, rechazando los conceptos metafísicos, debe construirse con seis elementos de orden puramente positivo: 1) una colectividad social determinada; 2) una diferenciación entre gobernantes y gobernados, entendiendo por los primeros a quienes monopolizan mayor fuerza; 3) la obligación jurídica por parte de los gobernantes de asegurar el cumplimiento del Derecho; 4) la obediencia debida a toda regla general formulada por los gobernantes; 5) el empleo de la fuerza para sancionar cualquier acto conforme al Derecho, y 6) el carácter propio de todas las instituciones tendientes a asegurar la realización de la misión obligatoria de los gobernantes.

En consecuencia, según Duguit, el Estado no debe considerarse como un ser investido de un poder soberano, en virtud del cual manda, sino que, positivamente, el Estado consiste en este hecho de existir, en una colectividad determinada, una diferenciación tal que el grupo de los más fuertes formula el Derecho, lo sanciona, organiza y controla los servicios públicos.

Léon Duguit, cuando emplea la palabra Estado lo hace en atención a la comodidad que presta su uso, pero sin creer que con ella

[5] Jorge Jellinek. *Teoría General del Estado*. Pág. 145.
[6] Jorge Jellinek. *Teoría General del Estado*. Pág. 147.

expresa algo real, sino solamente la denominación que corrientemente se da a los hombres que de hecho detentan la fuerza.

5. Teoría de Herman Heller. Según Herman Heller "la constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella. Ambas se refieren a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana. En virtud de esta forma de actividad humana concreta, el Estado se convierte en una unidad ordenada de acción y es entonces cuando cobra, en general, existencia. Al adquirir la realidad social ordenación y forma de una especial manera, es cuando el Estado aparece en su existencia y modo concretos. De esta constitución "real" que todo país ha poseído en todo tiempo, dice Lassalle en su conocida conferencia *"Über Verfassungswesen"* (1862), que no es la constitución escrita o la hoja de papel, sino las relaciones reales de poder que se dan en un país; en la Prusia de entonces señalaba él como parte de la constitución real al jefe del Estado, al ejército, la Justicia y la Administración, la nobleza influyente, la bolsa, los banqueros e industriales y, en fin, la conciencia general y, en último término, la pequeña burguesía y los trabajadores".

"Pero esas relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento y cambian a cada momento, no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado. Toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace. Su realidad actual consiste en la efectividad presente de la conducta de los miembros ordenada para la acción unitaria. Su realidad potencial tiene su expresión en la probabilidad relativamente previsible de una cooperación de los miembros a reproducirse de modo semejante en el futuro. La configuración actual de la cooperación, que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por la que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la organización, es lo que nosotros llamamos Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad".

"El conocimiento del Estado y del Derecho, no debe olvidar nunca. ciertamente, el carácter dinámico de su objeto. Pero menos aún debe olvidar que sólo cabe hablar de una Constitución si se la afirma, no obstante la dinámica de los procesos de integración constantemente cambiantes y en ellos, con un carácter relativamente estático. La Constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso sino producto, no actividad sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida. Así como en una melodía "transportada" han cambiado los "elementos" y, sin embargo, la melodía se estima idéntica, así también en el sucederse y el coexistir de los cooperadores que cambian se ve cómo la Constitución persiste como unidad diferenciable". "La Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas gracias a la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana

que concuerda con ella. Esta probabilidad se asienta, de una parte, en una mera normalidad de hecho, conforme a la Constitución, de la conducta de los miembros, pero además en una normalidad normada de los mismos y en el mismo sentido. Cabe, por eso, distinguir en toda Constitución estatal, y como contenidos parciales de la Constitución política total, la Constitución no normada y la normada, y dentro de ésta, la normada extrajurídicamente y la que lo es jurídicamente. La Constitución normada por el Derecho conscientemente establecido y asegurado es la Constitución organizada".

"Así como no pueden estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de la Constitución. Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concretas, la Constitución sólo es posible debido a que los partícipes consideran a esa ordenación y a esa forma ya realizadas o a realizarse en el futuro, como algo que debe ser y lo actualizan; ya sea que la forma de actividad acomodada a la Constitución se haya convertido para ellos, por medio del hábito, en una segunda naturaleza, en conformación habitual de su propio ser apenas estimada como exigencia normativa consciente; ya sea que los miembros motiven su conducta, de modo más o menos consciente, por normas autónomas o heterónomas".

"El Estado, empero, no puede ser concebido ni como sociedad ni como comunidad exclusivamente. Su ley decisiva de formación es ciertamente la organización; pues no sólo por medio de ella crece considerablemente su valor de efectividad social sino que sin ella no tiene, en general, existencia. Pero, por otra parte, no se le debe considerar en ningún caso como mero producto de la técnica organizadora, como sucede en la sociedad anónima; el individuo aparece siempre inserto en el Estado, voluntaria o involutariamente, según zonas vitalmente importantes de su ser. La organización de la sociedad anónima puede ser completamente independiente de la manera de ser de los accionistas. En cambio, la organización estatal penetra hondamente en la vida personal del hombre formando así su ser, a la vez que, por su parte, los miembros influyen decisivamente sobre ella. Por eso decimos que el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no sólo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada de los mismos" [7].

6. Teoría de Maurice Hauriou. Según Maurice Hauriou "la Constitución de un Estado es el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de éste" [8].

[7] Hermann Heller. *Teoría del Estado*. Págs. 277 a 279.

[8] Maurice Hauriou. *"Principios de Derecho Público y Constitucional"*. Pág. 295.

En su concepto, el régimen constitucional tiene por fin "establecer en el Estado un equilibrio fundamental que sea favorable a la libertad; aún asegurando el desenvolvimiento regular del Estado mismo; este equilibrio debe establecerse entre las fuerzas de acción, que son el poder y la libertad, y la fuerza de resistencia, que es el orden" [9].

Los medios de acción del régimen consisten en la organización de un orden constitucional, a la vez formal, objetivo y sistemático, cuyos tres elementos son: las ideas morales, políticas, sociales fundamentales, el derecho de la Constitución y una organización constitucional de los poderes [10].

Sostiene que la formación del régimen constitucional es el resultado de una colaboración del poder político y de la libertad de los ciudadanos, de tal suerte que la Constitución se establezca jurídicamente por el poder y por la libertad, al mismo tiempo que el poder y la libertad son regulados jurídicamente por la Constitución.

Para Hauriou, el primer elemento del orden constitucional son las ideas morales, políticas y sociales. De aquí que sostenga que la historia del movimiento constitucional no puede hacerse sin una historia de las doctrinas. Pero hay que guardarse, agrega, de creer que las doctrinas son únicamente materia de historia y que pertenecen tan sólo al pasado; es necesario que sean materia de creencia y de convicción actual. Esto es necesario para la vida constitucional, porque toda vida es un acto de fe continuamente renovado.

Después de haber animado la vida política y de haberla ordenado, las ideas llegan a ser el alma de las instituciones políticas y sociales, las instituciones son la forma visible del orden [11].

Es preciso, pues, para Hauriou, que exista un orden en las ideas y que el orden en las ideas, que es el orden moral, debe dominar al orden material.

El orden moral es el que reina en el mundo de las ideas y de los sentimientos, por oposición al orden material que es el que reina en la calle. El orden constitucional supone que este orden moral ocupa el primer lugar en las preocupaciones públicas, colocándose por encima del orden material, por lo que puede concluirse que el orden espiritual y moral es, en el Estado, la forma más elevada del orden.

Las reglas jurídicas, dice Hauriou, pueden derivarse lo mismo de la definición del orden constitucional que de la limitación de los poderes públicos y de la libertad, y pueden adoptar forma de costumbres, forma de leyes ordinarias o forma de leyes constitucionales especiales, formando, en este último caso, una superlegalidad [12].

7. Teoría de la personificación del orden jurídico nacional. Para Hans Kelsen (1881-1973), "el Estado es la comunidad creada por

[9] Maurice Hauriou. *Principios de Derecho Público y Constitucional.* Pág. 7.
[10] Maurice Hauriou. *Principios de Derecho Público y Constitucional.* Pág. 8.
[11] Maurice Hauriou. *Principios de Derecho Público y Constitucional.* Pág. 13.
[12] Maurice Hauriou. *Principios de Derecho Público y Constitucional.* Pág. 13.

un orden jurídico nacional (en oposición al internacional). El Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye. Desde un punto de vista jurídico, el problema del Estado aparece, pues, como el problema del orden jurídico nacional" [13]. El Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es Estado; lo es sólo en caso de que el orden jurídico constituya, para la producción y ejecución de las normas que lo integran, órganos que funcionen según el principio de la división del trabajo. Para Kelsen, llámase Estado el orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización.

Entendido el Estado como un orden jurídico, todos los problemas que preocupan al Derecho Político se replantean como aspectos de la vigencia y creación de un orden jurídico.

De los llamados elementos del Estado, el pueblo y el territorio son los ámbitos personal y especial de validez del orden jurídico y el poder la validez misma.

Las formas del Estado: simples o unitarios y compuestos o complejos, dependen sólo de la mayor o menor centralización en la vigencia y en la creación del orden jurídico.

Las funciones del Estado: ejecutiva, legislativa y judicial, son las diferentes etapas en la creación del orden jurídico.

Los órganos del Estado son los organismos de creación del orden jurídico cuyos actos se imputan, directa o indirectamente, al Estado.

Los regímenes políticos: democracia, autocracia, etc., son la traducción de los diferentes métodos de creación del Derecho.

La soberanía significa que el orden jurídico estatal no está subordinado a ninguna norma situada fuera del orden mismo, esto es, la soberanía equivale a la postulación de la norma fundamental hipotética.

8. Teoría de Giorgio del Vecchio. Para el eminente filósofo del Derecho italiano Giorgio del Vecchio (1878-1970), "el Estado es el núcleo y también el "subiectum" o sujeto del orden jurídico. Resulta interesante formularlo, si bien esta fórmula ha de ser desplegada y esclarecida, porque sin ello podía quedar abierto el acceso a errores no pequeños, que resulta necesario refutar, porque campean precisamente en esta materia. El primero de tales errores consiste en suponer que el Estado es el creador del Derecho, y con él íntimamente enlazado figura otro, el de que el Derecho halle su fundamento en el poder y en el querer "ad libitum" del Estado exclusivamente. La verdad es, por el contrario, que el Derecho brota del espíritu humano y que las espontáneas y múltiples manifestaciones de las mentes individuales tienden a compaginarse y coordinarse en sistemas convergiendo en aquel centro común de referencia que es precisamente el Estado. Este consigue así la cualidad de persona jurídica supraindividual, y en calidad de tal, siempre que encuentre el suficiente consentimiento en la

[13] Hans Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Págs. 215 y 216.

voluntad social preponderante, puede también producir normas jurídicas, así como dar el sello estatal a aquellas otras que han surgido independientemente de él, por ejemplo, bajo la forma de costumbre. El poder del Estado no es, sin embargo, nunca mera relación de fuerza, sino que halla siempre su fuente y su límite en el concurso real de aquellos factores que han determinado su génesis, que le aportan de continuo los propias exigencias y las propias y siempre renovadas energías. No conviene olvidar en modo alguno este efectivo y perenne proceso, incluso si se admite que, bajo un aspecto meramente formal, todas las normas que componen un orden jurídico positivo son válidas en cuanto resultan "queridas por el Estado", como si fuesen irradiaciones suyas. Tal es la simple y habitual construcción dogmática de un sistema que halla, por lo demás, raíces mucho más complejas tanto en la realidad histórica como en la psicológica".

"Errónea es también la opinión que, sin embargo, ha tenido recientemente sostenedores muy autorizados, según la cual Derecho y Estado coincidirían, o lo que es lo mismo, que Derecho y Estado serían una sola y misma cosa, y esto también en el sentido de que todo Derecho resultaría esencialmente estatal. En contra de semejante tesis, basta observar que toda sociedad tiende a establecer su propio Derecho; y así tienen también carácter jurídico las organizaciones de tipo familiar, anteriores del Estado, aunque independientes de él y acaso también adversas al mismo, así como otras que incluso trascienden los límites del Estado mismo".

"En relación con estas cuestiones, es preciso entender que si bien la subsistencia de hecho puede bastar para constituir y mantener, durante un tiempo más o menos largo, un orden jurídico positivo, en cambio, no es suficiente por sí sola para conferirle legitimidad intrínseca o racional. Esta consideración es valedera tanto respecto a los Estados, en general, cuanto con relación a las otras organizaciones a que nos hemos referido. El problema se reduce ahora a saber si, por encima de las determinaciones jurídicas del orden positivo, existe otro orden superior de valores ideales. Es decir, lo que se trata es de saber, pues, si la juridicidad se identifica con la justicia. A una identificación tal propenden varias escuelas, como, por ejemplo, la escuela hegeliana, para la cual, según es sabido, "todo lo que es real es racional, y todo lo que es racional es real". Pero semejante orientación especulativa conduce a la exaltación dogmática del Estado, exaltación contra la cual se rebela, por lo demás, lo más elemental de nuestra conciencia ética antes, desde luego, que la facultad crítica de la razón. La divinización del Estado, la estatolatría, puede ser admitida sólo por aquellos que, esclavos del prejuicio materialista o historicista, confunden el fenómeno con la idea, la fuerza con el Derecho, el deseo con lo lícito, aceptando así cualquier forma de gobernación política, incluso si por ser opresiva y tiránica ni siquiera merece ese nombre. En contra de una tesis semejante se yerguen los inmortales y eternos principios de la ética cristiana, que han encontrado plena confirmación en los resul-

tados de las más profundas indagaciones y análisis críticos de la moderna filosofía".

"Por tanto, no todo Estado existente, no todo ordenamiento positivo que se afirma de hecho, es, sólo por el mero hecho de su existencia, racionalmente legítimo. Por encima de los mandatos del arbitrio humano, hay una ley suprema, la cual puede ser inicuamente violada, aun cuando por esto no sólo no queda suprimida sino que ni siquiera su valor ideal resulta disminuido en un mezquino adarme. Pues bien: únicamente en el caso de que se conforme a esta suprema ley puede considerarse intrínsecamente justificado el Estado. Y únicamente a tenor de esa ley puede derivar el Estado las directrices para el cumplimiento de su propia misión".

"Esta misión consiste, según hemos tratado de demostrar, precisamente en la realización de la justicia, tanto en las relaciones con los individuos cuanto con las distintas formaciones sociales que viven dentro de su seno. Que enorme importancia tenga —importancia absolutamente fundamental—, desde luego, el respeto de los derechos esenciales de la persona dentro del Estado, y la forma en que tal respeto deba ser entendido, es decir, en un sentido no meramente negativo, sino como un motivo constante de respeto y de inspiración para la acción del Estado mismo, cosa que creemos quedó suficientemente esclarecida en las páginas anteriores".

"De igual modo, el Estado debe no ya abstenerse de dificultar y hostilizar las asociaciones que espontáneamente se formen dentro de su territorio al objeto de promover los distintos fines de la actividad humana, sino que incluso le incumbe el reconocerlas y favorecer su desarrollo cuanto le sea posible: excepción hecha, claro está, de aquellas que se sitúan en directo antagonismo con el orden jurídico, pues se entiende que, antes bien, deberán siempre, de alguna manera, tratar de encuadrarse dentro de él".

"También en su misma organización interna, en cuanto distribuye sus poderes y sus funciones entre entidades administrativas locales, el Estado debe inspirarse en el criterio de la concesión de la mayor libertad posible dentro de los límites de la ley, advirtiendo que esto significa más bien un aumento que una disminución de la eficiencia del sistema entero, el cual halla en el Estado mismo su expresión suprema. Cuanto más se extienda y se intensifique la actividad del Estado para la promoción de los múltiples fines de la vida humana, tanto más útil y más necesario será que una parte notable de esa actividad sea encomendada a órganos locales más bien que a organismos centralizados. Resulta patente que una semejante "descentralización" (según ordinariamente se le llama) facilita el puntual cumplimiento de los distintos oficios y servicios públicos, con especial consideración de las circunstancias particulares y de las necesidades singulares de los lugares a que atañen, lo que, según resulta patente, únicamente es posible si se concede para el cumplimiento de tales oficios y servicios una esfera de autonomía congruente. Esta no debe, por lo demás, ser tal que

amenace la unidad de la estructura estatal, pues en este caso ocurriría más bien que el Estado habría dejado de existir como tal para dar paso a una pluralidad de pequeños Estados" [14].

9. Teoría de Georges Burdeau. Siguiendo en esta exposición al profesor Sergio Galaz, de la Universidad de Concepción [15], podemos manifestar que el distinguido tratadista Georges Burdeau afirma que toda descripción de la organización constitucional de un Estado, todo análisis de su vida política, todo estudio de la compleja red de fuerzas que orientan su destino, conduce hoy en día, en definitiva, a un examen de su Constitución. En su concepto, la Constitución se sitúa necesariamente en el centro de todas las reflexiones de que se nutre la ciencia política [16].

Definir la Constitución, según Burdeau, no es componer, en el silencio del gabinete, un mecanismo armonioso, susceptible de satisfacer la inteligencia especulativa; es, en cambio, admitir, primeramente, que la Constitución no ha cesado de ser, en el curso de los siglos, el punto donde convergen las aspiraciones humanas; y es, en seguida, buscar cuáles de esas aspiraciones la Constitución puede satisfacer, para proponer en definitiva una imagen de ella en la cual los pueblos puedan útilmente sacar provecho sin exponerse a las decepciones que los seduzcan a la creencia en una panacea [17].

Existen, en concepto de Burdeau, una constitución social y una constitución política. La constitución social precede a la constitución política y, eventualmente, le sirve. La primera es aquella que emana del genio propio de una sociedad, de su actividad, de su ingenio, sus aptitudes, su energía nativa, su lengua congénita, sus ambiciones ideales o sus anhelos de justicia. De la combinación de estos diversos factores, de la preponderancia o imposición de unos sobre otros resulta una manera de ser de la sociedad que la distingue de otras. Esta constitución social ofrece un carácter de espontaneidad que no presenta en el mismo grado la constitución política, hoy en día artificial por muchos conceptos. Ahora bien, de estos hechos se ha pretendido deducir argumentos en favor de la superioridad de la constitución social de un país sobre su carta política. Tal es el caso del gran jurista francés Maurice Hauriou, como acabamos de verlo.

Para Burdeau, la discusión acerca de la preponderancia o preeminencia de una u otra forma de constitución está desprovista de toda significación de hecho, considerando que no se encuentran situadas en un mismo plano. Entre constitución social y constitución política existen innegables y constantes relaciones, del mismo modo como el Derecho las tiene con los hechos que lo nutren... Aquello que denominamos constitución social se aplica a una cierta manera de ser de

[14] Giorgio del Vecchio. *Teoría del Estado*. Págs. 245 a 250.
[15] Sergio Galaz. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Págs. 71 a 73.
[16] Georges Burdeau. *Traité de Science Politique*. Tomo IV. Pág. 9.
[17] Georges Burdeau. *Traité de Science Politique*. Tomo IV Pág. 9.

la sociedad; la constitución política, en cambio, concierne al Estado. La una comprende las tradiciones, las tendencias, los usos morales, sociales, económicos; la otra no comprende más que normas jurídicas. La una engloba la totalidad de la vida del grupo, la otra no apunta más que al fundamento, organización y ejercicio del poder político [18].

No obstante, estas diferencias no implican necesariamente que la constitución social y la constitución política sean extrañas la una a la otra. Si la constitución política es el estatuto del poder, no debe olvidarse que tal poder no es un poder inexistente, sino un poder vigente en una sociedad dada. Por estas razones, Burdeau combate la posición de Hauriou y, en cambio, acepta la tesis de J. Dabin, quien sostiene en su obra "Doctrine générale de l'Etat", que la constitución política de un país no se limita solamente a la materia relativa a la organización del Estado y a las atribuciones de los gobernantes; ella comprende igualmente lo relativo a las relaciones de la sociedad-Estado con la sociedad propiamente tal. De este modo, la constitución es y no puede ser más que política, desde que ella rige las relaciones de los individuos y de los grupos entre ellos en el Estado y las relaciones de los individuos y de los grupos con el Estado..." [19].

Sostiene Burdeau que "esta antinomia entre constitución política y constitución social es una de las ideas matrices de toda la filosofía socialista anterior a Karl Marx. Ella constituye uno de los fundamentos más sólidos en el pensamiento de Proudhon. En efecto, en sus "Confesiones", Proudhon dice que él distingue en toda sociedad dos especies de constituciones; una que yo llamo la constitución social, la otra que es la constitución política; la primera parte integrante de la humanidad, liberal, necesaria... y cuyo desarrollo consiste sobre todo en debilitar y descartar poco a poco la segunda, esencialmente ficticia, mecánica, restrictiva, transitoria... Es menester optar entre ellas, es decir, hacer desaparecer el sistema político o gubernamental según la constitución social..." [20].

Por estas razones, Burdeau, después de analizar extensamente la Constitución y el régimen constitucional y de qué modo la Constitución es un instrumento de libertad y condición del Estado de Derecho, da la siguiente definición: "La Constitución es la regla por la cual el soberano legitima el poder adhiriéndose a la idea del Derecho que representa y que determina, en consecuencia, las condiciones de su ejercicio".

10. Teoría de la organización racional de la vida social. Para Luis Legaz y Lacambra, "el Estado es una realidad compleja de la existencia humana, que realiza y encarna valores de la más variada índole. Pero, ciertamente, el sentido del Estado no se define ni por los valores religiosos, ni por los valores éticos ni por los valores concretos

[18] Georges Burdeau. *Traité de Science Politique.* Tomo III Pág. 14.
[19] Georges Burdeau. *Traité de Science Politique.* Tomo III. Pág. 13.
[20] Georges Burdeau. *Traité de Science Politique.* Tomo III. Pág. 47.

de cultura que pueda realizar, sino por el valor del Derecho. El Estado se define por el Derecho no porque se confunda e identifique con él, sino porque el Estado es la comunidad jurídica por excelencia, pues no hay Estado sin Derecho aun cuando hay Derecho sin Estado".

"El Estado es una organización racional de la vida social. Como ha dicho J. Conde, la realidad política sólo es positivamente valiosa cuando la "virtus omnium" de la organización no remata en una voluntad nuda y arbitraria, sino en una voluntad impregnada de eticidad, capaz de conferir a la idea absoluta de justicia la precisión y certeza que convierten la validez en vigencia dentro de una situación histórica concreta. El ámbito existencial del Estado es el de la vida social, en cuanto la vida social tiene forma jurídica; por eso el Estado va necesariamente referido al Derecho. Pero las raíces del Estado, como, por otra parte, las del Derecho, están en la vida personal. En cierto modo, el Estado se halla en el punto en que se insertan la vida personal y la vida social, como intermediario entre ellas y como factor decisivo de socialización de los contenidos que incesante y renovadamente recibe de la vida personal. La libertad pertenece a la esencia del Estado. La libertad lo crea, lo sustenta, lo vivifica y anima; esto es, le da un alma y le impide ser un cuerpo inerte o un cuerpo que obra con la brutal y ciega necesidad de un hecho de la naturaleza. Pero, por otro lado, el Estado es lo creado, sustentado, vivificado, animado; es decir, es una estructura que se afinca en la vida social —en la región intersubjetiva o plurisubjetiva e impersonal de la vida humana—, organizándola y dotando de la máxima eficacia, perfección y fuerza coercitiva al ordenamiento jurídico, que es la expresión de esa misma vida social en cuanto es la encarnación de una idea de justicia. El Derecho es libertad, porque la vida social es vida y la vida es libertad, pero es vida en forma, vida estructurada normativamente, y por lo tanto, es libertad organizada, libertad en la forma de libertad social, en su doble especificación como libertad jurídica y como libertad política. El sujeto de la libertad es siempre la persona, que de un lado vive en su mismidad creadora y de otro se inserta en estructuras colectivas por ella misma creadas, pero que alcanzan existencia —objetiva—, esto es, desprendida de su raíz personal, estructuras impersonalizadas que son como el tamiz por el que, al pasar, lo espiritual-personal se transforma en social, la persona en personalidad jurídica y la libertad del espíritu en libertad social. El Derecho no necesita, pues, del Estado para ser; pero el Estado no puede ser ni existir sin el Derecho. En este sentido fundamental, podría afirmarse que todo Estado es Estado de Derecho. Pero esta afirmación, que no debe banalizarse en un estéril formalismo, sólo significa que todo Estado contiene y realiza Derecho" [21].

11. Teoría de Jacques Maritain. El egregio filósofo católico Jacques Maritain (1882-1973) expone que el Estado es "aquella parte

[21] Luis Legaz y Lecambra. *Filosofía del Derecho*. Págs. 648 y 649.

del cuerpo político especialmente interesada en el mantenimiento de la ley, el fomento del bienestar común y el orden público, así como la administración de los asuntos públicos. El Estado es una parte que se especializa en los intereses del todo. No es un hombre ni un conjunto de hombres; es un haz de instituciones combinadas que forman una máquina situada en la cima: este tipo de obra de arte ha sido construida por el hombre y utiliza cerebros y energías humanas y no es sino hombre, pero constituye una encarnación suprema de la razón, una superestructura impersonal y pervivente, cuyo funcionamiento se podría calificar de racional en segundo grado, dada la actividad de la razón que contiene, pero que limitada por la ley y por un sistema de reglamentaciones universales es más abstracta, más alejada de las contingencias de la experiencia y también más despiadada que nuestras vidas individuales".

"El Estado no es la encarnación suprema de la Idea, como creía Hegel; ni tampoco una especie de superhombre colectivo; el Estado no es sino un organismo facultado para utilizar el poder y la coerción, integrado por expertos o especialistas en ordenamiento y bienestar públicos, un instrumento al servicio del hombre. Poner el hombre al servicio de ese instrumento es perversión política. El ser humano como individuo es para el cuerpo político, y el cuerpo político es para el ser humano como persona. Pero en modo alguno el hombre es para el Estado, sino el Estado para el hombre".

"Cuando decimos que el Estado es la parte superior del cuerpo político, significamos que es superior a los restantes órganos o partes colectivas de ese cuerpo, pero no que sea superior al cuerpo político en sí. La parte siempre es inferior al todo. El Estado está al servicio del cuerpo político como un todo, puesto que es inferior al cuerpo político como tal todo. ¿Es siquiera el Estado la cabeza del cuerpo político? Difícilmente, ya que la cabeza del ser humano es un instrumento de tales poderes espirituales de intelecto y voluntad que todo el cuerpo se le subordina; en cambio, las funciones ejercidas por el Estado son para el cuerpo político y no a la inversa".

"La teoría que acabo de resumir, y que considera al Estado como parte o instrumento del cuerpo político, subordinada a él y dotada de la máxima autoridad, no por derecho propio ni para su beneficio, sino únicamente en virtud de y para el cumplimiento de las exigencias del bien común, puede calificarse de teoría "instrumentalista" que establece la genuina noción *política* del Estado. Pero nos vemos confrontados con otra noción absolutamente distinta, la noción despótica del Estado, basada en una teoría "substancialista" o "absolutista". Según ésta, el Estado es un sujeto de Derecho, es decir, una persona moral y, por tanto, un todo; como consecuencia, o bien se superpone al cuerpo político o lo absorbe por completo, disfrutando de poderes supremos en virtud de su propia naturaleza, de sus derechos inalienables y de su propio interés supremo".

"Desde luego, hay en todo lo grande y potente una tendencia

instintiva —y una especial tentación— a sobrepasar los propios límites. El poder tiende a aumentar el poder; la máquina del poder, a extenderse incesantemente; la maquinaria legal y administrativa suprema, a la autosuficiencia burocrática; quisiera considerarse un fin y no un medio. Quienes se especializan en los asuntos del todo propenden a estimarse el todo mismo; el estado mayor a creerse todo el ejército; las autoridades eclesiásticas, toda la Iglesia; el Estado, todo el cuerpo político. Por lo mismo, el Estado tiende a adscribirse para sí un bien común peculiar —su propia preservación y desarrollo— distinto del orden y bienestar público, que son sus fines inmediatos, y del bien común general, que es su finalidad suprema. Todas estas calamidades no son sino ejemplos del exceso o abuso "natural".

"Pero se ha producido algo mucho más específico y grave en el desarrollo de la teoría *substancialista* o *absolutista* del Estado. Este hecho se puede comprender solamente ante la perspectiva de la historia moderna y como una secuela de las estructuras y concepciones peculiares del Imperio Medieval, la monarquía absoluta de la época clásica francesa y el gobierno absoluto de los Estuardo en Inglaterra. Es bastante notable que la palabra *Estado* haya hecho su aparición en el curso de la historia moderna; la noción de Estado se hallaba implícita en el concepto antiguo de ciudad (*civitas*), el cual implica esencialmente cuerpo político, y más aún en el concepto romano de Imperio; pero nunca se empleó de un modo explícito en la antigüedad. De acuerdo con una norma histórica, desgraciadamente muy recurrente, tanto el desarrollo normal del Estado —que fue en sí mismo un sano y genuino progreso— como el de la espuria —absolutista— concepción jurídica y filosófica del Estado tuvieron lugar al mismo tiempo".

"Una explicación adecuada de ese proceso histórico exigiría un prolongado y detenido análisis. Me limito a sugerir que en la Edad Media la autoridad del emperador, y al comienzo de nuestra época moderna la de los reyes absolutos, descendía de arriba sobre el cuerpo político, al que se superponía. Durante siglos la autoridad política fue el privilegio de una "raza social" superior que tenía el derecho —y creía que era un derecho inalienable innato u otorgado por Dios— al poder supremo y a gobernar, así como a constituirse en guía moral del cuerpo político, integrado —en su opinión— por gentes en minoría de edad, capaces de efectuar demandas, formular objeciones, y hasta de amotinarse, mas no de gobernarse. De manera que en la "edad barroca", aun cuando la realidad del Estado y el sentido del Estado tomaban forma progresivamente como grandes realizaciones jurídicas, el concepto de Estado surgía más o menos confusamente como concepto de un todo —identificado a veces con la persona del rey—, al cual se superponía o bien envolvía al cuerpo político y gozaba del poder desde arriba en virtud de su propio e inalienable derecho, es decir, que poseía la soberanía. Pero en el genuino sentido de la palabra —el cual depende de la formación histórica del concepto de soberanía, anterior a las diversas definiciones de los juristas—, la soberanía implica no sólo la

verdadera posesión de y el derecho al poder supremo, sino un derecho que es *natural* e *inalienable* a un poder supremo, el cual es supremo *separado* de y por *encima* de sus súbditos".

"En tiempos de la Revolución francesa se mantuvo ese mismo concepto del Estado, considerado como un todo en sí, pero transfiriéndolo del rey a la nación, erróneamente identificada con el cuerpo político. De aquí parte la identificación de nación, cuerpo político y Estado. Y el concepto mismo de soberanía, como un derecho *inalienable, natural* o *innato* para un poder supremo *trascendente,* se conservó también, aunque pasando igualmente del rey a la nación. Al mismo tiempo, en virtud de una teoría voluntarista de la ley y la sociedad política, que alcanzó su cenit en la filosofía del siglo XVIII, el Estado se convertía en persona (una sedicente persona moral) y sujeto de Derecho en tal forma que el atributo de absoluta soberanía, adscrito a la nación, tenía que ser reclamado y ejercido inevitablemente por el Estado".

"De ese modo sucedió que en los tiempos modernos la noción despótica o absolutista del Estado fue ampliamente aceptada como un dogma democrático entre los teóricos de la democracia... hasta el advenimiento de Hegel, el profeta y teólogo del Estado totalitario y divinizado. En Inglaterra las teorías de John Austin sólo tendían a domesticar y civilizar un poco al Leviatán de Hobbes. Este proceso de aceptación se vio favorecido por una propiedad simbólica que genuinamente pertenece al Estado, a saber, el hecho de que cuando vemos veinte cabezas de ganado pensamos en veinte animales, ya que en la misma forma la parte más sobresaliente del cuerpo político *representa* naturalmente el todo político. Más aún, la noción de este último se eleva a un alto grado de abstracción y simbolización, ascendiendo la conciencia de la sociedad política a una idea más rotundamente individualizada del concepto de Estado. En la noción absolutista del Estado ese símbolo se torna realidad y se hace hipóstasis. De acuerdo con tal noción, el Estado es una mónada metafísica, una persona; es un todo en sí mismo, *el* propio todo político en su grado supremo de unidad e individualidad. Por tanto, absorbe en sí el cuerpo político del cual emana, al igual que todas las voluntades individuales o particulares que, según Juan Jacobo Rousseau, engendran la voluntad general dentro de un orden místico, para morir y renacer en su unidad. Y disfruta de una soberanía absoluta, como una propiedad esencial y un Derecho".

"Ese concepto del Estado, obtenido por la fuerza en la historia humana, ha obligado a las democracias a incurrir en intolerables contradicciones. Por cuanto dicho concepto no forma parte de los dogmas auténticos de la democracia, ni pertenece a la real inspiración y filosofía democráticas, sino a una herencia ideológica espuria que ha vivido sobre la democracia como un parásito. Durante el imperio de la democracia individual o "liberal", el Estado, convertido en absoluto, desplegó una tendencia a reemplazar al pueblo, dejándolo en cierta

medida al margen de la vida política; pudo igualmente provocar guerras entre las naciones que perturbaron la existencia del siglo XIX. Sin embargo, después de la era napoleónica, la filosofía democrática y las costumbres políticas que prevalecieron en aquel entonces, restringieron las peores implicaciones de este proceso. Fue precisamente con el advenimiento de los regímenes totalitarios cuando se llevaron a la práctica tan lamentables implicaciones, y el Estado, convertido en un amo absoluto, mostró su verdadera faz. Nuestra época ha tenido el privilegio de contemplar al Estado totalitario de la Raza en el nazismo germano, el de la Nación en el fascismo italiano y el de la Comunidad Económica en el comunismo ruso".

"Es preciso, pues, insistir sobre el siguiente punto: en la actualidad la tarea más urgente a realizar por parte de las democracias es el desarrollo de una justicia social y el mejoramiento de la dirección económica mundial, al tiempo que se defienda de las amenazas totalitarias del exterior y de la expansión totalitaria en el mundo; mas la persecución de dichos objetivos involucrará, de manera inevitable, el riesgo de que sean demasiadas las funciones de vida social que fiscalice el Estado desde arriba, pero tendremos forzosamente que aceptar ese riesgo en tanto que nuestra noción del Estado no quede redefinida sobre unos cimientos auténtica y genuinamente democráticos, y mientras el cuerpo político no haya renovado su estructura y su conciencia, de manera que el pueblo se halle mejor equipado para el ejercicio de la libertad, y el Estado sea un verdadero instrumento para el bien común de todos. Solamente entonces ese organismo sobresaliente (el Estado) que nuestra moderna civilización torna más y más necesario para la personalidad humana en su progreso político, social, moral e incluso intelectual y científico, dejará de ser una doble amenaza para las libertades de la persona y las de la inteligencia y la ciencia. Sólo entonces quedarán restablecidas las funciones supremas del Estado —garantizar el Derecho y facilitar el libre desenvolvimiento del cuerpo político— y los ciudadanos recuperarán el sentido del Estado. Unicamente entonces alcanzará el Estado su verdadera dignidad, que no procede del poder y el prestigio, sino del ejercicio de la justicia" [22].

III. ELEMENTOS DEL ESTADO

Los elementos constitutivos del Estado, denominados por algunos condiciones de existencia del Estado, son: la población, el territorio, el poder y la finalidad.

1. La población. "La palabra "población", en primer término y en su sentido más lato, equivale a "sociedad" —"sociedad global"— y es comprensiva del conjunto y de la totalidad de los seres humanos que conviven entre ellos sin que importen sus diferencias "sociales" o

[22] Jacques Maritain. *El hombre y el Estado.* Págs. 25 a 32.

"jurídicas". Con ese alcance, importa lo mismo decir "población argentina" que "sociedad argentina". Sin embargo, no siempre puede hacerse esa asimilación conceptual. Así, por ejemplo, se suele hablar de la población "provincial" y hasta "municipal", pero resulta chocante hablar de la "sociedad provincial" y más aún de la "sociedad municipal". Es que la palabra "sociedad", con el alcance que se la emplea aquí, significa "sociedad global", y no es susceptible de divisiones como las indicadas a título de ejemplo. De cualquier modo, la población se configura socialmente por el conjunto de los que conviven —todos los que conviven— dentro de un determinado marco (generalmente, el territorio)".

"En algunas ocasiones se emplea la palabra "pueblo" casi con la misma latitud que la palabra "población" en el amplio sentido a que se acaba de hacer referencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando se habla de "todo el pueblo argentino" y se alude a los "veintidós millones" de habitantes permanentes. Se aproxima este concepto de "pueblo" —que se hace sinónimo de "población"— al que Heller considera como "formación natural".

"Hay otro significado, también desde el punto de vista social, pero más restringido, de la palabra "pueblo" con el cual no se puede expresar la totalidad de la "población", sino una parte de ella. Así sucede, por ejemplo, cuando aquélla adquiere una connotación negativa y se usa para designar al conjunto humano que *no* es la "aristocracia", la "sociedad" —o "alta sociedad", como suele decirse— o la "oligarquía" —como también suele decirse, por cierto muy confusamente—. Con esta acepción, resulta evidente que el concepto de "población" es más abarcador que el de "pueblo", pues a nadie se le ocurre negar que la "crema" o los "privilegiados" forman parte de la "población", aunque se pretenda que no forman parte del pueblo".

"Desde el punto de vista jurídico, la distinción entre "población" y "pueblo" puede ser hecha con mayor precisión, aunque no siempre ocurre así. En principio, la distinción radica en la diferencia de *status* jurídico entre los integrantes de uno y otro grupo. Así, la "población" es un conjunto humano muy abarcador —el conjunto de *hombres* (incluyendo a las *mujeres*)—, cada uno de cuyos integrantes es titular de derechos y obligaciones "civiles". En cambio, el "pueblo" es un conjunto humano menos abarcador —el conjunto de *ciudadanos*—, cada uno de cuyos integrantes es titular no sólo de derechos y obligaciones "civiles", sino también de derechos y obligaciones "políticos". En este sentido, el "pueblo" es también sólo una parte de la "población" y designa al conjunto de seres humanos que tienen un determinado *status* jurídico. Sin embargo, aun con este criterio, que permite diferenciar con precisión "población" y "pueblo", este último vocablo suele ser utilizado con un sentido más o menos amplio, según comprenda a "todos los ciudadanos" o solamente a los "ciudadanos con derecho a voto". En el último caso, "pueblo" es sinónimo de "cuerpo electoral" [23]".

[23] MARIO JUSTO LÓPEZ. *Introducción a los estudios políticos*. Págs. 323 y 324.

Cuál sea el número de personas necesarias para formar un Estado es una cuestión que no tiene relevancia. Hay ejemplos de Estados con enorme población, como la República Popular China (824.960.000 habitantes) y otros con muy escasa población, como la República de San Marino (20.000 habitantes); y tribus nómades muy numerosas que no constituyen Estados. Lo que sí podemos afirmar es que un Estado debe constar de un número de personas bastante grande para hacer posible una organización independiente y autosuficiente, que los griegos llamaron "autarquía".

"Con el concepto de pueblo no ha de confundirse el de nación. La nación denota una comunidad de vida que no siempre coincide con la comunidad de vínculo jurídico o político. Cuáles sean los elementos esencialmente constitutivos de una nación, representa un tema arduo y discutido. Como primer elemento, se indica con frecuencia el común origen étnico, es decir, la unidad de estirpe (natio quia nata); pero este criterio no es del todo aceptable, por cuanto que mezclas de distintas estirpes se han producido en todo tiempo, ya por virtud de relaciones comerciales, o de conquistas militares, o de migraciones tanto individuales cuanto colectivas. Debe aquí hacerse especial referencia a la institución llamada adopción, que se encuentra, bajo distintas figuras, tanto en las sociedades antiguas como en las modernas. Individuos de una estirpe determinada pueden ser acogidos e incorporados en el seno de otra, y una cierta asimilación llega a producirse, a través de las generaciones, incluso cuando se trate de elementos altamente heterogéneos. Aun cuando tal vez permanezcan reconocibles durante largo tiempo las señales de procedencias étnicas diferentes en los grupos humanos, esas señales tienden a desaparecer con el desenvolvimiento de la vida social, y, por lo general, no impiden la confluencia en una misma unidad nacional. Es cosa totalmente segura que no existe hoy raza alguna que sea absolutamente pura. También las naciones que se nos muestran más sólidamente constituidas no son, sin embargo, homogéneas desde un punto de vista étnico. Y para tener la prueba de ello, basta considerar no sólo la formación histórica de la "itala gente dalle molte vite", más también la de la nación española, la de la francesa, la de la inglesa, etc. Conviene añadir que la composición o fusión de varios elementos étnicos no es causa de debilitamiento, sino que, por lo general, más bien produce un vigor mayor y es fuente de más ricas y fecundas energías vitales".

"Como elementos constitutivos de la nación, se suelen indicar, además de la tradición histórica, la cultura, el lenguaje, la religión. Pero no todos estos elementos son esenciales. Por ejemplo, la comunidad de religión liga entre sí a hombres de naciones diversas, mientras que, en cambio, una nación puede estar formada por hombres que profesan religiones diferentes. Ello es así porque la fe religiosa se refiere a un orden trascendente, mientras que la nación representa un vínculo y una creencia tocante a la vida terrenal".

"Dejando a salvo esa importante diferencia, debe aceptarse, cier-

tamente, que la nacionalidad no es tanto un hecho físico como espiritual. Su fundamento radica en la conciencia de una común misión: conciencia nutrida por el recuerdo de gestas, de desventuras y de glorias que se remontan a las generaciones anteriores y sobreviven en la presente y se proyectan sobre las futuras. La esperanza de un mejor destino común —constitutiva de la nacionalidad— se funde, naturalmente, en la conciencia individual, con el deber de cooperar a la consecución del mismo" [24].

Una idea semejante fue expresada por el escritor francés Ernesto Renán en su célebre conferencia pronunciada en la Universidad de París en 1822: "La condición esencial para que una población llegue a ser una nación es poseer glorias comunes en el pasado, una voluntad común en el presente, haber hecho grandes cosas juntos y querer hacerlas todavía".

2. El territorio. A la población de un Estado es necesario ubicarla en un lugar geográfico determinado, que esté en relación permanente con ella, y a esto se denomina "territorio".

Al igual que la población, el territorio puede ser considerado desde el punto de vista sociológico y jurídico. Son aspectos sociológicos del territorio tanto el factor sociogeográfico, es decir, el relativo a la influencia que ejercen sobre la vida de los hombres el clima, la naturaleza del suelo, la extensión de la superficie terrestre, etc., como el factor geopolítico, es decir, la ubicación del territorio en relación con los otros Estados.

La cuestión relativa a los aspectos jurídicos del territorio varía, en el plano teórico, según el concepto que se tenga del Estado.

Aun cuando la posesión de un territorio determinado representa un elemento esencial del Estado, debe precisarse que la pérdida temporal de él, aun cuando sea total, en virtud de causas militares, por ejemplo, no tiene como consecuencia inmediata la extinción del Estado, de la misma manera que la momentánea suspensión de ciertas funciones vitales de él no causa inmediatamente su muerte.

Según el Derecho Internacional, la ocupación bélica atribuye a la potencia ocupante ciertos derechos y, al mismo tiempo, ciertos deberes; pero no produce una traslación de la soberanía respecto del territorio ocupado. Una traslación tal puede jurídicamente llegar a producirse sólo al término de la guerra.

El dominio del Estado sobre el territorio no debe confundirse con el derecho privado de propiedad, el cual, aun cuando tenga por objeto una porción de territorio, queda subordinado a las normas jurídicas que regulan el dominio público.

El dominio soberano del Estado sobre el territorio se extiende también sobre el mar limítrofe, llamado también mar territorial.

El Estado ejerce su soberanía sobre el mar territorial en forma absoluta y plena. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.

[24] Giorgio del Vecchio. *Teoría del Estado*. Pág. 100 a 102.

"Es posible sostener que más allá de una cierta distancia —que en el actual estado de las relaciones internacionales y de la práctica de los Estados podrían ser doce millas— el Estado ribereño no puede extender su mar territorial, al menos con los atributos de plena soberanía y de restricciones al "jus communicationis" que el Derecho Internacional le atribuye a ese concepto".

"La cifra de doce millas es, por cierto, tan arbitraria como cualquier otra. Con todo, las doce millas como extensión máxima del mar territorial parecen estar avaladas por el actual Derecho Internacional" [25].

Además del mar territorial existe el mar patrimonial, que es "el espacio marítimo en el cual el Estado ribereño tiene el derecho exclusivo a explorar, conservar y explotar los recursos naturales del mar adyacentes a sus costas y del suelo y subsuelo del mismo mar, así como, en general, a ejercer todas las competencias que resulten de su soberanía permanente sobre tales recursos".

"El mar patrimonial comprende aquella zona situada más allá del mar territorial hasta límites racionales, los que son determinados unilateralmente por el Estado ribereño, de acuerdo a sus características geográficas y a la necesidad de obtener un racional aprovechamiento de sus recursos naturales del mar" [26].

"El Estado ribereño en su mar patrimonial ejerce derechos de soberanía sobre todos los recursos naturales, tanto ictiológicos como minerales. El goza del derecho exclusivo para explorar, conservar y explotar los recursos naturales y para regular todos los aspectos que dicen relación con el aprovechamiento de éstos" [27].

Considerando la legislación o práctica de la gran mayoría de los Estados latinoamericanos, el límite máximo para la extensión del mar patrimonial puede ser el de doscientas millas marinas, comprendiendo dentro de éstas aquellas del mar territorial.

Finalmente, el Estado a que pertenece la superficie, es dueño también de su continuación en dirección al centro de la tierra, esto es, del subsuelo y del ámbito atmosférico sobrepuesto al territorio y al mar territorial.

El problema relativo a los aspectos jurídicos del territorio varía, en el plano teórico, según el concepto que se tenga del Estado. Si se concibe jurídicamente el Estado como sujeto de derechos y obligaciones, el territorio es el espacio en que él desenvuelve su actividad específica. Si se considera, en cambio, el Estado como ordenamiento jurídico, el territorio es el ámbito especial de validez del Derecho.

Existen diversas teorías acerca de la relación del poder del Estado con su territorio, las principales de las cuales son:

[25] EDMUNDO VARGAS. *América Latina y los problemas contemporáneos del derecho del mar.* Pág. 60.

[26] EDMUNDO VARGAS. *América Latina y los problemas contemporáneos del derecho del mar.* Pág. 73.

[27] EDMUNDO VARGAS. *América Latina y los problemas contemporáneos del derecho del mar.* Pág. 75.

a) Doctrina del dominio eminente, para la cual se trata de un derecho de dominio de características muy especiales;

b) Doctrina del Derecho real de dominio (Gerber y Laband);

c) Doctrina del Derecho de dominio de naturaleza especial (Dabin);

d) Doctrina del Derecho real institucional (Georges Burdeau);

e) Doctrina de Jorge Jellinek, para quien la relación jurídica entre el Estado y su territorio es de carácter personal y no real, y tiene la característica propia del "imperium" (poder de mando o dominación).

3. El poder. El tercer elemento del Estado es el poder, que constituye su elemento formal.

El Estado no puede subsistir ni alcanzar sus fines sin la existencia en el mismo de un poder, es decir, de una autoridad.

El concepto "poder del Estado" guarda menor relación con la palabra "fuerza" o "violencia" que con los términos de "ordenar" y "administrar". Lo esencial para el Estado no es la fuerza, sino la organización de la colectividad. La coerción política es sólo el último medio para el mantenimiento de este orden, o sea, que no es objeto principal sino medio para un fin.

"Es evidente que si existe un grupo con asiento en un territorio, pero sobre el cual no se hace sentir autoridad alguna, no constituye Estado: el mero reconocimiento de la realidad nacional tampoco envuelve el del Estado. El estudio del poder político significa, pues, el nudo de la teoría del Estado".

"La vinculación entre estos conceptos ha sido magníficamente expuesta por Georges Burdeau".

"Partiendo de la base de que hay nación cuando los componentes del grupo toman conciencia de los valores colectivos que encierran, se observa luego que el sentimiento de tal comunidad se traduce en la natural inclinación a continuar la convivencia y en la espontánea concepción de que es posible organizarse para afirmar y desarrollar dichos valores y por ese medio propender a la felicidad común".

"Toda sociedad se ordena en torno de cierto ideal de vida común, se desarrolla en un estado de conciencia nacido de la solidaridad por la cual sus miembros se sienten unidos. Pero no puede vivir y llegar a ser una realidad histórica si no es estimulada por una fuerza impulsiva que descarga y controla los movimientos por los cuales es manejado el organismo social. Esta fuerza es el Poder político. Poder y sociedad nacen juntos. (Manual, pág. 9). "El Poder es, pues, una fuerza nacida de la voluntad, destinada a conducir el grupo en la búsqueda del bien común y capaz, cuando el caso lo requiera, de imponer a sus miembros la conducta que él ordena". (Tratado, pág. 215)" [28].

"En la idea del poder supremo se comprenden tres conceptos que es útil diferenciar, porque de su confusión proviene en mucha parte

[28] Alejandro Silva Bascuñán. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Pág. 133.

la oscuridad que ha caracterizado este punto central de la ciencia política".

"Se contiene, en efecto, dentro del estudio de la autoridad suprema:

"el poder del Estado, que permite encauzar eficazmente el cuerpo político hacia el objetivo propio de aquél;

"los gobernantes, que son las personas de que, como órganos suyos, se sirve el Estado para satisfacer las tareas propuestas al poder; y

"la soberanía que describe, ya cualidades tan típicas y configurantes del poder estatal que, por extensión, lo llevan a identificarse con la esencia de éste, ya, según lo explica Burdeau, quien determina el ideal de Derecho que tiene vigencia en la sociedad política".

"Según este autor, "en realidad el Estado es una forma de Poder... Cuando una comunidad... considera un tipo de organización social como susceptible de satisfacer sus exigencias... se expresa en una idea esencialmente contingente, ya que varía según los pueblos que la adoptan; es la idea de Derecho, es decir, cierto arreglo de las relaciones sociales de donde proceden las reglas de vida común... el Poder es la energía de la idea de Derecho, es la fuerza que tiende a introducir en el ordenamiento jurídico positivo..." (Manual, Págs. 30-31)".

"Así, pues, sintetiza el mismo Burdeau "el soberano determina la idea de Derecho valedera en la sociedad de que se trata, la potestad estatal es la fuerza de esta idea tendida hacia su realización y los gobernantes ponen en acción esta potestad manteniéndose en contacto con las voluntades del soberano" (Manual, Pág. 26)" [29].

El vínculo jurídico. Como elemento constitutivo del poder del Estado está el vínculo jurídico, que es el que le da forma y carácter propio al Estado.

Todas las personas que integran el Estado están vinculadas en una serie de derechos y deberes recíprocos determinados por un poder supremo unitario, que es el sujeto del orden jurídico.

En las sociedades modernas, el Derecho es uno de los elementos esenciales del poder, pero no toda la actividad del poder se desarrolla dentro del marco del Derecho. Un análisis puramente jurídico de las instituciones políticas proporcionaría una visión parcial y falsa; no obstante, gran parte de la actividad del poder se realiza a través del Derecho.

"Es verdad que la formación de un sistema semejante no sobreviene de un solo golpe, sino que se cumple a lo largo de la historia, merced a un proceso más o menos laborioso. Verdad es también que en el curso de tal proceso e incluso después de que éste se haya cumplido en cierto modo, sobrevienen, no raras veces, crisis y contrastes internos por cuya virtud el sistema puede modificarse y hasta, en hipótesis extrema, disolverse: pero, en tal caso, ese sistema necesita ser

[29] Alejandro Silva Bascuñán. *Tratado de Derecho Constitucional.* Tomo I. Pág. 134.

sustituido por otro, toda vez que los mismos motivos y las mismas energías en que aquél había tenido origen, prosiguen operando, e indefectiblemente dan por ello origen a una nueva formación unitaria".

"Este hecho, que, por su necesidad y universalidad constituye una verdadera ley de toda la historia humana, puede considerarse desde dos aspectos que se presentan como aparentemente contradictorios. Si en primer lugar se atiende a la génesis psicológica y a la formación gradual del Estado, debe afirmarse que éste no crea las relaciones ni las determinaciones jurídicas que en él tienen su centro de referencia, sino que es más bien su exponente o acaso su producto. Pero si, desde otro punto de vista, se considera, en cambio, la formación ya lista y terminada, y si se atiende al sistema estatal en su lógica estructura, entonces nos sentiremos tentados a admitir que todas las normas de las cuales aquél consta no son otra cosa que emanaciones o irradiaciones del sistema mismo en cuanto dotado de un centro común".

"Esta especie de antítesis entre los dos puntos de vista indicados, explica, en medida bastante, los disentimientos doctrinales, e incluso, también, los errores que tan frecuentes resultan en esta materia. Para algunos autores que han considerado de manera un tanto superficial sólo aquel primer aspecto, el Estado aparece como mera fórmula privada de real entidad, o como una expresión abreviada para designar una mutable relación de fuerzas; otros, por el contrario, han llegado a considerarlo como la única manera posible de existencia del Derecho, e incluso como un simple sinónimo de éste, excluyendo, por consiguiente, "a priori" la posibilidad de un Derecho no estatal".

"Que estas diversas doctrinas son igualmente inaceptables, resulta sin más de lo ya dicho, y aun parecerá más claramente de lo que sigue. Sin entrar en discusiones especiales, lo que aquí nos importa es destacar que el Estado constituye una síntesis espiritual y que, por consiguiente, posee una propia e innegable realidad, si bien no pueda ser identificado con ningún individuo ni con una suma de individuos, ni con una extensión del territorio, por lo cual diremos que su realidad es inteligible, pero no sensible. Unicamente quien sea esclavo del prejuicio materialístico puede desconocer esto, obturándose, en consecuencia, al mismo tiempo, para la comprensión de todo lo que excede de los datos sensibles, que es una buena parte de nuestro ser y del ser universal" [80].

"Si el Estado no tuviese una supremacía real sobre los individuos que lo componen, cesaría de existir. La soberanía está, pues, implícita en la propia naturaleza del Estado".

"Cualesquiera que sean los orígenes de las normas que pertenecen a un sistema o caen dentro de su órbita, el Estado, en cuanto centro y sujeto del sistema mismo, imprime sobre ellas su propio sello en virtud de aquella incesante exigencia de coordinación que, según hemos dicho, constituye su vida misma".

"Por tanto, toda la serie inmensamente compleja de facultades y

[80] GIORGIO DEL VECCHIO. *Teoría del Tratado*. Págs. 114 a 116.

de obligaciones correlativas en las relaciones sociales, se dispone y se desenvuelve sobre la base y sobre el presupuesto de la voluntad conforme del Estado. Tal es, brevemente expuesta, la construcción teorética que permite captar el sentido profundo de la estructura estatal en cuanto ordenamiento jurídico que se realiza positivamente" [31].

Lo expuesto precedentemente demuestra que no puede ser identificado el Estado con el Derecho, tanto porque hay derechos anteriores y superiores al Estado como porque no toda decisión del Estado, sólo por ser suya, tiene valor jurídico.

4. LA FINALIDAD. Respecto de la finalidad del Estado, el profesor Mario Justo López, de la Universidad de Buenos Aires, se pregunta: "¿Qué se entiende por "fines del Estado? ¿Tiene fines el Estado?".

"Antes de contestar tales preguntas, es necesario precisar cuál es el concepto de Estado a que se hace referencia al formularlas. ¿A la "comunidad política"? ¿Al aparato de dominación? Debemos responder a esta pregunta previa expresando que, para tratar de dilucidar el problema aquí planteado, habremos de referirnos a la "comunidad política" en su integridad, incluyendo en ella el aparato de dominación".

"Efectuada esa aclaración, corresponde señalar también que los interrogantes formulados pueden ser objeto tanto de un planteo histórico como de un planteo filosófico. En el primer caso, la respuesta se obtiene simplemente mediante descripción. Basta para ello indagar en la historia cuáles son los fines que han perseguido, en cada caso, los hombres que han conducido a las "comunidades políticas" concretas. En el segundo, la respuesta es extraempírica y busca revelar una nota constante, necesaria. Desde este punto de vista, como bien lo ha señalado Sánchez Agesta, el problema del *fin* del Estado está directamente vinculado con el de la *justificación* del poder, y la pregunta del *¿por qué?* del poder nos lleva a responder a otra pregunta incitante: *¿para qué?*"

"No nos ocuparemos aquí del planteo histórico, sino del filosófico, y con este enfoque procuraremos dar respuestas a las preguntas antes formuladas".

"Ante todo, para poder determinar si el Estado tiene fin o fines, es necesario establecer qué se entiende por tales, y distinguirlos de los fines de la actividad política. El Estado —salvo en la exageración de ciertas doctrinas organicistas— carece de conciencia y voluntad propia, pues no existe en él sino la conciencia y voluntad de uno, varios o muchos de los integrantes —contingentes—. Los fines propios de aquél —su razón de ser— coinciden con los fines políticos *stricto sensu* de carácter mediato de la actividad política a que antes se ha hecho referencia (la construcción, consolidación y conservación de la "comunidad política"). Los otros fines que se suele atribuir al Estado no son otra cosa que los "fines últimos" de la actividad política que, contingentemente, le son atribuidos por sus integrantes y respecto de los cuales

[31] GIORGIO DEL VECCHIO. *Teoría del Estado*. Págs. 117 y 118.

el Estado se convierte en mero instrumento. De acuerdo con lo dicho, hay que distinguir, utilizando el lenguaje de Kant, entre el *fin objetivo* —incondicionado y absoluto— y el *fin subjetivo* —relativo y condicionado, voluntario—, y, en consecuencia, no hay que confundir el fin del Estado con los de los gobernantes o de los integrantes de la "comunidad política"."

"Corresponde señalar que hay quienes niegan al Estado un fin propio u objetivo. Algunos de ellos, como Heller, han negado la finalidad del Estado con el propósito —según ha señalado Jellinek— de justificar el *statu quo*. Otros, como Kelsen, dicen que la cuestión de los fines que deben perseguirse con el instrumento técnico-social que es el Estado, es propia de la política y ajena a la teoría de aquél. Agrega el maestro austríaco que si la doctrina del fin del Estado se expone bajo el supuesto de que éste posee un cierto fin específico, implica llanamente elevar a categoría absoluta uno cualquiera de los múltiples e históricamente cambiantes fines del mismo".

"Si se acepta la posición afirmativa expuesta, corresponde asignar al Estado *un fin* —o varios— propio, objetivo, necesario, que expresa su razón de ser, y *otros fines* que les son asignados por los gobernantes o los integrantes de la "comunidad política", subjetivos, contingentes, que expresan los valores o los propósitos de aquéllos. En este segundo caso, aunque se hable también de "los fines del Estado", se está hablando de fines que no son propios de éste, sino que le son puestos o atribuidos".

"Pero, entonces, ¿cuál es el fin —o fines— propio, objetivo, necesario, del Estado? Antes se ha dicho que era el mismo fin político *stricto sensu*, mediato, de la actividad política, es decir, la construcción, consolidación y conservación de la "comunidad política". Pero, evidentemente, esa respuesta no basta. El Estado es una específica "comunidad política" y, en consecuencia, aquel fin de la actividad política no es otro que la construcción, consolidación y conservación del mismo Estado. Lo que en realidad se ha querido decir al asimilar ese fin de la actividad política con el fin propio u objetivo del Estado, es que en la construcción, consolidación y conservación de éste —el Estado— se encuentra su propio fin. ¿No se confunde ese fin con el de proporcionar las condiciones adecuadas para que pueda existir y subsistir la necesaria convivencia humana, o, para decirlo con las palabras de Burdeau, "el mantenimiento de la sociedad misma contra todas las fuerzas de disociación"? ¿No es acaso esto el "bien común"?"

El bien común

a) *El concepto aristotélico-tomista de bien común*

"De acuerdo con la corriente aristotélico-tomista, y a menudo también al margen de ella, se suele afirmar que el fin propio, objetivo y necesario del Estado es el *bien común*, lo cual, sin embargo, si no se aclara debidamente, sólo conduce a un cambio nominal".

"La elaboración de la noción del "bien común" se debe en gran medida a teólogos católicos y en particular a las corrientes tomistas. Según el padre jesuita Francisco Suárez, el "bien común" es "un *status* en el cual los hombres viven en un orden de paz y de justicia con bienes suficientes para la conservación y el desarrollo de la vida material, con la probidad moral necesaria para la preservación de la paz externa, la felicidad del cuerpo político y la conservación continua de la naturaleza humana". Rommen, por su parte, acota: es "un *status* en el cual se alcanza la satisfacción de todos los deseos de la comunidad y de sus miembros"; "es el principio que prevalece y controla cualquier otro interés en su orden"; "es el principio creador, el poder que conserva el cuerpo político" y que "convierte a la masa amorfa externa, al mero conglomerado de individuos, en un cuerpo solidario de ayuda mutua e interés"."

"En síntesis, y al margen de algunos contenidos concretos que aparecen en el concepto precedentemente expuesto, puede decirse que el "bien común", en su clásica acepción, no es el bien de todos —como si "todos" fueran una unidad real—, sino el conjunto de condiciones apropiadas para que todos —"grupos intermedios" y personas individuales— alcancen su "bien particular". Por eso cabe también afirmar que no hay contradicción entre el "bien común" así considerado y los "bienes particulares"."

b) *Los contenidos del "bien común"*

"Admitido que el Estado tiene un fin propio, "objetivo" —en el sentido de Kant—, y que consiste fundamentalmente en proporcionar las condiciones para que exista y subsista la necesaria convivencia humana, puede dársele a dicho fin el nombre de "bien común", aunque en este caso —sobre todo en la perspectiva aristotélico-tomista— llenándolo con determinado contenido concreto".

"Se trata, pues, ahora, sea en la indicada perspectiva aristotélico-tomista o al margen de ella, de especificar el contenido concreto del "bien común", sin llegar, empero, a concretar los "fines particulares" de Estados históricos".

"En la antes transcrita definición del padre Suárez, los contenidos específicos son el orden, la justicia, el bienestar y la paz externa. Dentro de la misma orientación, Jean Dabin considera que el "bien común" —por él denominado "bien público temporal"— debe constar de tres elementos para satisfacer otras tantas necesidades públicas: a) orden y paz; b) coordinación (de las actividades particulares), y c) ayuda y, eventualmente, suplencia (de las actividades particulares)".

"Con distinto criterio, y luego de recordar que la concepción tomista no es la única que existe sobre el "bien común", indica Burdeau otro camino para especificar el contenido de aquél. Consciente de la existencia de grupos sociales diversos, cada uno con sus fines y, por lo tanto, con sus bienes propios, sostiene que hay que distinguir entre la noción de "bien común", en sentido *formal* y en sentido *material*. El

"bien común" en sentido *formal* consta de dos elementos permanentes y universales: el *orden* y la *justicia.* El "bien común" en sentido *material,* en cambio, es de carácter contingente y variable y resulta tributario del medio social y de los sistemas filosóficos que prevalecen" [32].

IV. EL ESTADO DE DERECHO

1. CONCEPTO. La mayoría de los autores atribuye la expresión "Estado de Derecho" a Roberto von Mohl, quien habría sido el primero en emplearla en su obra "Die Polizeiwissenschaft nacht den Grundsätzen des Rechtsstaates" (La Ciencia de la Policía según los principios básicos del Estado de Derecho), publicada entre los años 1832 a 1834.

Es necesario precisar que no todo Estado es Estado de Derecho, sino que éste es el Estado cuyo Derecho confiere una específica estructura y contenido a una comunidad política. En este sentido, al Estado de Derecho se contrapone, históricamente, el Estado despótico, el Estado patrimonial, el Estado dictatorial, etc.

De otra parte, todo Estado tiene un contenido jurídico y al Estado le es esencial el Derecho, pero no todo Estado ve en el Derecho el factor fundamental integrante de su esencia, la razón de su ser.

El Estado de Derecho es el Estado que realiza una determinada concepción de la justicia a través de una técnica específica.

2. CARACTERES. La concepción de la justicia que debe realizar el Estado de Derecho se fundamenta en el valor trascendente de la persona humana y en el reconocimiento de sus derechos fundamentales.

Los caracteres propios de esta concepción personalista del Estado de Derecho han sido establecidos por el distinguido filósofo del Derecho español Luis Legaz y Lacambra:

"a) Afirmación de que el ordenamiento jurídico constituye un todo jerárquicamente estructurado, al que corresponde una primacía de la norma general de la ley. La norma general realiza justicia, porque la generalidad —el tratar igualmente lo igual— es de esencia de la justicia. La generalidad crea además seguridad, porque por la norma general la persona sabe a qué atenerse en su obrar y las consecuencias de éste no dependen del azar o el capricho. Por otra parte, esto implica atribuir a la legislación formal todo lo que es susceptible de una regulación general; pero el problema de nuestro tiempo radica en que la Administración se reserva a su especial normación un amplio ámbito de zonas vitalmente importantes, en las que se excluye la intervención de los órganos específicamente legislativos".

"b) Afirmación de los derechos humanos fundamentales. Afirmación que se hace a sabiendas de las dificultades que implica. Estas

[32] MARIO JUSTO LÓPEZ. *Introducción a los estudios políticos.* Págs. 221 a 224.

provienen en parte de la vinculación de la idea de los derechos humanos al orden filosófico del liberalismo. Pero el liberalismo es sólo una forma de afirmar estos derechos basada en la hipótesis metafísico-relativista de la no verdad objetiva de ningún contenido religioso determinado, por lo cual la consecuencia sería la del derecho absoluto del hombre a cualquier religión, a cualquier filosofía, etc., y, por tanto, la equiparación de derechos de "la verdad" y del "error". Pero no se trata de esto, sino de si es posible imponer o no coactivamente al hombre un contenido religioso, filosófico, etc., y sobre todo si es lícita la imposición de una consecuencia jurídica desfavorable por el hecho de que se profesa tal religión o filosofía. Por otra parte, en la libertad religiosa "el laicismo" sólo ha solido ver el aspecto negativo: el pretendido derecho del hombre a no profesar religión, y se ha olvidado el aspecto positivo que, en cambio, está en la base de las declaraciones americanas de Derecho; no ya el deber, sino el derecho del hombre a tener religión, porque la religión constituye uno o el más sólido de los diques que la persona puede oponer a la corriente socializadora, y lo que, por tanto, puede crear un reducto más seguro a la libertad interior y a la personalidad, y esto implicaría el correlativo deber del Estado de proteger los contenidos religiosos y de refrenar o de contrarrestar, en defensa de la libertad de la personalidad, la propagación de aquellas doctrinas cuya eficacia social actuase como disolvente de esta personalidad y libertad interior".

"c) Existencia de un fuero de la personalidad jurídica. La personalidad jurídica es la personalidad humana viviendo en la forma social del Derecho. A imagen y semejanza que es de la personalidad humana, la personalidad jurídica implica su propia libertad y dignidad; ya no es sólo el imperio de su radical libertad en el orden social —la no impedibilidad de ciertas manifestaciones suyas (de conciencia, religión, etc.)—, sino de una libertad jurídica positiva, esto es, de posibilidad de obrar con eficacia jurídica. La vida social, vista "sub specie juris", es una trama de relaciones jurídicas. Estas relaciones las mantiene el sujeto de Derecho con otros sujetos, pero también con órganos del Estado. Cuando en esta relación al sujeto le corresponden determinadas posibilidades de exigir eficazmente algo de otro, se le reconoce como titular de un derecho subjetivo en la forma de la pretensión; y si el sujeto obligado de esta pretensión es un órgano del Estado, el sujeto es titular de un derecho público subjetivo".

"La existencia de lo que se llaman derechos públicos subjetivos es, pues, esencial al Estado de Derecho. Su inexistencia no sólo implicaría que el ordenamiento jurídico acentúa las obligatoriedades con detrimento de las facultades, sino que éstas se reparten en el sentido de polarizar las obligaciones hacia los sujetos privados y las facultades hacia los órganos del Estado, lo cual significaría una restricción de la libertad y, en definitiva, una negación del valor de la persona, puesto que frente a ésta sería sólo el Estado, por medio de sus órganos, quien podría obrar y, por tanto, quien tendría a su favor, ya "a priori", la

razón y la justicia. He ahí por qué las ideologías neohegelianas que negaron el valor sustancial de la persona humana en beneficio de la idea de la comunidad popular, se opusieron al concepto de persona jurídica y trataron de eliminar la idea del derecho subjetivo sustituyéndola por la de situación. Por eso negaron también la idea fundamental del Estado de Derecho, al no reconocer al miembro de la comunidad más que facultades que no eran derechos, concedidas por el orden de la comunidad, y sólo frente a los otros miembros de la comunidad; pero frente a ésta y sus órganos, solamente deberes".

"d) Un sistema de responsabilidad de la Administración y de recursos contencioso-administrativos es esencial a la existencia del Estado de Derecho. En los países de régimen administrativo, como un residuo de la organización política del antiguo régimen, subsiste más o menos amplia la idea de una administración exenta de fiscalización jurisdiccional; y la misma teoría del acto administrativo de Otto Mayer, según la conocida interpretación de Kelsen, tiene como trasfondo político el designio de reservar al poder una esfera de libertad a la que no llegue la posibilidad de un control de su regularidad jurídica formal. Esta libertad queda asegurada, de una parte, por la existencia de las llamadas facultades discrecionales de la administración, y de otra, por la existencia de unos llamados "actos de gobierno" o "actos políticos", de los que dice Ruiz del Castillo que se refieren a la Nación considerada como unidad superior y, a diferencia de los actos administrativos propiamente dichos, no son susceptibles de individualizarse y afectar a individuos concretos".

"Es imposible negar la legitimidad de esta categoría de los actos de gobierno, al menos como "concepto de orden" para agrupar todos aquellos actos a los que el gobierno, por consideraciones dimanadas de una concepción política, ha querido expresamente excluir de fiscalización jurisdiccional. En la misma Norteamérica, donde incluso existe un control de la legislación, desde el punto de vista de su constitucionalidad, por los órganos judiciales, las llamadas "political questions" no son objeto de apreciación por la "Supreme Court". Y es que un Estado en el que estuviese el Gobierno sujeto en todos y cada uno de sus actos a fiscalización, por poder obrar sólo en forma de ley, sería un Estado políticamente imposible, como había advertido George Jellinek y recuerda el profesor Rodrigues Queiró. Hay un ámbito de cuestiones políticas que constituye el último baluarte del decisionismo no sólo contra el normativismo, sino contra su clásico y natural aliado, que es la jurisdicción; sólo aquí la Política afirma su autonomía frente a la Justicia, pero a la justicia en sentido judicial, "Justiz", no a la justicia en sentido de intrínseca justicidad, Gerechtigkeit. Por eso dice Rodrigues Queiró que la Política es también una actividad jurídica a la que, sin embargo, le falta sanción jurisdiccional. Esto, ciertamente, implica una atenuación práctica de la "justitia" y el ius scriptum en favor de la salud pública y la "aequitas politica", abriéndose así, en fin de cuentas, una puerta de comunicación entre la concepción téc-

nico-jurídica y la concepción filosófica de la Política, que acentúa su subjetividad frente a la objetividad del Derecho".

"Pero aquí radica precisamente la dificultad en el Estado moderno, por la extensión creciente que pueden alcanzar en la presente situación del hombre las "cuestiones políticas", ya que el definir esa politicidad corresponde exclusivamente al propio Estado. Desde un punto de vista filosófico, el problema de las facultades discrecionales de la administración tiene un interés puramente académico, sobre todo porque si allí no llega la posibilidad de un recurso contencioso-administrativo subjetivo, llega el llamado recurso objetivo, con lo que se salva la necesidad de juridizar la acción administrativa. Pero el problema de las "cuestiones políticas" precisa verlo desde unos supuestos sociológico-políticos específicos, que le confieren gravedad y trascendencia singulares. Por virtud de una interpretación amplia de lo "político", el Estado se convierte en aparato que refuerza las tendencias de socialización, y la libertad de acción que se reserva se institucionaliza, por así decirlo, en la actuación de unos órganos cuya actividad afecta a zonas importantes de la vida humana (v. gr. propaganda, abastecimientos, dirección de la vida económica en general, etc.); y, al propio tiempo, contribuye a que la vida, en otros aspectos, se encuentre prendida en las redes de grandes empresas monopolísticas que imponen una suerte de dictadura en su propia esfera de acción, ya sea la del transporte, suministro de energía eléctrica, etc.; y de ese modo, en ambos casos, la esfera real de la libertad social del hombre y la del derecho subjetivo se va prácticamente aniquilando. Pues todo esto es el síntoma de una tremenda transformación social y de que estamos inmersos en una corriente socializadora muy difícil de detener y tanto más difícil de combatir cuanto que la misión liberadora que incumbe al Estado tendrá, tal vez, que revestir precisamente la forma de una afirmación de poder para contrarrestar otros poderes sociales que pueden ser más opresivos que el propio poder estatal".

"Es lo cierto que el Estado de Derecho sufre una fuerte limitación en su eficacia jurídico-administrativa por virtud de estas circunstancias. Quede para los administrativistas, como una incitación, el estudio de los fines de la Administración en nuestra presente situación de totalización y piensen cómo puede la Administración contribuir a la liberación del hombre del imperio cada vez más poderoso de las fuerzas de socialización espirituales, económicas y sociales de todo orden, que sofocan y anulan cada vez más su libertad interior y su libertad social. Si la Administración cree que su única misión consiste en hipertrofiarse, administrativizándolo todo, y reforzando la tendencia a la estatificación de todo lo social, está perdido el hombre y está perdido el Estado de Derecho".

"e) Por último, aunque esto no constituye una nota esencial sino más bien contingente, el Estado de Derecho tiende hacia lo que puede llamarse el control jurisdiccional de la legislación. Sería sin duda desorbitado plantear esta exigencia como un "a priori" respecto de cualquier

forma de Estado de Derecho, porque las garantías políticas o sociales del sentido constitucional de la legislación pueden suplir, quién sabe si incluso con ventaja en cuanto a la eficacia, a las garantías jurídicas: pero es evidente que, para ciertas situaciones políticas, esa garantía jurídica es tal vez la única que existe. Y también aquí, como en el caso de los recursos contencioso-administrativos, la organización de la justicia constitucional puede sufrir limitaciones y restricciones más o menos fuertes de orden político. Por otra parte, aquí no podemos entrar en la discusión —tipificada en la polémica Kelsen-Schmidt— acerca de si un órgano jurisdiccional especial es el instrumento adecuado de defensa de la Constitución. Podría propugnarse una atribución del examen de la constitucionalidad de las leyes a los jueces ordinarios, como propugnó Hauriou, sin que ello implique una caída en un "gobierno de los jueces"; además, tal sistema puede ser más compatible con las características de un Estado de autoridad que no renuncie a ser o que quiera organizarse como Estado de Derecho. Pero esta nota, repetimos, no debe considerarse absolutamente esencial al Estado de Derecho, sino a su transformación en "Estado de justicia" no en el sentido de justicia ética absoluta, "Gerechtigkeit", sino en el de justicia judicial, "Justiz", y en este sentido se ha hablado de un "Justizstaat" para expresar el último grado de la estructuración judicialista de toda la vida política".

"El Estado de Derecho es sin duda la forma del Estado que merece ser más altamente valorada. En nuestra situación, creemos que es la forma única posible de Estado ético, esto es, de Estado que contiene un valor de eticidad. Pues precisamente porque pensamos que el Derecho tiene sus raíces en el orden moral la eticidad que a los juristas interesa como tales juristas es la juridicidad" [33].

3. El Estado de Derecho y la Libertad. Como señala Luis Legaz y Lacambra, "la libertad pertenece a la esencia del Estado; es éste el que necesita de la libertad, no a la inversa. A través del Estado, la libertad metafísica se convierte en libertad jurídica y libertad política: pero con esta conversión no queda agotada la libertad, que ante todo pertenece a la persona misma como tal. Lejos de que la libertad sólo alcance sentido y realidad en el Estado, como se pretende en la concepción hegeliana divinizadora del mismo, la verdad es que no sólo es posible un divorcio entre libertad y Estado histórico, sino que incluso la razón puede estar del lado de la libertad y en contra del Estado. Y es claro que ningún Estado puede físicamente suprimir esta libertad, como ya vio Spinoza, pero sólo con ella no hay verdadera libertad social —jurídica o política— del individuo. La libertad política no es sólo la participación activa en la vida de la totalidad política, sino la eficacia jurídica del "no" a ciertas manifestaciones de la vida política. Y la libertad jurídica, desde la esfera de los derechos humanos a la del derecho subjetivo propiamente dicho, implica el reconocimiento

[33] Luis Legaz y Lacambra, *Humanismo, Estado y Derecho*. Págs. 77 a 83.

previo de que aquéllos no son concesión arbitraria y caprichosamente revocable de las determinaciones positivas de la "lex". Sin embargo, un Estado sin libertad política en el sentido expresado y sin respeto sustancial a los derechos humanos, no deja de poseer un ordenamiento jurídico, realiza de alguna forma el Derecho: pero no debe ser considerado como "Estado de Derecho". Le falta, en este supuesto, "legitimidad", valor sustancial a la idea de Derecho que realiza. Y el Estado de Derecho no puede renunciar a la legitimidad, que es la validez intrínseca de su contenido jurídico. Pero tampoco puede renunciar a la "legalidad", que es la afirmación del Derecho en su forma y, por consiguiente, lo contrario de la arbitrariedad, la cual, por esencia, es la negación de la justicia como principio del Derecho" [34].

V. FUNCIONES DEL ESTADO

El poder del Estado es, por esencia, unitario. No obstante ello, en las fases avanzadas del desenvolvimiento, el poder se diferencia o divide y se articula en varios órganos que realizan acciones distintas, pero siempre coordinadas desde el punto de vista de la realización del bien común.

La distinción de las funciones que realiza el Estado no sólo tiene un significado técnico, sino que posee una trascendencia jurídica porque hace posible el establecimiento de limitaciones a las funciones estatales.

Esta concepción fue formulada por Carlos de Montesquieu (1689-1755) en su obra "El espíritu de las leyes", (1748):

"En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil".

"En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado".

"La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad; para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro".

"Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente".

"No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder

[34] Luis Legaz y Lacambra. *Humanismo, Estado y Derecho*. Págs. 72 y 73.

legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor".

"Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares" [35].

Aun cuando el análisis que hizo Montesquieu de este problema no puede considerarse como totalmente acertado, constituye un mérito suyo innegable el haber puesto de relieve este principio tan importante, que impropiamente se denominó posteriormente "principio de la división de los poderes", en circunstancias que debió haberse denominado "principio de la distinción de las funciones".

Las actividades más importantes del Estado son tres: ejecutiva, legislativa y judicial.

1. La función ejecutiva o administrativa. Comprende la tutela del orden interno con el objeto de prevenir o reprimir los atentados contra la vida social o individual; la defensa de la integridad territorial del Estado; la organización de las finanzas públicas; las acciones concernientes a la higiene y a la salubridad; lo relacionado con el trabajo y la seguridad social; la educación y la cultura del pueblo, etc.

La actividad administrativa debe desenvolverse de conformidad con las leyes.

2. La función legislativa. Está confiada a cuerpos representativos que son, generalmente, el Senado y la Cámara de Diputados. Además, el Presidente de la República tiene también funciones legislativas.

Puesto que toda Constitución Política determina los órganos y los modos para el ejercicio de la función legislativa, resulta que cualquier acto cumplido por tales órganos y bajo tales modos es ley, por lo menos en un sentido formal.

Se distinguen, así, las leyes meramente "formales", que sólo tienen la forma de tales, de aquellas otras llamadas "materiales" o "sustanciales", que no sólo han sido aprobadas por los órganos legislativos, sino que, además, poseen un auténtico contenido jurídico.

Un puesto eminente entre las leyes corresponde a la Constitución Política, a la que nos referimos en el Capítulo Decimoquinto de este libro: "Las fuentes del Derecho".

3. La función judicial. La finalidad de esta función es hacer cierto al Derecho y realizarlo en los casos controvertidos.

"La función judicial no siempre se ejerce con motivo de una contienda entre partes que disputan beneficios equivalentes, como sucede en los juicios civiles en que se litiga sobre intereses privados de los

[35] Carlos de Montesquieu. *El espíritu de las leyes.* Libro XI. Capítulo VI.

contendientes. En la jurisdicción en lo criminal, en efecto, debaten ante el juez, generalmente, además del hechor y la víctima, la sociedad que persigue la aplicación del justo castigo merecido por la violación del ordenamiento jurídico. Por otra parte, no siempre se enfrentan en el proceso dos personas particulares, sino que el litigante puede pretender justicia con motivo de actos imputables al Estado, realizados por alguna de las innúmeras instituciones que lo integran, por la variada índole de gobernantes o funcionarios. La materia de la controversia será con frecuencia, en tal situación, análoga a la que podría suscitarse entre dos personas privadas o, al contrario, relacionarse a menudo con las materias propias de la naturaleza específica de la actuación del ente público con quien se ventila la contienda. Esta diversidad de partes y de objetos en relación a los cuales ha de ejercerse la función judicial, se convierte en factor determinante de la elección del órgano llamado a desempeñarla y del procedimiento a que debe ajustarse" [36].

4. La función fiscalizadora. Una importante función que cumple el Estado es la de controlar los actos que realizan los órganos de la Administración, tanto centralizada como descentralizada. Existe un control preventivo y otro a posteriori; un control administrativo y otro jurisdiccional; un control jurídico y otro financiero; un control legal y otro de mérito.

En Chile existen varios organismos que tienen a su cargo realizar funciones de control: la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Seguridad Social, la Superintendencia de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio y, fundamentalmente, la Contraloría General de la República, que fue creada en 1927 y cuya estructura definitiva fue establecida en 1932 y 1933.

VI. FORMAS DE GOBIERNO

1. Concepto. La forma de gobierno es la manera según la cual el gobierno actúa y exterioriza su actividad propia, a la vez que es la estructura mediante la cual ejerce sus funciones.

2. Clasificación. Aristóteles (384-322 antes de Cristo) enunció una clasificación de los gobiernos que se ha hecho tradicional: "Llamamos monarquía al Estado en que el mando, dirigido al interés común, no pertenece sino a uno solo; aristocracia, aquel que se confía a más de uno, y toma su denominación o de que las pocas personas a quienes se confía el mando se escogen entre las más honradas, o de que no tienen en vista sino el mayor bien del Estado y de sus miembros; república, aquel en que la multitud gobierna para la utilidad pública, nombre que es, sin embargo, común a todos los Estados". "Estas tres formas pueden degenerar: la realeza, en tiranía; la aristocracia, en oli-

[36] Alejandro Silva Bascuñán. *Tratado de Derecho Constitucional.* Tomo I. Págs. 344-345.

garquía; la república, en democracia. La tiranía no es, en efecto, sino la monarquía dirigida a la utilidad del monarca; la oligarquía, a la utilidad de los ricos; la democracia, a la utilidad de los pobres; ninguna de las tres se ocupa del interés público" [37].

Carlos de Montesquieu (1689-1755) formula otra clasificación: "Tres especies hay de gobierno: el republicano, el monárquico y el despótico. Para descubrir la naturaleza de ellos, basta la idea que tienen los hombres menos instruidos. Yo supongo tres definiciones, o por mejor decir, tres hechos, y son: "que el gobierno republicano es aquel en que el pueblo en cuerpo, o solo parte de él, tiene la potestad soberana; que el monárquico es aquel donde gobierna uno solo, pero con leyes fijas y establecidas; en lugar que en el despótico, uno solo, sin ley y sin regla, lo lleva todo a su voluntad y a su antojo" [38].

Nos referiremos a continuación a las dictaduras y a las democracias.

3. La dictadura. Como afirma Gonzague de Reynold [39], el Estado dictatorial presenta caracteres que lo hacen muy semejante a la monarquía: el gobierno absoluto, la unificación del poder, la constitución de una aristocracia política y, sobre todo, el sentido religioso que lo inspira. Es este último aspecto, tal vez, el más interesante. El gobierno totalitario entiende que el Estado debe tener una religión y eleva a este carácter al mito sobre el que se organizó; y así, la nación, la raza o la clase se concentran bajo formas religiosas y quedan como determinantes absolutas. Es por ello que estos regímenes no pueden aceptar la existencia de las religiones, cualquiera que ella sea: católica, protestante, panteísta o budista; de ahí las persecuciones de Hitler a los cristianos.

El fundamento de la concepción dictatorial es el de subordinar al hombre "como medio" a la sociedad "como a su fin supremo". Este absolutismo estatal se inspira, como dice Pío XII, "en el falso principio de que la autoridad del Estado es ilimitada y que, frente a ella, aun cuando dé rienda suelta a sus intentos despóticos violando los límites del bien y del mal, no puede admitirse apelación a una ley superior que obliga en conciencia" [40]. La persona humana, con sus derechos inalienables, desaparece, y el individuo queda sometido a la voluntad de los grupos sociales dirigentes, a los cuales debe obedecer y servir como instrumento para alcanzar las finalidades que tales grupos se han señalado a sí mismos. Cada hombre no existe sino para el Estado y todos los derechos que posee derivan sólo de una concesión de la comunidad. La sociedad es un simple conglomerado de individuos que no poseen nada propio y cuyas acciones y reacciones están determinadas por el Estado. El es la realidad suprema, fuente de toda la moral; y es bueno lo que le conviene y malo lo que se opone a ello. El Derecho

[37] Aristóteles. *Política*. Capítulo IX.
[38] Carlos de Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. Libro II. Capítulo I.
[39] Gonzague de Reynold. *La Europa trágica*. Tomo II. Pág. 8.
[40] Papa Pío XII. Alocución de 24 de diciembre de 1944.

no es una ordenación racional guiada al bien común, sino un mero vehículo de la voluntad todopoderosa, que tiene la virtud de hacer justo aquello que ésta determina. El método político que emplean es maquiavélico, es decir, se funda en una técnica del poder desligada de todo concepto moral.

El Estado dictatorial, para el logro inmediato de las reformas sociales prometidas, establece el sistema del trabajo forzado y el monopolio de la producción y de la distribución de los bienes, el monopolio sindical, el de la enseñanza y el de la publicidad.

Dictatorial, en el orden interno, este Estado, en la medida de sus posibilidades, es belicista, supernacionalista y autárquico y concibe las relaciones entre los países como de agresividad y de predominio de la fuerza.

Sus líneas fundamentales no son puramente políticas, sino que constituyen una filosofía completa de la vida social. Empiezan por negar el Derecho Natural y se concretan en la absorción total del individuo, de la familia y de las instituciones privadas, que son consideradas como relativas, en el gobierno que es el absoluto".

Hay otras formas de dictaduras, disimuladas, pero no por eso menos peligrosas. Son formas o sistemas nacionalistas que, sin caer en las aberraciones totalitarias, pretenden, como ellos, exaltar algo: el sentido de la nacionalidad.

En el orden político interno, reniegan de la democracia y establecen un gobierno fuerte, que, generalmente, adopta una posición anticomunista, "que no se inspira en el amor de la libertad y de la justicia, sino que encubre odio de partidos, sed de predominio sobre la masa, y que es estimulada por los que así precisan defender y prolongar sus privilegios" [41].

En el orden económico son partidarios de la libre competencia y de la economía de mercado y, según sus posibilidades, tienden a la autarquía.

En lo internacional se aíslan de las demás potencias so pretexto de conservar su autonomía y realizar su "cruzada de salvación".

Precisando las características de las dictaduras contemporáneas, ha escrito Georges Burdeau: "Se trata de un remedio, no de un régimen político nuevo. La dictadura se caracteriza por la intención de los gobernantes de hacer del autoritarismo un modo normal de gobierno. Desenlace habitual de una crisis de las instituciones representativas, la dictadura toma la antítesis de las máximas políticas que han provocado el mal. Reposa sobre un monopolio de la decisión reservada a los gobernantes, sobre la concentración de la autoridad en un pequeño número de personas y sobre la supresión de todo control en cuanto a la actividad de los gobernantes. La reducción de las libertades individuales, el silencio de la opinión pública, la sustitución de un régimen de policía al de Estado de Derecho, la agrupación de todas las fuerzas políticas en

[41] EDUARDO FREI M. *La Política y el Espíritu*. Pág. 101.

un partido único, son otras tantas medidas destinadas a procurar la sumisión rápida y muda a las decisiones incondicionadas del jefe" [42].

4. La democracia. La palabra democracia viene de dos vocablos griegos: "kratos", que significa poder, autoridad; y "demos", pueblo.

El profesor Mario Verdugo, de la Universidad de Chile, señala algunas características que deben tenerse presentes al estudiar la democracia:

a) *La democracia como hecho histórico y la democracia como ideal.* "En primer lugar hay que distinguir entre lo que podríamos llamar idea democrática, por una parte, y, de otro lado, las diversas formas históricas a través de las cuales se ha tratado de realizar este principio".

"Al margen de toda controversia, es un hecho histórico que la palabra Democracia fue utilizada por primera vez en el siglo V antes de Cristo, para designar la forma de organización política que adopta Atenas a partir de esa época. Es más, si creemos a Tucídides, Platón, Jenofonte y Aristóteles, debemos tener presente que este régimen fue instaurado después de un largo proceso de reformas y revoluciones a menudo cruentas.

"Por otra parte —siempre en el plano histórico— resulta prudente considerar algunas características que presenta la polis ateniense en su mejor hora: de una población aproximada de trescientos mil, sólo unos treinta mil eran ciudadanos. Los restantes carecían de derechos políticos por ser metecos (extranjeros) o esclavos. Su área geográfica, apenas equivalente a la de una pequeña ciudad de uno de nuestros Estados contemporáneos. Su vida "democrática" fue efímera: cerca de medio siglo".

"Cuando se estudia la Democracia no debe pues olvidarse que ella nació dentro de un mundo muy distinto al nuestro, y que dejó de existir como una realidad viva cuando esas circunstancias variaron".

"Ahora bien, tomando como referencia el modelo ateniense, se ha construido al pasar de los siglos el *ideal de Democracia.* "El ideal democrático —escribe el profesor Bustos— abraza el conjunto de situaciones, abstractamente consideradas, a que tiende de uno u otro modo la Democracia, sin referencia a determinadas condiciones históricas o culturales".

"Parece de toda evidencia que este ideal está sometido a la revisión de los tiempos; fueron las circunstancias momentáneas las que originaron esa respuesta política y de esta contingencia histórica derivan las variaciones de sus formas".

"Los tiempos son otros, diversas las cantidades y las calidades... No es aconsejable, por tanto, hablar de Democracia como si se tratase de algo absoluto, indiferente a las contingencias".

[42] Georges Burdeau. *Traité de Science Politique.* Tomo I. Pág. 271.

b) *La Democracia como forma de gobierno y la Democracia como forma de vida.* "Siempre se ha admitido que la etimología de una palabra constituye una buena pista para averiguar su significado, por lo menos en relación con el medio histórico en que ella comienza a utilizarse. En el caso que nos ocupa, la etimología de la palabra Democracia en una gran medida nos aproxima y orienta en nuestra investigación. En efecto, como sabemos se descompone de dos palabras griegas: *demos,* que significa pueblo, población, gente, y *kratos,* que significa poder, superioridad, autoridad".

"Aun cuando la referencia etimológica parece bastante indicativa, algunos autores demuestran una marcada reticencia en considerar a la Democracia como una simple forma de gobierno. Prefieren concebirla como una "filosofía política", una "teoría social", una "concepción del mundo"; incluso "una religión".

"Sin embargo, aun cuando pueda estimarse que ello constituye una manera de infravalorar la Democracia, nosotros pensamos que, tanto desde el punto de vista histórico como desde el punto de vista lógico, ella representa antes que todo una forma de gobierno, una respuesta a la pregunta ¿quién debe ejercer el poder en una sociedad organizada políticamente? Tanto la interrogante como la respuesta son de naturaleza esencialmente política: inciden en la problemática del poder, y "el poder es el mundo de la política".

"Ello no implica, desde luego, que los *fundamentos* de la respuesta no puedan ser de carácter filosófico, religioso o ideológico".

"Efectivamente, la respuesta "el pueblo debe ejercer el poder" puede explicarse diciendo que "todos los hombres son hijos de Dios"; que "fueron creados a su imagen y semejanza", que "Cristo murió en la cruz por el último de los hombres" (fundamentación religiosa); puede igualmente aseverarse que "ningún hombre posee la verdad absoluta y que, por consiguiente, todos los hombres deben participar en las decisiones que afectan su destino" (fundamentación filosófica, propia de un relativismo axiológico); se puede argumentar también "que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales" (fundamentación ideológica vinculada al liberalismo político), etc."

"En síntesis, estimamos que la Democracia en lo esencial es una forma política que —como todas las demás formas de gobierno— puede cargarse de diversos contenidos, pero que por lo mismo no es posible identificarla exclusivamente con ninguno de ellos".

"Si bien sostenemos que la Democracia debe considerarse antes que nada como una forma de gobierno, no significa ello circunscribir su ámbito al problema del poder político. La Democracia también supone y exige —así lo entendieron por lo demás los atenienses— una forma o estilo de vida".

"En efecto, la solución meramente formal de carácter político que propone la Democracia no puede practicarse —ni siquiera concebirse— si no va aparejada de cierta actitud psicológica por parte de los miembros de la colectividad dentro de la cual ella se intenta establecer".

"En otros sistemas políticos la conducta cívica de los gobernados puede resultar hasta irrelevante. La Democracia, en cambio, parte de la premisa de que los *destinatarios* del poder son a la vez los *detentadores* del mismo, razón por la cual la adhesión, comprensión y práctica del sistema por parte de los protagonistas del quehacer político se hace insustituible".

"Más adelante pormenorizaremos el tópico; por de pronto nos concretaremos a enunciar la existencia de un *estilo de vida democrático* no sólo como complemento sino como requisito esencial para la existencia de una forma de *gobierno democrática*" [43].

El ex Presidente de los Estados Unidos de América, Abraham Lincoln, en su célebre discurso del 1º de noviembre de 1893 expresó: "Declaramos... que en esta nación, bajo la ayuda de Dios, renacerá la libertad, y que el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo no perecerá en la tierra".

El ex Presidente de Chile Jorge Alessandri, en discurso pronunciado en 1959, al inaugurar la Quinta Reunión de Consulta de los Cancilleres Americanos, manifestó que "la democracia es el gobierno del pueblo ejercido por sus representantes designados libremente en elecciones periódicas que garantizan la voluntad popular y que se fundamenta en el sagrado respeto de la personalidad humana y de sus derechos cuya verdadera cuna es el Evangelio de la civilización cristiana".

Por nuestra parte, consideramos que la democracia es el mejor régimen de gobierno que ha ideado hasta ahora la inteligencia humana; el sistema que permite al hombre contemporáneo realizarse en plenitud. Por ello queremos que subsista. Pero consideramos que eso sólo se conseguirá a condición de que se descubra su principio vital, que es la justicia y el amor, y que se reconstruya su filosofía política.

La historia de la libertad humana, en lo social, se confunde con la historia de la democracia, porque es ella su elemento esencial. Y es, definitivamente, el principio de la libertad espiritual, el cual era ignorado por el mundo antiguo. Además, como expresa Nicolás Berdiaeff, él "lo presentó en una forma nueva, desconocida, incluso, para el pueblo hebreo. La libertad cristiana presupone la resolución de la acción histórica mediante la acción del sujeto libre, del espíritu libre".

"El cristianismo fue el primero en reconocer el inapreciable valor del espíritu humano. El cristianismo nos hizo sentir que el alma nuestra es lo más preciado del mundo, y que "de nada sirve conquistar el mundo entero, si se pierde el alma" [44].

Cuando cae el Imperio Romano y se ve amenazada la civilización humanista antigua, la Iglesia Católica se alza en defensa de la libertad. Después combate por ella en contra de los césares y los señores feudales.

[43] MARIO VERDUGO. *Principios e Instituciones de la democracia.* En ¿Crisis de la democracia? Págs. 66 y 67.

[44] NICOLÁS BERDIAEFF. *El sentido de la historia.* Pág. 135.

Por eso podemos afirmar que la forma democrática nació en la Edad Media. Encontramos manifestaciones de ella en la organización de la Iglesia romana, en las grandes órdenes religiosas, en la composición de los gremios, en los gobiernos de las ciudades libres de Alemania, en las provincias españolas, en los Países Bajos, en los municipios de la Liga Lombarda y en los cantones suizos.

Además, el pensamiento democrático está en la enseñanza de los teólogos más eminentes. Así, por ejemplo, Francisco Suárez declara que "el poder civil, que se encuentra legítimamente en un hombre o en muchos, por derecho ordinario, ha emanado del pueblo, y no podría ser de otro modo para que fuera justo" [45]; y Francisco de Vitoria [46] enseña que el poder público viene de Dios, como autor de la naturaleza social del hombre, dado que ella requiere la existencia de un poder ordenador que logre hacer converger las voluntades dispares de la multitud. Pero él viene de Dios al pueblo, el cual lo encomienda, no lo enajena, a un mandatario suyo. Luego, cuando el pueblo elige un gobernante, no renuncia a su soberanía, sino que sólo la delega temporalmente.

La Revolución Francesa, aunque falsamente inspirada en la filosofía de Rousseau, afirmó los principios cristianos de libertad, contra la negación que de los derechos humanos esenciales habían hecho los absolutismos reales; pero es errado el afirmar que ella creó la democracia.

La democracia es de esencia evangélica y sólo el cristianismo ha profundizado en su verdadero espíritu. Por esto, es necesario provocar la reconciliación entre la inspiración cristiana y la democrática.

Pero ello no quiere decir, en manera alguna, que queramos ligar el cristianismo a la democracia. Se puede ser cristiano y preparar su salvación defendiendo un régimen político distinto del democrático, como se podía ser cristiano en la época del Imperio Romano, aceptando la autoridad del César, o en el siglo XVIII, adhiriendo a la monarquía. Lo que queremos establecer es que la democracia, en su esencia, está ligada al cristianismo.

Además de su origen, es preciso analizar su fundamento psicológico. Para conservar la fe en el progreso de la humanidad; para creer en la dignidad de la persona humana y en la justicia, es decir, en valores esencialmente espirituales; para sostener el verdadero sentido de la igualdad; para respetar la autoridad; para creer en la justicia del Derecho y tener fe en la libertad y en la fraternidad, hace falta una creencia que vivifique la razón y confiera una inspiración sobrenatural, y nadie mejor que el cristianismo la ha procurado en el mundo.

Luego de haber precisado su verdadero origen e inspiración, corresponde estudiar cuáles son los fundamentos de esta democracia integral o humana.

[45] FRANCISCO SUÁREZ. *De legibus*. Título III. Capítulo IV. Nº 2.
[46] FRANCISCO DE VITORIA. *De potestate civile*. N.os. 7, 8 y 14.

La democracia integral considera la existencia de un absoluto, supremo ordenador, y funda su teoría en la conciencia del individuo, considerando al ser humano como factor primario y fundamental y a la colectividad y al Estado como factores secundarios. Es antimaterialista, en su esencia, y cree en las fuerzas del espíritu. Tiene una concepción de sí misma y un propio concepto del hombre y de la sociedad; posee, como dice Maritain, "su propia filosofía, su propia fe, que la capacitan para educar a los individuos para la libertad y para defenderse contra los que quisieran utilizar las libertades democráticas para destruir la libertad y los derechos humanos" [47].

Esta sociedad democrática, al decir del mismo insigne filósofo [48], presenta las siguientes características: es personalista, porque considera a la sociedad como un todo de personas, cuya dignidad es superior a la sociedad, y centra su doctrina y su acción en la defensa de ella, procurando por sobre todo, el mejor desarrollo de sus capacidades humanas, tanto materiales como intelectuales y morales; es comunitaria, porque reconoce que el hombre tiende naturalmente a la comunidad; pluralista, porque comprende una pluralidad de comunidades autónomas, como la familia, la Iglesia, etc.; y teísta, en el sentido de reconocer un absoluto como principio y fin de la persona y primer antecedente del Derecho Natural.

Otra característica de la democracia es que ella exige la interdependencia de la democracia política, social y económica.

La democracia política se traduce en la libertad que se confiere a las personas y en el respeto que se garantiza a sus derechos individuales, que no provienen de un otorgamiento voluntario de la masa, sino del Derecho Natural. La democracia es, esencialmente, un régimen de libertad, pero ésta debe desenvolverse dentro del orden; y, por ello, la fórmula de la democracia política debe ser: la libertad en el orden y el orden en la libertad.

La democracia social consiste en la igualdad que se debe establecer entre los individuos, sin discriminación de origen familiar, racial o religioso; igualdad que no es absoluta, sino que se traduce en una equivalencia de posibilidades. En la práctica ello se concreta en la organización de una sociedad jerarquizada sobre la base del mérito y la capacidad personal, en que los hombres que tengan responsabilidades directivas sean realmente personas selectas "espiritualmente superiores y de carácter íntegro, que se consideren representantes de todo el pueblo, y no mandatarios de una muchedumbre cuyos intereses prevalecen con frecuencia por encima de las necesidades genuinas del bien común; grupo selecto que no esté constituido tan sólo por una profesión o categoría social, sino que refleje todas las fases de la vida del pueblo" [49].

[47] JACQUES MARITAIN. *Fundamentos de la democracia.* Rev. Política y Espíritu. Año II. Nº 17. Pág. 137.

[48] JACQUES MARITAIN. *Los derechos del hombre y la ley natural.* Pág. 37.

[49] PAPA PÍO XII. Alocución de Navidad de 1944.

La democracia económica es la seguridad del trabajo para todos y de una justa retribución de él; el derecho a una participación equitativa en el producto de la riqueza, así como la garantía de un mínimo necesario para vivir de acuerdo con su condición.

La democracia integral necesita de la existencia simultánea de la democracia política, social y económica, ya que la práctica ha revelado que si no hay una interdependencia entre ellas, la democracia es una utopía.

Otra característica de la democracia integral es su dinamismo. Esta forma de gobierno es un movimiento, una realización constante. Por eso, no debe extrañar el que este régimen, aun cuando sea aplicado en su verdadero sentido, tenga injusticias; lo tendrá aun su forma más perfeccionada. Por esta razón, una vez reestructurada la democracia en su sentido esencial, no se puede guardar un quietismo, sino que debe tenderse, en todo momento, a su perfeccionamiento, porque una sociedad de hombres no es un mundo de ángeles; y ese es, me parece, el sentido de la frase evangélica, de que "en cuanto a los pobres, los tendréis siempre con nosotros" [50].

Una última característica de la democracia es que ella exige de todas las soberanías, la contribución de algo de sí mismas, para crear, con la suma de ellas, la indispensable soberanía supranacional. No puede establecerse ningún orden de paz y justicia entre las naciones, sino a cambio de que cada una renuncie a parte de sí misma; porque, "la estabilidad pacífica del mundo exige que, de una vez por todas, las naciones se decidan a contribuir con algo de su propia soberanía para que surja de ello la sociedad supranacional, armada de los poderes necesarios para ser, en la cumbre de la comunidad universal, el tribunal supremo inapelable en los posibles litigios internacionales. De tal manera que toda verdadera democracia no puede ser "aislacionista" [51].

La democracia actual tiene errores indiscutibles, los cuales tenemos que extirpar. Pero esto lo conseguiremos sólo mediante una acción positiva y permanente de perfeccionamiento, y no haciendo una crítica negativa que lo único que consigue es servir a los ideales totalitarios.

Como acertadamente escribe Ives R. Simon, "entre los hombres que hoy difunden profecías de desesperanza, hay un tipo especialmente peligroso, los demócratas "puros como Simón". Como todos los puristas, aparecen envueltos en la autoridad que resulta de la intransigencia, una autoridad que, por norma general, no les ha costado muy cara. En algunos casos gozan de la autoridad adicional, basada en una honestidad transparente, honestidad tanto más atractiva porque se presta fácilmente a la impostura y puede servir también de disfraz para la

[50] BIBLIA. *"Evangelio según San Juan"*. 12, 8.
[51] MONSEÑOR MIGUEL DE ANDREA. *La verdadera democracia*. Pág. 18.

mala fe. Son hombres de principios; hombres limpios en un mundo sucio" [52].

Debemos huir de esta falsa posición de los "demócratas puristas", que están prontos a señalar los errores de este régimen, como también a indicar las ventajas del totalitarismo, y que, al final, caen en éste, pues su democratismo no es sino una careta.

[52] IVES R., SIMON. *La democracia y los puristas.* Revista Política y Espíritu. Año I. Nº 1. Pág. 7.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué diferencias existen entre sociedad y Estado?*
2. *¿Cuál es el concepto de Estado?*
3. *¿Cuál es la concepción del Estado de:*
   a) La teoría marxista-leninista;
   b) La teoría del organismo social;
   c) La teoría de la realidad social y jurídica o de las dos facetas o doble cara del Estado;
   d) La teoría de la fuerza;
   e) Teoría de Herman Heller;
   f) Teoría de Maurice Hauriou;
   g) La teoría de la personificación del orden jurídico nacional;
   h) La teoría de Giorgio del Vecchio;
   i) Teoría de Georges Burdeau;
   j) Teoría de Jacques Maritain;
   k) La teoría de la organización racional de la vida social.
4. *¿Cuáles son los elementos del Estado?*
5. *¿Qué es el pueblo?*
6. *¿Qué es el territorio?*
7. *¿Qué relaciones existen entre el Estado y su territorio?*
8. *¿Qué es el poder?*
9. *¿Qué es el vínculo jurídico?*
10. *¿Qué es el bien común?*
11. *¿Qué es el Estado de Derecho?*
12. *¿Cuáles son las características del Estado de Derecho?*
13. *¿Qué relación existe entre el Estado de Derecho y la libertad?*
14. *¿Cuáles son las funciones del Estado?*
15. *¿Qué son las formas de gobierno?*
16. *¿Cuáles son las principales formas de gobierno?*
17. *¿Cuáles son las características de la dictadura?*
18. *¿Cuáles son las características de la democracia?*
19. *¿Cuáles son las principales diferencias que existen entre la democracia y la dictadura?*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AFTALIÓN, ENRIQUE R.; GARCÍA OLANO, FERNANDO; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho.* Tomo II. Capítulo XV. Págs. 46 a 61.

ALEXANDROV, N. G. y otros. *Teoría del Estado y del Derecho.*

BATTAGLIA, FELICE. *Curso de Filosofía del Derecho.* Tomo III. Parte Tercera. Sección Segunda. Capítulos IX, X, XI, XII, XIII y XIV. Págs. 5 a 118.

BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho.* Parte Primera. Capítulo IV. Págs. 70 a 91.

DEL VECCHIO, GIORGIO; RECASÉNS SICHES, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Tomo I. Parte Sistemática. Capítulo XVIII. Págs. 402 a 427. Capítulo XIX. Págs. 438 a 485. Capítulo XX. Págs. 485 a 530.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Teoría del Estado.*

FERNÁNDEZ CONCHA, RAFAEL. *Filosofía del Derecho o Derecho Natural.* Tomo II. Libro Tercero. Parte Segunda. Capítulo II. Págs. 215 a 234.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho.* Primera Parte. Capítulo VII. Págs. 97 a 108.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Manual de Filosofía del Derecho.* Séptima Parte. Págs. 259 a 272.

JUSTO LÓPEZ, MARIO. *Introducción a los Estudios Políticos.*

KELSEN, HANS. *Teoría General del Estado.*

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo VIII. Págs. 605 a 617.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo VIII. Págs. 639 a 651.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Derecho y libertad.* Capítulo: El Estado de Derecho. Págs. 61 a 87.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Humanismo, Estado y Derecho.* Capítulo: Estado de Derecho e idea de la legalidad. Págs. 61 a 87.

MARITAIN, JACQUES. *El Hombre y el Estado.* Capítulos I y II. Págs. 13 a 68.

MESSNER, JOHANNES. *Etica Social, Política y Económica.* Libro Tercero. Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Parte. Págs. 611 a 1115.

MORENO COLLADO, JORGE. *Introducción al Estudio del Poder del Estado.*

OLIVECRONA, KARL. *El Derecho como Hecho.* Capítulo IV. Págs. 142 a 151.

ORGAZ, ARTURO. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales.* Lección Decimocuarta. Págs. 289 a 315.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo XIII. Págs. 334 a 365.

RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, LINO. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* II. D. Capítulo III. Págs. 463 a 508.

SCHREIER, FRITZ. *Concepto y Formas Fundamentales del Derecho.* Segunda Parte. Capítulo IV. Págs. 259 a 272.

SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional.* Tomo I. Capítulos IV, V y VI. Págs. 103 a 355.

TORRE, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Tercera Parte. Capítulo XX. Págs. 460 a 488.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. *Sociedad de Masas y Derecho.* Segunda Parte. Capítulo II. Págs. 273 a 283.

CAPÍTULO VIGESIMOSEGUNDO

LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

"Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios".

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

SUMARIO

I. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. II. ORGANIZACIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. III. FUNCIONES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ORGANIZADA. IV. DERECHOS Y DEBERES ECONÓMICOS DE LOS ESTADOS. V. LA JUSTICIA INTERNACIONAL. VI. SANCIONES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ORGANIZADA. VII. TRASCENDENCIA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

I. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

1. EXISTENCIA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. La idea de la existencia de una comunidad internacional, fundada en las relaciones de comunicación e interdependencia, fue sustentada en el siglo XVI y principios del siglo XVII por los teólogos y juristas de la Escuela Española y, fundamentalmente, por Francisco de Vitoria (1486-1546), Luis de Molina (1535-1600), Domingo de Soto (1496-1560) y Francisco Suárez (1548-1617).

"Las concepciones de Vitoria se hallan recogidas en su "Relectio de Indis" (1532), que forma parte de sus "Relecciones Teológicas". En ella sustituye Vitoria la antigua expresión de "jus gentium" por el término nuevo de "jus inter gentes". Mas este Derecho no se limita ya, como el Derecho de Gentes medieval, al Occidente, sino que, por fundarse en el Derecho Natural, abarca a toda la humanidad. Ahora bien: el Derecho de Gentes así concebido no puede derivarse íntegramente de la naturaleza: el Derecho Natural sólo da los principios fundamentales de la conducta humana, y su desarrollo se encomienda al uso (consuetudo) y al Convenio (pactum), pero el Derecho Interna-

cional Positivo, según Vitoria, no rige sólo entre las partes, sino que tiene fuerza de ley, pues todo el orbe constituye una comunidad con capacidad para promulgar normas de obligatoriedad universal. Por este camino llega Vitoria al concepto del Derecho Internacional Común, es decir, obligatorio para todos, anticipándose así a la transformación (que por entonces, precisamente en la época de los grandes descubrimientos, se iniciaba) del Derecho Internacional Europeo en Derecho Internacional Universal" [1].

El pensamiento de Francisco de Vitoria en relación con el concepto y fundamento del Derecho de Gentes aparece muy claramente expuesto en los párrafos que transcribiremos a continuación:

"Ciertamente hay muchas cosas que proceden del Derecho de Gentes, el cual, por derivarse suficientemente del Derecho Natural, tiene manifiesta fuerza para dar derecho y obligar. Y dado que no siempre se deriva del Derecho Natural, parece que basta que sea el consentimiento de la mayor parte del orbe, sobre todo si es en favor del bien común de todos" [2].

"El Derecho de Gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. El orbe todo, que en cierta manera forma una República, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del Derecho de Gentes... Y ninguna nación puede creerse menos obligada al Derecho de Gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe" [3].

"Esta distinción vitoriana entre un "jus gentium naturale" y un "jus gentium voluntarium", desarrollada luego principalmente por Suárez y Grocio, contrasta con la unilateralidad en que incurrirán más tarde la escuela racionalista del Derecho Natural y de Gentes (Puffendorf, Tomasio), y el Positivismo jurídico decimonónico: mientras aquélla sólo admite el Derecho fundado en la razón, éste no reconoce sino el Derecho Positivo, manifestación de la voluntad del legislador. Criticando "avant la lettre" el positivismo jurídico, caracteriza Vitoria asimismo con acierto el papel de la voluntad, que no es otro en Derecho Internacional que en Derecho Interno. La voluntad del Estado, incluso coordinada con la de otros Estados, no es el fundamento del Derecho Internacional, como pretende el positivismo jurídico, sino una instancia de determinación del Derecho Positivo, el cual recibe su fuerza obligatoria del Derecho Natural. Como en el problema del pacto social (aunque aquí con un margen de libertad mucho mayor), la voluntad es declarativa, no constitutiva; también está limitada en sus determinaciones por un principio objetivo: el bien común del orbe. Sabido es que esta voluntad se manifiesta expresamente en los tratados y tácitamente en las costumbres internacionales" [4].

[1] ALFRED VERDROSS. *Derecho Internacional Público.* Pág. 53.
[2] FRANCISCO DE VITORIA. *De Indis.* De tit. leg, 4.
[3] FRANCISCO DE VITORIA. *De postestate civili.* 21.
[4] ANTONIO TRUYOL. *Los principios del Derecho Público en Francisco de Vitoria.* Pág. 53.

Francisco Suárez (1548-1617), el famoso jesuita español, en su obra "Tratado de las leyes y de Dios legislador", expuso —en una página que no tiene igual en toda la literatura del Derecho Internacional— el principio de la solidaridad de los Estados, como base de la Comunidad Internacional: "La razón de esta parte y de este Derecho es que el género humano, por muy dividido que esté en distintos pueblos y reinos, siempre tiene alguna unidad, no sólo específica sino también —por decirlo así— política y moral: a ella se refiere el precepto natural del mūtuo amor, el cual alcanza a todos, aun a los extraños y de cualquier pueblo".

"Por eso, aunque cada ciudad perfecta, Estado o reino sea en sí mismo una comunidad perfecta compuesta de sus miembros, sin embargo todas ellas son de alguna manera miembros de este universo que abarca todo el género humano, pues esas comunidades, por separado nunca son tan autárquicas que no necesitan de alguna ayuda, asociación y comunicación mutua, unas veces para estar mejor y para mayor utilidad, otras veces por cierta necesidad e indigencia moral, como es claro por el uso mismo".

"Por esta razón necesitan de algún Derecho que les dirija y ordene por el camino recto en esta clase de comunicación y asociación. Y por más que esto se hace en gran parte con la ayuda de la razón natural, pero no de una manera suficiente e inmediata en todo; por eso el uso de esos mismos pueblos pudo introducir algunos particulares derechos".

"En efecto, así como en un Estado o región la costumbre introduce un Derecho, así en todo el género humano la práctica pudo introducir el Derecho de Gentes; cuanto más que las cosas que pertenecen a ese Derecho son pocas y muy próximas al Derecho Natural, y se deducen de él facilísimamente, con tanta utilidad y de una manera tan conforme a la misma naturaleza que, aunque esa deducción no sea evidente como completamente necesaria de suyo para la honestidad de las costumbres, sin embargo es muy conforme a la naturaleza y de suyo aceptable para todos" [5].

El mayor mérito de la Escuela Española del Derecho de Gentes fue haber sometido los problemas de la convivencia internacional a un estudio riguroso y sistemático. Su característica principal consistió en haber aplicado los principios de la Moral Cristiana y del Derecho Natural a las condiciones de la política mundial.

Para la Escuela Española "la sociedad internacional se funda en el Derecho Natural, por cuanto resulta de la sociabilidad inherente a la naturaleza humana, la cual no se limita a la comunidad política particular. Antes bien, la perfección de ésta no es incompatible con su inserción en el orbe con unidad moral y cuasi política. Se llegó de esta suerte, en el seno de la Escuela Española, a la clara delimitación del Derecho de Gentes como "ius inter gentes", a la afirmación de un

[5] FRANCISCO SUÁREZ. *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Vol. 1. Libro II. Capítulo XIX.

Derecho de Gentes Positivo, nacido de costumbres y acuerdos internacionales que traducen las exigencias del Derecho Natural según las necesidades de cada momento histórico, al principio de la libertad de los mares, a una teoría del Derecho de Colonización y del Derecho de la Guerra que llevan a su desarrollo pleno la idea del Derecho de humana sociedad a escala universal" [6].

La doctrina jurídica internacional establecida por la Escuela Española fue desarrollada por el holandés Hugo Grocio (1583-1642).

Grocio, cuya mayor fama deriva de su obra "De Jure Belli ac Pacis" (1625), al igual que los autores de la Escuela Española, parte del supuesto de que los Estados configuran una Comunidad Internacional en virtud del Derecho Natural, pero mientras para la doctrina española el Derecho de Gentes tiene como contenido la ley eterna, el Derecho Natural sólo se fundamenta en la naturaleza humana.

Grocio, siguiendo el pensamiento de Suárez, distingue entre Derecho Natural y Derecho Internacional Positivo, deduciendo el Derecho de Gentes de un acuerdo entre los Estados; en otras palabras, éste constituye un Derecho Voluntario. El Derecho de Gentes tiene, por lo tanto, dos fuentes diferentes: el Derecho de Gentes Natural y el Derecho de Gentes Positivo; el primero posee como fundamento la razón, y el segundo, la voluntad de los Estados, existiendo entre ambos un nexo, debido a que el Derecho Natural impone respetar los tratados; pero difieren en cuanto a su contenido. Grocio se aleja, además, de la Escuela Española desconociendo como fundamento del Derecho Internacional al Derecho Natural y elaborando una sistemática relativa al Derecho de Gentes Natural, completado y modificado por normas positivas. Es así como Grocio desarrolla un sistema de Derecho Internacional, que alcanza gran influencia en su tiempo y en épocas posteriores.

Este dualismo conducirá más tarde a una división en la doctrina en dos direcciones opuestas, de las que una admitirá sólo el Derecho Natural, y la otra, sólo el Positivo. Este dualismo ya se manifiesta en la propia doctrina de Grocio, cuando afirma que no cabe un Derecho de Gentes Positivo común fuera del Derecho Natural, porque un Derecho de Gentes Común sólo podría surgir de un acuerdo de voluntades de los Estados en forma absolutamente general.

Después de Grocio, la doctrina del Derecho Internacional fue desarrollada por la Escuela Clásica del Derecho Natural, en especial por los filósofos Thomas Hobbes (1588-1679) y Samuel Puffendorf (1632-1694) y por el positivismo jurídico cuyos exponentes más destacados son Cristián Tomasio (1655-1728) y Alberico Gentili (1552-1608).

2. OBJETIVOS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. Como expresa L. Oppenheim, "los objetivos esenciales de una organización general política de Estados no pueden diferir radicalmente de aquellos que de

[6] ANTONIO TRUYOL. *Fundamentos del Derecho Internacional Público* Pág. 178.

una manera normal persigue el Estado. No pueden quedar reducidos a la obligación de abstenerse de recurrir a la violencia o a la participación en el esfuerzo colectivo para suprimir el empleo ilegal de la fuerza. Deben comprender, si han de plasmar un día en algo concreto y efectivo, la obligación de los Estados de someter sus diferencias con otros Estados a la decisión con arreglo a Derecho y la facultad legislativa de la sociedad organizada de Estados, a fin de modificar y completar el Derecho existente, de conformidad con las exigencias de la justicia y del progreso social. El derecho estático e inalterable tiende a convertirse en un instrumento de opresión y, pasado algún tiempo, en peligro para la paz. Finalmente, aun cuando el Derecho Internacional es ante todo el Derecho llamado a regular los derechos y obligaciones de los Estados soberanos e independientes, la organización política de la humanidad debe hacer efectivo el más fundamental de todos los principios jurídicos y políticos, a saber: que el ser humano individual es el destinatario último de todo Derecho. Ello significa que hay que considerar como propósito y objetivo primordial de la sociedad organizada de Estados el contribuir a garantir —y, como fin último, el garantir— la libertad individual en todos sus aspectos por medio de amplias e imperativas obligaciones impuestas a los miembros de la organización" [7].

3. FUNDAMENTO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. Se han desarrollado diversas teorías sobre el fundamento de la Comunidad Internacional, de las cuales las más significativas son las siguientes:

A) *Teoría del equilibrio político.* Esta teoría tiene como fundamento rector de las relaciones entre los Estados, un análisis empírico que consagra la primacía del poder, la fuerza y la independencia de los Estados.

Su concepción ha cobrado gran vigencia en las relaciones internacionales modernas que tienen como característica el interés y una lucha constante por el poder. Su fundamento ha sido expresado por diversos autores, y llevado a la práctica por numerosos países que configuran el sistema internacional. A juicio de los partidarios de esta doctrina, lo fundamental de un sistema internacional de equilibrio del poder lo constituye el hecho de que los miembros de la sociedad internacional son naciones Estados; estas naciones configuran el centro de los sentimientos solidarios de los mismos, y constituyen la protección de la seguridad del individuo. Las relaciones entre las naciones Estados deben ser de competencia esencialmente instrumentales. Las consideraciones de interés y ventaja práctica deben ocupar el primer lugar.

La primera regla de conducta de una nación debe ser la de buscar su propia seguridad, debiendo estar dispuesta a aliarse con otras naciones en procura de este fin.

[7] L. OPPENHEIM. *Tratado de Derecho Internacional Público.* Tomo I. Volumen I. PAZ. Pág. 393.

Nosotros consideramos, coincidiendo con Luis Recaséns Siches [8] que esta fórmula empírica que hace prevalecer el poder y la fuerza, se aleja considerablemente de la finalidad de la Comunidad Internacional en la cual cada Estado debe perseguir el bien común de sus miembros; por lo tanto, el Estado no puede ser considerado como un fin último de la organización de la sociedad internacional. Además no participamos de esta concepción debido a que el Estado sólo se resigna a convivir con los demás, a cambio de contrabalancear con la propia fuerza la potencia ajena, de tal manera que la seguridad de cada uno quede en todo momento garantizada.

B) *Teoría del consentimiento.* Sostienen los partidarios de esta teoría que las dudas sobre la eficacia de un sistema legal carente de juez, lleva a los Estados a descubrir al Derecho Internacional como un sistema voluntario, basado en el consentimiento de los Estados soberanos. Los Estados aceptan las disposiciones internacionales lo mismo que los individuos prestan su consentimiento a las leyes vigentes. Reconocen la necesidad general de un sistema de orden, y consideran a la mayoría de las normas en vigencia como deseables o, por lo menos, tolerables, aceptando el resto porque no tienen otra solución o porque carecen de medios para cambiarlo.

Creemos que considerar al pacto como "base jurídica de la comunidad internacional, es sencillamente destruir ésta en sus mismos fundamentos. El principio "pacta sunt servanda" aplicado a las relaciones internacionales, presupone precisamente que la comunidad internacional, en su fundamento, es anterior a todos los pactos posibles, los cuales sólo son una de las formas de desarrollar y realizar las relaciones que los Estados mantienen dentro de la comunidad internacional a la que ya pertenecen" [9].

4. Existencia del derecho internacional. Ningún Estado es de tal modo perfecto que no necesite ayuda y cooperación de los demás Estados, ya para remediar su indigencia, ya para aumentar la eficacia de los medios propios de que dispone para conseguir su fin. Si los Estados se constituyen en una comunidad superior, es necesario que exista un Derecho que rectamente ordene y dirija esta Comunidad Internacional.

Controvertido es el punto de si existe un Derecho Internacional.

Para los autores de la Doctrina Española, es indiscutible la existencia del Derecho de Gentes, puesto que en cualquier estado en que se encuentren las naciones, sea en estado de guerra o de paz, están obligadas jurídica y moralmente por ciertas normas establecidas por el Derecho de Gentes.

Hay autores que afirman la inexistencia del Derecho Internacional por carecer éste de los elementos de autoridad y coacción que son

[8] Luis Recaséns Siches. *Filosofía del Derecho.* Págs. 658.
[9] Luis Recaséns Siches. *Filosofía del Derecho.* Págs. 658 y 659.

requisitos esenciales de todo Derecho. Otros, en cambio, sostienen que el Derecho Internacional es Derecho en la medida en que es reconocido por el Estado, debido a lo cual lo nieguen como Derecho Internacional, para convertirlo, según la fórmula alemana, en un Derecho Político Externo.

A juicio de Hans Kelsen (1881-1973), "el Derecho Internacional es Derecho en tal sentido si el acto coercitivo de un Estado o interferencia violenta de un Estado en la esfera de intereses de otro, sólo se permite como reacción contra un acto antijurídico, a la vez que se prohíbe el empleo de la fuerza para cualquier otro fin, o, dicho de otro modo: si el acto coercitivo realizado como reacción contra un acto antijurídico puede ser interpretado como reacción de la Comunidad Jurídica Internacional; si es posible describir el objeto que se presenta a sí propio como Derecho Internacional, de tal manera que el empleo de la fuerza por parte de un Estado contra otro solamente se pueda interpretar como acto antijurídico o como sanción, entonces el Derecho Internacional será Derecho en el mismo sentido que el Nacional" [10].

Entre los que afirman la existencia del Derecho Internacional, no existe uniformidad respecto de la razón de obligatoriedad de sus normas. Las principales teorías al respecto son las siguientes:

A) *Teoría Iusnaturalista.* La justificación de la obligatoriedad del Derecho Internacional, en virtud de la exigencia impuesta por un orden jurídico superior, cual es el Derecho Natural, es doctrina común a los teólogos españoles del siglo XVI.

Entre los juristas contemporáneos las figuras más representativas de esta posición son Luis Le Fur y Alfredo Verdross.

Luis Le Fur (1870-1943) parte de un concepto material del Derecho, en el que entra la nota de racionalidad. El Derecho Positivo es el medio de que el Estado dispone para la realización del bien común; pero el Estado está ligado por los imperativos del Derecho Natural y de la justicia objetiva. Lo mismo que el hombre no crea la verdad científica, tampoco está en su mano el crear, tan sólo el descubrir, las verdades de tipo moral. "El Derecho Natural de Le Fur posee un contenido reductible a dos reglas esenciales: la obligación de respetar los compromisos libremente tomados, siempre que sean conformes a la moral, y la obligación de reparar los perjuicios injustamente causados. Estas dos reglas tienen para Le Fur la misma validez en la esfera internacional que en la interna del Estado. A estos dos principios materiales añade Le Fur un tercero de carácter formal, el de respeto a la autoridad. El Derecho Natural no puede ir más lejos del establecimiento de estos principios generales" [11].

Alfredo Verdross desarrolla su concepción partiendo de la sociabilidad natural del hombre: "el primer precepto del Derecho Natural es "vivere in societate", lo que implica la obediencia a una autoridad,

[10] HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Pág. 391.
[11] ADOLFO MIAJA. *Introducción al Derecho Internacional Público.* Pág. 72.

no caprichosa o despótica, sino inspirada en el bien común, principios que son aplicables a la comunidad internacional. Existen, además, principios jurídicos que se reflejan también en la conciencia jurídica y el sentimiento jurídico de los miembros de cada grupo, de donde resulta que los preceptos emanados de estos últimos principios pueden diferir según el país, el tiempo o el lugar. De ahí que los principios generales del Derecho constituyen el puente entre el Derecho Natural y el Positivo, lo mismo en el orden jurídico interno que en el internacional".

"La concepción de Verdross tiene muchos puntos de contacto con la doctrina tradicional escolástica acerca de las diferentes clases de leyes, cuyas consecuencias no hacen retroceder al profesor austriaco, por ejemplo, al sostener una tesis tan audaz como la carencia de validez jurídica del tratado injusto. Cualquiera que sea la crítica que nos pueda merecer este radical punto de vista, hay que agradecer a Verdross el haber expresado en lenguaje moderno, y aplicadas a las realidades de nuestros días, ideas que ya habían sido defendidas por la Escuela Española del siglo XVI" [12].

B) *Teoría Sociológica.* La figura más representativa de esta posición es el jurista francés Léon Duguit (1859-1928). Para él "el examen de la naturaleza humana y la observación de los hechos demuestran que el hombre constantemente ha vivido en sociedad, en una colaboración con sus semejantes que, siguiendo a Durkheim, reviste dos formas: solidaridad mecánica, o por semejanzas, y solidaridad orgánica, o por división del trabajo. La solidaridad requiere unas normas sociales de conducta, que, para Duguit, no son reglas racionales, sino el mismo hecho social expresado de una manera abstracta, desde el punto de vista de las relaciones entre el grupo social y las actividades individuales. Al lado de reglas morales y económicas, existen normas jurídicas: una regla social, económica o moral, adquiere el carácter de norma jurídica en el momento en que, por razones que pueden variar, la masa de los espíritus tiene conciencia de que la sanción de esta regla puede ser asegurada de una manera permanente por una reacción social que reciba de una organización más o menos desarrollada".

"Esta norma social tiene para Duguit su fundamento en la conciencia que los individuos poseen de la solidaridad que los une, tanto a los pertenecientes al mismo grupo como a los que se encuentran integrando grupos distintos. Así, el Derecho Internacional no es en el pensamiento duguitiano un Derecho entre Estados, sino entre individuos, unidos por los mismos lazos de solidaridad dentro del Estado que a través de las fronteras" [13].

C) *Teoría de la Autolimitación del Estado.* Uno de los grandes teóricos del Estado contemporáneo, Jorge Jellinek (1851-1911), formuló en su obra "Teoría General del Estado" (1900) una teoría acerca

[12] ADOLFO MIAJA. *Introducción al Derecho Internacional Público.* Pág. 73.
[13] ADOLFO MIAJA. *Introducción al Derecho Internacional Público.* Págs. 67 y 68.

del fundamento del Derecho Internacional, denominada de "la autolimitación del Estado". Jellinek parte del hecho de que "acompaña a todo principio de Derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al Derecho... Esta forma de quedar obligada la voluntad por una declaración que ella misma hace, es decir, por una declaración de carácter unilateral, no la desconoce el Derecho Privado. Con este punto de partida, existe para Jellinek un Derecho Internacional, ya que "el hecho de la observancia de determinadas reglas en las relaciones internacionales ha dado fuerza a la idea de que eran jurídicamente obligatorias... Además, hay acuerdos expresos entre los Estados, por medio de los cuales se da satisfacción a las exigencias racionales que tienen fuerza para la creación del Derecho, es decir, "lege ferenda", y han facilitado de este modo el desenvolvimiento jurídico internacional" [14].

D) *Teoría Positivista.* Contemporáneamente el jurista Hans Kelsen (1881-1973) ha desarrollado una interesante teoría acerca de la Comunidad Internacional y su Derecho. En su concepto "no hay línea divisoria absoluta entre Derecho Nacional y Derecho Internacional. Normas que tienen con respecto a su creación el carácter de Derecho Internacional, porque han sido establecidas por un tratado internacional, pueden tener, con respecto a su contenido, el carácter de Derecho Nacional, porque establecen una organización relativamente centralizada. Y viceversa, normas que tienen con respecto a su creación el carácter de Derecho Nacional, porque han sido expedidas en virtud de un acto de un solo Estado, pueden, en lo que respecta a su contenido, ostentar el carácter de Derecho Internacional, en cuanto constituyen una organización relativamente descentralizada".

"La diferencia entre Derecho Nacional y Derecho Internacional es sólo relativa; consiste, en primer lugar, en el grado de centralización o descentralización. El Derecho Nacional es un orden jurídico relativamente centralizado. Lo característico del orden jurídico constitutivo de un Estado está especialmente en la centralización de la aplicación del Derecho, en la institución de órganos judiciales centrales que tienen competencia para establecer la existencia del acto antijurídico y ordenar y ejecutar la sanción correspondiente. Mediante la centralización del Poder Judicial, el Estado puede ser distinguido de la comunidad jurídica preestatal. Es igualmente el grado de centralización lo que permite distinguir al Estado de la comunidad jurídica interestatal o superestatal, constituida por el orden jurídico internacional. Comparado con el Derecho Nacional, el Internacional es un orden jurídico más descentralizado. Presenta el grado más alto de descentralización posible en el Derecho Positivo..." [15]. "Esta no es, sin embargo, una diferencia absoluta entre Derecho Internacional y Nacional; solamente los órde-

[14] ADOLFO MIAJA. *Introducción al Derecho Internacional Público.* Pág. 61.
[15] HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Págs. 386-387.

nes jurídicos realmente válidos son los que tienen una esfera territorial de validez limitada. No queda excluida, "a priori", la posibilidad de que la evolución del Derecho Internacional culmine en el establecimiento de un Estado mundial. Esto significa que el orden jurídico internacional actualmente válido se transformaría, por medio de un proceso de centralización, en un orden jurídico nacional cuya esfera territorial de validez coincidiría con la del Derecho Internacional actualmente válido" [16].

A juicio de Kelsen, el orden jurídico universal se caracteriza por la descentralización estática y dinámica. Respecto a la descentralización estática, sostiene que "el alto grado de descentralización del Derecho Internacional o de la comunidad jurídica internacional llamada "familia de los Estados", se manifiesta primeramente en el hecho de que las normas del llamado Derecho Internacional General son muy inferiores en número y en importancia a las locales o normas de los órdenes jurídicos nacionales. Hay órdenes jurídicos parciales dentro del orden jurídico universal; y las comunidades jurídicas constituidas por esos órdenes jurídicos parciales, es decir, los Estados, son comunidades jurídicas parciales dentro de la comunidad jurídica universal. En el seno de este orden jurídico universal, el Derecho Internacional General es también sólo un orden jurídico parcial que, junto con los nacionales, forma el orden jurídico universal...". "Otro aspecto de la descentralización del Derecho Internacional consiste en que, por regla general, sus normas sólo obligan y facultan a personas jurídicas colectivas, es decir, a los Estados, lo que significa que el Derecho Internacional regula la conducta de los individuos sólo en forma indirecta, a través de los órdenes jurídicos nacionales...".

"La descentralización dinámica del orden jurídico universal es todavía mayor que su descentralización estática. El Derecho Internacional General no establece órganos especiales que actúen de acuerdo con el principio de la división del trabajo. En lo que respecta al Derecho Internacional General, tanto la creación como la aplicación del Derecho corresponden enteramente a los sujetos del Derecho Internacional, es decir, a los Estados. La costumbre y el tratado —métodos descentralizados de creación del Derecho— son las únicas fuentes conocidas por el Derecho Internacional General...".

"El Derecho Internacional particular puede alcanzar un grado más alto de centralización. Tanto tribunales como órganos administrativos, e incluso órganos legislativos, pueden ser establecidos en virtud de tratados internacionales. Dichos tratados constituyen comunidades internacionales cuya centralización es mucho mayor que la de la comunidad internacional constituida por el Derecho Internacional General. Una comunidad internacional realtivamente centralizada es la Confederación de Estados. Si la centralización va en aumento, la comunidad se convierte en Estado federal o inclusive en Estado unitario, y el

[16] HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Págs. 387-388.

orden jurídico creado por el tratado internacional asume el carácter de Derecho Nacional".

"Esta es, pues, la estructura de la supuesta comunidad jurídica universal" [17].

5. CARÁCTER JURÍDICO DEL DERECHO INTERNACIONAL. Hans Kelsen sostiene que "antes de considerar si el orden jurídico internacional y los distintos órganos jurídicos nacionales forman todos parte de un sistema jurídico, tenemos que resolver primeramente el problema de si las normas denominadas "Derecho Internacional" son realmente "Derecho" en el mismo sentido que el Derecho Nacional... Planteada científicamente, la cuestión consiste en saber si el llamado Derecho Internacional puede ser descrito como un conjunto de "normas jurídicas"... Una norma jurídica es un juicio hipotético que nace de un acto coercitivo, es decir, de una interferencia coactiva en la esfera de intereses de un sujeto, a consecuencia de un determinado acto del mismo o de otro sujeto. El acto coercitivo que la norma de Derecho establece como consecuencia es la sanción; la conducta del sujeto señalada como condición y caracterizada como "ilegal", es el acto antijurídico. La sanción es interpretada como una reacción de la comunidad jurídica contra el acto violatorio. El acto antijurídico es una conducta indeseable, especialmente la interferencia violenta en una esfera de intereses de otro sujeto, o acto coercitivo. El acto coercitivo es, por tanto, bien un acto antijurídico o condición de una sanción y, por ende, un acto prohibido, bien una sanción o consecuencia de un acto antijurídico, es decir, un acto permitido. Esta alternativa es una característica esencial del orden coercitivo denominado Derecho".

"El Derecho Internacional es Derecho en tal sentido si el acto coercitivo de un Estado, o interferencia violenta de un Estado en la esfera de intereses de otro, sólo se permite como reacción contra un acto antijurídico, a la vez que se prohíbe el empleo de la fuerza para cualquier otro fin; o, dicho de otro modo: si el acto coercitivo realizado como reacción contra un acto antijurídico puede ser interpretado como reacción de la comunidad jurídica internacional; si es posible describir el objeto que se presenta a sí propio como Derecho Internacional, de tal manera que el empleo de la fuerza por parte de un Estado contra otro solamente se puede interpretar como acto antijurídico o como sanción, entonces el Derecho Internacional será Derecho en el mismo sentido que el Nacional".

"Al hablar del Derecho Internacional sólo se hace referencia al Internacional General, no al Internacional Particular. El problema tiene, pues, que ser formulado de la siguiente manera: Primero, ¿existe, de acuerdo con el Derecho Internacional General, un acto antijurídico, es decir, una conducta estatal que pueda caracterizarse como ilegal? Segundo: ¿existe, de acuerdo con el mismo Derecho Internacional General, una sanción o acto coercitivo establecido como consecuencia de un

[17] HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Págs. 388 a 390.

acto antijurídico, dirigido contra un Estado que se conduce ilegalmente; una privación de posesiones mediante el empleo de la fuerza, si ello es necesario; una interferencia violenta en la esfera de intereses normalmente protegida del Estado responsable del acto antijurídico?... Jurídicamente, una conducta específica de un Estado sólo puede ser considerada como acto antijurídico si el Derecho Internacional enlaza una sanción a tal conducta".

"Es opinión comúnmente aceptada la de que en el Derecho Internacional existe el acto antijurídico, esto es, una conducta de un Estado que se considera ilegal o contraria al Derecho Internacional y, por tanto, violatoria de tal Derecho. Ello es consecuencia de que el Derecho Internacional es considerado como un sistema de normas que prescriben una cierta conducta a los Estados, y establecen tal conducta como una pauta que debe ser seguida. Si un Estado, sin una razón específica reconocida por el Derecho Internacional, invade un territorio que, de acuerdo con tal Derecho, pertenece a otro Estado, o si deja de observar un tratado conducido con otro Estado de acuerdo con el Derecho Internacional, su conducta es considerada como opuesta a ese orden, en el mismo sentido en que se considera, dado el punto de vista de la moralidad, la conducta de un individuo que miente. En tal sentido, no hay duda de que en el Derecho Internacional existen actos antijurídicos. Pero ¿existe en el Derecho Internacional un acto violatorio en el sentido específicamente jurídico del término, esto es, existe también una sanción prescrita por el Derecho Internacional y dirigida contra el Estado responsable de ese acto?..."

"La idea de que una represalia, o interferencia limitada en la esfera de intereses normalmente protegida de otro Estado, sólo es admisible como reacción contra una violación cometida por ese Estado, ha sido universalmente aceptada y forma una adquisición no discutida del Derecho Internacional Positivo...". "No hay nada que nos impida llamar represalia a una sanción del Derecho Internacional...". "Tal interferencia es llamada usualmente guerra, porque es una acción ejecutada por las fuerzas armadas: ejército, marina y fuerza aérea...".

"Dos opiniones diametralmente opuestas existen en relación con la interpretación de la guerra. De acuerdo con una de ellas, la guerra no es ni un acto antijurídico ni una sanción. Todo Estado que no se encuentre expresamente obligado por un tratado especial a abstenerse de hacer la guerra a otro Estado, o a emprenderla sólo bajo ciertas condiciones claramente definidas, puede con cualquier pretexto hacerle la guerra, sin violar con ello el Derecho Internacional. De acuerdo con esta opinión, la guerra no puede, por consiguiente, constituir nunca un acto antijurídico. Pues la conducta de un Estado a la que se da el nombre de guerra no se encuentra prohibida por el Derecho Internacional General; así, pues, la guerra está, en tal sentido, permitida. La guerra tampoco puede constituir una sanción, pues de acuerdo con la misma teoría no hay en el Derecho Internacional ninguna prescrip-

ción especial que autorice al Estado a recurrir a la guerra. Esta última no es establecida por el Derecho Internacional General como sanción de la conducta ilegal de un Estado".

"La opinión contraria afirma, sin embargo, que de acuerdo con el Derecho Internacional General la guerra se encuentra prohibida en principio. Sólo está permitida como reacción contra un acto ilegal, un acto antijurídico, y sólo puede recurrirse a ella cuando las hostilidades se dirigen contra el Estado responsable de este acto antijurídico. Como en el caso de las represalias, la guerra tiene que ser considerada como sanción para que no deba caracterizarse como acto antijurídico. Esta es la teoría del "bellum justum" [18].

En el Derecho Internacional existe la conducta antijurídica en la medida en que se concibe al Derecho Internacional como un sistema de normas que prescribe una cierta conducta a los Estados y establece tal conducta como una pauta que se debe seguir. También en el Derecho Internacional hay una sanción cual es la guerra, considerada ésta como la reacción frente a un acto internacional injusto. Corresponde a una deficiencia técnica del Derecho Internacional el que este acto de coacción no sea realizado por órganos especiales instituidos exclusivamente para esa realización, sino por el mismo Estado que, en su opinión, ha sido injustamente dañado en sus intereses, por lo que no precisa de existencia de un procedimiento que determine, con plena objetividad, el hecho irregular; por todo esto, el Derecho Internacional constituye aún un Derecho de tipo completamente primitivo. Pero ello no es razón suficiente para negarle el carácter de Derecho.

Hans Morgenthau, creador de la teoría realista de la política internacional, en su obra "La lucha por el Poder y la Paz" sostiene que atreverse a negar que el Derecho Internacional no existe del todo como un sistema de normas obligatorias equivale a negar la propia evidencia.

"Reconocer que el Derecho Internacional existe no equivale a afirmar que es un sistema legal eficaz como lo son los nacionales. El Derecho Internacional es un Derecho primitivo, muy parecido al Derecho existente en algunas sociedades de la edad de piedra; es un Derecho primitivo porque en casi su totalidad está descentralizado y este carácter se debe más que nada a la estructura descentralizada de la Sociedad Internacional" [19].

Hans Morgenthau afirma que el Derecho Internacional debe su existencia y funcionamiento a dos factores, ambos por naturaleza descentralizados: los intereses idénticos o complementarios de los Estados individuales, y la distribución del poder entre ellos.

Donde no hay ni comunidad de intereses ni equilibrio del poder, no existe el Derecho Internacional. Este equilibrio del poder fue definido por Lassa Oppenheim (1858-1919) como una condición esencial para la existencia del Derecho Internacional.

[18] HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Págs. 390 a 394.
[19] HANS MORGENTHAU. *La lucha por el poder y la paz*. Pág. 371.

Nosotros creemos que existe un Derecho Internacional "mantenido por una voluntad común supraestatal, y manifestado en los tratados expresamente concluidos y en el Derecho Consuetudinario tácitamente reconocido" [20]. En cuanto concepto, el Derecho Internacional posee los requisitos esenciales de la juridicidad y sus normas reúnen todas las características de las normas jurídicas: son normas de coexistencia que regulan la conducta social de los individuos, determinadas, de validez general, imponen a unos un deber y conceden a otros una facultad, y pueden imponerse coactivamente. De tal modo que nada de lo que afecta la esencia y validez del Derecho falta en el Derecho Internacional; pero falta, sí, mucho de lo que se refiere a su vigencia, a su eficacia real y a su perfección técnica. Falta que se realice en la práctica la coercibilidad y que se organice un poder sancionador eficaz. Pero estas deficiencias no justifican su negación.

6. Negación de la Comunidad Internacional. Existen autores que, partiendo de la idea absoluta del Estado, niegan la existencia de la Comunidad Internacional y su Derecho. Ellos no reconocen su carácter jurídico y fundamentan su tesis afirmando que el orden normativo establecido por la Comunidad Internacional no tiene carácter jurídico porque el Derecho Internacional carece de legislador permanente, de tribunal propiamente dicho y de un poder coercitivo central.

El principal exponente de esta posición es el filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679), quien en su obra "Leviatán" (1651) sostiene que los Estados viven todavía en un estado de naturaleza, no hallándose sometidos a una autoridad máxima superior. Según él, lo que se entiende por Derecho Internacional son meras palabras, que por falta de un poder coercitivo supraestatal no pueden dar seguridad alguna. De ahí que los Estados estén siempre en un estado de guerra potencial.

El jurista húngaro Félix Somló (1873-1920), recogiendo la doctrina de John Austin (1790-1859), niega la existencia jurídica de la Comunidad Internacional y, por lo tanto, su Derecho, fundándose en que el poder que le sirve de base, es decir, el concierto de las grandes potencias, es demasiado inestable para que pueda sustentar un ordenamiento jurídico: en cuanto las grandes potencias se mantienen desunidas, la Comunidad Internacional deja de existir.

Guillermo Federico Hegel (1770-1831), exaltando el carácter absoluto de la soberanía estatal, impugna la existencia de la Comunidad Internacional, negación que recoge la doctrina alemana posterior. En este orden de ideas, Hegel sigue la tesis de Hobbes, afirmando que los Estados están sometidos a un poder superior.

A juicio de Alfred Verdross [21] frente a todos estos autores hay que afirmar que una comunidad no sólo puede ser creada por una autoridad central, sino también por la cooperación de los consortes jurídicos, sobre

[20] Hans Morgenthau. *La lucha por el poder y la paz*. Pág. 371.
[21] Alfred Verdross. *Derecho Internacional Público*. Pág. 63.

la base de convicciones jurídicas comunes, y quedar asegurada mediante cierto equilibrio de fuerzas. De ahí que la Comunidad Internacional creada no pueda funcionar si todos los miembros no están animados de buena voluntad. Sólo puede surgir y prosperar en un ambiente ético ordenado.

7. Derecho Internacional y Moral Internacional. Es muy frecuente el considerar al Derecho Internacional como una moral internacional o inclusive como una costumbre que impone determinadas reglas de cortesía.

Respecto al primer punto, nos detendremos para analizar el sentido de la moral en las relaciones de una comunidad internacional.

A juicio de Alfred Verdross, en la Comunidad Internacional se dan determinadas normas morales paralelas al Derecho Internacional en relación a las normas de cortesía internacional. Estas diversas reglas éticas están contenidas en numerosas normas internacionales. El Código de Moral Internacional de Malinas establece que "las sociedades, compuestas de seres humanos, regidas por voluntades libres, verdaderas personas morales, están subordinadas, lo mismo que las personas físicas, a la ley moral que gobierne soberanamente las voluntades humanas". (Artículo 3°).

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas reconoce la moral internacional al establecer en su preámbulo que se considerarán, además de los principios generales del Derecho, los principios de justicia. Diversas otras normas internacionales se refieren a la moral.

Además, es necesario establecer que existe una íntima conexión entre el Derecho Internacional y la moral, especialmente en lo que se refiere al principio de la buena fe y al abuso del Derecho.

8. El hombre como sujeto del Derecho Internacional. En doctrina, la cuestión de si el hombre puede o no ser sujeto del Derecho Internacional, ha sido muy debatida, existiendo, sobre el particular, dos teorías:

A) *La concepción positivista* (Anzilotti, Triepel). Niega, en general, que el individuo sea sujeto del Derecho Internacional, pues cree que este Derecho regula las relaciones entre los Estados, y sus normas sólo afectan al individuo, sujeto de Derecho Interno, en los casos y en la medida en que le lleguen a través del mencionado Derecho Interno.

B) *La teoría realista* considera al individuo como sujeto del Derecho de Gentes, poniéndolo al nivel del Estado. Para esta doctrina, desarrollada principalmente por Léon Duguit y Georges Scelle, el Estado no es más que un procedimiento técnico para la gestión de los intereses colectivos y el Derecho Interno o Internacional sólo puede dirigirse a individuos, sean gobernantes o gobernados, dotados de inteligencia y de voluntad. En consecuencia, la sociedad internacional es una sociedad humana compuesta única y exclusivamente de individuos.

C) *Charles Rousseau* [22] considera que cada una de estas concepciones contiene una parte de verdad; sin embargo, ambas interpretan en forma demasiado sistemática la realidad internacional. En efecto, es incontestable la afirmación de que el individuo es el destinatario real de toda norma jurídica en el orden internacional; pero no es menos cierto que los particulares, como tales, sólo excepcionalmente son titulares efectivos de competencia internacional y, a este respecto, se encuentran colocados en situación de inferioridad en relación a las colectividades estatales o interestatales. A los individuos sólo les son aplicables las normas de Derecho Internacional por procedimientos internos, es decir, estatales.

La opinión tradicional de que los sujetos del Derecho Internacional son solamente los Estados y no los particulares, y de que tal Derecho es incapaz, por su misma naturaleza, de obligar y facultar a los particulares, es errónea, puesto que si el Derecho Internacional no obligara y facultara a los hombres, las obligaciones y derechos establecidos por él no tendrían ningún contenido, y el Derecho Internacional no obligaría o autorizaría a nadie en ningún sentido.

Existen importantes normas de Derecho Internacional que de manera directa imponen obligaciones o conceden derechos a los individuos. De esta especie es la norma que prohíbe la piratería. Otras obligaciones de los individuos, establecidas directamente por el Derecho Internacional, derivan de las reglas relativas al bloqueo y al contrabando de guerra. La ruptura del bloqueo, esto es, la entrada y salida no permitida de una nave a pesar de existir un bloqueo declarado y efectivo, es un acto antijurídico o, como algunos autores afirman, un acto delictivo directamente determinado por el Derecho Internacional General. La sanción establecida en forma directa es la confiscación del barco y su cargamento. Esta sanción no recae sobre el Estado a que pertenece el propietario del navío o cargamento sino que la sanción se hace efectiva, en forma directa, sobre sujetos privados.

El Derecho Internacional autoriza, también, sancionar a los prisioneros de guerra susceptibles de ser considerados como criminales de guerra; es decir, aplica principios de Derecho Internacional Público a personas jurídicas individuales.

Finalmente, el Derecho Internacional faculta a los individuos para exigir de ciertos Estados determinados comportamientos y el reconocimiento de sus derechos personales.

Los Convenios Internacionales más importantes que han reconocido al hombre como sujeto del Derecho Internacional son: el Pacto de la Sociedad de las Naciones, el Tratado de Versalles, el Tratado que creó la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Internacional contra la Esclavitud, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre Genocidio y otros.

[22] CHARLES ROUSSEAU. *Derecho Internacional Público*. Pág. 215.

9. EL ORDEN Y LA PAZ. El orden jurídico, sobre el cual descansa la idea de la Comunidad Internacional, tiende a realizar el valor de la paz. La paz responde a las exigencias de la naturaleza humana y a la ley universal de amor fraterno.

"La paz es la tranquilidad del orden; es la tranquila seguridad de un orden de justicia y de caridad que procura a cada Estado, con el pleno goce de sus derechos, el medio más eficaz de cumplir su misión social y de aportar su contribución al bien común de la Sociedad Internacional" [23].

El orden interno de los Estados está tan íntimamente ligado a las relaciones internacionales, que el equilibrio y la armonía entre los Estados dependen del equilibrio interno y de la madurez interior de cada uno de los Estados en el orden material, social e intelectual. En la práctica, no es posible lograr una paz sólida hacia el exterior sin un frente de paz interior que le inspire confianza. Por consiguiente, tan sólo la aspiración hacia una paz integral será capaz de librar a las naciones del flagelo de la guerra.

Dentro de la Comunidad Internacional deben resolverse las cuestiones planteadas por los conflictos de intereses entre Estados, dirimiendo sus diferencias de acuerdo a los principios de justicia y caridad, y evitando así los enfrentamientos bélicos. A tal fin deben ofrecerse a las partes en litigio todos los medios que conduzcan a evitar y prever la lucha hasta lograr eliminarla por la vía diplomática o jurídica a través de negociaciones directas o bien a través de convenios o arbitrajes.

10. EL DESORDEN Y LA GUERRA. Las deficiencias del Derecho Internacional hacen que, en el contexto de la Comunidad Internacional, aún no se supere la fase de la venganza privada, y que a los Estados les esté permitido hacerse justicia por sí mismos; ésta es la guerra.

La guerra es, por consiguiente, una sanción para el acto injusto internacional, ejercitada por un Estado que actúa como órgano de la Comunidad Internacional. La guerra es naturalmente perjudicial por el desorden que supone, al vulnerar el precepto de la paz que es de Derecho Natural, al infringir la ley natural de solidaridad entre las naciones y al producir con sus horrores, atrocidades y destrucciones, consecuencias de incalculable trascendencia tanto moral, como legal, política y social.

En el siglo XVI surgió la doctrina del "bellum justum", sosteniendo que la licitud de la guerra tan sólo puede admitirse con carácter relativo y siempre que concurran los siguientes requisitos:

"a) Ser declarada por la autoridad legítima de un Estado;

"b) Tener una causa justa, grave o proporcionada a los males que desencadena;

"c) No ser emprendida sino cuando se hayan agotado sin éxito todos los medios de solución pacífica del conflicto;

"d) Ofrecer serias posibilidades de éxito;

[23] ENRIQUE LUÑO PEÑA. *Derecho Natural.* Pág. 490.

"e) Emprenderse con una recta intención, y

"f) Que la moderación presida toda la conducta de las hostilidades y contenga las exigencias del vencedor en los límites de la justicia y de la caridad" [24].

Esta doctrina de la guerra justa fue expuesta por los insignes autores de la Escuela Española, especialmente por Francisco de Vitoria.

Respecto del problema de si la guerra podía ser justa para ambos bandos, Francisco de Vitoria estableció que "esta situación no puede suceder, puesto que si existen el Derecho y la justicia de la otra parte no es lícito hacerle la guerra" [25].

Antes del año 1800, el concepto de guerra justa quedó relegado a la historia y así se mantuvo hasta después de la Primera Guerra Mundial. La mayor parte de los autores del siglo XIX la rechazaron explícitamente, considerando a la guerra como un incidente necesario de la soberanía.

El predominio del concepto de guerra justa es reflejo de la cristiandad medieval y del desarrollo de la concepción de Comunidad Internacional, reemplazada posteriormente por el sistema bipolar de Política Internacional, bajo el cual los Estados desempeñaban un papel esencialmente político en un sistema más dividido que unitario.

En la época moderna, el desarrollo de la técnica militar de los Estados ha modificado esta concepción. El ser humano ha creado en torno a sí tal cúmulo de poder, que las guerras, como resultado de este vertiginoso avance científico y tecnológico, son altamente destructivas, comprometiendo la existencia de millones de seres humanos que integran la Comunidad Internacional.

Ante la fría realidad de los hechos, se han desconocido los principios que informaron las doctrinas tradicionales para elaborar, en su reemplazo, cada vez con mayor intensidad, teorías realistas de política internacional que, a juicio de sus sostenedores, sólo tienen validez en la medida en que son sometidas a comprobación empírica.

La solución de los conflictos internacionales por la guerra entre los Estados no satisface a la justicia, ni al orden internacional, ni a la mentalidad jurídica que no pueden conformarse con que la sanción al hecho ilícito sea actualizada por la propia parte ofendida. "Resignarse con la guerra como desdicha inevitable, es lo menos decente que puede hacer un jurista. Ante él, sobre todo, se plantea la cuestión de si sobre este planeta, que se nos ha confiado, debe dominar el azar o la razón. De si cabalmente, en los lugares en que el destino decide del globo terráqueo, debe el Derecho retirarse impotente ante la anarquía, en vez de fundar su señorío único y total. De si la catedral del orden jurídico ha de desmoronarse en ruinas antes de su terminación, por dolorosa incapacidad, o si ha de encontrar al fin acabamiento y término en cúpula orgullosa" [26].

[24] *Código de Moral Internacional de Malinas.* Artículo 143.
[25] SERGIO CONTARDO. *La Sociedad Internacional.* Pág. 62.
[26] GUSTAVO RADBRUCH. *Filosofía del Derecho.* Pág. 272.

II. ORGANIZACION DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

1. Doctrina de Francisco de Vitoria. De acuerdo con el pensamiento de Francisco de Vitoria, una Organización Internacional Positiva, para ser tal, requiere de los siguientes principios: a) universalidad; b) igualdad jurídica de los Estados; c) bien común internacional; y d) respeto al Derecho de Gentes.

a) *Universalidad.* Una Organización Internacional debe incluir a todos los Estados, porque todos ellos están ligados entre sí por el Derecho de Gentes y tienen la obligación de respetarlo. Por lo tanto, no les es lícito a los Estados poner límites a la admisión a dicha organización.

b) *Igualdad jurídica de los Estados y sociedades perfectas.* Sometidos los Estados al Derecho de Gentes, deben reconocérseles a todos el goce de los mismos derechos y el deber de cumplir las mismas obligaciones. No pueden determinadas potencias ejercer hegemonía sobre los Estados más pequeños, ya que aun reconociendo la diferencia entre éstos, ello no justifica el predominio exclusivo e imperialista de aquéllos.

c) *Bien Común Internacional.* Este es un requisito esencial e indispensable. En efecto, el objeto de esta Organización Internacional no puede ser el satisfacer los egoísmos o ansias de dominio de determinadas potencias o grupos de potencias, sino el bien común de todo el orbe, único que es impostergable, aun cuando a veces signifique una limitación de ansias de predominio o de ambiciones nacionales.

d) *Respecto al Derecho de Gentes.* Si se quiere que la Organización Internacional tenga una base firme y duradera, no se puede desconocer la realidad de estas normas objetivas, anteriores a los pactos y a los tratados y únicas que le dan fuerza y consistencia.

Sin estos cuatro principios, no es posible establecer una Organización Internacional justa de acuerdo con las aspiraciones de la naturaleza humana.

2. La sociedad de las naciones. La Primera Guerra Mundial impulsó poderosamente los esfuerzos encaminados a promover la organización de la Comunidad Internacional para evitar así nuevas guerras.

Es así como después de esta guerra nació el Pacto de la Liga de las Naciones, aprobado el 28 de julio de 1919 en la Conferencia de Paz de Ginebra, con la finalidad de lograr el bien común internacional. En otras palabras, el fin de la Sociedad era mantener la paz y la seguridad internacionales y fomentar la cooperación internacional, teniendo además otras funciones como el control de los Estados que ejercían mandatos, la protección de las minorías y el registro de los tratados.

"Este pacto constituye el primer intento de organización de la

Comunidad Internacional; y fue, en realidad, la primera constitución de la Comunidad Internacional" [27].

La Sociedad de las Naciones no pasó de ser un organismo frustrado, toda vez que nunca pertenecieron a ella los Estados Unidos, y otros miembros, como Alemania, Italia, Japón, salieron de ella. Así es como se fueron multiplicando las causas que posteriormente la llevaron al fracaso, entre ellas, fueron determinantes la falta de universalidad, la debilidad de sus cláusulas más fundamentales y, por último, la falta de buena voluntad, por parte de muchos Estados, para reconocer obligaciones que limitaban su soberanía y frenaban sus egoísmos y ansias imperialistas.

3. La Organización de las Naciones Unidas. A) *Origen de la Organización de las Naciones Unidas.* "A los veinte años de haberse firmado el Pacto de la Liga de las Naciones estalló la Segunda Guerra Mundial. Obtenida la victoria por las potencias llamadas Democráticas, se pensó establecer un nuevo Tratado o Estatuto Internacional, que sirviera para evitar al mundo una tercera guerra. Como resultado de tales esfuerzos nació la Carta de las Naciones Unidas, suscrita unánimemente con fecha 26 de junio de 1945, en la Conferencia de San Francisco de California. Dicha Carta tuvo como antecedente y base de discusión el famoso plan de Dumberton Oaks, elaborado en octubre de 1944 por los representantes de los Estados Unidos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y China y completada en la Conferencia de Yalta en febrero de 1945" [28].

B) *Nombre, fines y principios rectores de la Organización de las Naciones Unidas.* "En la denominación "Naciones Unidas" se expresa que la nueva organización surgió de una vasta alianza que ha encontrado en la ONU su continuación con el doble fin de mantener en el futuro la paz y la seguridad internacionales y restablecerlas cuando se hubieren quebrantado" [29].

A estas importantes finalidades se encaminaron los principios establecidos en la Carta. Los propósitos de las Naciones Unidas son los siguientes:

"1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

"2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre deter-

[27] Alfred Verdross. *Derecho Internacional Público.* Pág. 389.
[28] Sergio Contardo. *La Sociedad Internacional.* Pág. 80.
[29] Alfred Verdross. *Derecho Internacional Público.* Pág. 391.

minación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

"3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

"4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes" [30].

Los principios por los que deben regirse tanto la Organización de las Naciones Unidas como sus miembros son los siguientes:

"1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros.

"2. Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.

"3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales, ni la justicia.

"4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o a cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

"5. Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.

"6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.

"7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta..." [31].

Al comparar estos principios de la Carta con aquellos establecidos por el Derecho Internacional común, llegamos a la conclusión que no existen diferencias importantes entre ambos.

"Más allá del Derecho Internacional Común, a su vez, van aquellos principios del Preámbulo y del artículo 1° que propugnan el respeto general de los "derechos humanos", así como una colaboración de los miembros en los campos económico, social, cultural y humani-

[30] *Carta de las Naciones Unidas.* Capítulo I. Artículo 1º.
[31] *Carta de las Naciones Unidas.* Capítulo I. Artículo 2º.

tario. Según la Carta, los deberes fundamentales de los Estados no consisten, pues, en simples deberes de abstención (non facere) como en Derecho Internacional Común, sino que la Carta exige también de los Estados un "facere", es decir, una colaboración activa para poder alcanzar en común los fines de las Naciones Unidas. Por eso el nuevo orden sólo podrá convertirse en realidad con "la buena voluntad" de todos los Estados de cooperar "lealmente" en esta gran tarea. Mas, siendo inconcebible una lealtad impuesta por medio de la coacción, el funcionamiento del nuevo Derecho Internacional depende, ante todo, de fuerzas "morales" [32].

C) *Competencia de la Organización de las Naciones Unidas.* La Carta reconoce a los Estados una esfera de libertad frente a la Comunidad Organizada de los Estados, pero el artículo 2°, punto 7° de la misma, prohíbe a las Naciones Unidas tratar de los asuntos que caen esencialmente bajo la competencia nacional de un Estado, no siendo esta prohibición absoluta, puesto que se autoriza la aplicación de medidas coercitivas del Consejo de Seguridad en determinados casos establecidos en el Capítulo VII de la Carta.

4. Organos de las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones Unidas establece seis órganos principales de ella: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría; y faculta la creación de los órganos subsidiarios que se consideren necesarios.

La Asamblea General (A.G.) está integrada por todos los Estados miembros de la ONU, teniendo cada Estado un voto. En lo relativo a su competencia, abarca dos categorías principales de asuntos: a) los asuntos sobre los cuales la A.G. puede deliberar y adoptar recomendaciones, y b) aquellos asuntos acerca de los cuales puede tomar acuerdos jurídicamente obligatorios, por ejemplo, promulgación de normas generales, conclusión de tratados internacionales, elecciones, etc.

El Consejo de Seguridad (C.S.) se compone de quince miembros, cinco permanentes y diez no permanentes [33]. Los miembros permanentes tienen el derecho de veto, que consiste en la facultad que poseen los miembros permanentes del Consejo de Seguridad para impedir la adopción de un acuerdo sobre una materia importante. La responsabilidad principal del Consejo de Seguridad es mantener la paz y la seguridad internacionales.

El Consejo Económico y Social (ECOSOC) tiene por fin fundamental iniciar estudios e informar sobre asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y hacer recomendaciones al respecto. El ECOSOC no tiene poderes de legislación ni de deci-

[32] Alfred Verdross. *Derecho Internacional Público.* Pág. 393.

[33] Tienen el carácter de miembros permanentes: China, Estados Unidos de América, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

sión, sino que puede únicamente sugerir recomendaciones. El ECOSOC está bajo la autoridad de la Asamblea General, de la que es órgano auxiliar en asuntos determinados.

El Consejo de Administración Fiduciaria (C.A.F.) tiene la misión de examinar los informes de las autoridades administradoras de territorios bajo fideicomiso, redactados sobre la base de un cuestionario confeccionado por el propio C.A.F. "Su misión requiere mucho tacto y prudencia, ya que le compete especialmente influir debidamente sobre los fideicomisarios, para impulsarlos a eliminar deficiencias y abusos y a una evolución progresiva de su administración" [34].

La Corte Internacional de Justicia (C.I.J.) es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas; su competencia se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especiales previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y Convenciones vigentes.

La Secretaría comprende a los funcionarios de la ONU, dirigidos por el Secretario General, que es nombrado por la Asamblea General a propuesta del Consejo de Seguridad. El Secretario General es el más alto funcionario administrativo de la organización y, además, es Secretario General permanente de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, del Consejo Económico y Social y del Consejo de Administración Fiduciaria (artículo 98 de la Carta).

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "La ONU no es un Estado mundial, sino que es una confederación de vocación "universal", formada principalmente por Estados soberanos y que por lo tanto no ejerce un poder directo sobre los súbditos de sus miembros. Tan sólo puede ejercer un poder de mando directo sobre sus funcionarios y en ciertas circunstancias sobre los habitantes de territorios bajo fideicomiso. Pero la ONU es un sujeto nuevo y autónomo del Derecho Internacional, que puede suscribir tratados y hacer reclamaciones en favor de sus funcionarios" [35].

La Organización de las Naciones Unidas implica el principio de cooperación de todos los miembros en la medida que requiere la buena voluntad de éstos para el mejor funcionamiento de la organización y de sus órganos laterales, especialmente de los Estados que conforman, con el carácter de permanentes, el Consejo de Seguridad. Además, las medidas que aplica las Naciones Unidas y que tienen un contenido coercitivo no pueden ser aplicadas si no cuentan con la anuencia del Consejo de Seguridad.

La ONU se rige por el principio mayoritario, en contraposición a la Sociedad de las Naciones, que estaba basada en el principio de la unanimidad; esto significa que las resoluciones que adoptan los órganos de la ONU pueden ser aprobadas por la simple mayoría de votos y que, si bien no son directamente obligatorias (especialmente los órganos

[34] ALFRED VERDROSS. *Derecho Internacional Público.* Pág. 408.
[35] ALFRED VERDROSS. *Derecho Internacional Público.* Pág. 414.

encargados de dictar resoluciones en el campo económico, político, social y cultural), representan, de hecho, una amplia centralización de la administración sociocultural y económica.

III. FUNCIONES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ORGANIZADA

Los principales actos jurídicos que realizan los diversos órganos de la ONU son los siguientes: promulgación de normas generales, resolución de controversias y administración internacional.

1. PROMULGACIÓN DE NORMAS GENERALES. La Comunidad Internacional organizada no posee un órgano legislativo que dicte normas de carácter general; en consecuencia, el establecimiento de normas generales se efectúa a través de tratados o convenios internacionales, o bien, por la vía de las costumbres internacionales. Esto no impide que órganos de las Naciones Unidas, como la Asamblea General o el Consejo Económico y Social, puedan elaborar proyectos de tratados sobre asuntos de su competencia, debiendo ser ellos ratificados por los Estados. En este caso, el contenido de los tratados procede de un organismo internacional.

En ciertos ámbitos existe un poder legislativo pleno por parte de órganos internacionales. Estos órganos se dividen en dos grupos: el primero tiene la facultad de dictar reglamentaciones autónomas con efectos jurídicos inmediatos (sin necesidad de subsiguiente ratificación). Así, todos los órganos resolutivos de la ONU están autorizados para darse sus propios reglamentos internos. Pero existen, además, algunos órganos que pueden dictar reglamentaciones obligatorias directamente, como la Asamblea General, que es competente para promulgar reglas generales sobre la situación de los funcionarios de las Naciones Unidas (Artículo 101 de la Carta). Algunos organismos particulares de las Naciones Unidas son también competentes para celebrar tratados internacionales.

2. SOLUCION PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS. La Carta de las Naciones Unidas dispone que "las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección".

"El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios". (Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas).

"El Consejo de Seguridad podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de

la paz y la seguridad internacionales". (Artículo 34 de la Carta de las Naciones Unidas).

"Todo Miembro de las Naciones Unidas podrá llevar cualquiera controversia, o cualquiera situación de la naturaleza expresada en el Artículo 34, a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General".

"Un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas podrá llevar a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General toda controversia en que sea parte, si acepta de antemano, en lo relativo a la controversia, las obligaciones de arreglo pacífico establecidas en esta Carta". (Artículo 35 de la Carta de las Naciones Unidas).

Mientras el Consejo de Seguridad de la ONU esté desempeñando sus funciones respecto de una controversia, la Asamblea General no puede intervenir, a menos que así lo solicite el Consejo de Seguridad (Carta de la ONU, artículo 12). Existiendo un conflicto de orden jurídico, el Consejo de Seguridad deberá considerar que, en principio, el asunto deberá conocerlo la Corte Internacional de Justicia, pero agregando el requisito de que las partes aceptan someterse a la jurisdicción de la Corte. Si no se consigue este asentimiento, y si las partes no logran solucionar por otra vía dicha controversia, el asunto deberá someterse al conocimiento del Consejo de Seguridad; pero también las decisiones del Consejo son simples recomendaciones, que no obligan jurídicamente a las partes; además, las mismas pueden convenir en aceptar como obligatorias las resoluciones del Consejo de Seguridad. Entonces dichas resoluciones tendrían el valor de sentencias arbitrales.

3. La administración internacional. A juicio de Alfred Verdross [86], el Derecho Internacional Administrativo comprende aquellas normas jurídico-internacionales que regulan la administración de la Comunidad Internacional en ciertos ámbitos, a diferencia del Derecho Administrativo Internacional, que es el conjunto de las normas internas que indican qué actos administrativos han de enjuiciarse según un Derecho Administrativo extranjero, por ejemplo, la validez de pasaportes o concesiones extranjeras.

La Administración Jurídica Internacional puede ser directa o indirecta. El caso más importante de administración directa es el Derecho relativo a los funcionarios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados. Los fundamentos de esta rama jurídica están contemplados en la Carta de la ONU.

"En el cumplimiento de sus deberes, el Secretario General y el personal de la Secretaría no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la organización, y se abstendrán de actuar en forma que sea incompatible con su condición de funcionarios internacionales responsables únicamente ante la organización...". (Carta de la ONU, artículo 100).

[86] Alfred Verdross. *Derecho Internacional.* Pág. 431.

Otra rama de la administración directa está constituida por la administración de los territorios bajo fideicomiso. La Carta determina expresamente que "la Organización establecerá bajo su autoridad un régimen internacional de administración fiduciaria para la administración y vigilancia de los territorios que puedan colocarse bajo dicho régimen en virtud de acuerdos especiales posteriores. A dichos territorios se les denominará "territorios fideicometidos" [37]."

Dentro de la Administración Jurídica Internacional indirecta existen las Uniones Administrativas, que son indirectas porque su única finalidad es la de coordinar las actividades estatales.

Entre las Uniones Administrativas Internacionales más importantes están la Unión Postal Universal, la Unión Internacional de Pesas y Medidas y la Unión Internacional para la Publicidad de Tarifas Aduaneras, etc. Estas uniones están formadas por Estados soberanos y son asociaciones jurídico-internacionales.

Organismos especializados

Una de las funciones principales del Consejo Económico y Social consiste en coordinar las actividades de los organismos especializados, que son aquellos "establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos, y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otras conexas" (Artículo 57 de la Carta). Este tipo de organizaciones se convierten en organismos especializados cuando son vinculados con la Organización mediante un acuerdo celebrado entre el organismo y el Consejo Económico y Social, y aprobado por la Asamblea General.

Las principales Organizaciones Internacionales que se han convertido en organismos especializados de las Naciones Unidas son las siguientes: la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO); la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (IMCO); la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI); la Organización Internacional del Trabajo (OIT); el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD); el Fondo Monetario Internacional (FMI); la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT); la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); la Unión Postal Universal (UPU); la Organización Meteorológica Mundial (OMN); la Organización Mundial de la Salud (OMS), y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Todos estos organismos presentan las siguientes características comunes:

1. Se fundan en una Constitución establecida por un tratado colectivo;

2. Poseen personalidad jurídico-internacional y jurídico-privada (capacidad de controlar);

[37] *Carta de la* ONU. Capítulo XII. Artículo 75.

3. Sus órganos principales (con excepción de la OIT) se componen sólo de representantes de los Estados. Cada Estado tiene un voto. La OIT es una excepción, pues en ella cada delegado tiene derecho a voto individual;

4. Todos ellos poseen tres órganos: una Conferencia General (Asamblea o Consejo General), un Consejo de Administración (Consejo Ejecutivo) y una Secretaría compuesta de "funcionarios internacionales";

5. En los dos órganos principales domina el principio de la mayoría. Algunas veces, la de los dos tercios; y otras, la mayoría simple;

6. La organización, los representantes de los Estados y los funcionarios tienen los mismos privilegios que en el caso de la ONU.

IV. DERECHOS Y DEBERES ECONOMICOS DE LOS ESTADOS

1. CARTA DE DERECHOS Y DEBERES ECONÓMICOS DE LOS ESTADOS. El 12 de diciembre de 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Carta de Derechos y Deberes de los Estados, en una votación de 120 en favor, 6 en contra y 10 abstenciones. El objetivo fundamental de la Carta es "promover el establecimiento del nuevo orden económico internacional, basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, sin distinción de sistemas económicos y sociales". (Preámbulo).

2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. De acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo I de la Carta, las relaciones económicas, políticas y de otra índole entre los Estados deben regirse, entre otros, por los siguientes principios:

"a) Soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados;

"b) Igualdad soberana de todos los Estados;

"c) No agresión;

"d) No intervención;

"e) Beneficio mutuo y equitativo;

"f) Coexistencia pacífica;

"g) Igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos;

"h) Arreglo pacífico de controversias;

"i) Reparación de las injusticias existentes por imperio de la fuerza que priven a una nación de los medios naturales necesarios para su desarrollo normal;

"j) Cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales;

"k) Respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

"l) Abstención de todo intento de buscar hegemonía y esferas de influencia;

"m) Fomento de la justicia social internacional;

"n) Cooperación internacional para el desarrollo;

"o) Libre acceso al mar y desde el mar para los países sin litoral dentro del marco de los principios arriba enunciados".

3. DERECHOS Y DEBERES ECONÓMICOS DE LOS ESTADOS. Los principales derechos y deberes económicos de los Estados son los siguientes:

A) "Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenaza externa de ninguna clase". (Artículo 1 de la Carta).

B) "Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas".

"Todo Estado tiene derecho de:

"a) Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional, con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera;

"b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional, y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones, y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan. Todo Estado deberá, teniendo en cuenta plenamente sus derechos soberanos, cooperar con otros Estados en el ejercicio del derecho a que se refiere este inciso";

"c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos, sobre la base de la igualdad soberana de los Estados, y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios". (Artículo 2 de la Carta).

C) "Todos los Estados son jurídicamente iguales y, como miembros iguales de la Comunidad Internacional, tienen el derecho de participar plena y efectivamente en el proceso internacional de adopción de decisiones para la solución de los problemas económicos, financieros y monetarios mundiales, "inter alia", por medio de las organizaciones internacionales apropiadas, de conformidad con sus normas actuales o futuras, y el de compartir equitativamente los beneficios que de ello se deriven". (Artículo 10 de la Carta).

D) "Es derecho y deber de todos los Estados, individual y colectivamente, eliminar el colonialismo, el "apartheid", la discriminación racial, el neocolonialismo y todas las formas de agresión, ocupación y

dominación extranjeras, así como las consecuencias económicas y sociales de éstas como condición previa para el desarrollo. Los Estados que practican esas políticas coercitivas son económicamente responsables ante los países, territorios y pueblos afectados, en lo que respecta a la restricción y la plena compensación por la explotación y el agotamiento de los recursos naturales y de toda otra índole de esos países, territorios y pueblos, así como por los daños causados a esos recursos. Es deber de todos los Estados prestarles asistencia".

"Ningún Estado tiene el derecho de promover o fomentar inversiones que puedan constituir un obstáculo para la liberación de un territorio ocupado por la fuerza". (Artículo 16 de la Carta).

E) "Los países en desarrollo, en sus esfuerzos por aumentar su comercio global, deben prestar la debida atención a la posibilidad de ampliar su comercio con los países socialistas, concediendo a estos países condiciones comerciales que no sean inferiores a las concedidas normalmente a los países desarrollados con economía de mercado". (Artículo 20 de la Carta).

F) "Todos los Estados tienen el deber de coexistir en la tolerancia y de convivir en paz, independientemente de las diferencias de sus sistemas políticos, económicos, sociales y culturales, y de facilitar el comercio entre países con sistemas económicos y sociales diferentes. El comercio internacional debe conducirse sin perjuicio de preferencias generalizadas, no recíprocas y no discriminatorias en favor de los países en desarrollo, sobre la base de la ventaja mutua, los beneficios equitativos y el intercambio del tratamiento de nación más favorecida". (Artículo 26 de la Carta).

G) "Ningún Estado podrá emplear medidas económicas, políticas o de ninguna otra índole, ni fomentar el empleo de tales medidas, con objeto de coaccionar a otro Estado para obtener de él la subordinación del ejercicio de sus derechos soberanos". (Artículo 32 de la Carta).

V. LA JUSTICIA INTERNACIONAL

1. La Corte Internacional de Justicia. El órgano judicial principal de las Naciones Unidas es la Corte Internacional de Justicia.

La Corte es un cuerpo compuesto de quince "magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales de sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de Derecho Internacional". (Artículo 2 del Estatuto de la Carta Internacional de Justicia).

Sólo los Estados pueden ser partes en casos ante la Corte Internacional de Justicia (Artículo 34 del Estatuto).

"La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en

la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes". (Artículo 36 Número 1 del Estatuto).

"La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

"a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

"b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho;

"c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

"d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59".

"La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio "ex aequo et bono", si las partes así lo convinieren". (Artículo 38 del Estatuto).

El artículo 59 del Estatuto, por su parte, dispone que "la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido".

El fallo de la Corte es "definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes". (Artículo 60 del Estatuto).

De acuerdo con su Estatuto, la Corte Internacional de Justicia puede "emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma".

"Las cuestiones sobre las cuales se solicite opinión consultiva serán expuestas a la Corte mediante solicitud escrita, en que se formule en términos precisos la cuestión respecto de la cual se haga la consulta. Con dicha solicitud se acompañarán todos los documentos que puedan arrojar luz sobre la cuestión". (Artículo 65 del Estatuto).

2. La protección de la persona humana. En la antigua doctrina española del Derecho Internacional, principalmente en Francisco de Vitoria, encontramos el principio de que en Derecho Internacional cabe proceder contra un Estado que niegue a sus propios súbditos los derechos humanos fundamentales.

La Carta de las Naciones Unidas, aunque no contempla normas expresas que contengan sanciones que se hagan efectivas en los Estados que violen los derechos humanos, proclama en su Preámbulo su "fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres", y faculta a la Asamblea General a promover estudios y hacer recomendaciones para "hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales". (Artículo 13).

La Carta de las Naciones Unidas establece, además, que "con e propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

"a) Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

"b) La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y

"c) El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y la efectividad de tales derechos y libertades". (Artículo 55).

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas puede, también, "hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades". (Artículo 62 Número 2).

Algunos Estados totalitarios se oponen a la acción de las comisiones que abogan por la defensa de los derechos fundamentales de las personas y critican o rechazan sus recomendaciones, sosteniendo su posición en el Artículo 2º punto 7° de la Carta de las Naciones Unidas que prohíbe a la ONU cualquier intervención en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados. Sin lugar a dudas, esta posición es infundada, puesto que la Carta ha sobrepasado el principio de que un Estado pueda tratar a sus nacionales a su arbitrio o pueda desconocer el principo mayoritariamente reconocido por la Comunidad Internacional de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional.

"Si los gobernantes absolutos quieren pervertir el sentido de las palabras, ningún súbdito de estos sistemas totalitarios puede evitar que transformen lo verdadero en falso. Con las técnicas modernas de control de masas, la minoría gobernante puede hacer inclusive que sus autómatas crean, en poco tiempo, que viven en una democracia y que gozan de todos los beneficios de los derechos humanos básicos y de las libertades fundamentales" [38].

VI. SANCIONES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ORGANIZADA

1. SUSPENSIÓN Y ANULACIÓN DE LOS DERECHOS DE MIEMBRO DE LA ONU. De acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, "todo miembro de las Naciones Unidas que haya sido objeto de acción preventiva o coercitiva por parte del Consejo de Seguridad podrá ser suspendido por la Asamblea General, a solicitud del Consejo de Seguridad, del ejercicio

[38] GEORG SCHWARZENBERGER. *La política del poder*. Pág. 562.

de los derechos y privilegios inherentes a su calidad de miembro". (Artículo 5).

Entre estos derechos y privilegios figura el de formar parte de la Asamblea General y de los demás órganos de las Naciones Unidas, sin perjuicio de que un Estado suspendido pueda participar en la discusión de una controversia si es parte en ella, sin derecho a voto, sometiéndose a las mismas condiciones que la ONU establece para los Estados que no son miembros de la organización.

Por otra parte, todo miembro de las Naciones Unidas que haya violado repetidamente los principios contenidos en la Carta podrá ser expulsado de la organización por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad. Para llevar a efecto la expulsión, se requiere de una mayoría de las dos terceras partes de la Asamblea; y el fundamento para que opere la exclusión es principalmente la violación repetida de los principios de la Carta.

El artículo 19 de la Carta afirma que el miembro de las Naciones Unidas que esté en mora en el pago de sus cuotas financieras no tendrá voto en la Asamblea General cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las cuotas de los dos años anteriores completos.

El artículo 6 de la Carta prevé la expulsión de cualquier miembro que, de manera persistente, infrinja sus principios. En este supuesto, el Estado infractor puede ser expulsado por un procedimiento igual al de admisión, es decir, por decisión de los 2/3 de los miembros presentes con derecho a voto de la Asamblea General, previa recomendación del Consejo de Seguridad. Se ha entendido que la "recomendación" efectuada por el Consejo de Seguridad a la Asamblea General para la suspensión o expulsión de un miembro de la Organización, no tiene el mismo sentido que en otras disposiciones de la Carta (artículos 10, 11, 14, 36, 37 y 38) en los cuales significa una simple opinión desprovista de efecto jurídico, pues aquí se trata de una "decisión" en el sentido técnico de la palabra. Esto explica el reducido número de Estados suspendidos o expulsados de la Organización de las Naciones Unidas, ya que las divergencias entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad impiden la suspensión o expulsión de países amigos, utilizando el derecho a veto. En cuanto al número de votos que se requieren para la suspensión o expulsión de un miembro de la organización, en el Consejo de Seguridad, se ha establecido que, en este caso, por tratarse de cuestiones que son de fondo, se requiere de la mayoría de 9 votos sobre 15, pero en esta mayoría han de estar comprendidos, necesariamente, los votos de todos los miembros permanentes. De ahí que el voto negativo de un solo miembro permanente baste para impedir que el Consejo de Seguridad pueda tomar una decisión jurídicamente válida, aun cuando haya 14 votos en sentido contrario.

2. LAS MEDIDAS COERCITIVAS DE LAS NACIONES UNIDAS. "La Carta de las Naciones Unidas prevé la posibilidad de aplicar sanciones preventivas, represivas y ejecutivas por parte del Consejo de Seguridad. Ahora bien, las sanciones ejecutivas se encaminan meramente al cumplimiento de

sentencias del Tribunal Internacional de Justicia. En cambio, el Consejo de Seguridad puede adoptar toda clase de sanciones, militares o no, contra toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, pero no contra violaciones del Derecho Internacional de otra índole (artículo 39). Según certeramente ha subrayado Hans Kelsen, los supuestos de la sanción que aquí se indica son más amplios que la prohibición del uso de la fuerza contenida en el artículo 2º punto cuarto, por cuanto esta prohibición sólo se refiere a la amenaza o al empleo de la fuerza, mientras que el artículo 39 tiene también presentes otros quebrantamientos de la paz (que por lo demás no se especifican). En todo caso, las medidas coercitivas del capítulo séptimo de la Carta son "sanciones" de la comunidad internacional organizada contra violaciones graves de la Carta" [39].

VII. TRASCENDENCIA DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS

Coincidiendo con Alfred Verdross [40], creemos que la misión de la Comunidad Internacional no podrá realizarse si los Estados no se inspiran en los valores de Justicia, Seguridad, Orden y Paz, que exigen una cooperación positiva de los Estados encaminada a garantizar los derechos fundamentales de todos los pueblos, sobre la base de los principios consignados en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

Por otra parte, los distintos ordenamientos jurídicos se orientan hacia valores especiales, y es en este sentido donde se destaca la buena fe. Si hacemos abstracción de este principio, todo el edificio del Derecho Internacional se desmorona. La buena fe es ante todo el fundamento de los tratados interestatales, pero informa también su interpretación, así como los deberes convencionales de los Estados.

La buena fe constituye, por otra parte, el principio que sirve de base al establecimiento de sanciones en el Derecho Internacional. De aquí que el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas exija, como imperativo para el establecimiento de sanciones, que el Estado afectado haya infringido este principio, porque, de ocurrir lo contrario, la puesta en práctica de sanciones quedará al arbitrio de sus promotores. Por tanto, la efectividad del Derecho Internacional no depende, en última instancia, de las sanciones, sino del respeto al Derecho por parte de los Estados. Si se carece de este respeto, de nada servirán estas sanciones, ya que medidas coercitivas arbitrariamente aplicadas constituyen un mal todavía mayor que las injusticias que dan lugar a sanciones legítimas.

La cooperación eficaz de los Estados presupone la buena voluntad de todos los participantes en colaborar en la realización de fines comunes,

[39] ALFRED VERDROSS. *Derecho Internacional Público*. Pág. 470.
[40] ALFRED VERDROSS. *Derecho Internacional Público*. Págs. 17 y 484 a 486.

pues faltando tal disposición interna no cabe actuación solidaria alguna. Los Estados deben orientar sus actividades hacia una finalidad común, que es el bien común de la Humanidad. Este bien común sólo se concretiza cuando va unido al convencimiento de que todos los hombres son personas humanas y que poseen un fin trascendente. Por ello, consideramos que el nuevo Derecho Internacional está enraizado en los valores humanos trascendentales y que su progresiva realización depende de que los pueblos y sus órganos se penetren del espíritu de fraternidad universal.

Al servicio de esta finalidad cumplen sus funciones algunos órganos creados por la Comunidad Internacional, como el Consejo Económico y Social, la Secretaría de las Naciones Unidas, y varios otros organismos como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Cruz Roja Internacional y otros que constituyen factores de integración de esta comunidad.

El desarrollo de estos organismos contribuye a fortalecer el sentimiento comunitario internacional y, por lo mismo, a fomentar la realización de los fines de la Organización de las Naciones Unidas.

Las Naciones Unidas, actuando bajo condiciones políticas muy desfavorables, han logrado grandes éxitos en tareas de cooperación internacional, en el mantenimiento de la paz, en la prevención de la guerra y en la solución de controversias de política internacional.

Desde su nacimiento hasta la fecha, han tenido activa participación en la solución de diversos e importantes conflictos, con lo que han hecho un aporte significativo a la paz del mundo [41].

Estamos convencidos de que la Organización de las Naciones Unidas, no obstante sus limitaciones y las dificultades por que ha atravesado, ha cumplido con dignidad su misión y constituye la única esperanza de paz internacional. Su destrucción no sería seguida por un gobierno mundial sino, probablemente, por una tercera guerra mundial que traería imprevisibles consecuencias para la Comunidad Internacional.

41 GEORG SCHWARZENBERGER. *La política del Poder*. Pág. 562.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es la Comunidad Internacional?*
2. *¿Cuál es el fundamento de la Comunidad Internacional para:*
   a) *Francisco de Vitoria;*
   b) *Hugo Grocio;*
   c) *Hans Kelsen;*
   d) *La teoría del equilibrio del poder;*
   e) *La teoría del consentimiento?*
3. *¿Cuál es el fundamento del Derecho Internacional?*
4. *¿Cuáles son los principales argumentos que se dan en contra de la existencia del Derecho Internacional?*
5. *¿Cuál es el fundamento de la moral internacional?*
6. *El hombre, ¿es sujeto del Derecho Internacional?*
7. *¿Cuáles son los requisitos exigidos por la doctrina para calificar de justa a una guerra?*
8. *¿Cuáles son los fundamentos de la Organización Internacional, para Francisco de Vitoria?*
9. *¿Cuál fue el origen de la Organización de las Naciones Unidas?*
10. *¿Cuáles son los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas?*
11. *¿Cuáles son los principales órganos de las Naciones Unidas? Indique su constitución y funciones.*
12. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Organización de las Naciones Unidas?*

13. *¿Cuáles son las principales funciones de la Organización de las Naciones Unidas?*

14. *¿Cuáles son los principales derechos y deberes económicos de los Estados?*

15. *¿Cuál es la organización de la justicia internacional?*

16. *¿Cuáles son las principales sanciones que puede aplicar la Organización de las Naciones Unidas a sus miembros y por qué motivos?*

17. *¿Cuáles son las causales y el procedimiento para expulsar a un Estado de la Organización de las Naciones Unidas?*

18 *Estudie la participación que ha tenido Chile en la Organización de las Naciones Unidas.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AKEHURST, MICHAEL. *Introducción al Derecho Internacional.* Págs. 13 a 45.

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.

CASANOVA Y LA ROSA, ORIOL. *Prácticas de Derecho Internacional Público.* Práctica Nº 2. Págs. 29 a 40.

CÓDIGO DE MORAL INTERNACIONAL DE MALINAS.

CONTARDO, SERGIO. *La Sociedad Internacional.*

FRIEDMANN, WOLFGANG. *La nueva Estructura del Derecho Internacional.* Parte II. Págs. 97 a 102.

JIMÉNEZ DE ARECHAGA, EDUARDO. *Curso de Derecho Internacional Público.* Tomo I. Págs. 13 a 27. Capítulo II. Págs. 27 a 48. Capítulo VIII. Págs. 245 a 269.

JUSTO LÓPEZ, MARIO. *Introducción a los estudios políticos.* Volumen I. Capítulo VI. Págs. 359 a 368 y Págs. 394 a 397.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Capítulo VI. Págs. 390 a 456.

KELSEN, HANS. *Teoría General del Estado.* Capítulo IV. Págs. 156 a 165.

KUNZ, JOSEF. *Del Derecho Internacional Clásico al Derecho Internacional Nuevo.* Conferencias II, IV y V. Págs. 77 a 147.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Capítulo VIII. Págs. 652 a 663.

LUÑO PEÑA, ENRIQUE. *Derecho Natural.* Sección IV. Págs. 480 a 493.

MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO. *Introducción al Derecho Internacional Público.* Introducción Doctrinal. Capítulos primero, segundo y tercero. Págs. 3 a 57.

OPPENHEIM L. *Tratado de Derecho Internacional Público.* Tomo I. Volumen I. Capítulo I. Págs. 4 a 25.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Filosofía del Derecho.* Capítulo XXVIII. Págs. 255 a 272.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Capítulo VIII. Págs. 652 a 663.

ROUSSEAU, CHARLES. *Derecho Internacional Público.* Introducción. Págs. 1 a 7. Capítulo I. Págs. 181 a 207. Capítulo II. Págs. 215 a 218. Parte V. Págs. 541 a 546.

SCHWARZENBERGER, GEORG. *La Política del Poder.* Capítulo XVI. Págs. 216 a 225.

TRUYOL, ANTONIO. *Fundamentos del Derecho Internacional Público.* I Parte. I, II, III, IV y V. Págs. 5 a 83.

TRUYOL, ANTONIO. *Los Principios del Derecho Público en Francisco de Vitoria.*

VERDROSS, ALFRED. *Derecho Internacional Público.* Capítulo IV. Págs. 24 a 31. Págs. 44 a 48. Págs. 50 a 65. Parte III. Cap. XX y XXI. Págs. 389 a 411. Págs. 423 a 435. Págs. 468 a 470 y Cap. XXII. Págs. 482 a 484.

VITORIA et SUÁREZ. *Contribution des Theologiens au Droit International Moderne.*

CAPÍTULO VIGESIMOTERCERO

FILOSOFIA, CIENCIA Y TECNICAS DEL DERECHO

"La verdad científica no puede ser lograda sino con la rectitud y el valor personal del científico".

HANS KELSEN

SUMARIO

I. FILOSOFÍA. II. FILOSOFÍA DEL DERECHO. III. CIENCIA. IV. CIENCIA DEL DERECHO. V. NEGACIÓN DEL VALOR CIENTÍFICO DE LA CIENCIA DEL DERECHO. VI. DISCIPLINAS JURÍDICAS. VII. TÉCNICAS DEL DERECHO. CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. FILOSOFIA

1. CONCEPTO. La palabra filosofía viene de dos voces griegas: "philo" y "sophia", que significan amor a la sabiduría. Según José Ferrater Mora [1] el vocablo aparece en el pasaje de Herodoto (I, 30), donde Creso, al dirigirse a Solón, le dice que ha tenido noticias de él por su amor al saber y por sus viajes a muchas tierras con el fin de ver cosas. Empleo semejante se encuentra en Tucídides (II, 40, Oración fúnebre de Pericles a los Atenienses): "amamos la belleza, pero sin exageración y amamos la sabiduría, pero sin debilidad". El nombre "filósofo" aparece en Heráclito: "conviene que los hombres filósofos sean sabedores de muchas cosas". Se atribuye a Pitágoras el haberse llamado a sí mismo filósofo, pero se discute hasta qué punto, aun en el caso de ser cierta la atribución, el ser filósofo significó para Pitágoras algo semejante a lo que fue luego para Sócrates y Platón.

Posteriormente filosofía significó no el simple amor a la sabiduría, sino la sabiduría misma.

Las definiciones que se han dado de filosofía son múltiples. Común a ellas sólo parece ser el hecho de que, como lo ha observado Georg Simmel (1858-1918), la filosofía es, en los diversos sistemas

[1] JOSÉ FERRATER MORA. *Diccionario de Filosofía.*

filosóficos, el primero de sus problemas. Así cada sistema filosófico puede valer como una respuesta a la pregunta acerca de lo que es la filosofía y también acerca de lo que la actividad filosófica representa para la vida humana. Cada una de estas respuestas es, por lo tanto, parcial. Pero, al mismo tiempo, es necesaria si tenemos en cuenta que la filosofía se va formando en el curso de su propia historia. Por lo tanto, las definiciones dadas por los diversos filósofos pueden considerarse como el conjunto de las perspectivas desde las cuales la filosofía ha sido vista.

La filosofía es el estudio de todo aquello que es objeto de conocimiento universal; de los primeros principios; o, como dice el pensador español Xavier Zubiri, es saber acerca de las cosas, dirección para el mundo y la vida y, finalmente, forma de vida; o, como expresa José Ferrater Mora, la filosofía es, a la vez, algo en la vida, y dice algo o bien sobre la realidad o bien sobre el lenguaje que empleamos para hablar acerca de la realidad.

2. Las disciplinas filosóficas. La división de la filosofía en diversas disciplinas no aparece en todos los sistemas, sino que depende, en gran parte, del filósofo o del movimiento filosófico de que se trate, así como de la época histórica.

La filosofía se puede dividir en teorética y práctica. La filosofía teorética estudia los primeros principios del ser y del conocer, y se divide, a su vez, en: Ontología o Metafísica, Gnoseología o Teoría del Conocimiento, Lógica, Sicología, Filosofía de la Historia y Estética. La filosofía práctica estudia los primeros principios del obrar, y se divide en Filosofía Moral y Filosofía del Derecho.

Hasta fines del siglo XIX se consideraron como disciplinas filosóficas la Lógica, la Etica, la Gnoseología, la Epistemología o Teoría del Conocimiento, la Ontología, la Metafísica, la Criteriología, la Sicología, la Sociología y, además, un conjunto de disciplinas tales como la Filosofía de la Religión, del Estado, del Derecho, de la Historia, de la Naturaleza, del Arte, del Lenguaje, de la Educación y la Historia de la Filosofía.

Ultimamente se han agregado a éstas otras disciplinas filosóficas: la Teoría de los Objetos, la Fenomenología, la Antropología Filosófica, la Semiótica, la Semántica, la Pragmática, la Filosofía de la Física, de del de las ciencias.

Estas múltiples clasificaciones contemporáneas han planteado de nuevo el problema de si la filosofía es simplemente una matriz de las ciencias, que luego se van independizando de su origen común, o de si tiene que abarcarlas a todas, adoptando un punto de vista distinto del de las ciencias.

A este respecto podría decirse que la filosofía es, en cierto modo, todo.

II. FILOSOFIA DEL DERECHO

1. Rodolfo Stammler. Hacia fines del siglo XIX el filósofo alemán del Derecho, Rodolfo Stammler (1856-1938), intentó restaurar con un nuevo sentido los estudios jusfilosóficos. Al respecto escribió: "Entendemos por Filosofía del Derecho aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto".

"Toda cuestión de Derecho se plantea frente a hechos concretos de la vida, encierra siempre una especial aspiración positiva o negativa, y se basa necesariamente en determinadas normas e instituciones. No hay una sola aspiración jurídica ni una norma en que se condense que no se halle condicionada históricamente, como producto de una situación dada, y en cuanto a tal sujeta a cambios y mudanzas y condenada a desaparecer en un plazo más o menos largo".

"Pero hay algo común a todas estas disquisiciones así planteadas, y es el concepto del Derecho, que les imprime peculiaridad armónica y las reduce a unidad. El concepto del Derecho es el que delimita y separa las normas jurídicas de otras manifestaciones típicas: los meros hechos naturales, la moral, los usos sociales y el poder arbitrario".

"El concepto del Derecho es, por tanto, una noción general y absoluta, la sustantividad siempre idéntica de una parte de las aspiraciones humanas, inseparable, como tal, de estas aspiraciones, cualquiera que sea su modo de manifestarse; pero no entraña nada de específico ni de mudable como las propias aspiraciones, sino que es, por el contrario, la esencia armónica que a todas las condiciona y las reduce a unidad dentro de nuestro espíritu".

"Queda con esto definido uno de los puntos que constituyen la misión de la Filosofía del Derecho: desenvolver el concepto del Derecho y ver cómo aparece en la vida humana".

"Misión de la Filosofía del Derecho es también, en segundo lugar, el enseñar en qué consiste la justicia".

"El concepto del Derecho es una noción parcial que sólo sirve para deslindar una categoría de actos de la voluntad humana frente a otras modalidades y categorías de la voluntad: la moral, los dictados convencionales y el poder arbitrario. Conceptos estos que hemos de empezar por delimitar y definir con arreglo a notas lógicas características".

"Pero resuelto este problema, y por encima de él, surge en seguida otra cuestión: la de saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, los dictados de la voluntad así investigados y clasificados. Es éste un problema distinto que nada tiene que ver con la clasificación de los actos de nuestra voluntad en categorías diferentes, conceptualmente definidas. No se podría, por ejemplo, trazar la distinción entre las normas jurídicas y los preceptos de la cortesía u otras prácticas cualesquiera, diciendo que aquéllas son las únicas que ordenan lo justo, como si los demás preceptos sólo pudiesen disponer en un sentido reprobable; e idénticamente por lo que se refiere a la contraposi-

ción entre el Derecho y la moral o a la diferencia entre los imperativos jurídicos y los que emanan de la violencia".

"Cabe, por el contrario, que todas las modalidades de la voluntad, sean cuales fueren, se demuestren intrínsecamente legítimas o dignas de reprobación en su modo concreto de manifestarse. La noción de lo justo y de lo injusto secciona intrínsecamente los actos de la voluntad humana en un sentido distinto del de la clasificación conceptual a que nos veníamos refiriendo. La noción de la justicia nace de la posibilidad de armonizar en nuestra mente de un modo absoluto todas las aspiraciones concebibles".

"Esto es sólo una idea, y como tal idea una noción abstracta, noción de totalidad de cuantos hechos son posibles en la vida humana. Claro que esta totalidad, meramente especulativa, no se debe concebir a modo de un objeto concreto y determinado. De lo que se trata es de ver si una aspiración cualquiera se armoniza con aquella idea de absoluta totalidad que abarca todos los posibles fenómenos concretos. *Puede decirse, pues, que la idea es como la estrella polar que nos guía* a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda nunca presentar en toda su integridad en la realidad sensible".

"Después de fijar el concepto del Derecho se le plantea, pues, a nuestra ciencia un problema ulterior. Se trata de esclarecer el fin último ideal que ha de informar y dirigir toda aspiración jurídica en los cauces concretos por los que discurre, para que pueda calificarse como fundamentalmente justa".

"Este segundo punto de la misión de la Filosofía del Derecho se puede formular así: ¿qué es lo que fundamentalmente constituye la idea del Derecho? ¿Cómo puede la idea del Derecho triunfar en la práctica y cuál es su significación para la historia de la Humanidad?" [2].

2. GIORGIO DEL VECCHIO. Con posterioridad, el insigne filósofo italiano del Derecho, Giorgio del Vecchio (1878-1970) estableció que la Filosofía del Derecho es "la disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón" [3].

Giorgio del Vecchio establece que la Filosofía del Derecho comprende tres investigaciones: lógica, fenomenológica y deontológica.

"Ninguna Ciencia Jurídica en sentido estricto puede explicar qué sea el Derecho en universal, sino únicamente lo que es el Derecho (o una parte del Derecho) en un cierto pueblo y en un determinado tiempo. La definición del Derecho "in genere" es una investigación que trasciende de la competencia de todas y cada una de las Ciencias Jurídicas particulares: y constituye precisamente el primer tema de la Filosofía del Derecho. Como dijo con gran justeza Kant, las Ciencias Jurídicas no responden a la cuestión "quid jus?" (qué es lo que deba entenderse "in genere" por Derecho), sino únicamente a la pregunta

[2] RODOLFO STAMMLER. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Págs. 1 a 5.
[3] GIORGIO DEL VECCHIO. *Filosofía del Derecho*. Pág. 279.

"quid juris?" (qué ha sido establecido como Derecho por un cierto sistema). Si queremos conocer el Derecho en su integridad lógica, esto es, saber cuáles son los elementos esenciales comunes a todos los sistemas jurídicos, debemos forzosamente superar las particularidades de estos sistemas y mirar al concepto universal del Derecho. La definición de tal concepto implica y supone varias indagaciones, a saber: sobre las relaciones entre Moral y Derecho; sobre la distinción de los varios aspectos o momentos constitutivos del Derecho (objetivo y subjetivo), y también sobre varios conceptos compenetrados con el del Derecho o conexos con él, por ejemplo, el de la coercibilidad; además, los conceptos de sujeto del Derecho, de relación jurídica, etc. Todos estos temas pertenecen a la Filosofía del Derecho y constituyen una esfera propia de investigación de la misma".

"Pero además de esta primera investigación que llamaremos "lógica", hay otra, la "fenomenológica", también propia de la Filosofía del Derecho. El Derecho Positivo no es un producto de causas especiales y excepcionales, sino un fenómeno común a todos los pueblos en todos los tiempos: es decir, constituye un producto necesario de la naturaleza humana. Esto significa que, además de los factores próximos y particulares que determinan a las normas singulares, hay otros generales y comunes. De aquí la necesidad de profundizar y extender las indagaciones hasta comprender al Derecho como fenómeno universalmente humano. La indicación de las contingencias a través de las cuales se ha originado una ley o costumbre, no es suficiente para demostrar el fundamento de la existencia del Derecho "in genere". Por lo cual esta base no puede ser descubierta por las Ciencias Jurídicas en sentido estricto, porque, teniendo por objeto un campo particular, escapa a la competencia de cada una de ellas la investigación de las causas genéricas y universales. Para lograr el conocimiento del fenómeno jurídico íntegro, tanto en el momento estático como en el dinámico, precisa estudiar la historia jurídica de la Humanidad de un modo omnicomprensivo, la "historia ideal eterna, sobre la cual corren en el tiempo las historias de todas las naciones" (Vico) y dibujar un cuadro lo más integral posible de la vida del Derecho, en su origen y en su evolución. Demuestra la posibilidad de esta investigación, además del hecho ya mencionado, de que no hay existencia humana sin un cierto sistema de Derecho, el gran número de semejanzas y analogías que se encuentran en los sistemas jurídicos de todos los pueblos. Con ello tenemos una confirmación de la identidad fundamental de la naturaleza humana, en la que tiene sus raíces el Derecho. He aquí, pues, otro campo de indagación filosófica, que si bien tiene un cierto carácter fenoménico e histórico, podríamos empero llamarla mejor "metahistórica", porque va más allá de la Historia particular de una nación, y, por consiguiente, más allá de la competencia de las Ciencias que se refieren al Derecho de una nación determinada".

"Estas son las dos primeras investigaciones de la Filosofía del Derecho. Mas hay todavía una tercera, la "deontológica". La mente hu-

mana nunca ha permanecido pasiva por completo frente al Derecho: jamás se ha dado por plenamente aquietada con el hecho consumado, como si fuese éste un límite insuperable. Todo individuo siente en sí la facultad de juzgar y de valorar el Derecho existente; cada uno tiene dentro de sí el sentimiento de la justicia. De aquí la posibilidad de una investigación que es totalmente distinta de las que llevan a cabo las Ciencias Jurídicas en sentido estricto".

"Las Ciencias Jurídicas particulares se limitan, por su propia naturaleza, a explicar un sistema vigente; se atienen estrictamente a él sin someter a discusión sus bases —por lo cual decía Bacon que los juristas "e vinculis sermocinantur"—. Y es lógico y necesario que un jurista —estrictamente como tal— considere sólo lo que es, se limite a comprender e interpretar en su propio sentido las normas positivas, sin indagar si podría haber otras mejores. Pero, además de esta especial actividad del jurista en sentido estricto, tenemos la necesidad humana de investigar y valorizar la Justicia, o sea el Derecho tal como debiera ser. Esta investigación ("deontológica") se desarrolla de un modo autónomo, y comprende la indagación del ideal, y la crítica de la racionalidad y legitimidad del Derecho existente. La Filosofía del Derecho, en esta específica función suya, investiga cabalmente aquello que debe o debiera ser en el Derecho, frente a aquello que es, contraponiendo una verdad ideal a una realidad empírica" [4].

III. CIENCIA

1. Concepto. El sustantivo "scientia" procede del verbo "scire", que significa "saber"; etimológicamente "ciencia" equivale, pues, a "saber".

No obstante hay saberes que no pertenecen a la ciencia, por ejemplo el saber común, ordinario o vulgar.

En consecuencia, es necesario precisar cuáles son las características del saber científico. José Ferrater Mora [5] establece que la ciencia es un modo de conocimiento que aspira a formular, mediante lenguajes rigurosos y apropiados, leyes por medio de las cuales se rigen los fenómenos. Estas leyes son de diversos órdenes. Todas tienen, empero, varios elementos comunes: ser capaces de describir series de fenómenos; ser comprobables por medio de la observación de los hechos y de la experimentación; ser capaces de predecir —ya sea mediante predicción completa, ya mediante predicción estadística— acontecimientos futuros.

Precisando lo anterior, podemos decir que el saber científico es: sistemático, verificable, metódico, objetivo, provisorio y general.

Un concepto de ciencia, acorde con las características señaladas, es el que da el Profesor de la Universidad de Chile, Jorge Millas:

[4] Giorgio del Vecchio. *Filosofía del Derecho*. Págs. 276 a 279.
[5] José Ferrater Mora. *Diccionario de Filosofía*.

"Ciencia es una continuación de teorías sistemáticas, que unifica la variedad y explica el curso de la experiencia perceptiva mediante leyes lógicamente coordinadas y empíricamente verificables".

2. LAS CIENCIAS. Hasta ahora hemos hablado únicamente de la Ciencia, pero es necesario referirse también a las Ciencias. Estas son diversas, y más de una vez se ha suscitado el problema de determinar si es posible que todas las Ciencias posean ciertos caracteres comunes.

Para algunos autores existen dos grupos totalmente diferentes de Ciencias: las de la naturaleza y la del espíritu o de la cultura.

Otros autores limitan las Ciencias a las Ciencias Naturales.

Finalmente, hay quienes califican de Ciencias Naturales a las Morales.

3. RELACIÓN ENTRE CIENCIA Y FILOSOFÍA. Con respecto a las relaciones entre Ciencia y Filosofía, José Ferrater Mora [6] establece que pueden darse tres respuestas fundamentales:

A) La Ciencia y la Filosofía carecen de toda relación;

B) La Ciencia y la Filosofía están tan íntimamente relacionadas que, de hecho, son la misma cosa; y

C) La Ciencia y la Filosofía mantienen entre sí relaciones muy complejas.

Señalaremos los fundamentos principales de cada una de estas opiniones.

A) *La Ciencia y la Filosofía carecen de toda relación.* La Ciencia progresa e informa cada vez más detalladamente sobre la realidad, mientras que la Filosofía no progresa.

La Ciencia es un modo de conocer, mientras que la Filosofía es un modo de vivir.

La Ciencia se refiere al ser, mientras que la Filosofía al deber ser o al valor.

La Ciencia es conocimiento riguroso, mientras que la Filosofía es concepción del mundo.

La Ciencia es conocimiento limitado, mientras que la Filosofía es conocimiento ilimitado.

La Ciencia opera mediante observación, experimentación, inferencia y deducción, mientras que la Filosofía opera mediante intuición.

B) *La Ciencia y la Filosofía están tan íntimamente relacionadas que, de hecho, son la misma cosa.*

La Filosofía es una Ciencia igual a las otras en cuanto a la estructura de sus teorías, métodos empleados y propósitos que la mueven.

La Filosofía es, pues, una fase de la Ciencia, un estado preliminar de la actividad científica.

C) *La Ciencia y la Filosofía mantienen entre sí relaciones muy complejas.*

[6] JOSÉ FERRATER MORA. *Diccionario de Filosofía.*

La relación entre Filosofía y Ciencia es de índole histórica: la Filosofía ha sido y seguirá siendo la madre de las Ciencias.

La Filosofía es, además, la reina de las Ciencias porque conoce mediante el más alto grado de abstracción.

La Ciencia constituye uno de los objetos de la Filosofía; por ello existe una Filosofía de la Ciencia.

La Filosofía es, fundamentalmente, la teoría del conocimiento de la Ciencia.

La Filosofía se encuentra en relación de mutuo intercambio con respecto a la Ciencia; proporciona a ésta ciertos conceptos generales, mientras que ésta proporciona a la Filosofía datos sobre los cuales desarrolla tales conceptos generales.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS CIENCIAS. En un sentido estricto, la clasificación de las Ciencias es un tema moderno, pues solamente apareció al reconocerse lo que se ha llamado la independencia de las ciencias particulares con respecto a la Filosofía.

Nos referiremos, a continuación, a las principales clasificaciones que se han dado de las Ciencias en la Epoca Moderna.

A) *Francisco Bacon* (1561-1626) clasificó las Ciencias según las facultades:

a) Memoria-Historia
- Sagrada
- Civil
- Natural

b) Razón-Ciencia
- Teología Natural
- Ciencia de la Naturaleza
  - Metafísica
  - Física
- Ciencia del Hombre
  - Lógica
  - Etica
  - Ciencia de la Sociedad.

c) Fantasía-Poesía

B) *Augusto Comte* (1798-1857):
a) Ciencias Naturales Abstractas.
b) Ciencias Naturales Concretas.

C) *Herbert Spencer* (1820-1903):
a) Ciencias Abstractas (Lógica formal y Matemática).

b) Ciencias Abstracto-Concretas (Física, Química).
c) Ciencias Concretas (Astronomía, Mineralogía, Geología, Biología, Sociología, Psicología).

D) *Wilhelm Wundt* (1832-1920):
a) Ciencias formales (Matemáticas puras).

b) Ciencias reales
- Ciencias de la naturaleza
  - fenomenológicas
  - genéticas
  - sistemáticas
- Ciencias del espíritu
  - fenomenológicas
  - genéticas
  - sistemáticas (Derecho)

E) *Wilhelm Dilthey* (1833-1911):
a) Ciencias Naturales.
b) Ciencias del Espíritu.

F) *Wilhelm Windelband* (1848-1915):
a) Ciencias nemotéticas (Física, Astronomía, Biología, etc.).
b) Ciencias ideográficas (Historia, Derecho, Arte, etc.).

G) *Heinrich Rickert* (1863-1936):
a) Ciencias generalizantes.
b) Ciencias individualizadoras.

IV. CIENCIA DEL DERECHO

1. CONCEPTO. Las expresiones Ciencia del Derecho, Jurisprudencia o Dogmática Jurídica pueden ser empleadas con tres alcances distintos: "a.) En sentido amplísimo, esto es, de toda disciplina que tenga el Derecho como objeto de su conocimiento, lo cual implica también la Filosofía del Derecho; b) en sentido más restringido, vale decir, comprensivo de las Ciencias Jurídicas propiamente tales (conocimiento científico), excluida la Filosofía Jurídica (conocimiento filosófico); y c) en sentido restrictivo o riguroso, como sinónimo de Ciencia del Derecho Positivo" [7].

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. a) La Ciencia del Derecho tiene sus antecedentes en el Derecho Romano en las obras de los grandes jurisconsultos: Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino.

[7] ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Pág. 291.

b) Posteriormente ella se desarrolló en los siglos XII al XVI con la obra de los glosadores, siendo la "Summa" del glosador Rogerius el primer ensayo sistemático de Ciencia del Derecho. Otros glosadores fueron Francisco Accursio (1182-1260), Bartolo de Sassoferrato (1313-1357), Pedro Baldo de Ubaldis (1327-1406), Andrea Alciato (1492-1550), Jacobo Cuyas o Cuyacius (1522-1590) y Hugo Doneau o Donello (1527-1591).

c) En el siglo XVIII destacan Domat, "Las leyes civiles en su orden natural" (1694); Pothier, "Las Pandectas", y William Blackstone, "Comentario de las leyes de Inglaterra" (1760).

d) A comienzos del siglo XIX se desarrolla la "Escuela Exegética", en que sobresalen Delvincourt, "Instituciones de Derecho Civil Francés" (1808); Duranton, "Curso de Derecho Francés siguiendo el Código Civil" (1825); Aubry y Rau, "Curso de Derecho Civil Francés" (1838-1844); Marcadé, "Explicaciones teóricas y prácticas del Código de Napoleón" (1848); Laurent, "Principios de Derecho Civil" (1869-1887); Troplong, "El Derecho Civil explicado siguiendo el orden de los artículos del Código" (1833); Baudry-Lacantinerie, "Manual de Derecho Civil" (1882); Huc, "Comentario teórico y práctico de Derecho Civil" (1893-1903).

e) En el siglo XIX se desarrolla en Inglaterra la "Escuela Analítica", en la cual sobresalen Jeremías Bentham (1788-1832), "Tratados de la legislación civil y penal (1802), y John Austin (1790-1859), "Lectures on Jurisprudence".

f) En la misma época nace en Alemania la "Escuela Histórica del Derecho", cuyas figuras más destacadas son Gustavo Hugo (1764-1844); Federico Carlos de Savigny (1779-1861), "De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia" (1814), "Sistema del Derecho Romano actual" (1840-1851); Jorge Puchta (1797-1846), "Derecho Consuetudinario" (1828-1837); y Rodolfo von Ihering (1818-1892), "Espíritu del Derecho Romano en los varios grados de su desenvolvimiento" (1852-1865), "La lucha por el Derecho" (1872) y "El fin del Derecho" (1877-1883).

g) En el siglo XIX se desarrolló en Francia la "Escuela Sociológica", cuya figura más significativa es Emilio Durkheim (1858-1917), "La división del trabajo social" (1893) y "Las reglas del método sociológico" (1895).

h) Particular trascendencia tuvo en el siglo XIX la obra de los juristas franceses Léon Duguit (1859-1928), "El Estado, el Derecho objetivo y la ley positiva" (1901), "El Derecho Social, el Derecho individual y las transformaciones del Estado" (1908), "Tratado de Derecho Constitucional" (1911); y François Geny (1861-1959), "Métodos de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo" (1899) y "Ciencias y técnicas en Derecho Privado Positivo" (1914-1924).

i) En el siglo XX es muy representativa la "Teoría de la institución", desarrollada por los juristas franceses Georges Renard, "Conferencia de introducción filosófica al estudio del Derecho" (1924-1927),

"El valor de la ley" (1928) y "La teoría de la institución" (1930); Maurice Hauriou (1856-1929), "Principios de Derecho Público" (1910), "Manual de Derecho Administrativo y de Derecho Público" (1927), "La teoría de la institución y de la fundación" (1925); y el jurista italiano Santi Romano, "El ordenamiento jurídico" (1918) y "Fragmentos de un diccionario jurídico" (1947).

j) En el siglo XX se destaca también la "Teoría fenomenológica" cuyos representantes más destacados son Adolfo Reinaeh; Fritz Schreier, "Concepto y formas fundamentales del Derecho"; Wilhelm Schapp, "La nueva Ciencia del Derecho"; y E. Kaufmann.

k) Otra manifestación importante en el siglo XX es la "Escuela del Derecho Libre", representada por Eugenio Ehrlich (1862-1922), "Fundación de la Sociología Jurídica" (1913) y "Lógica Jurídica" (1918); y Herman Kantorowicz (1877-1940), "La lucha por la Ciencia del Derecho" (1908).

l) Ha tenido también una gran influencia en este siglo "El relativismo" de Gustavo Radbruch (1878-1949), cuyas obras más importantes son "Introducción a la Ciencia Jurídica" (1910), "Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho" (1914), "Introducción a la Filosofía del Derecho" (1947).

m) En los Estados Unidos de América sobresale la figura egregia de Oliver Wendell Holmes (1841-1935), "The Common Law" (1881), uno de los magistrados más extraordinarios de todos los tiempos, que inspiró la "Escuela Pragmática Sociológica", cuyos representantes más sobresalientes son Roscoe Pound (1870-1964), "El espíritu del "Common Law" (1921), "Introducción a la Filosofía del Derecho" (1922), "Interpretación de la historia legislativa" (1923), "Interpretación de historia legal" (1939), "Derecho y Moral" (1926), "Jurisprudencia" (1959); Benjamín N. Cardozo (1870-1938), "La naturaleza de la función judicial" (1921); Jerome Hall, "El Derecho de una sociedad democrática" (1949); L. L. Fuller, "Realismo legal americano"; Jerome Frank, "El Derecho y el pensamiento moderno" (1949); y K. N. Llewellyn, "La Jurisprudencia realística" (1930).

n) En la llamada "Escuela de Upsala", cuyos inspiradores fueron Anders Sandö Orstep (1778-1860) y el filósofo sueco Axel Hägerström, (1868-1939), "Estado y Derecho" (1904), "Sobre la cuestión del concepto del Derecho objetivo" (1917) sobresalen los juristas Andrea Wilhelm Lundstedt (1882-1955), "Jurisprudencia crítica" (1925); Alf Ross, "Teoría de las Fuentes del Derecho" (1929), "Crítica del llamado Conocimiento Práctico" (1933), "Realidad y Validez en la Teoría del Derecho" (1934), "Sobre el Derecho y la Justicia" (1958); Karl Olivecrona, "El Derecho como hecho" (1939), "Tres Ensayos en Derecho Romano" (1949), "Investigación sobre la Naturaleza del Derecho y de la Moral" (1953).

o) De enorme trascendencia es la llamada "Escuela de Viena" o "Teoría Pura del Derecho", que tiene por jefe a Hans Kelsen (1881-

1973), cuyo pensamiento y obras hemos analizado extensamente en este libro [8].

Pertenecen a esta Escuela F. Sander, Félix Kaufmann, Josef L. Kunz, Fritz Schreier, F. Weyr, S. Rundsteim, L. Pitamic, B. Horväth, T. Otaka y muchos otros.

p) También ha tenido trascendencia, especialmente en América Latina, la "Teoría Egológica del Derecho", formulada por Carlos Cossio, cuyo pensamiento y obra también se han desarrollado con anterioridad en este libro. Pertenecen a la Escuela Argentina Enrique R. Aftalión, Marco A. Copello, Julio Cueto Rua, Fernando García Olano, Werner Goldschmidt, José Vilanova y otros.

q) "La teoría marxista leninista del Estado y del Derecho" la hemos desarrollado ampliamente en este libro, por lo cual no insistiremos en ella.

r) La "Escuela del Derecho Natural", enraizada en la tradición cristiana, ha tenido en el siglo XX una enorme significación. Entre las figuras contemporáneas más destacadas podemos señalar, en Italia, a Giorgio del Vecchio (1878-1970), cuyo pensamiento y obra trascendental estudiamos en el Capítulo Vigesimocuarto de este libro; y Giuseppe Capograssi (1889-1956); en Portugal, a Luis Cabral de Moncada, "Derecho Positivo y Ciencia del Derecho" (1944), "Camino de un nuevo Derecho Natural" (1945); en Estados Unidos de América a Mortimer Adler, "El Derecho y el pensamiento moderno" (1931); F. L. Lucey, "Derecho Natural y realismo americano" (1942); Lom L. Fuller, "Los problemas de la Jurisprudencia" (1949); en Austria, a Alfred Verdross, "Derecho Internacional Público"; en Francia a Luis Le Fur (1870-1943), "La teoría del Derecho Natural después del siglo XVII y la doctrina moderna" (1928), "Los grandes problemas del Derecho" (1937); en España, Luis Recaséns Siches, cuyo pensamiento y obra hemos destacado; Luis Legaz y Lacambra, "Introducción a la Ciencia del Derecho", "Filosofía del Derecho" (1951); Joaquín Ruiz Giménez, "La concepción institucional del Derecho" (1944), "Derecho y Vida humana" (1944), "Introducción a la filosofía jurídica cristiana" (1945); Enrique Luño Peña, "La justicia social" (1933), "Derecho Natural" (1947), "Historia de la Filosofía del Derecho" (1948-1949); Antonio Truyol, "Los supuestos filosóficos de la doctrina del Derecho y del Estado en San Agustín" (1945), "Principios de Derecho Público en la doctrina de Vitoria" (1946), "Fundamentos de Derecho Natural" (1949), "Historia de la Filosofía del Derecho" (1953); José Corts Grau, "Filosofía del Derecho" (1941), "Principios de Derecho Natural" (1944), "Curso de Derecho Natural" (1953); Francisco Elías de Tejada, "Introducción al Estudio de la ontología jurídica", "La filosofía jurídica en la España actual" (1949).

La Teoría del Derecho Natural ha tenido gran influencia, también,

[8] Ver, además, al respecto, la "Revista de Ciencias Sociales" de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales de la Universidad de Chile. Valparaíso. Diciembre de 1974. Homenaje a Hans Kelsen.

en América Latina; en Argentina podemos señalar a Octavio N. Derisi, Tomás Casares, Ismael Quiles, Adolfo Korn, Alfredo Fragueiro y Manuel Río; en Brasil, a Jackson de Figuereida, Jonathas Serrano, Alceu Amoroso Lima, y la figura señera de Miguel Reale, autor de "Teoría del Derecho y del Estado" y "Los fundamentos del Derecho"; en Colombia, a Cayetano Betancourt; en Cuba, Miguel Márquez y Mariano Aramburu; en México, a Osvaldo Robles, Rafael Preciado Hernández y Daniel Kuri; y en Chile, en el Siglo XIX, la figura insigne de Rafael Fernández Concha, y en el Siglo XX, los profesores universitarios Sergio Contardo, Andrés Cúneo, Carlos Domínguez, Carlos Hamilton, Rafael Hernández, Jorge Iván Hübner, Gonzalo Ibáñez, Máximo Pacheco, Enrique Pascal, Julio Philippi, Fernando Quintana, Jaime Sepúlveda, Hugo Tagle, José Joaquín Ugarte, Carlos Vergara, Francisco Vives y Jaime Williams.

V. NEGACION DEL VALOR CIENTIFICO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Julio Hermann von Kirchmann (1802-1889), Procurador del Rey en el Estado de Prusia, pronunció en 1847 en una Sociedad Jurídica de Berlín, una conferencia titulada "La falta de valor científico de la jurisprudencia". Publicada en dicho año y en el siguiente, en tres ediciones sucesivas, provocó una enorme reacción.

Kirchmann afirmó que la Ciencia del Derecho carece de valor científico y que ello no se debe tanto a los juristas que la cultivan como al objeto al que ella se dirige; y expuso: "el sol, la luna y las estrellas brillan hoy como brillaban hace miles de años; la rosa sigue floreciendo como en el Paraíso terrenal; el Derecho, en cambio, se ha transformado desde entonces. El matrimonio, la familia, el Estado, la propiedad, han pasado por las más diversas modalidades"[9]. "Para otras ciencias esta progresión lenta no implica daño alguno. La tierra sigue girando alrededor del sol, como hace mil años; los árboles crecen y los animales viven como en tiempos de Plinio. Por consiguiente, aunque el descubrimiento de las leyes de su naturaleza y su poder haya requerido largos esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas para la actualidad como para tiempos pasados, y seguirán siéndolo para siempre. Muy otra es la situación de la Ciencia Jurídica. Cuando ésta, tras largos años de esfuerzos, ha logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La Ciencia Jurídica llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede nunca alcanzar la actualidad"[10].

"La Ciencia Jurídica se opone gustosa al progreso del Derecho. Es mucho más cómodo seguir viviendo en la vieja casa, bien instalada y conocida, que año tras año tener que dejarla e instalarse y orientarse

[9] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La jurisprudencia no es ciencia.* Pág. 39.

[10] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Págs. 40 y 41.

de nuevo. Pero incluso en el supuesto de que la ciencia ceda al progreso, conserva, sin embargo, la tendencia dominante a inventar, violentándolas, las instituciones de la actualidad en las habituales categorías de formas muertas" [11].

"Prosiguiendo nuestra comparación, encontraremos una nueva peculiaridad del objeto de la jurisprudencia en la circunstancia de que el Derecho no se halla sólo en el saber, sino también en el sentimiento; en que su objeto no reside sólo en la cabeza, sino también en el corazón del hombre. Los objetos de las demás ciencias están libres de esta añadidura" [12].

"Todas las ciencias tienen leyes, y las leyes son su finalidad suprema. Todas las ciencias, en todos los tiempos, tienen, además de las leyes verdaderas, otras falsas. Pero la falsedad de éstas no ejerce influencia alguna sobre su objeto. La tierra siguió girando alrededor del sol, aunque Ptolomeo convirtiera en ley lo contrario; el alma permaneció simple, a pesar de que Wolf y Kant la fragmentasen en innumerables potencias; los cereales se alimentaron principalmente del aire, y no del "humus", a pesar de que hasta Liebig se proclamara lo contrario como ley en la economía".

"Otra cosa ocurre con las leyes positivas del Derecho. Respaldadas por la fuerza y por sanciones, se imponen, verdaderas o falsas, al objeto; el Derecho Natural tiene que renunciar a su verdad e inclinarse ante sus prescripciones. Si en todos los demás campos el saber deja incólume al ser, retrocediendo con veneración ante él, la ley positiva, en el Derecho, consigue todo lo contrario. El saber, aun el falso y deficiente, se sobrepone al ser" [13].

"La ley positiva es rígida; el Derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquélla se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizable sin violencia; le falta la flexibilidad continua, y por tanto suave, del Derecho Natural".

"La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales. De ahí las figuras híbridas de la equidad y del arbitrio judicial" [14].

"Finalmente, la ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota" [15].

"Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura" [16].

[11] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Págs. 41 y 42.

[12] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Pág. 45.

[13] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Págs. 49 y 50.

[14] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Pág. 51.

[15] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Pág. 51.

[16] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Pág. 54.

"¡Qué contraste con la altura a que se encuentran las ciencias naturales! Sólo lo natural, lo eterno, lo necesario, es su objeto. La hierba más humilde lleva este sello; toda criatura es verdadera, concuerda consigo misma, sin que pueda el arbitrio falseársela a la ciencia".

"Tampoco estas ciencias carecen de errores y leyes falsas: pero, que surja un genio, y su clara visión confunde el error, como el sol las tinieblas de la noche. Sólo la ciencia jurídica se halla en la vergonzosa situación de tener que seguir sirviendo al error e inclinándose ante la sinrazón, durante siglos, a pesar del aumento de su saber".

"Mas, no terminan aquí las amarguras de nuestra ciencia. El esquematismo, la forma rígida de la ley positiva, penetran en la ciencia jurídica. Esta tiene que despreciar la riqueza de la individualidad, aun cuando la haya percibido. La ley positiva se parece a un sastre obstinado que sólo usara tres medidas para todos sus clientes. La ciencia es el ama bondadosa que ve donde el traje no ajusta y donde afea, pero el respeto por su señor no le permite más que hacer subrepticiamente algún que otro retoque" [17].

"El país está harto de los juristas científicos. Existe la sospecha, el oscuro presentimiento de la contradicción entre el Derecho y la ciencia; lo único que falta aún es, en el pueblo, la idea clara de esta contradicción. Nadie se atreve aún a formularla. Y así se explica que se pretenda justificar tales fenómenos recurriendo a motivos externos y falaces. Pero en cuanto se llegue a la clara conciencia del hecho, será difícil contentarse con el recurso a estos medios fragmentarios y defectuosos, y los gobiernos, no menos cansados de los juristas que el pueblo, acudirán gustosos en su ayuda con mano caritativa. Se le devolverá al pueblo la jurisdicción, no sólo en la cuestión de hecho, sino también en la de Derecho; no sólo en asuntos criminales, sino también en los civiles. Otra consecuencia buena será la disminución de las leyes positivas; éstas se limitarán a formular los principios directivos, quedando reservada al sano juicio del pueblo su aplicación en las conclusiones menores, sin precarias disquisiciones" [18].

"No se objete a estos ataques nuestros que tales cosas no corresponden a la ciencia jurídica, sino a la política y al arte de la legislación. Lo lamentable de la jurisprudencia es precisamente que excluye de su seno la política, y que, por consiguiente, ella misma se declara incapaz de dominar, o simplemente de dirigir, la materia y el curso de las nuevas formas, mientras que todas las demás ciencias consideran esto como su parte más esencial, su cometido supremo".

"Ese tan ponderado perfeccionamiento del Derecho por los juristas, del que vemos que hablan ahora todos los manuales, sólo se refiere a la filigrana del detalle nimio. Poner los cimientos y levantar enérgicamente el edificio nuevo, no pueden hacerlo los juristas. Pero una vez terminada la obra, cuando las columnas la sustentan ya, entonces

[17] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Págs. 63 y 64.

[18] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Págs. 73 y 74.

acuden como los cuervos, a millares, se meten en todos los rincones y miden los límites y dimensiones por pulgadas y líneas, y pintan y adornan el noble edificio hasta el punto de que ni el príncipe ni el pueblo reconocen ya apenas su propia obra".

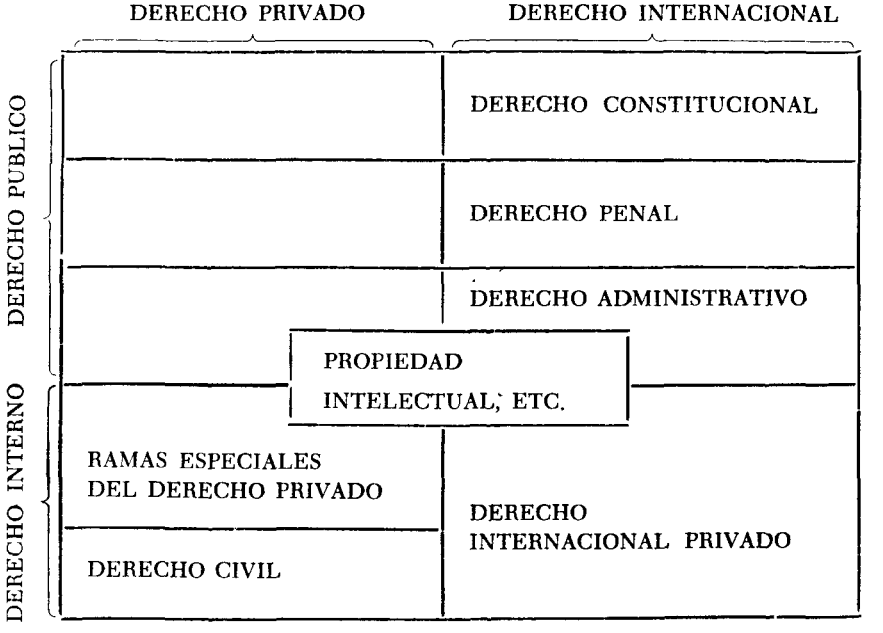
"Y con ello he llegado al término de mi empresa. El resultado que presento es deprimente y desconsolador" [19].

VI. DISCIPLINAS JURIDICAS

1. CLASIFICACIONES. A menudo se ha intentado expresar en cuadros sinópticos la clasificación de las diversas disciplinas jurídicas que integran la Ciencia del Derecho. Indicaremos las clasificaciones propuestas por los profesores Claude du Pasquier y Aníbal Bascuñán.

A) *Clasificación de Claude du Pasquier* [20].

Las divisiones principales propuestas por Claude du Pasquier resultan de la doble clasificación del Derecho en Derecho Público y Derecho Privado (bandas horizontales) y en Derecho Interno y Derecho Internacional (bandas verticales).



[19] JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN. *La Jurisprudencia no es ciencia.* Págs. 82 y 83.

[20] CLAUDE DU PASQUIER. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.* Pág. 66.

B) *Clasificación de Aníbal Bascuñán* [21].

a) *Según el tipo de conocimiento:*

- Empírico-Técnico: Técnica Jurídica
  - Jurisdiccional
  - Forense
  - Legislativa
  - Científica
- Saber Jurídico
  - Científico
    - Genético: Historia del Derecho
    - Sistemático: Jurisprudencia
  - Filosófico
    - Filosofía Jurídica
    - Teoría Pura del Derecho

b) *Según la menor o mayor amplitud de sus conclusiones:*

CIENCIAS JURIDICAS

De lo particular	De lo general	De lo universal
–Historia del Derecho	–Historia General del Derecho	–Filosofía Jurídica
	–Ciencia del Derecho Comparado	–Teoría Pura del Derecho.
	–Sociología Jurídica	
	–Antropología Jurídica	
–Ciencias de los Derechos Positivos	–Psicología Jurídica	
	etc.	

[21] ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Pág. 289.

c) *Según la pureza de sus objetos y métodos:*

CIENCIA DE LO JURIDICO

Puras u Originarias (Objeto y método jurídicos)	Impuras o Derivadas (Objeto y método mixtos)
—Ciencias de los Derechos Positivos	—Filosofía Jurídica
—Teoría General del Derecho	—Historia del Derecho
—Teoría Pura del Derecho	—Etnología Jurídica
—Ciencia del Derecho Comparado, etc.	—Antropología Jurídica
	—Psicología Jurídica
	—Sociología Jurídica
	—Arqueología Jurídica
	—Literatura Jurídica, etc.

d) *Según los momentos lógicos:*

Deber Ser
- Lógico-formal: Teoría Pura del Derecho.
- Filosófico trascendental: Filosofía del Derecho

en Proceso
- en el devenir ideal: Estimativa Jurídica
- en el devenir positivo: Historia del Derecho.

de Ser
- real: Sociología Jurídica, Antropología Jurídica, Psicología Jurídica, etc.
- formal: Ciencias de los Derechos Positivos.

2. DEFINICIONES. Definiremos, a continuación, las principales disciplinas jurídicas, por orden alfabético.

A) *Derecho Administrativo.* El Derecho Administrativo es el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y funcionamiento de los servicios públicos.

B) *Derecho Aéreo.* El Derecho Aéreo es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad aeronáutica.

C) *Derecho Canónico.* El Derecho Canónico es el conjunto de normas jurídicas que regulan la constitución y derechos de la Iglesia Católica y las facultades y obligaciones de sus miembros.

D) *Derecho Civil.* El Derecho Civil es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los particulares entre sí y de

los particulares con las personas de Derecho Público cuando éstas actúan como titulares de Derecho Privado.

E) *Derecho Comercial.* El Derecho Comercial es el conjunto de normas jurídicas que regulan las actividades comerciales.

F) *Derecho Comparado.* El Derecho Comparado es una disciplina cuyo objeto es "el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos pertenecientes a diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma" [22].

G) *Derecho Constitucional.* El Derecho Constitucional es el conjunto de normas jurídicas que regulan la estructura fundamental del Estado y la organización y funcionamiento de los poderes públicos.

H) *Derecho Económico.* El Derecho Económico es el conjunto de normas jurídicas que regulan la intervención del Estado en la vida económica.

I) *Derecho de la Energía Atómica.* El Derecho de la energía atómica es el conjunto de normas jurídicas que regulan la producción y el empleo de la energía nuclear.

J) *Derecho del Espacio Cósmico.* El Derecho del Espacio Cósmico es el conjunto de normas jurídicas que regulan las actividades humanas en el espacio ultraterreno.

K) *Derecho Financiero.* El Derecho Financiero es el conjunto de normas jurídicas que regulan la recaudación, administración y empleo de los medios económicos que necesitan el Estado y los servicios públicos para el desarrollo de sus actividades.

L) *Derecho Industrial y Agrícola.* El Derecho Industrial y Agrícola es el conjunto de normas jurídicas que regulan las actividades de la industria y la agricultura.

M) *Derecho Internacional Privado.* El Derecho Internacional Privado es el conjunto de normas jurídicas que regulan los conflictos de jurisdicción que puedan surgir entre las legislaciones de diferentes Estados.

N) *Derecho Internacional Público.* El Derecho Internacional Público es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones existentes entre los Estados y otros miembros de la Comunidad Internacional.

[22] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho.* Págs. 162 y 163.

O) *Derecho Militar.* El Derecho Militar es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones derivadas de la vida militar, la organización judicial militar y el procedimiento militar.

P) *Derecho de Minería.* El Derecho de Minería es el conjunto de normas jurídicas que regulan la propiedad sobre los yacimientos mineros.

Q) *Derecho Municipal.* El Derecho Municipal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y atribuciones de los Municipios.

R) *Derecho Penal.* "El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando al delito, como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica" [23].

S) *Derecho Procesal.* El Derecho Procesal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización de los Tribunales de Justicia, fijan su competencia y atribuciones y determinan el procedimiento que debe seguirse en las actuaciones judiciales.

T) *Derecho del Trabajo.* El Derecho del Trabajo es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre trabajadores y patrones.

U) *Historia del Derecho.* La Historia del Derecho "es una disciplina cuyo objeto consiste en el conocimiento de los sistemas jurídicos del pasado" [24].

V) *Sociología del Derecho.* La Sociología del Derecho es "una disciplina que tiene por objeto la explicación del fenómeno jurídico, considerado como hecho social" [25].

W) *Teoría General del Derecho.* La Teoría General del Derecho es una disciplina que tiene por objeto la construcción de los conceptos fundamentales de la dogmática jurídica.

3. Introducción al Derecho. A) *Antecedentes históricos.* Si nos remontamos en los siglos, el primer antecedente de una disciplina de iniciación a los estudios jurídicos lo encontramos en el "Speculum Juris" de Guglielmo Duranti (1275).

Mas, si bien pueden encontrarse atisbos de la "Introducción al Derecho", como disciplina, en épocas lejanas, para nosotros mayor importancia reviste establecer la creación de una primera cátedra de tipo propedéutico en el Mundo Occidental y, en especial, en Latinoamérica.

[23] Edmundo Mezger. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo I. Pág. 3.
[24] Eduardo García Maynez. *Introducción al Estudio del Derecho.* Pág. 162.
[25] Eduardo García Maynez. *Introducción al Estudio del Derecho.* Pág. 159.

Las primeras iniciativas, aunque aisladas y esporádicas, para establecer una cátedra de esta naturaleza en las Universidades Europeas, tienen lugar en la primera mitad del siglo XIX. Estas iniciativas cristalizaron en la creación de asignaturas que si bien no tenían la denominación de "Introducción al Estudio del Derecho" contaban al menos con su contenido. Sin embargo, la creación de esta disciplina como cátedra permanente y con una sólida base científica sólo tiene lugar en 1840, año en que se la crea en la Facultad de Derecho de la Universidad de París por el filósofo Víctor Cousin. Esta fecha marca el punto de partida de la generalización de la cátedra no sólo en las Universidades europeas sino también en las iberoamericanas.

A través del desarrollo de esta cátedra, en el tiempo se observa que es diversa la dirección y sentido que se le da, y distintas las influencias doctrinarias que sobre ella gravitan. Así, a veces, "la vemos surgir ambiciosa de generalidad, a impulsos de doctrinas positivistas, como "Teoría General del Derecho" o "Enciclopedia Jurídica" (Alemania e Italia), que pospone y aun pretende eliminar a la Filosofía del Derecho; otras veces se limita a ser una mera extensión de la Parte Preliminar del Curso de Derecho Civil (Francia); a menudo es un desglose o una derivación de las cátedras de Derecho Natural o de Principios de Legislación Universal (Chile); y no faltan oportunidades en que ella procura conjugar los prolegómenos sistemático e histórico al conocimiento del Derecho Nacional (Argentina)" [26].

Merece destacarse el hecho de que varias Universidades europeas, entre ellas precisamente la de París, han suprimido esta cátedra, disgregándola ya en el Derecho Romano o en ramas del Derecho Nacional o Internacional, ya en la Filosofía del Derecho o en el Derecho Natural.

Distinta ha sido la situación de América Hispana, en que el ramo se ha generalizado a través de casi todas las Universidades del Continente.

En Chile, el primer antecedente de la asignatura lo encontramos hacia el año 1813 en el Instituto Nacional, establecimiento que cuenta en aquel entonces con una cátedra de Derecho Natural, Derecho de Gentes y Economía Política. Posteriormente, en 1829, el primer año de estudios del Liceo de Chile, fundado por don José Joaquín de Mora, tiene entre sus ramos una asignatura de Derecho Natural y de Gentes. En 1832, el Curso de Derecho Natural se incorpora al ramo de Filosofía en Humanidades, siendo reemplazado por la asignatura de "Principios de Legislación Universal", disciplina de la cual fueron grandes maestros Andrés Bello y José Victorino Lastarria. En 1853, a instancias de Lastarria, el Curso de Derecho Natural vuelve como asignatura al primer año de los estudios jurídicos.

Hacia 1857, es don Rafael Fernández Concha, en su discurso de incorporación a la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile, quien propicia la supresión de la cátedra de Derecho Natural y su reemplazo

[26] ANÍBAL BASCUÑÁN V. *Pedagogía Jurídica*. Pág. 120.

por el ramo de "Introducción", ramo que tendría por finalidad, según sus propias palabras, ayudar a "la comprensión de todas las nociones que dicen con el orden de las ideas que constituyen la especialidad del saber" y "enseñar al jurista en la puerta de sus estudios, el enlace que tiene la ciencia a que se dedica, con la ciencia general".

En 1901, don Alejandro Alvarez insiste en la creación de una Cátedra de "Introducción al Estudio del Derecho y de las Ciencias Sociales". Mas su iniciativa tampoco fue acogida, y en la reforma de los Estudios de 1902 lo único que se logró fue el cambio de nombre de la asignatura de "Derecho Natural" por el de "Filosofía del Derecho", lo que marca al menos una independencia de la cátedra de una determinada posición.

Un adelanto es la introducción de materias de Sociología Jurídica y Enciclopedia Jurídica que hace don Valentín Letelier en el programa de 1906 de la recién creada cátedra de Historia General del Derecho.

Nuevos proyectos de Planes de Estudios de 1920 y 1928 plantean la conveniencia de la creación de la cátedra de "Introducción al Estudio del Derecho", pero ambas iniciativas son rechazadas.

Solamente en el Plan de Estudios de 1934 se consagra expresamente la creación de la Asignatura de "Introducción al Estudio del Derecho", la que en el Plan de 1947 cambia de nombre pasando a llamarse "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales".

Tres tendencias diferentes han impreso rumbos distintos a la cátedra a través de sus tres Planes de Estudio de 1931, 1934 y 1950. "El primero acusa claramente la hegemonía del pensamiento sociológico-positivista; el segundo se orienta hacia una Enciclopedia Jurídica, y el tercero revela nítida la preocupación mayoritaria de introducir al alumno en los estudios jurídico-sociales exhibiéndoles el conjunto de los mismos y de sus respectivas ciencias, a la vez que sus recíprocas relaciones, para luego proporcionarle un esquema general de las instituciones nacionales y de las ramas del Derecho que las regulan" [27].

B) *Concepto.* En el complejo de las disciplinas científicas que integran la Ciencia del Derecho, la que se ocupa de las referencias y relaciones orgánicas de toda su unidad sistemática es la "Introducción al Derecho".

Ella presenta un proyecto sistemático de toda la Ciencia del Derecho, señalando los fundamentos sociológicos de su utilidad social como Derecho, las principales instituciones jurídicas, el concepto esencial del fenómeno jurídico y una visión panorámica de los diversos principios sustentados por las escuelas de pensamiento jurídico a través del tiempo.

De aquí que la "Introducción al Derecho" pueda ser definida como la disciplina que tiene por objeto reproducir el organismo viviente del Derecho en su unidad orgánica y sistemática; o mejor, como aquella disciplina que tiene por objeto la investigación de la totalidad de la ex-

[27] ANÍBAL BASCUÑÁN V. *Pedagogía Jurídica.* Pág. 127.

periencia jurídica en su esencialidad sociológica, dogmática y filosófica [28].

C) *Elementos integrantes de la Introducción al Derecho.* Tres son los elementos integrantes de la "Introducción al Derecho", unidos todos ellos por una común base filosófica. Son ellos los siguientes: a) Elemento sociológico; b) Elemento dogmático; y c) Elemento filosófico.

a) Elemento sociológico. El hombre es un ser social que requiere de la sociedad a causa de las limitaciones que le son inherentes y en virtud de las cuales no puede desarrollar íntegramente su personalidad sino viviendo en comunidad. La sociedad, a su vez, implica el Derecho; de aquí que la experiencia jurídica constituya una experiencia universalmente humana e íntimamente ligada a la esencia misma del hombre y, por ende, un fenómeno común a todos los pueblos, en todos los tiempos. Luego una investigación sobre el fenómeno jurídico integral debe comenzar por el análisis del concepto de sociedad y de Derecho como producto de la naturaleza humana; dicho en otros términos, si la "Introducción al Derecho" tiene como misión esencial dar una visión sistemática y orgánica de la Ciencia Jurídica y ésta descansa sobre bases sociológicas, es natural que el elemento sociológico sea integrante de la disciplina en estudio.

b) Elemento dogmático. La Introducción comprende, en segundo término, un elemento dogmático que se refiere a la sistematización de las instituciones y conceptos fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico, y a su presentación en una unidad orgánica y sistemática. Para esto debe profundizar en la observación de los fenómenos jurídicos, extraer de ellos los caracteres que les son esenciales, construir con éstos los conceptos, estudiar los nexos que existen entre ellos y organizar todo el material en sistema.

[28] BENVENUTO DONATI define la "Introducción al Estudio del Derecho" como una disciplina que se propone una investigación del valor filosófico que tiene por objeto el problema de la ciencia jurídica en su aspecto histórico-crítico, y que debe realizarse a través de tres momentos: el de la fundación, el de la sistematización y el proceso metódico de la Ciencia del Derecho. Enrico Romano Di Falco, por su parte, define esta disciplina como aquella que tiene por objeto exclusivamente el examen de algunas directivas de metodología jurídica. Es interesante destacar también la concepción que tienen del ramo los profesores argentinos Mouchet y Zorraquín, para los cuales la asignatura en estudio puede definirse como "la disciplina que con propósitos eminentemente didácticos estudia las nociones generales del Derecho, ofrece un panorama de sus diversas ramas, y recuerda las diferentes soluciones que se han dado a sus problemas fundamentales". Para estos profesores, la "Introducción al Estudio del Derecho" no tendría un contenido exclusivamente propio sino que éste provendría de otras disciplinas. Para ellos el contenido del ramo comprendería tres partes principales: la Teoría del Derecho que obtiene su contenido en la Filosofía del Derecho y que se ocupa de las nociones generales del Derecho; la Enciclopedia del Derecho Positivo que estudia sus diferentes ramas; y la Reseña sintética de la evolución del Derecho y de las escuelas jurídicas.

En esta parte, la Introducción asume un carácter particular y no universal; pero, tratándose de ciertos temas, ella puede adquirir mayor amplitud y referirse a ordenamientos más amplios, como por ejemplo, el vigente en todos los países de tradición romanística. Y ello, porque si bien es cierto que el Derecho es, a nuestro entender, el ordenamiento justo de la vida social, único y universalmente válido, no es menos cierto que él está integrado por diversos ordenamientos que difieren unos de otros, si no en lo esencial, por lo menos en sus concreciones particulares. Por lo demás, para estudiar las materias de orden dogmático, hay que hacer obligada referencia a un ordenamiento determinado, a menos de caer en generalizaciones demasiado amplias o en tratamientos filosóficos.

c) Elemento filosófico. El tercer elemento de la Introducción, es el elemento filosófico, que debe abarcar el universal jurídico, en una búsqueda del concepto integral del Derecho que sea una lógica conclusión de todo lo anterior, y en el cual se exprese y represente la totalidad de la realidad jurídica, y ello, porque el concepto del Derecho es único y universalmente válido, de naturaleza filosófica y empírica al mismo tiempo.

Estos tres elementos —el sociológico, el dogmático y el filosófico— deben estar unidos entre sí por una común base filosófica. Si la Introducción busca estudiar el Derecho bajo el aspecto de su unidad, ella no puede concebirse sino cimentada sobre un fundamento filosófico, ya que es imposible unificar y sistematizar sin un pensamiento de las relaciones y de los nexos que existen entre los diversos componentes que se ordenan en sistema, sin una actividad que provoque la abstracción y la generalización en vista a un principio unificador. Pero, entiéndase bien, con esto no pretendemos afirmar que la Introducción al Derecho deba ser una Introducción filosófica, sino solamente que ella debe desarrollarse sobre una base filosófica, como única manera de que logre su objetivo de reducir a unidad sistemática los caracteres esenciales del Derecho.

D) *Finalidades de la Introducción al Derecho.* La inmensa mayoría de los autores está conforme en asignar a la Introducción al Derecho un carácter de curso preliminar, que suministre a los jóvenes que se inician en los estudios jurídicos una visión más o menos completa de los estudios que van a emprender. Esta idea ya la sostenía Víctor Cousin en 1841, cuando decía: "Todos los espíritus preclaros se quejan desde hace mucho, de una gran laguna en la enseñanza del Derecho. Los estudiantes, al ingresar a nuestras Facultades, no encuentran un curso preliminar que les permita conocer el objeto y la finalidad de la ciencia jurídica, sus diversas partes y el orden en que deben ser tratadas y, principalmente, el método que debe presidir esa ciencia" [29].

[29] Víctor Cousin. Citado por Aníbal Bascuñán V., *Pedagogía Jurídica*. Pág. 128.

Entre nosotros, análoga idea sustentaba don Rafael Fernández Concha, cuando en su "Discurso de incorporación a la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas", pronunciado en 1857, expresaba que: "La primera condición del conocimiento de una especialidad del saber, sea cualquiera, es la comprensión de todas las nociones que dicen con el orden de ideas que la constituyen. Principiando por aquí la crítica de los estudios de Derecho como están establecidos entre nosotros, pronto se nota un vacío funesto, desde que en los seis años que dura la carrera, no se suministra a los jóvenes que la cursan, ideas cabales sobre las bases de las ciencias a que consagran sus desvelos... De aquí la imperiosa necesidad de abrir los estudios de Derecho por un curso destinado a la inquisición de los principios fundamentales de la Facultad, a trazar su geografía, y a delinear a un mismo tiempo su progresión histórica; curso de Introducción conocido en establecimientos del viejo mundo, y que bien haríamos de substituir al que conservamos de Derecho Natural" [30].

Es esta la llamada finalidad docente de la Introducción al Derecho, que es aceptada por todos los autores. Ella sirve para enderezar el espíritu jurídico hacia el desarrollo de las ideas fundamentales, precisando los nexos orgánicos que existen entre las diversas partes de la Ciencia del Derecho. Este ramo es como un guía que ilustra a aquel que se inicia en la gran aventura del Derecho, con el objeto de que las particularidades y la casuística no le hagan perder la visión de la totalidad que es propiamente el Derecho.

Teniendo en vista esta consideración fue creada como curso académico en algunas universidades europeas, como en las de Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Holanda, Inglaterra, Italia y Suiza, y en varias americanas, como en las de Argentina, Brasil, Chile y Perú. Posteriormente ha sido suprimida en los programas de las Facultades de Derecho y Jurisprudencia de la mayor parte de las Universidades de Europa. Esta supresión, a nuestro juicio, ha sido un grave error, que los juristas ya empiezan a reconocer, pues ha dejado un verdadero vacío en los estudios de Derecho, que ni los cursos de Instituciones de Derecho Privado y Público, ni el de Filosofía del Derecho, han sido capaces de suplir; y ello, porque la finalidad de unos y otros es muy diversa de la de la Introducción. Por ello asistimos hoy a un renacimiento de la Introducción, que confiamos portará a su restablecimiento como curso académico en todas las Facultades de Derecho.

Mas, si bien los autores están conformes en asignar esta finalidad al ramo, no están de acuerdo en lo que dice relación con el contenido y plan de la asignatura. Ante la imposibilidad de exponer todas las ideas al respecto, nos atendremos solamente a mencionar la opinión de Virgilio Domínguez. Para este autor, la Introducción al Derecho tiene como objeto tres puntos básicos, que son: a) Ofrecer una visión de conjunto del Derecho; b) Estudiar los conceptos generales del mis-

[30] Boletín del Seminario de Derecho Público (Años XVI y XVII, Nºs. 37-44; pp. 335-350); citado por Aníbal Bascuñán V., *Pedagogía Jurídica*. Pág. 128.

mo, y c) Discutir los problemas de la técnica jurídica. Analizaremos cada uno de ellos por separado, siguiendo al autor.

a) Ofrecer una visión de conjunto del Derecho. Refiriéndose a esta finalidad, el citado autor expresa: "Por lo que respecta al punto a) su importancia es obvia. Es indispensable ofrecer a los alumnos que se inician en las materias jurídicas una visión de conjunto del Derecho. Necesario es que éstos tengan, antes de abordar el estudio de las disciplinas jurídicas especiales, una noción del Derecho, de sus fuentes, de la clasificación de las normas jurídicas, de las ramas del Derecho Positivo, de las materias que las estudian, de los problemas de cada una de ellas y así sucesivamente. Sólo poseyendo estas nociones previas podrán cursar con éxito la carrera de abogado. Sin el conocimiento de la nomenclatura jurídica usual y de los problemas fundamentales del Derecho, la tarea resulta muy difícil...".

b) Estudiar los conceptos generales del mismo. "Por lo que toca al punto b) —dice Domínguez— su importancia se justifica por otro orden de consideraciones. Existen en el Derecho dos clases de conceptos: los generales y los particulares. Aquellos se aplican a todas las ramas del Derecho. Estos tan sólo a determinadas divisiones del mismo... Ahora bien, corresponde a la Introducción al estudio del Derecho la exposición de los conceptos generales del Derecho y a las disciplinas jurídicas especiales el estudio de los conceptos particulares. Obvio resulta afirmar que sin el conocimiento de los conceptos generales del Derecho no es posible pasar al estudio de los conceptos particulares".

c) Discutir los problemas de la técnica jurídica. "Por lo que mira al punto c) —termina diciendo este autor— su importancia se justifica por razones semejantes a las anteriores. La ciencia del Derecho consta de dos partes: la sistemática y la técnica jurídica. La primera tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de un Derecho Positivo determinado. La segunda, estudiar los problemas que se suscitan con motivo de la aplicación del Derecho, a saber los de interpretación, integración, vigencia, retroactividad y conflictos de leyes. La sistemática jurídica se estudia por medio de las disciplinas jurídicas especiales. La técnica jurídica por medio de una materia general que es la Introducción al estudio del Derecho..." [31].

E) *La Introducción al Derecho como disciplina autónoma.* Concebida la Introducción al Derecho como el sistema de las instituciones y conceptos jurídicos recogidos y ordenados por los tres elementos: sociológico, dogmático y filosófico, ella es, sin duda, una disciplina autónoma con personalidad propia, cuyo fin específico es el de la reducción a unidad sistemática del Derecho. Por lo tanto, ella resulta de verdades que se constituyen en sistema, de manera de re-

[31] VIRGILIO DOMÍNGUEZ. Prólogo a la primera edición de "Introducción al Estudio del Derecho", de Eduardo García Maynez.

producir la realidad esencial de la experiencia jurídica, y no representa una posición, sino la resultante de una lenta conquista a través de un proceso lógico riguroso guiado por un método.

No le resta a la Introducción su carácter de disciplina independiente el hecho de que ella deba manejar materiales suministrados por las otras ramas de la Ciencia del Derecho; que deba tomar del sociólogo el concepto de sociedad, del civilista el de persona jurídica, del juspublicista el de soberanía y del filósofo el de Derecho; ya que lo único determinante es que debe sistematizar y reducir a unidad la pluralidad de elementos, de modo de presentar así un sistema orgánico y unitario que los comprenda a todos.

F) *Diferencias y semejanzas con algunas otras ramas del Derecho.* La Introducción al Derecho presenta puntos de contacto con otras disciplinas con las cuales a veces ha sido confundida y cuyas diferencias conviene precisar.

En efecto, su contenido y fines son semejantes a los de la "Enciclopedia Jurídica", que es, según la acertada definición de Francesco Filomusi Guelfi, "la Ciencia que trata del Derecho bajo el aspecto de su unidad" o "la síntesis orgánica de las varias ramas del Derecho". Pero la diferencia entre ambas reside en que la "Enciclopedia Jurídica" es más bien una visión panorámica del contenido de las varias ramas del Derecho; un enunciado de los argumentos que posteriormente deben ser tratados especialmente por cada disciplina; un muestrario de lo que se enseña en Derecho Civil, Procesal, etc., con una finalidad preferentemente didáctica. En cambio, la Introducción al Derecho constituye una unidad sistemática, en que se integran en un todo armónico los principios esenciales del Derecho. La Enciclopedia, por esta carencia de unidad, a pesar de todo el esfuerzo de sus cultores por lograrla, el que en gran parte fue coronado por el éxito en la obra de Filomusi Guelfi, ha sufrido un verdadero descrédito y hoy prácticamente han desaparecido sus cultivadores. Por el contrario, la "Introducción al Derecho" vuelve a imponerse a la consideración de los juristas. Sin embargo, es evidente que entre ambas existen semejanzas, y por ello sólo podrá construirse la Introducción a condición de que recoja la herencia de la Enciclopedia, y la proyecte en visión unitaria, valiéndose de un método eminentemente sintético.

La "Introducción al Derecho" presenta semejanzas también con la "Teoría General del Derecho", que es aquella disciplina que se ocupa de la construcción de los conceptos fundamentales de la dogmática jurídica. Ella constituye la expresión de aquellos conceptos y principios fundamentales de la dogmática jurídica que son comunes a todos los ordenamientos analizados, en un cierto grado de su desarrollo, y que tienen un valor intrínseco y autónomo, independientemente de la aplicación que encuentran en cada una de las disciplinas jurídicas particulares. Luego, la Teoría General del Derecho es la síntesis superior de la dogmática jurídica, obtenida por un proceso de generalización conducido hasta el extremo de dar como residuo aque-

llas únicas nociones que son comunes a todas las disciplinas analizadas, y que representan por consiguiente el más alto grado de abstracción.

La Introducción al Derecho, en lo que dice relación a su elemento dogmático, es también una síntesis orgánica de los conceptos jurídico-dogmáticos fundamentales que son comunes a las varias disciplinas en un cierto punto de su elaboración, pero no es la síntesis superior de estos conceptos; representa un grado de abstracción de la dogmática, pero no el más alto grado.

Luego, la diferencia entre ambas disciplinas reside en que la Introducción comprende tanto elementos sociológicos, como dogmáticos y filosóficos, y la Teoría General del Derecho, sólo elementos dogmáticos; y en lo que dice relación a esta última categoría de elementos la diferencia radica en un factor más bien cuantitativo que cualitativo por cuanto si bien las dos son construcciones sistemáticas de conceptos jurídico-dogmáticos, la Introducción representa una síntesis inferior, y la Teoría General, en cambio, la síntesis superior.

La Introducción presenta semejanzas también con la Filosofía del Derecho, que es, según la definición del profesor Giorgio del Vecchio, "la disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, busca los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico y los valora según el ideal de la justicia derivado de la pura razón". Se puede no estar de acuerdo con esta concepción del insigne maestro, pero todos coinciden en que la Filosofía del Derecho tiene por objeto la búsqueda de las razones y principios supremos del Derecho, el estudio del fenómeno jurídico en lo que tiene de universal, y que su fin esencial es el de dar una definición del Derecho valorada según el principio absoluto de justicia. Luego, la Filosofía considera al Derecho en universal, y su campo se encuadra en la búsqueda del principio último y de la causa final del Derecho, y por ello representa la síntesis fundamental del conocimiento jurídico, que explica los fundamentos y presupuestos de todas las ciencias jurídicas particulares. Desde el punto de vista propedéutico, es la cumbre de los estudios de Derecho, porque presupone un conocimiento de la entera realidad jurídica, y debe, por lo tanto, enseñarse en el último curso de la Facultad de Ciencias Jurídicas para que su aprendizaje sea realmente provechoso para la formación de la mentalidad del estudiante.

Ambas disciplinas poseen semejanzas y puntos de contacto, siendo la Introducción, en cierta manera, el antecedente de la Filosofía del Derecho. Aquélla presenta, en visión sintética, los elementos esenciales de la Ciencia del Derecho, y ésta los elabora, los eleva a universal y los valoriza según el principio de justicia. Ambas tienen una base común y buscan la unidad; pero la Filosofía procede con una deducción rigurosamente filosófica, mientras que la Introducción se vale de una investigación sociológica, dogmática y filosófica. Mientras en la Filosofía del Derecho la búsqueda del concepto universal es una consecuencia del pensamiento filosófico, en la Introducción la síntesis

unitaria es el producto del progreso científico iluminado por el pensamiento filosófico.

VII. TECNICA DEL DERECHO

1. CONCEPTO. La palabra técnica viene de la raíz griega "tejné" o "tekhné", que significa arte. Es el modo de hacer una cosa; la habilidad, destreza o ingenio para realizar alguna cosa en virtud de la sistematización con que, en vista al fin perseguido, obra el agente. La técnica es algo característico del hombre, superior a la experiencia, pero inferior al razonamiento, al saber. La técnica es, en el fondo, un recurso; no sólo el empleo de los medios que la vida encuentra ante sí, sin ningún esfuerzo, sino también y muy especialmente la dirección de estos medios. Hay, así, técnica del arte, de la producción de bienes, del Derecho, etc.

La técnica del Derecho ha sido definida como "el conjunto de reglas y de habilidades prácticas para la búsqueda o creación, la individualización, elaboración y aprovechamiento de las Fuentes de Conocimiento Jurídico y de las Fuentes Jurídicas, para la realización y superación de las Ciencias del Derecho y del Ordenamiento Jurídico Positivo" [32]. También se ha definido la técnica del Derecho como "el conjunto de principios, reglas y procedimientos que facilita la creación y aseguran la realización de las normas jurídicas mediante una racional utilización de datos y medios" [33].

La técnica jurídica comprende la técnica legislativa, la técnica jurisdiccional, la técnica forense y la técnica de la investigación jurídica.

A) *La Técnica Legislativa.* 1. *Concepto.* La técnica legislativa es aquella parte de la técnica del Derecho que se refiere a la elaboración o formación de las leyes.

2. REGLAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA. "Considerada desde un punto de vista general, la técnica legislativa abarca el largo proceso de formación de la ley, desde la comprobación de la necesidad de legislar frente a un determinado problema, hasta el momento en que la ley entra en vigencia. Las reglas y los procedimientos que franquea la técnica legislativa permiten la dictación de normas jurídicas que, en su fondo y en su forma, constituyen una real garantía de efectividad y progreso, y deben estar presentes tanto en los procedimientos parlamentarios para la discusión de las leyes, cuanto en los métodos que de manera particular apliquen cualesquiera otras personas o comisiones encargadas de dictar normas jurídicas. La preparación de los proyectos, su redacción, el sistema con que se les estudia en las Cámaras, su promulgación y aun su publicación, caen dentro de la órbita de esta

[32] ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Pág. 202.

[33] JORGE A. TAPIA VALDÉS. *La técnica legislativa.* Pág. 62.

especialidad. Además tiene entre sus preocupaciones fundamentales la relativa a la modificación de las leyes, puesto que éstas, por muy de acuerdo que estén con la realidad en el momento de su dictación, suelen tornarse inadecuadas al cabo de un tiempo, debido al incesante evolucionar de esa realidad. Se extiende la técnica legislativa al conocimiento, por lo menos general, de todo el ordenamiento jurídico positivo, puesto que las nuevas leyes van a engarzar en él. Si suponemos que es un sistema orgánico y armónico, los perjuicios causados por una ley que no tuviera en cuenta esa organicidad y armonía serían gravísimos y podrían extenderse a partes de la organización que nadie pensaba reformar".

"En su materia, menos que en ninguna, no es posible ceñirse a los modelos y experiencias extranjeras, y especialmente en el aspecto interno de la técnica. Cada país tiene un sistema de legislación propio, en que la forma de dividir la ley o los giros peculiares del lenguaje obedecen a tradiciones o realidades insuperables. Tiene, en consecuencia, la técnica legislativa, un marcado carácter nacional y sus reglas estarán siempre condicionadas al medio político, social y cultural en que se aplican" [34].

La técnica legislativa interna se ocupa de la forma que deben tener las leyes, de su estructura interna, de la distribución de sus materias, etc.

Se interesa también la técnica legislativa interna por el lenguaje en que se redactan las leyes; la terminología técnica; la sintaxis; las definiciones y sus ventajas e inconvenientes; la necesidad de que estén redactadas en un estilo claro, sobrio, conciso y unívoco, especialmente si se tiene en consideración que son obligatorias para todos y que no es admisible invocar su ignorancia como excusa para su incumplimiento.

B) *La Técnica Jurisdiccional.* 1. *Concepto.* La técnica jurisdiccional es aquella parte de la técnica del Derecho que determina las reglas a que debe ajustarse el juez para la aplicación del Derecho.

2. Requisitos y etapas. Circunscribiendo el concepto de aplicación del Derecho a la coactiva u oficial, el proceso respectivo se descompone en varios problemas y principios escalonados o copulativos; "en primer término, la autoridad, específicamente el juez, debe ser competente para conocer, o sea, debe poseer facultad jurisdiccional con respecto a la materia, a las personas y al territorio".

"En segundo lugar, en el conocimiento del caso, la autoridad (el tribunal) está sujeta al cumplimiento de requisitos y de trámites procesales".

"Entrando ya a la aplicación misma, cabe distinguir lógicamente dos etapas "correspondientes a los dos elementos constitutivos de toda disposición de derecho": una, la cuestión de hecho (questio facti) y otra, la cuestión de derecho (questio juris). Aquélla consiste en com-

[34] Jorge A. Tapia Valdés. *La técnica legislativa.* Págs. 63 y 64.

probar que el hecho (los hechos) realiza la hipótesis, el supuesto de una norma; y ésta, en atribuir o impulsar determinadas consecuencias normativas a determinadas personas".

"En la primera etapa, el juez depura los hechos para saber cómo fueron en verdad; por regla general, el Tribunal en materia civil se atiene a los hechos que las partes alegan y prueban, teniendo escasas facultades inquisitivas. En el orden penal, el juez tiene la obligación de investigar. La costumbre y el derecho extranjeros son hechos".

"Para la segunda etapa se reservan: la averiguación de la norma aplicable, la determinación del sentido de esa norma, su integración, si fuere necesaria, y la imputación como resolución concreta, de la declaración genérica de la norma al caso".

"En la averiguación de la norma aplicable se encuentran ínsitos los siguientes subproblemas: vigencia actual de la norma (que no esté derogada, abrogada o subrogada), autenticidad de su texto, control jurisdiccional de su validez (legalidad del reglamento, constitucionalidad de la ley, etc.); y, en ocasiones, los temas de la retroactividad de la ley y de los conflictos de leyes en el espacio" [35].

3. EL JUEZ. En la aplicación de las reglas de la técnica jurisdiccional es determinante la personalidad del juez.

El juez es la persona que está revestida de la potestad de administrar justicia, esto es, de la facultad de conocer y juzgar las contiendas que se promuevan entre partes o los actos no contenciosos que se le sometan.

El Código de las Siete Partidas decía de ellos: "Los judgadores han nombre de jueces, que quiere tanto decir, como hommes bonnos que son puestos para mandar et facer derecho". (Ley I, Partida III. Título IV. Libro III).

Al juez está encomendado imponer la justicia con la fuerza de la autoridad. "El oficio del juez, indiscutiblemente, es el más puro de los oficios jurídicos; su función —atribuir a cada uno su derecho— se confunde con la definición de Justicia. Tal vez podría llamársele el "estado de perfección" dentro de la vida jurídica" [36].

De la dignidad personal del juez depende la dignidad del Derecho, puesto que, como dice Eduardo Couture, "el juez es una partícula de sustancia humana que vive y se mueve dentro del Derecho; y si esta partícula de sustancia humana tiene dignidad, el Derecho tendrá dignidad y jerarquía espiritual. Pero si el juez, como hombre, cede ante sus debilidades, el Derecho cederá en su última y definitiva revelación" [37].

Esta dignidad que debe adornar como cualidad indispensable la personalidad de todo buen juez proviene de la responsabilidad inmensa que tiene sobre sí y del dilema dramático que le impone su trascen-

[35] ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Pág. 204.
[36] WILLIAM THAYER. *Orientación Profesional y Vocación Jurídica*. Pág. 71.
[37] EDUARDO COUTURE. *Introducción al estudio del proceso civil*. Pág. 75.

dental función. La vida del juez que cumple a conciencia con su misión le impone una permanente tensión espiritual y casi física: tiene que juzgar a sus semejantes colocándose en un plano de la más alta imparcialidad, tratando de ser fiel trasunto del más excelso valor del Derecho: la Justicia. Esto puede parecer fácil, pero no debemos olvidar que el juez en el momento de emitir su fallo no ha podido abdicar de sus pasiones, de sus problemas y de sus no menos humanas preferencias personales; él, que conoce todas sus limitaciones y debilidades, tiene la obligación de decidir la suerte de sus semejantes; y esta responsabilidad inmensa, esa preocupación constante es la que da dignidad a su existencia.

"La profesión de juez no sólo requiere grandes capacidades, exige también una gran resignación. El juez debe mantenerse alejado de las luchas y penalidades de la vida; no puede conquistar nada ni luchar por nada más que por su caudal espiritual, por la constante purificación y perfeccionamiento de su conciencia y de su talento. No tiene en las manos ningún objeto durable cuya prosperidad pueda depararle alegrías, cuyo progreso pueda alentarle, alegrarle; además, no puede aspirar a hacer fortuna ni a alcanzar honores. Debe resistir la desaprobación de la gentes y desinteresarse de su aprobación. El juez no debe ser popular" [38].

Como vemos, el ejercicio de la que hemos denominado la más noble de las profesiones jurídicas, no se compone de puras satisfacciones para el que la ejerce. Hay en ella sinsabores, amarguras e incomprensiones, sospechas y maledicencias. El juez es un hombre como cualquiera y, sin embargo, la misión que desempeña está por sobre sus semejantes y llega a veces a decidir sobre sus existencias. Por ello es que, conociendo sus limitaciones, debe continuamente buscar superación en aquellos imperativos que aceptó junto a su cargo: "Sé recto, sé imparcial, sé independiente".

Son pocos los que saben la multitud de pequeños y grandes sacrificios y renuncias que la fidelidad a estos postulados fundamentales significa para un verdadero magistrado. "Hasta esa hora de expansión del espíritu que el hombre fatigado puede encontrar en su mesa, si se sientan a su alrededor amables contertulios, está prohibida al juez, al cual, un artículo del código, que le amenaza con la recusación si se le prueba ser "comensal habitual" de un justiciable, le aconseja que haga sus comidas en ascética soledad. También esto lo debe saber el joven abogado cuando, en el momento de entrar en las dependencias judiciales, interroga a su corazón para estar seguro de la vocación que presiente: que durante su noviciado, en aquel lugar provinciano donde él, acaso todavía soltero, estará al frente de la Pretura, su mesa, en la única fonda de la ciudad, deberá estar apartada y silenciosa; único comensal admitido a su mesa deberá ser, invisible pero presente, su propia independencia" [39].

[38] Theodor Stenberg. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Pág. 205.
[39] Piero Calamandrei. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Pág. 349.

Con sabiduría explicaban Las Partidas las condiciones personales que deben poseer los jueces: "que sean leales e de buena fama, e sin mala cobdicia. E que ayan sabiduría, para judgar los pleytos derechamente por su saber, o por uso de luego tiempo. E que sean mansos e de buena palabra, a los que vinieran ante ellos a juyzio. E sobre todo que teman a Dios, e a quien los y pone. Ca, si a Dios temieren, guardarse han de fazar pecado e auran en sí piedad y justicia". (Partida III, título IV, libro III).

Nos dice Piero Calamandrei en la hermosa obra que recién hemos citado: "el juez debe estar desligado de toda vinculación humana, y por encima de toda simpatía y de toda amistad; y bueno es que los que van a ser juzgados lo sientan lejano y extraño, inaccesible, como una divinidad en su Empíreo". Y agrega más adelante: "El buen juez pone el mismo escrúpulo para juzgar todas las causas, aun las más humildes; sabe que no existen grandes y pequeñas causas, porque la injusticia no es como aquellos venenos de los que cierta medicina afirma que tomados en grandes dosis matan, pero tomados en dosis pequeñas curan. La injusticia envenena aun en dosis homeopáticas" [40].

La responsabilidad y el trabajo que pesan sobre el juez son enormes. En efecto, él no puede elegir los asuntos que debe conocer, porque reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no puede excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión, ya que en tal caso debe recurrir a los principios generales del Derecho y a la equidad natural.

El juez debe demostrar en el ejercicio de su cargo el buen comportamiento que éste le exige como condición primordial: buen comportamiento que se traduce en capacidad jurídica, moralidad privada y funcionaria, independencia de criterio, prudencia y absoluta reserva. La ley le prohíbe dictar sentencias manifiestamente injustas y negar o retardar la administración de justicia y el auxilio o la protección que legalmente se le solicita; admitir dádivas o regalos por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo; valerse del poder que su función le da para seducir o solicitar a mujer procesada o que litigue ante él; mezclarse en las atribuciones de otros poderes; participar en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político; dar oído a toda alegación que las partes o terceras personas a nombre o por influencia de ellas intenten hacerle fuera del tribunal; expresar, o aun insinuar privadamente, su juicio respecto de los negocios que deben fallar; dar auxilio o consejos a cualquiera de las partes interesadas en los juicios que se sigan ante él; revelar los secretos de los procesos; comprar o adquirir a cualquier título las cosas o derechos que se litiguen en los juicios de que conozca, etc.

Los jueces, además, son responsables penalmente de los delitos de denegación o torcida administración de justicia, prevaricación, co-

[40] PIERO CALAMANDREI. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Págs. XLVII y 348.

hecho y, en general, de toda grave infracción de sus deberes; y responden civilmente por los daños que con estos actos irroguen a cualquiera persona.

Por ello, el juez no es solamente un hombre intelectual, un lógico, sino también y ante todo, un hombre moral y social; "un sacerdote de su oficio, de ese oficio que a los profanos les parece casi siempre una acumulación de formalismos sin sentido. También es un hombre estético, intuitivo-genial, pues no debe resolver rutinariamente, sino según la ley jurídica fundamental, y debe percibir y realizar aquella armonía entre los hombres que ningún código puede descubrir" [41].

C) *La Técnica Forense*

1. CONCEPTO. La técnica forense es aquella parte de la técnica del Derecho que establece las reglas a que deben someterse los abogados en su actividad profesional.

2. EL ABOGADO. En los pueblos más antiguos como los asirios, caldeos y egipcios, existían sabios u oradores que asumían, ante los jueces, la defensa verbal o escrita de los intereses públicos y privados.

Entre los hebreos se conocían los defensores caritativos; y éste fue el papel que asumió Jesucristo en el caso de la mujer acusada de adulterio [42].

La elocuencia que había sido hasta entonces despreciada por otras naciones, fue cultivada cuidadosamente entre los griegos que la transformaron en arte y la redujeron a principios.

En Grecia la acusación y defensa ante el Areópago de Atenas y demás tribunales de otros estados-ciudades, era confiada por los interesados a oradores conocedores del Derecho, generalmente famosos por sus dotes de persuasión. Pericles fue, en Atenas, el primero que usó de la elocuencia en el ejercicio de la abogacía. Se distinguieron también Temístocles, Arístides, Isócrates y Demóstenes.

El recinto del foro y de todo el Areópago era un lugar reputado por tan santo, que antes de la audiencia se regaba con agua lustral, para advertir a los jueces y oradores que no debía entrar en él nada que no fuese puro. Los oradores tenían por principio que su ministerio no debía servir sino para hacer triunfar la justicia. La profesión y su ejercicio eran gratuitos. Se les recompensaban sus servicios elevándolos a las distintas magistraturas de la república.

En Roma encontramos el origen del término "abogado" en la voz latina "advocatus", sinónimo de "llamado", que se aplicaba para designar a aquellas personas versadas en las leyes, a quienes se acudía para que asistiesen, en representación del solicitante, ante el Pretor.

El "abogado" u orador fue tenido en Roma en gran estima, y los romanos cuidaron siempre de que este honroso cargo no fuese ejercido sino por personas elegidas y distinguidas por las cualidades del corazón

41 WILHELM SAUER. *Filosofía Jurídica y Social*. Pág. 304.
42 *Biblia*. "*Evangelio de San Juan*". Capítulo VIII. Versículos 1 a 11.

y del espíritu, más aún que por su nacimiento. La función que cumplían era la de defender a sus clientes verbalmente o por escrito en los tribunales.

Mientras subsistió la República, el Foro fue el grado por el cual se llegaba a las más altas magistraturas. Así Catón, habiendo pasado del Foro a la magistratura, fue elevado a la dignidad de Cónsul, y luego a la de Censor, después de haber triunfado sobre los enemigos de la República.

Del mismo modo, Cicerón, honra del Foro romano, recibió los títulos más gloriosos: de padre de la patria y príncipe de la elocuencia. El propio Julio César fue del número de los que ilustraron el Foro de Roma.

Las condiciones que se exigían para ser abogado eran: tener al menos 17 años; haber estudiado Derecho por espacio de 5 años y resultar aprobado en el examen que le hacían al candidato el gobernador de la provincia, o en su ausencia, el defensor de la ciudad, previo informe de los doctores en Derecho y ante el pueblo reunido que se pronunciaba sobre sus costumbres y sobre su capacidad.

El número de abogados era fijo en cada Tribunal, donde había una lista o matrícula con sus respectivos nombres. No se recibía ninguno nuevo sino cuando había una plaza vacante, y los hijos de abogados eran preferidos a los demás candidatos.

La profesión se ejerció en un principio gratuitamente, pero como después se hizo más difícil y más onerosa, a medida que las leyes se multiplicaron y aumentó el número de los asuntos, los clientes empezaron a hacer regalos a los abogados a fin de empeñarlos en que tomasen su defensa.

Pero los abogados, con la importancia que fueron adquiriendo, no sólo intervinieron en asuntos jurídicos, sino que se tomaba su parecer en todos los asuntos de naturaleza económica e incluso familiar como el matrimonio de los hijos. Existía en Roma lo que Ihering llamó una verdadera "omnipotencia de los juristas".

Las invasiones germánicas promovieron en un comienzo la desaparición de la profesión por las peculiares características de sus procedimientos judiciales; pero luego, al modificarse éstas, ella reapareció.

En la Europa Medieval la condición de jurista otorgaba una gran responsabilidad.

No ocurrió así en la Epoca Moderna en que incluso se restringió considerablemente, por parte de España, por ejemplo, el paso de los "letrados abogados a la América recién descubierta, para que no se promovieran pleitos y diferencias".

La Revolución Francesa, por Decreto de 1790, suprimió la Orden de los Abogados, que sólo volvió a ser restablecida en el año 1822.

En la actualidad el abogado desempeña en todos los países civilizados una importante función, como auxiliar de la administración de justicia; y el ejercicio de la profesión se encuentra regulado y organi-

zado en forma gremial en los Colegios de Abogados que poseen relaciones internacionales.

Según el Código Orgánico de Tribunales de Chile los abogados "son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes" (artículo 520).

El abogado es la persona que, teniendo el título y la habilitación correspondiente, hace profesión permanente de defender ante los Tribunales de Justicia el Derecho de las personas naturales y jurídicas y de absolver las consultas y realizar las gestiones de orden legal que le fueren encomendadas.

Y decimos que es abogado aquel que "hace profesión permanente de defender ante los Tribunales, porque el hecho de tener un título universitario no autoriza a aquel que jamás ha ejercido la profesión a llamarse propiamente abogado". Como bien lo ha señalado Angel Ossorio, "quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y medir justicia en los Tribunales será todo lo Licenciado que se quiera; pero, abogado, no" [43].

El abogado es el artífice de la paz, y su oficio no es sólo una profesión y un medio de vida, sino, por encima de todo, una cultura. Como dice Ciurati, "dad a un hombre todas las dotes del espíritu y dadle todas las del carácter, haced que todo lo haya visto, que todo lo haya aprendido y retenido, que haya trabajado durante treinta años de vida, que sea en conjunto un literato, un crítico, un moralista, que tenga la experiencia de un viejo y la infalible memoria de un niño y, tal vez, con esto formará un abogado completo".

"La honradez, la ciencia, el desvelo por la justicia, la elocuencia sólida, la dialéctica clara y profunda, la voz reposada y firme, el ademán noble y sereno, el arte de la síntesis ágil, la independencia insobornable y, sobre todo, la veracidad son las cualidades que deben formar, desde el comienzo de sus estudios, el futuro abogado que quiere estar a la altura de la gravedad y de la seriedad de la función pública de su profesión".

Suele sostenerse que la condición predominante de la abogacía es el ingenio, porque se presume que su misión es defender por igual el pro y el contra de los asuntos. Si esto fuera así "no habría menester que pudiese igualarlo en vileza; incendiar, falsificar, robar y asesinar, serían pecados veniales si se les compara con aquel encanallamiento; la prostitución pública resultaría sublimada en el parangón, pues al cabo, la mujer que vende su cuerpo puede ampararse en la protesta de su alma, mientras que el abogado vendería el alma para nutrir el cuerpo" [44]. Por fortuna ocurre todo lo contrario y el cimiento sobre el que se alza la abogacía es la rectitud de la conciencia. "En el abogado la rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno, luego ser firme; después

[43] ANGEL OSSORIO Y GALLARDO. *El Abogado*. Vol. I. Pág. 18.
[44] ANGEL OSSORIO Y GALLARDO. *El Abogado*. Vol. I. Pág. 48.

ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia en el último" [45].

Por esto, la misión del abogado no estriba en la venta de sus conocimientos jurídicos por un valor llamado "honorario", sino en la lucha sin cuartel por la actuación de la justicia en las relaciones de los hombres. Esta misión no tiene equivalente pecuniario y, por ello, la remuneración que se le paga por sus servicios profesionales no es el precio de la justicia que se consigue o de la paz que se procura, sino el de las necesidades de la vida de quien se consagra a tan nobilísimo oficio.

Pero el abogado, igual que el juez, debe vivir el drama vital que le rodea y que muchas veces trata de oprimirle. Su propio drama consiste en no dejar absorberse por la circunstancia, no hacerse partícipe de ella. Por ello "la abogacía es oficio de héroes y de mártires, pero no bullados, sino generalmente anónimos, lo que es garantía de autenticidad. Su ejercicio debe estar reservado a aquellos que, por ser depositarios de una probada vocación, sientan la capacidad de ser felices en medio de continuas injusticias, de frecuentes renuncias a lucros tentadores y de heroicos sacrificios sólo perceptibles por la propia conciencia, con la idea paradojal, pero verdadera, de estar contribuyendo al cumplimiento de la paz en el mundo, mediante alegatos, escritos, informes, acusaciones, demandas y excepciones. Pero es imposible convencer al público y aun al propio corazón de esta paradoja, si no se guarda la integridad personal que exige el oficio. El abogado, en rigor "toma estado" de la Justicia. Debe cuidar, pues, de su augusta esposa con la delicadeza y el decoro que ella exige, y guardarle fidelidad hasta en los más pequeños detalles de la vida. La más ínfima infracción al Derecho ajeno, reviste en él una gravedad especial semejante a la infidelidad conyugal. En el orden de la Justicia para el abogado, lo mismo que para el juez y para el jurista en general, toda deshonestidad es adulterio. Por eso, lejos de pasivos continuadores, han de ser los hombres de Derecho los más despiadados enemigos de las mil corruptelas que carcomen el edificio jurídico y social; coimas, influencias políticas, preferencias nepotistas, injurias y juicios temerarios, acumulación de sueldos, explotación del obrero, usuras, monopolios, dictaduras, competencia desleal, evasión de impuestos, gravámenes desproporcionados, intervenciones sectarias, inasistencias culpables, etc." [46].

Para tener éxito en una labor como ésta es preciso poseer una fuerza interior poderosa que garantice la rectitud y ecuanimidad de los juicios y opiniones. Por ello, el abogado debe comprobar minuto a minuto si se encuentra asistido de esa fuerza, y en cuanto le asalten dudas en esa materia, debe cambiar de oficio, porque su conciencia le indicará que ha dejado de ser buen abogado. El abogado debe sentir por su trabajo pasión irresistible que lo impulse a la acción sin omitir

[45] ANGEL OSSORIO Y GALLARDO. *El Abogado*. Vol. I. Pág. 22.
[46] WILLIAM THAYER. *Orientación Profesional y Vocación Jurídica*. Pág. 70.

sacrificios y sin esperar recompensas, sin buscar la fama ni el halago, sino el imperio de la paz por la justicia y la caridad.

Pero lo que hasta aquí hemos dicho parece ser sólo el drama de la profesión. También hay pequeñas y grandes alegrías en el ejercicio de este noble y honroso ministerio: la alegría de salvar la vida a un inocente al que hemos defendido de injustas acusaciones; la satisfacción de haber limpiado la mancha que parecía caer sobre su honor y sobre el de su familia; la de salvar a un hombre, con nuestra intervención oportuna, el producto del trabajo de toda una vida; la alegría de ver realizada la justicia en la sentencia dictada por un tribunal; y, en fin, toda la multitud de pequeñas y grandes cosas que un abogado puede patrocinar o defender.

Piero Calamandrei nos lo dice en bellas frases: "Todo abogado vive en su patrocinio ciertos momentos durante los cuales, olvidando las sutilezas de los códigos, los artificios de la elocuencia, la sagacidad del debate, no siente ya la toga que lleva puesta, ni ve que los jueces están envueltos en sus pliegues; y se dirige a ellos mirándolos a los ojos de igual a igual, con las palabras sencillas con que la conciencia del hombre se dirige fraternalmente a la conciencia de su semejante a fin de convencerlo de la verdad. En estos momentos la palabra "Justicia" vuelve a ser fresca y joven, como si se la pronunciase entonces por primera vez; y quien la pronuncia siente en la voz un temblor discreto y suplicante, como el que se percibe en las palabras del creyente que reza.

Bastan esos momentos de humilde y solemne sinceridad humana para depurar a la abogacía de todas sus miserias" [47].

Otra condición importantísima de un buen abogado es poseer una independencia social especialísima. Y he aquí un grave escollo. El no tiene normas fijas y precisas que condicionen y aseguren esta independencia y por ello debe ser su propio maestro e imponerse al obrar todas las privaciones que tiendan a asegurársela. Por ello "aunque los aristocráticos nos consulten, nosotros no debemos ser nunca sus contertulios, porque nos rebajaríamos de consejeros a tresillistas; aunque seamos abogados de empresas teatrales no debemos frecuentar sus bastidores, para no ser un elemento más mezclado en la farándula; aunque nos visiten mujeres hermosas no debemos galantearlas para no descender de confesores a petimetres... o viejos verdes. Asimismo, aunque nos ronde la tentación de la millonada debemos dejarla correr hacia sus naturales poseedores que son los geniales y los aventureros, los grandes descubridores y los hombres de empresa. Nosotros estamos tan distantes de los unos como de los otros, y nuestra grandeza radica en merecer la confianza de ambos sin ser consocio de ninguno. Poder, riqueza, fuerza y hermosura, todas las incitaciones, todos los fuegos de la pasión, han de andar en nuestras manos sin que nos quememos" [48].

[47] PIERO CALAMANDREI. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Pág. 9.
[48] ANGEL OSSORIO Y GALLARDO. *El Abogado*. Vol. I. Pág. 79.

"El día de gloria para el abogado no es el día en que se le notifique la sentencia definitiva que le da la victoria. Al fin y al cabo ese día no ha ocurrido nada importante para él; solamente se ha cumplido su pronóstico. Su gran día, el de la grave responsabilidad, fue aquel día lejano y muchas veces olvidado en que luego de escuchar un relato humano decidió aceptar el caso. Ese día tenía libertad para decir que sí o decir que no. Dijo que sí y desde entonces la suerte quedó sellada para él" [49].

Como conclusión enunciaremos con Eduardo Couture, el distinguido ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, los mandamientos del Abogado:

1º *Estudia.* El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.

2º *Piensa.* El Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

3º *Trabajo.* La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

4º *Lucha.* Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, lucha por la justicia.

5º *Sé leal.* Leal para con tu cliente al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aunque él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices, y que, en cuanto al Derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que tú le invocas.

6º *Tolera.* Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

7º *Ten paciencia.* El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

8º *Ten fe.* Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del Derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y, sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay Derecho, ni justicia, ni paz.

9º *Olvida.* La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

10º *Ama tu profesión.* Trata de considerar la abogacía de tal manera, que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado" [50].

[49] EDUARDO COUTURE. *Los mandamientos del Abogado.* Pág. 28.
[50] EDUARDO COUTURE. *Los mandamientos del Abogado.* Pág. 11.

D) *La Técnica de la Investigación Jurídica*

1. CONCEPTO. "La técnica de la investigación jurídica, a diferencia de las restantes, no persigue un objetivo práctico (de política legislativa, de interpretación general o específica de una ley, de protección de intereses, de declaración de derechos controvertidos, de triunfo de una causa judicial, etc.), sino de aprehensión de datos para el conocimiento sistemático o histórico del Derecho, a cuyo efecto dota al sujeto cognoscente con todas las nociones y habilidades concretas que le permiten explorar y captar el material jurídico y el que le sea conexo, y pensarlo metodológicamente. Tal técnica no persigue lo práctico, es, en sí misma, un saber práctico al servicio de un saber científico" [51].

2. ETAPAS. El profesor de la Universidad de Chile, Aníbal Bascuñán, establece que el esquema general de una investigación jurídica abarca cuatro etapas [52]:

A) *Planteamiento.* Esta fase comprende la individualización del problema; la concepción de una hipótesis directriz o de trabajo; la adopción provisional de un método o de una combinación de métodos para el conocimiento lógico del problema; el trazado de un plano de investigación; y la organización de los depósitos o continentes para los materiales (cajas, ficheros, cartotecas, etc.).

B) *Erudición.* Esta fase comprende la búsqueda de las fuentes de conocimiento jurídico; la individualización externa de ellas; la recensión o fijación crítica de un texto; su crítica de autenticidad, veracidad y trascendencia; la extracción y fijación técnicas de los datos contenidos en las fuentes sobre materias, sujetos y fuentes; y la agrupación sistemática de los datos obtenidos.

En esta etapa es fundamental la ordenación de los materiales y, para ello, la práctica en los centros científicos recomienda el uso de fichas o papeletas, que pueden ser:

a) Bibliográficas, en las cuales se consignan datos sobre las fuentes mismas;

b) Biobibliográficas, en las cuales se consignan datos sobre autores u otras personas; y

c) Nemotécnicas, en las cuales se consignan citas, resúmenes u observaciones sobre materias determinadas.

C) *Construcción.* Esta fase comprende la confrontación y revisión crítica de los materiales; la adopción de una tesis y del método o métodos para su demostración; la síntesis unitaria de los desarrollos que a tal tesis conducen; la adopción de un proyecto de plan de expo-

[51] ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS. *Manual de Técnica de la Investigación Jurídico-Social.* Pág. 57.

[52] ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS. *Manual de Técnica de la Investigación Jurídico-Social.* Págs. 106 y siguientes.

sición y el reagrupamiento de los materiales de acuerdo con el plan proyectado.

D) *Exposición.* Esta fase comprende la adopción de un plan definitivo para la exposición; la redacción ajustada a requisitos de estilo y de técnica; y la impresión del trabajo.

Es de conveniencia en los trabajos jurídicos que ellos incluyan un Indice General Analítico, un Indice Alfabético de Materias y un Indice Alfabético de Personas.

3. El Jurisconsulto. En su sentido natural y obvio el jurisconsulto es el que profesa con el debido título la Ciencia del Derecho, dedicándose particularmente a escribir sobre él y a resolver las consultas legales que se le proponen.

En una acepción más estricta, jurisconsulto es la persona que se distingue entre los juristas por su especial dedicación al estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales y que consagra parte importante de su actividad a elaborar doctrina jurídica y a procurar el perfeccionamiento del Derecho.

La figura ejemplar de jurisconsulto, orgullo de Venezuela, su patria de origen, y de Chile, su patria adoptiva, es don Andrés Bello (1781-1865).

Andrés Bello fue un jurisconsulto en la más estricta acepción del término. Condenó el estudio del Derecho como simple técnica de aplicación o interpretación de las leyes positivas. Su vida misma fue una constante protesta contra el pragmatismo jurídico. "Desearíamos —afirmó— que se ensanchase y ennobleciese el estudio de la jurisprudencia misma; que el joven abogado extendiese sus miras más allá del reducido y oscuro ámbito de la práctica forense; que profundizase los principios filosóficos de esta ciencia sublime, y los contemplase en sus relaciones con las bases eternas de la justicia y de la común utilidad; y que no se olvidase de templar su serenidad, amenizándola con el cultivo asiduo de la filosofía y de las humanidades, sin las cuales no ha habido jamás ningún jurisconsulto eminente".

Andrés Bello, el sabio jurisconsulto por excelencia de América Hispana, constituye con su vida y su obra un ejemplo magnífico y su pensamiento debe inspirar permanentemente la actuación de los hombres de Derecho.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué es la Filosofía?*
2. *¿Qué es la Filosofía del Derecho?*
3. *¿Qué significación práctica tiene la Filosofía del Derecho en la vida del Derecho?*
4. *¿Qué es la Ciencia?*
5. *¿Cuáles son las clasificaciones más importantes que se han hecho de las Ciencias?*
6. *¿Qué es la Ciencia del Derecho?*
7. *¿Qué relaciones existen entre la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho?*
8. *¿Cuál es el fundamento de la negación que hace Julius Hermann von Kirchmann del carácter científico de la Ciencia del Derecho?*
9. *Analice críticamente la posición de Julius Hermann von Kirchmann.*
10. *De existir una Ciencia del Derecho:*
    a) *¿Cuál sería su objeto?;*
    b) *¿Cuál sería el método apropiado para conocerla?;*
    c) *¿En qué se diferenciaría de la Filosofía del Derecho, de la Sociología Jurídica y de la Historia del Derecho?;*
    d) *¿Qué ubicación le correspondería en una clasificación general de las ciencias?*
11. *¿Cuáles son las principales disciplinas jurídicas y concepto de cada una de ellas?*

12. *¿Qué es la Técnica?*
13. *¿Qué es la Técnica del Derecho?*
14. *¿Qué es la Técnica Legislativa?*
15. *¿Qué es la Técnica Jurisdiccional?*
16. *¿Cuál es la misión del juez?*
17. *¿Qué es la Técnica Forense?*
18. *¿Cuál es la misión del abogado?*
19. *¿Qué es la Técnica de la Investigación Científica?*
20. *¿Cuál es la misión del jurisconsulto?*
21. *¿Cuántas etapas comprende un esquema general de investigación jurídica? Concepto de cada una de ellas.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

AFTALIÓN, ENRIQUE R.; GARCÍA OLANO, FERNANDO; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho.* Tomo I. Capítulo II. Págs. 47 a 61 y 85 a 89.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Tercera Parte. Segunda Sección. Págs. 123 a 149. Tercera Sección. Págs. 201 a 208. Sexta Parte. Págs. 274 a 308.

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Manual de técnica de la investigación jurídico-social.*

BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Pedagogía jurídica.*

CALAMANDREI, PIERO. *Elogio de los jueces escrito por un abogado.*

CASTRO BRAVO, FEDERICO DE. *Derecho Civil de España.* Tomo I. Parte Primera. Capítulo I. Nº 5. Págs. 58 a 65.

CATHREIN, VÍCTOR. *Filosofía del Derecho.* Parte Primera. Capítulo I. Págs. 11 a 14.

COING, HELMUT. *Fundamentos de Filosofía del Derecho.* Parte Tercera. Capítulo VIII. Págs. 266 a 286.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho. Introducción.* Págs. 275 a 299.

DEL VECCHIO, GIORGIO. RECASÉNS SICHES, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Tomo I. Introducción. Págs. 25 a 52.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho* Segunda Parte. Capítulo VIII. Págs. 115 a 123. Capítulo IX. Págs. 124 a 130.

GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción al Derecho.* Parte General. Capítulo III. Letra C. Capítulo VI. Págs. 165 a 172.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Introducción al Derecho.* Primera Parte. Capítulo II. Págs. 57 a 91.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *Manual de Filosofía del Derecho.* Primera Parte. Capítulo I. Págs. 13 a 25.

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulo I. Págs. 16 a 27.

KIRCHMANN, JULIUS HERMANN VON. *La jurisprudencia no es ciencia.*

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Primera Parte. Capítulo III. Págs. 80 a 100.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Primera Parte. Capítulo II. Págs. 65 a 76 y 153 a 165.

MILLAS JIMÉNEZ, JORGE. *Filosofía del Derecho.* Primera Parte. Capítulo I. Págs. 7 a 25.

MORINEAU, OSCAR. *El Estudio del Derecho.* Capítulo I. Págs. 1 a 29.

MOUCHET, CARLOS y ZORRAQUÍN BECU, RICARDO. *Introducción al Derecho.* Primera Parte. Capítulo III. Págs. 65 a 86. Capítulo VI. Págs. 131 a 148.

ORGAZ, ARTURO. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales.* Lección Primera. Págs. 1 a 20.

PASQUIER, CLAUDE DU. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.* Capítulo VII. Págs. 159 a 169. Capítulo XI. Págs. 328 a 334.

PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL. *Lecciones de Filosofía del Derecho.* Primera Parte. Capítulo I. Págs. 11 a 25.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Capítulo I. Págs. 9 a 20.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Capítulo 1. Págs. 1 a 28.

RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, LINO. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* Parte A. Capítulo IV. Págs. 53 a 62.

SAMPER, FRANCISCO. *Derecho Romano.* Segunda Parte. Págs. 251 a 286.

STAMMLER, RODOLFO. *Tratado de Filosofía del Derecho. Introducción.* Págs. 1 a 20.

STERNBERG, THEODOR. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Primera Parte. Libro Tercero. Págs. 186 a 194.

SOLER, SEBASTIÁN. *Las Palabras de la ley.* Capítulo XIV. Págs. 139 a 148.

TAPIA, JORGE. *La técnica legislativa.* Segunda Parte. Págs. 57 a 92.

THAYER, WILLIAM. *Orientación profesional y vocación jurídica.*

TORRE, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Primera Parte. Capítulo II. Págs. 46 a 90. Capítulo IX. Págs. 248 a 257.

CAPÍTULO VIGESIMOCUARTO

EL CONCEPTO DEL DERECHO

"Los juristas buscan todavía una definición para su concepto del Derecho".

MANUEL KANT

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL DERECHO. III. EL CONCEPTO DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA HISTORIA. IV. CONCEPTO DEL DERECHO.
CUESTIONARIO. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

I. INTRODUCCION

El gran jurista alemán Rodolfo von Ihering (1818-1892) cuenta que tuvo un curioso sueño. "Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho. En este paraíso uno se encontraba, cara a cara, con los numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, liberados de toda concomitancia con la vida humana. Aquí se hallaban los espíritus incorpóreos de la buena y de la mala fe, de la propiedad de la posesión, de la negligencia, y de los derechos "in rem". Aquí se hallaban todos los instrumentos lógicos necesarios para manipular y transformar estos conceptos jurídicos y, mediante ello, crear y resolver los más hermosos problemas del Derecho. Aquí se encontraba una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación, que podía extraer a presión un ilimitado número de significados de cualquier texto o ley; un aparato para construir ficciones, y una máquina de partir cabellos que podía partir uno solo en 999.999 partes iguales y, si era manejada por los juristas más expertos, podía dividir cada una de estas partes, nuevamente, en 999.999 partes iguales. Las ilimitadas oportunidades de este paraíso de conceptos jurídicos estaban abiertas a todos los juristas propiamente calificados, siempre que los mismos bebieran el líquido leteo que provoca el olvido de todos los asuntos terrenos de los hombres. Pero para los juristas más

expertos el líquido leteo era enteramente superfluo. Ellos nada tenían que olvidar" [1].

El sueño de Rodolfo von Ihering revive nuevamente hoy, y son muchos los que se preguntan en qué medida el pensamiento filosófico jurídico contemporáneo se mueve en el éter puro del paraíso de los conceptos jurídicos, especialmente en lo que se refiere a la definición del Derecho.

II. EL PROBLEMA DE LA DEFINICION DEL DERECHO

Como expresa Giorgio del Vecchio, "la aplicación de un criterio jurídico a los actos humanos, o sea la consideración de los mismos "sub specie juris", es tan antigua, universal y frecuente que parece que la noción de este criterio debiera ser clara y cierta en todas las mentes. A la pregunta ¿qué es el Derecho? parece que debiera poder responder aun el hombre inculto, que con la mayor facilidad y seguridad se vale de tal concepto en su razonamiento y en su actuación. Sin embargo, lejos de esto, dudarían de responder a dicha cuestión muchos de los que han hecho objeto de particulares estudios las instituciones y principios jurídicos; y quien contemplase la diversidad e incongruencia de las respuestas no podría menos de reconocer que, a pesar de la obra secular de la ciencia y la Filosofía del Derecho y las numerosas investigaciones especiales practicadas aun recientemente sobre este punto, el concepto del Derecho no ha llegado aún a obtener una configuración científica exacta en sentido lógico rigurosamente determinado".

"Precisamente el carácter de intuición simple e inmediata con que el Derecho se manifiesta en la conciencia, es la razón que de ordinario no se sienta la necesidad de definir metódicamente su significado. La idea del Derecho es de las que parecen inteligibles por sí mismas y rechazan todo mayor esclarecimiento dialéctico, casi obviando el inconveniente apuntado por J. Rousseau de que no se puedan dar definiciones sin palabras. Verdad es que la intuición genética del Derecho y las múltiples representaciones particulares que la originan han podido servir en la mayoría de los casos como determinación lógica suficiente, por lo que, hasta ahora, en las doctrinas y en los estudios jurídicos, la noción del Derecho fue frecuentemente "pure ac simpliciter" presupuesta y se aceptaron y duraron en la práctica definiciones tan imperfectas e inciertas en su contenido, que consideradas en sí parecen más propias para multiplicar que para destruir las dudas que puedan abrigarse sobre la naturaleza específica del Derecho".

"Aún buscan los juristas una definición de su concepto del Derecho", dice una conocida sentencia de Manuel Kant, y no puede afirmarse

[1] RODOLFO VON IHERING. "Im juristichen Begriffshimmel", en In Scherz und Ernsts in der Jurisprudenz (11ª edición, 1912, pág. 245). En Félix S. Cohen. El método funcional en el Derecho. Págs. 11 y 12.

que, a pesar del tiempo transcurrido, hayan perdido su valor estas palabras".

"Es verdad que la razón antes indicada podría hacer dudar de la necesidad de tal definición. Si la Ciencia del Derecho ha podido formarse y desenvolverse en todas sus partes presuponiendo el conocimiento intuitivo y genérico de su objeto, si cada uno comprende vastamente lo que es el Derecho, y siempre conoce claramente en sí mismo y en los demás su significado, ¿qué ventaja puede obtenerse de un riguroso examen de su concepto? Una definición, en vez de añadirle claridad, acaso se la quitaría".

"¿Cuál es, pues, la razón especial de la definición y cuál su función en el conocimiento? Y, ¿cómo se explica el hecho ya puesto de manifiesto por Mill, de qué importantísimas indagaciones filosóficas tomaron forma de estudios por la definición de un nombre?".

"Esta razón es muy distinta de la que Reid y con él la mayoría, parecen suponer. Mucho más que aclarar la imagen de su objeto, el cometido de la definición consiste en colocarlo en su verdadero lugar en el orden de los conocimientos, señalar su fundamento y las conexiones con otros análogos conforme a su esencial naturaleza, por donde después se hacen posibles las soluciones de los más elevados problemas que mal se podrían resolver con la simple ayuda del conocimiento vulgar. Por eso no es extraño que la noción definidora sea con frecuencia más complicada y ardua que la correspondiente representación común, y constituye un gran error ver en esto un motivo de imperfección o inutilidad de aquélla" [2].

Las dificultades señaladas llevaron al jurista austríaco Fritz Schreier a afirmar la imposibilidad de definir el Derecho [3].

El jurista mexicano Eduardo García Maynez sostiene, por su parte, que en esta materia se ha pretendido encerrar en una sola definición —la del Derecho— objetos diferentes entre sí. En vez de ofrecer la descripción de cada cosa desde el punto que el espectador ocupa, se ha pretendido obtener, de objetos distintos, perspectivas idénticas y en relación con cada objeto, una perspectiva igual, pero desde ángulos diferentes. Por ello García Maynez sugiere la necesidad de distinguir tres objetos distintos. "Los tres objetos a que las definiciones del Derecho suelen referirse, son los llamados por nosotros Derecho formalmente válido, Derecho intrínsecamente válido y Derecho Positivo. Cada uno de estos objetos corresponde a un punto de vista "sui generis", y sólo puede ser convenientemente conocido a través de un método específico. La diversidad de tales objetivos se comprende claramente si se reflexiona en que las definiciones que de ellos se dan básanse en supuestos diferentes, condicionados por la posición de cada investigador y por los procedimientos metódicos de que se vale. Ello implica la imposibilidad de que una definición obtenida desde cierto punto de

[2] GIORGIO DEL VECCHIO. *Supuestos, Concepto y Principio del Derecho.* Págs. 15 a 18.

[3] FRITZ SCHREIER. *Concepto y formas fundamentales del Derecho.*

vista y en relación con un determinado objeto de conocimiento, pueda ser admitida por quien ocupa una posición diferente y contempla un objeto diverso" [4].

No obstante, la mayoría de los autores, cuya opinión compartimos, consideran que es posible llegar a una definición esencial y universal del Derecho.

III. EL CONCEPTO DEL DERECHO A TRAVES DE LA HISTORIA

Es importante esbozar un breve cuadro histórico con el objeto de indicar cómo las diferentes épocas se han representado la noción de Derecho y cuáles fueron las concepciones de los grandes filósofos y juristas al respecto.

1. SÓFOCLES (495-406 antes de Cristo). El pensamiento iusnaturalista adquiere en Sófcclcs una connotación teológica. Lo justo natural no tiene su fundamento en el poder ni deriva de la voluntad del legislador; tampoco se basa en los atributos de la especie sino en el arbitrio divino. Frente al Derecho escrito, creado por los hombres, aparecen las leyes de los dioses. La respuesta de Antígona al tirano Kreón encierra la afirmación de un Derecho eterno e inmutable, superior a las convenciones y caprichos humanos [5].

2. SÓCRATES. (469-399 antes de Cristo). Sócrates afirmó su fe en una justicia superior, para cuya validez no es necesaria una sanción positiva ni una formulación escrita. La obediencia a las leyes del Estado es, para Sócrates, un deber, lo que queda en evidencia en el diálogo "Critón" de Platón [6].

3. JENOFONTE. (430-359 antes de Cristo). En los "Recuerdos de Sócrates" de Jenofonte encontramos expuesto su pensamiento en el siguiente diálogo: "Y en cuanto a leyes no escritas, Hipias —dijo él—, ¿sabes lo que son?" "Sí —respondió: las que en todo país se tienen y reciben del mismo modo". "¿Podrías decir entonces —dijo él— que las han establecido los hombres?" "Y ¿cómo iban a poder hacerlo —contestó—, que ni habrían podido todos juntarse en uno ni tienen entre sí la misma lengua?" "¿Quiénes pues —le dijo— crees tú que habrán estatuido las leyes esas?" "Yo, ciertamente —respondió—, los dioses creo que esas leyes a los hombres les han puesto; pues que además entre los hombres todos la primera ley que se tiene es la de adorarlos a los dioses". "También entonces lo de honrar a los padres se tiene en todas

[4] EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *La definición del Derecho*. Pág. 18.

[5] Ver la transcripción del párrafo de "Antígona" en el Capítulo Decimoséptimo de este libro: "El Derecho Natural".

[6] Ver la transcripción parcial del diálogo "Critón" en el Capítulo Decimoséptimo de este libro: "El Derecho Natural".

partes como ley". "También eso", respondió. "Y también entonces que ni los padres se ayunten con los hijos ni los hijos con los padres". "Esa ya, Sócrates —le dijo—, no me parece que sea ley de la divinidad". "Y eso, ¿por qué?", le preguntó. "Porque —dijo —tengo noticia de que hay algunos que la contravienen". "Pues también en otros muchos puntos —dijo él— contravienen a las leyes; pero la pena de cierto que la pagan los que infringen las leyes establecidas por los dioses, pena que por ninguna vuelta es dado a un hombre escapar de ella, como las leyes por hombres establecidas, que algunos que las infringen escapan de pagar la pena, los unos por ocultamiento, los otros por violencia" [7].

4. PLATÓN (427-347 antes de Cristo). Platón, en sus obras "La República" y "Las Leyes", considera que la justicia es la virtud por excelencia en cuanto consiste en una relación armónica entre las varias partes de un todo. La justicia exige que cada cual haga aquello que le corresponde con respecto al fin común.

De las doctrinas que han pretendido resolver el problema de las relaciones entre Derecho Natural y Derecho Positivo una de las más interesantes es la platónica. Su mayor mérito consiste en el intento de relacionar los dos órdenes, en lugar de establecer entre ellos un divorcio. El Derecho Natural es postulado como arquetipo del Derecho Positivo, y éste como trasunto de aquél. El Derecho Positivo es verdadero Derecho en cuanto participa del orden natural, en cuanto es copia de éste, en cuanto la idea de la justicia se encuentra presente en él. La ley positiva debe reflejar, en la mayor medida posible, la idea de la justicia, ya que en ella reside su fin.

5. ARISTÓTELES (384-322 antes de Cristo). Aristóteles en sus obras la "Política" y la "Ética", establece la distinción entre ley natural y ley positiva. La ley natural es el conjunto de principios objetivamente válidos que tienen aplicación en todo el mundo. La ley positiva es la que regula la vida de una comunidad determinada; difiere de un Estado a otro, y sólo vale para él.

El Derecho Natural representa el fin al que debe aspirar el Derecho Positivo. El Derecho Natural debe manifestarse en la ley positiva, la cual, por su parte, debe tender hacia la realización del Derecho Natural.

Aristóteles distingue los conceptos de justicia natural y justicia legal. La primera obliga por igual en todo el mundo, independientemente de lo que acerca de ella se piense; la segunda establecida por el legislador.

Especial importancia tiene en la filosofía aristotélica la noción de equidad, que es la justicia para el caso específico y que permite superar las imperfecciones y vacíos de la ley positiva y llegar del "Derecho formalmente válido" a la "justicia material" [8].

[7] JENOFONTE. *Recuerdos de Sócrates*. Libro IV. Capítulo IV.

[8] Ver el desarrollo del problema de la equidad en Aristóteles en el Capítulo Decimoctavo de este libro: "Los valores jurídicos".

6. Los romanos. Los romanos tenían dos palabras diferentes, si bien relacionadas, para designar el Derecho (jus) y la justicia (justitia); pero no establecieron una distinción precisa; al contrario, derivaron estas dos nociones de una misma concepción, a saber, un orden natural que impone a los hombres el respeto de ciertos deberes que resultan de sus respectivas situaciones en vistas de la realización del bien. De allí las célebres definiciones de Celso: "El Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo"; Justiniano: "Los preceptos del Derecho son los siguientes: vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo que le corresponde"; Ulpiano: "la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde"; Cicerón, en varios pasajes, afirma la existencia de una ley natural e innata, que obliga a cada individuo, de modo tal que, al violarla, uno huye de sí mismo.

7. San agustín (354-430). San Agustín, en su obra "La Ciudad de Dios", afirma la existencia de un doble Derecho Natural: el primario y el secundario. El primario es un Derecho Natural absoluto: el que correspondería a la naturaleza humana en estado de gracia. El Derecho Natural secundario es el único al que puede aspirar la persona humana después de su caída. Al respecto establece San Agustín que los primeros hombres, santos y justos, no necesitaron de legislaciones positivas que ejerciesen presión sobre sus conciencias. Mas, con el pecado, el hombre se vició; perdió la justicia y la santidad originales, y se hizo necesario que una fuerza extraña y superior actuase sobre su vida impidiendo, aun por el temor, que su voluntad viciada, su egoísmo y sus hábitos desordenados, hiciesen peligrar la seguridad de los demás hombres.

Las leyes que encierran un contenido de justicia son consideradas por San Agustín como derivaciones de la ley natural.

Ante el problema de la relación entre la ley natural y la ley positiva sostiene que la ley que no es justa no es realmente ley.

8. Santo Tomás de Aquino (1225-1274). Santo Tomás de Aquino, en su obra "Suma Teológica", distingue las leyes en cuatro categorías: ley eterna, ley natural, ley divina y ley humana. La ley eterna es la misma Razón Divina que gobierna el mundo y que nadie puede conocer enteramente en sí misma, sino sólo parcialmente a través de sus manifestaciones. La ley natural es una participación de la ley eterna a la criatura racional, mediante la razón. Ley divina es la revelada por Dios a través de las Sagradas Escrituras. La ley humana es una "prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad" [9].

"Si preguntamos a Santo Tomás qué es el Derecho, nos responde con una frase tan clara que no admite interpretaciones, y tan extraña para nuestros oídos del siglo XX que nos turba: "ius est res" (el Derecho es la cosa). Si en sus escritos no nos hubiese dicho otra cosa al

[9] Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. C. 90. a. 4.

respecto, le deberíamos reprochar ese laconismo filosófico que ya hemos denunciado, y ni siquiera sabríamos a cuál de nuestros grupos de definiciones agregar la suya. Afortunadamente el Maestro ha circundado su primera afirmación con otros datos que ahora nos proponemos recoger, leyéndolos en gran parte en la Suma Teológica".

"Una vez comprobado que el Derecho pertenece a las relaciones humanas, el Angélico se pregunta en seguida a cuál virtud va unido. En esto permanece fiel a sus postulados metódicos fundamentales y a las notas dominantes de su pensamiento. Para él no hay una sección o ángulo de la actividad humana que no gravite en torno a una virtud como en torno al propio centro del cual deduce la norma propia. Los centros éticos, puntos fijos ideales de referencia en el mundo de la acción, son las cuatro virtudes cardinales. El Derecho, pues, deberá encontrarse en la órbita de una de ellas".

"¿De cuál? De la justicia: porque el Derecho actúa y se desarrolla en las relaciones interpersonales; y éstas están todas (pero no en todo, especialmente para el cristiano) bajo la guía de la justicia" [10].

Por ello Santo Tomás establece que "el Derecho es el objeto de la justicia" [11].

9. Hugo Grocio. (1583-1645). Hugo Grocio, en su obra "El Derecho de la guerra y de la paz" (1625), divide el Derecho en Natural y Voluntario.

"El Derecho Natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza" [12]. Para Grocio, el Derecho Natural subsistiría aun cuando Dios no existiera o éste no se preocupara de las cosas humanas [13].

El Derecho Voluntario es lo que la recta razón demuestra ser conforme a la naturaleza sociable del hombre.

Grocio reiteró la teoría fundamental de Aristóteles, a saber, que el hombre es sociable por naturaleza y destinado a cierta forma de sociedad. Al respecto afirma: "Entre las cosas que son propias del hombre está el deseo de sociedad, esto es, de comunidad; no de una comunidad cualquiera, sino tranquila y ordenada, según la condición de su entendimiento, con los que pertenecen a su especie" [14].

10. Tomás Hobbes (1588-1679). Tomás Hobbes, en sus obras "De cive" (1642) y "Leviathan" (1651), establece que el hombre no es

[10] Giuseppe Graneris. *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho.* Págs. 19 y 20.

[11] Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica.* II-II. c. 57. a 1.

[12] Hugo Grocio. *Del derecho de la guerra y de la paz.* Tomo I. Prolegómenos 12.

[13] Hugo Grocio. *Del derecho de la guerra y de la paz.* Tomo I. Prolegómenos 11.

[14] Hugo Grocio. *Del derecho de la guerra y de la paz.* Tomo I. Prolegómenos 6.

sociable por naturaleza, sino que es egoísta, busca sólo su propio bien y es insensible al de los demás. En un estado primitivo los hombres vivían en perpetuas luchas, "bellum omnium contra omnes", abandonados a sus propias fuerzas y expuestos a toda suerte de ataques. En esa etapa no existían ni la justicia ni el Derecho y la condición de los individuos en nada difería de la de las bestias. Cansados de vivir en guerra constante y deseosos de asegurar su seguridad personal decidieron celebrar un contrato, en virtud del cual cada individuo renunció, en forma incondicionada, a la totalidad de sus derechos originarios y los confirió a un soberano cuya obligación era imponer las leyes y establecer lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito. Al respecto expresa Hobbes: "La multitud así unida en una persona, recibe el nombre de "Estado", en latín "Civitas". Genérase de este modo ese gran "Leviathan" o, para hablar con mayor reverencia, ese Dios mortal, al que debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa" [15].

El Estado es, pues, para Hobbes, una creación artificial, una máquina omnipotente, que tiene un poder ilimitado sobre los individuos. Ninguna persona puede jactarse de poseer derechos frente al Estado.

La tesis de Hobbes puede clasificarse como un iusnaturalismo racionalista individualista, porque, de acuerdo con ella, los derechos de la comunidad se reducen a un conjunto de facultades colectivas de una pluralidad de personas relacionadas contractualmente entre sí.

11. JOHN LOCKE (1632-1704). John Locke en sus obras "Dos tratados sobre el gobierno" (1690), y "Ensayo sobre el entendimiento humano" (1690) sostiene que el hombre es naturalmente sociable y que no existe un estado de naturaleza sin sociedad; realmente, la sociedad es el verdadero estado de naturaleza para el hombre. En el estado de naturaleza, como lo concibe Locke, el hombre tiene ciertos derechos, por ejemplo, el derecho a la libertad personal y al trabajo y, por ende, a la propiedad. Lo que falta es la autoridad que pueda garantizar tales derechos. Para asegurar una garantía tal, esto es, para organizarse políticamente, los individuos deben renunciar a una parte de sus derechos naturales, consentir ciertas limitaciones, y ello tiene lugar por medio del contrato. Pero la autoridad no puede ejercer su poder arbitrariamente, porque le ha sido confiado para la tutela de los derechos de los hombres; si abusa de él, viola el contrato y el pueblo recobra su soberanía originaria. En conclusión, el vínculo de obediencia de los súbditos está subordinado a la observancia del contrato social por parte de los gobernantes. El Estado no es mera expresión de poder, sino que debe, por su naturaleza, encaminarse a garantizar los derechos individuales.

12. JUAN JACOBO ROUSSEAU (1712-1778). Juan Jacobo Rousseau, en sus obras "Discurso sobre el origen y el fundamento de la desigualdad entre los hombres" (1753) y "El Contrato Social" (1762), desarrolla la tesis de que los hombres fueron originariamente libres e iguales, vivien-

[15] TOMÁS HOBBES. *Leviathan*. Pág. 89.

do con extrema simplicidad, siguiendo los dictámenes de la naturaleza. En "el estado de naturaleza" el hombre era bueno y feliz. Posteriormente algunos hombres más fuertes se impusieron a los demás y así el primero que cercó un campo y dijo: "esto me pertenece" fue el que trajo la infelicidad al género humano. A la propiedad privada se siguió la dominación política y así un régimen de desigualdad estableció entre los hombres una relación de dependencia contraria a los principios naturales.

En el Contrato Social Rousseau busca la solución del problema práctico. El señala que aquello que constituía la felicidad primitiva era el goce de la libertad y la igualdad. Lo que interesa es encontrar un modo para restituir al hombre civilizado el goce de los derechos naturales. Con tal propósito recurre a las ideas del Contrato Social, que eran usadas generalmente en su época. Este Contrato Social debe tener un contenido preciso y determinado: "Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo, y permanezca tan libre como antes" (Capítulo VI). El Contrato Social representa esta fórmula ideal de asociación, en la cual la pertenencia a un cuerpo político no destruye la libertad y demás derechos de los individuos.

El Derecho Natural de libertad e igualdad constituye el punto de partida y la base de la construcción de Rousseau. Sólo por la actuación de este principio tiene el Estado razón de ser.

13. Manuel Kant (1734-1804). Manuel Kant, el gran renovador de la filosofía moderna, desarrolla, especialmente en su obra "Principios metafísicos de la doctrina del Derecho" (1797), su concepción del Derecho. Para él el Derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia y lo define diciendo que "el Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad". En esta definición se afirma el concepto de la libertad como supremo valor ético. El hombre debe ser respetado en su libertad, esto es, no debe ser considerado como cosa, como medio, sino como fin en sí mismo. La libertad es un Derecho Natural, innato; es más, todos los derechos naturales se compendian en este derecho de libertad.

14. Guillermo Federico Hegel (1770-1831). Guillermo Federico Hegel, en su obra "Filosofía del Derecho" (1821) sostiene que el Derecho es "la existencia del querer libre"; en otras palabras, es la existencia externa de la libertad. El querer del hombre es esencialmente libre: es libre en cuanto es querer.

Hegel hace un panegírico del Estado, el cual es, para él, el grado más alto del espíritu objetivo; es el espíritu que se despierta, mientras que en la naturaleza aparece adormecido; es la manifestación suprema de la libertad. Por encima del Estado no hay más que lo Absoluto.

15. Federico Carlos de Savigny (1779-1861). Federico Carlos de Savigny, en sus obras "De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia" (1814) y "El sistema de Derecho Romano actual" (1840-1851) desarrolla los principios de la "Escuela Histórica del Derecho" para la cual todo pueblo tiene un espíritu, un alma propia, que se refleja en múltiples manifestaciones: Moral, Arte, Lenguaje, Folklore, Derecho, los cuales son expresiones espontáneas del "espíritu popular" (Volksgeist). El Derecho no es una creación del legislador, sino una elaboración instintiva del pueblo, que se manifiesta en los hechos, y que sólo en una fase posterior de su desenvolvimiento adquiere una elaboración por obra de los juristas. A la labor de los juristas sigue después la legislación, que se funda en las costumbres preexistentes. Las leyes tienen, pues, una función enteramente secundaria: no hacer más que precisar los principios elaborados por la conciencia jurídica popular. Por ello, Savigny afirma que el Derecho vive sobre todo en la práctica judicial y en la costumbre, que es la expresión inmediata de la conciencia jurídica popular.

16. La teoría marxista-leninista. A) *Teoría del Estado y del Derecho de Carlos Marx y Federico Engels.* La teoría marxista-leninista del Derecho y del Estado se fundamenta en la interpretación que Carlos Marx (1818-1883) y Federico Engels (1820-1895) hicieron de los fenómenos sociales en general. Parte, por consiguiente, de la premisa de que las formas del Estado y del Derecho, así como su aparición y extinción, están determinadas por las fuerzas productivas de la sociedad y por las relaciones económicas imperantes en ella.

Ni el Estado ni el Derecho son elementos esenciales en la sociedad humana. Aparecen sólo cuando se dan ciertas condiciones económicas definidas, a saber, que los medios de producción estén en poder de una clase minoritaria que use de ellos para explotar a la clase mayoritaria.

El Estado y el Derecho constituyen la maquinaria coactiva de que se vale la clase explotadora para mantener sojuzgada a la clase explotada. El uno y el otro representan los intereses de esa minoría, que a través de ellos se transforma de la clase económicamente más poderosa, en la clase políticamente dominante.

Tal es la situación existente en la sociedad capitalista moderna, en que hay una clase minoritaria propietaria de los medios de producción, la burguesía, que mantiene explotada a la clase trabajadora mayoritaria, el proletariado.

El Derecho y el Estado son, por tanto, productos del conflicto de clases. Cuando la clase trabajadora asuma el poder, derroque a la burguesía y la despoje de los medios de producción, transformándolos en propiedad colectiva, desaparecerán las clases y su conflicto, y, gradualmente, se extinguirán el Estado y el Derecho. En la sociedad comunista del futuro, como consecuencia de la socialización de los medios de producción, "el gobierno sobre las personas es reemplazado por

la administración de las cosas y la dirección de los procesos de producción. El Estado no es abolido; se va extinguiendo".

Esta desaparición del Derecho y del Estado no coincide, sin embargo, con la asunción al poder del proletariado. Es necesario un período intermedio, transicional, durante el cual el proletariado, llegado al poder por medio de la revolución, ha de barrer con los últimos vestigios de la sociedad burguesa clasista y ha de instaurar la sociedad comunista, en que no habrá clases. Tal es la dictadura del proletariado.

En este período subsisten el Estado y el Derecho, pero ahora como instrumentos de que se vale el proletariado para construir la sociedad sin clases, esto es, para preparar la extinción del Derecho y del Estado mismos.

B) *La teoría del Estado y del Derecho de Lenin.* La contribución de Vladimir Ilich Lenin (1870-1924) a la teoría jurídica marxista consiste, esencialmente, en haber profundizado el concepto del Estado de Marx y Engels, y en haber desarrollado con bastante profundidad una teoría de la dictadura del proletariado.

Para Lenin, el Estado es una máquina destinada a la opresión de una clase por otra, a mantener sujetas a esta última a las demás clases subordinadas. En la sociedad capitalista, el Estado (y, consiguientemente, el Derecho) es un instrumento de represión que la burguesía emplea contra el proletariado. Cuando éste asume el poder, el Estado continúa siendo un instrumento represivo, pero operado por los proletarios para exterminar a sus explotadores. Conseguido esto y desaparecida la explotación, el Estado, carente de utilidad, se extingue. La sociedad comunista estará basada en la sola fuerza de la costumbre; la justicia inmanente al régimen económico colectivista reemplazará al Derecho.

La dictadura del proletariado se caracteriza, por tanto, por ser una etapa de transición en el camino a la sociedad sin Estado y sin Derecho. En ella subsisten el Estado y el Derecho en su forma burguesa, pero son utilizados por los trabajadores para reprimir la resistencia de los explotadores. La dictadura del proletariado es, al mismo tiempo, "un Estado democrático en una forma nueva (para el proletariado y los pobres en general) y dictatorial en una forma nueva (contra la burguesía)".

C) *La Teoría Jurídica Soviética.* Marx, Engels y Lenin no desarrollaron una teoría del Derecho independiente y orgánica; las ideas antes expuestas son las que se deducen, por analogía, de la teoría del Estado que en las obras de unos y otros aparece configurada.

Las tentativas de desarrollar una teoría jurídica específica son muy posteriores y provienen, fundamentalmente, de los juristas soviéticos.

Pueden distinguirse dos períodos en la teoría jurídica soviética: el anterior a 1937, en el que el Derecho y el Socialismo son considerados

incompatibles; y el posterior a esa fecha, en que se produce el abierto abandono de la idea de incompatibilidad.

D) *La Teoría Jurídica Soviética anterior a 1937.* Está representada fundamentalmente por Stuchka, Reisner y Pashukanis.

P. L. Stuchka, que llegó a ser Comisario de Justicia en 1918, define el Derecho como un "sistema (u orden) de relaciones sociales que corresponde a los intereses de clase dominante y está defendido por la fuerza organizada de esa clase". El Derecho así definido se caracteriza esencialmente por ser un conjunto de fenómenos reales, de relaciones sociales antes que de normas; y por tener índole clasistá, vale decir, por aparecer sólo cuando surgen las clases y la lucha que es inherente a ellas. El Derecho es un sistema de relaciones sociales "que corresponde a los intereses (más bien asegura los intereses) de la clase dominante". La fuerza organizada de esta clase, que protege el sistema de relaciones sociales es el Estado.

En el Estado socialista, que sucede inmediatamente a la revolución proletaria, subsiste el Derecho capitalista con los caracteres ya anotados, sólo que ahora en poder del proletariado y representando sus intereses.

Desaparecidas las clases, en la sociedad comunista perfecta desaparecen el Estado y el Derecho.

La teoría de M. A. Reisner difiere en aspectos esenciales de la de su contemporáneo Stuchka. Para Reisner, el Derecho tiene un carácter eminentemente normativo, y, en tal sentido, puede ser definido como el conjunto de normas imperantes en una sociedad, determinadas por las relaciones económicas que en dicha sociedad existen. El Derecho no es, pues, un fenómeno real, como afirmara Stuchka, sino una ideología, integrante de la superestructura de la sociedad y variable, por tanto, según cambien las relaciones económicas que la determinan. Como toda ideología, el Derecho es una interpretación deformada de la realidad social, puesto que está influida por la posición económica de quienes la formulan. En la sociedad comunista del futuro, tal interpretación ideológica será reemplazada por una interpretación correcta y científica; el Derecho, como ideología burguesa —y en ello coincide Reisner con Stuchka—, desaparecerá.

A igual conclusión, si bien por vías distintas, llega el más destacado representante de la teoría jurídica de este primer período, E. B. Pashukanis.

Pashukanis rechaza la definición del Derecho como un sistema de normas, acusándola de encubrir la base real de todo orden jurídico, y revisa la doctrina de Stuchka de que el Derecho es, ante todo, un conjunto de relaciones sociales. Sin embargo, Pashukanis critica la definición del Derecho de Stuchka porque no da respuesta al problema esencial de determinar las diferencias entre las relaciones sociales en general y las relaciones jurídicas. Pashukanis contesta a esta interrogante afirmando que las relaciones jurídicas son relaciones de poseedores de mercaderías. El Derecho es el conjunto de "relaciones de una

sociedad productora de mercaderías". Puesto que la única sociedad de poseedores de mercaderías es la sociedad capitalista, el Derecho es una forma específica de la economía capitalista.

En la sociedad comunista no habrá, por tanto, Derecho; pero, toda vez que éste es un instrumento específico de la sociedad capitalista, tampoco puede haber Derecho socialista en el período de la dictadura del proletariado. El Derecho existente en el Estado socialista es un Derecho burgués, sobreviviente necesario de la revolución proletaria, pero condenado a extinguirse.

Esta afirmación de la incompatibilidad del Derecho y el socialismo y del carácter burgués del Derecho existente en la dictadura del proletariado, es, como hemos dicho, el rasgo característico de esta primera etapa de la teoría jurídica soviética. Contra ella habrán de reaccionar los juristas del período posterior a 1937.

E) *La Teoría Jurídica Soviética del período posterior a 1937.* La crítica franca a la teoría del primer período y, en particular, a la de Pashukanis, se inicia con P. Yudin, quien en un artículo llamado "Socialismo y Derecho" define a éste de la siguiente manera: "El Derecho es un sistema de normas establecidas por el Estado para proteger el orden existente de organización social. Es la voluntad activamente reflejada de la clase dominante, que santifica y perpetúa los intereses económicos y políticos de esa clase".

Con tal definición, Yudin se sitúa en abierta oposición a Pashukanis, para quien el Derecho no es norma sino realidad social, y en abierta oposición a toda la teoría jurídica anterior, ya que la definición de Yudin no sólo es aplicable al Derecho de la sociedad burguesa sino también al del Estado socialista, el cual es, por consiguiente, y en el sentido específico del término, Derecho socialista. La admisión de esta posibilidad es, por otra parte, ratificada por el hecho de reemplazar Yudin, en su definición, el concepto de explotación por el de "dominación" de clases; en el Estado socialista ha sido abolida la explotación de clases, pero existe la dominación de la burguesía por el proletariado.

La crítica iniciada por Yudin a los juristas del primer período toma forma definitiva y cáustica en la obra de A. Y. Vishinsky, que resume toda la teoría jurídica de este segundo período.

A. Y. Vishinsky define el Derecho como: "el conjunto de reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante, establecidas en orden jurídico, así como de las costumbres y reglas de vida de la comunidad confirmadas por la autoridad del Estado, cuya aplicación está garantizada por la fuerza coactiva del Estado a fin de proteger, asegurar y desarrollar las relaciones y disposiciones sociales ventajosas y convenientes a la clase dominante".

A partir de esta definición, Vishinsky critica las doctrinas de Stuchka y Pashukanis por ignorar ambas el carácter normativo del Derecho e identificarlo con las relaciones sociales que regula. Critica, asimismo, la doctrina de Reisner, afirmando que, en contra de lo sostenido por

este jurista, el Derecho es un orden normativo y un simple "montón de desechos ideológicos de diversas clases". Finalmente, y esto es lo que caracteriza su posición, Vishinsky rechaza categóricamente la afirmación de la incompatibilidad del Derecho y el socialismo, y sostiene que el Derecho vigente en la Unión Soviética no es un mero lastre de la sociedad burguesa sino un Derecho específicamente socialista, que puede ser definido como "un sistema de normas establecidas por la legislación del Estado de Trabajadores, que expresa la voluntad de todo el pueblo soviético, conducido por las clases trabajadoras encabezadas por el partido comunista, a fin de proteger, fortalecer y desarrollar las relaciones socialistas y la construcción de una sociedad comunista".

Vishinsky reconoce que la vigencia de tal Derecho es transitoria; de tal modo que en la última fase del comunismo se extinguirá el Derecho soviético; pero, y en esto introduce una importante innovación en la teoría jurídica marxista, tal etapa no se alcanzará mientras el Estado socialista esté expuesto a la amenaza exterior del capitalismo.

"El Derecho —como el Estado— se extinguirá sólo en la fase superior del comunismo, con la aniquilación del cerco capitalista".

La teoría de Vishinsky ha sido posteriormente profundizada por diversos juristas soviéticos, entre los cuales cabe mencionar, por algunas aportaciones personales de importancia, a S. A. Golunski y M. S. Strogovich. Tal teoría es, en todo caso, la que impera en la ciencia jurídica soviética actual.

17. Rodolfo Stammler (1856-1938). "A mediados del siglo XX algunos filósofos abogaron por la "vuelta de Kant". Lange inició este movimiento neokantiano con su obra de crítica al materialismo bajo una orientación kantiana aparecida en 1886. El neokantismo, juzgando que "comprender a Kant quiere decir ir más allá de él", como pensaba Windelband, acabó por alterar su pensamiento, determinando la aparición de varias escuelas, entre las cuales las más importantes son: la escuela "logicista" de Marburgo, que consideraba a la cosa como contenido del pensamiento, sin distinguir así el sujeto del objeto, constituyendo el "noumeno" una idea límite (Cohen); el neokantismo de tendencia realista, profesado por Riehl, Liebman y Zeller, que investigaba la naturaleza de las cosas, admitiendo la posibilidad de conocer no sólo el fenómeno, sino también la "cosa en sí"; la escuela de Baden, o escuela axiológica, que partiendo de la "crítica de la razón práctica" de Kant negó la posibilidad de conocer el "noumeno", descubriendo la presencia de elementos irracionales en el mundo del hombre, juzgando que era el valor trascendental, pasible de creencia y no aprehensible por una actividad racional, y distinguiendo aun el mundo de la cultura del mundo natural (Windelband, Rickert)".

"De todas estas tendencias neokantianas, la escuela "logicista" de Marburgo que, partiendo de la "crítica de la razón pura", sostuvo que la "deducción trascendental" era la gran contribución de Kant a la filosofía moderna, fue la que ejerció mayor influencia sobre Stammler.

Este, siguiendo dicha escuela, pretendió precisar las "categorías" jurídicas "a priori", independientes de la experiencia, que constituyen las condiciones de todo conocimiento jurídico. Pero no se inspiró solamente en los postulados de la escuela "logicista" de Marburgo, pues también sufrió la influencia del materialismo histórico. ¿Cómo podía Stammler conciliar dos pensamientos tan antagónicos: el de Kant y el de Marx? ¿Cómo conciliar la filosofía que afirmaba la dependencia lógica de la experiencia de formas a priori establecidas por el sujeto trascendental (Kant) con la filosofía materialista que sostiene que la "superestructura" ideológica está determinada por la "estructura económica", o sea, que la "materia" determina la "forma" (Marx)? Stammler, sin embargo, procuró conciliar estos dos opuestos filosóficos, de lo que resultó su gran obra: "Derecho y Economía según la concepción materialista de la historia", publicada en 1896, y que en 1922 fue presentada en forma sintética en su "Manual de Filosofía del Derecho".

"El objeto de la Filosofía del Derecho, según Rudolf Stammler (1856-1938), es la "forma pura" que envuelve nuestras nociones jurídicas. Las formas puras, a juicio del gran jusfilósofo alemán, no son innatas, pero se manifiestan en un Derecho históricamente condicionado, revelándose a cada uno de los hechos concretos de su vida jurídica. De esta manera, Stammler no se refería a la génesis, al origen, cuando se ocupaba de las "nociones puras", pues las consideraba "puras" por no depender de la experiencia. Como Kant, pretendió resolver el problema lógico del conocimiento jurídico y no el problema psicológico, y solamente le interesó el problema sistemático y no el de los orígenes; no investigó, en consecuencia, la génesis de una noción, pero sí el modo condicionante de su actuación sobre nuestra conciencia. El conocimiento del Derecho no tiene por punto de partida el análisis de las normas que consideramos previamente como jurídicas, porque tal análisis ya supone un acuerdo sobre lo que se pretende describir como jurídico. El procedimiento inductivo propugnado por los positivistas no satisface, según Stammler, pues el solo hecho de calificar a los datos como jurídicos implica el concepto que va a ser investigado. El método capaz de establecer el concepto del Derecho es el "método crítico", o de la "deducción trascendental", que establece aquello con lo que contribuye la razón y aquello con lo que contribuye la experiencia para constituir la noción del Derecho. Quería, pues, indagar la "forma jurídica", que contiene en sí los elementos condicionantes de la experiencia jurídica, la que es capaz de ordenar el contenido caótico de nuestra conciencia jurídica".

"De este modo, Stammler, como Kant, sostuvo la existencia de "formas puras" condicionantes, lógicamente, de nuestro pensamiento. Estas "formas" serían métodos de ordenación espiritual o, mejor, condiciones para la ordenación del contenido caótico de la conciencia. Las "formas puras" son, según él, de dos especies: de causa y efecto y de medio y fin. En función de estas categorías distinguió a las ciencias en: ciencias de la naturaleza, en las que la categoría de "causa y efec-

to" ordena las impresiones sensibles, y ciencias teleológicas, en las que la categoría de "medio y fin" ordena los contenidos de la voluntad. Entre las ciencias teleológicas incluye a la Jurisprudencia, por considerar el Derecho como una modalidad de la voluntad, que sólo puede ser pensado a través de la "forma pura" de "medio y fin"."

"La voluntad, o el querer, según Stammler, se presenta bajo dos modalidades: el "querer aislado" y el "querer entrelazante". El primero es un querer que no supone otro para realizar su finalidad, y el segundo, en cambio, supone la conjugación con otra voluntad para la consecución de la finalidad de la otra. En el "querer entrelazante" la voluntad de una persona es el único medio de consecución de la finalidad de la voluntad de otro individuo. De esta suerte, la finalidad de un querer sólo puede ser alcanzada cuando concurre otro querer. Entre las formas del "querer entrelazante" incluyó al Derecho y a la Moral. Pero a pesar de ello no confundió ambos conceptos, pues reconoció que en la moral la voluntad para alcanzar su finalidad no depende de la de otra persona, en tanto que en el Derecho la voluntad de una está relacionada con la voluntad de la otra. La voluntad crea un vínculo que subordina a diversas personas, siendo la voluntad de una el medio para la realización de las finalidades de la voluntad de otra. De la relación entre las voluntades surge la necesidad de que la voluntad vinculadora domine a la voluntad vinculada, debiendo, por tanto, sustraerse a la vinculación, constituyendo una voluntad que vincula autárquicamente. Sustrayéndose a la vinculación de las voluntades vinculadas, el Derecho sería inviolable. De ahí que lo defina como la voluntad autárquica e inviolable".

"Stammler considera al Derecho como una "forma", una categoría trascendental, absoluta, de "materia" empírica, relativa, variable, proporcionada por las relaciones económicas. Al contrario del marxismo, admite que la economía no condiciona la "forma ideal", pero que la "forma jurídica" es la conducción lógica de toda actividad económica, no siendo posible la existencia de relaciones económicas que no tuviesen una "forma" jurídica que dé su sentido a estas relaciones. Sólo a través del Derecho se podría pensar en las relaciones sociales; por eso es la "forma" jurídica el "a priori" lógico de la economía. Están así el Derecho y la Economía ligados por una relación de "condicionalidad lógica" en la que la "forma" jurídica tiene prioridad. Habiendo juzgado Stammler que la economía social equivale a la cooperación entre los individuos de manera de satisfacer las necesidades de cada uno, redujo toda la cuestión económica a dos elementos: la regulación general y la actividad concreta de los individuos asociados. La posibilidad de ordenación constituye la condición lógica de la comprensión de la actividad económica de los individuos. No puede existir una sola relación económica que no esté lógicamente condicionada por una estructura jurídica. De esta suerte, redujo la relación lógica entre "forma" y "materia", en la que el Derecho es el condicionante lógico de la economía social".

"Stammler diferenció la idea del Derecho de su concepto. La idea es la representación de la totalidad de los fenómenos posibles en el mundo de las percepciones y en el mundo de las aspiraciones. De ahí que no sea aprendida por la experiencia. Por medio de la idea armonizamos la experiencia con la totalidad de los fenómenos concebibles. Por ello la considera como un criterio ideal orientador de los derechos. Ella consiste en la ordenación del Derecho para la comunidad pura. La realización de la comunidad pura es el fin de la justicia. Identificó, pues, la idea del Derecho con la justicia. Esta idea, según Stammler, nos trae a la mente cierto número de principios, que pueden ser considerados en dos categorías: los principios de respeto y los de solidaridad. Los primeros impiden que una voluntad se subordine al arbitrio de otra voluntad. Entonces, la libertad humana no debería someterse a la arbitrariedad de un tercero. En esta categoría tendríamos aún la exigencia de ver en el sujeto pasivo de una relación jurídica a un semejante, de modo que aquel que exige el cumplimiento de una obligación debe colocarse en el lugar del deudor a fin de medir los límites de la exigencia. De esta manera, Stammler trata de impedir que la exigencia de uno deje al otro en posición incompatible con la de quien exige. Los "principios de solidaridad", a su vez, se reducen a los siguientes: "1°) un individuo jurídicamente vinculado no debe ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otra persona; 2°) todo poder de disposición otorgado por el Derecho a una persona, sólo podrá excluir a los demás de manera tal que por la exclusión no se deje de reconocer en el excluido a un semejante". No solamente los principios de respeto, sino también los de solidaridad, tienen en mira la protección de la personalidad humana, su libertad a través de la igualdad de tratamientos legales y de semejanza en las relaciones jurídicas".

"La idea del Derecho, o idea de la justicia, representa, para Stammler, el "Derecho Justo", que es aquel que realizado aún parcialmente posibilitaría una comunidad de personas libres, en la que los hombres sean considerados como fines, y no como instrumento de la arbitrariedad de otro sujeto".

"De esta manera procuró proteger a la persona humana no sólo contra la explotación del hombre por el hombre, sino también contra la explotación del hombre por el Estado. Pero al establecer estos principios formales del Derecho Justo, cuyo contenido varía en función de las transformaciones de las situaciones económicas, elaboró un individualismo formalista" [16].

18. Giorgio del Vecchio (1878-1970). El lugar príncipe en la Filosofía del Derecho italiano lo ocupa Giorgio del Vecchio. Nacido en Bolonia, en 1878, hizo sus estudios universitarios en Génova, donde se doctoró en 1900, con una tesis acerca del "Concepto del Derecho". Apenas doctorado marchó a Berlín, en cuya Universidad estudió dos

[16] Paulo Dourado de Gusmao. *El pensamiento jurídico contemporáneo.* Págs. 19 a 24.

semestres, siguiendo en especial los cursos de los profesores Lasson, Kohler y Paulsen; de regreso a Italia ingresó a la docencia en la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Ferrara, de donde pasó, sucesivamente, a las Universidades de Sassari, Mesina, Bolonia y finalmente Roma, en la cual, posteriormente, fue designado Decano de la Facultad de Ciencias Políticas; Decano de la Facultad de Derecho, y en 1925, Rector de la Universidad. Ha dirigido la más venerable revista jurídica italiana, el "Archivo Jurídico", y fundó, en 1921, la Revista de Filosofía del Derecho, que es, dentro de su especialidad, la publicación más prestigiada del mundo. De la obra monumental del profesor Del Vecchio dan cuenta más de cien libros y ensayos, algunos de los cuales han sido traducidos al español, francés, portugués, alemán, inglés, ruso, chino, japonés, rumano, holandés, danés, suizo, griego, húngaro, polaco, checo, servio, búlgaro y turco.

Su obra filosófico-jurídica, iniciada en plena juventud, señaló, desde sus comienzos, una aurora brillante de espiritualidad e idealismo. En ella, la profundidad del pensamiento, el rigor metódico y la erudición se hermanan con la claridad y la elegancia del estilo, todo lo cual consagró en vida a su autor como un clásico de la Filosofía del Derecho, a quien se admira y se sigue en Europa, América y Asia. Podemos afirmar, con Galán y Gutiérrez, que "en Del Vecchio la "filosofía jurídica europea del siglo XX celebra una de sus más legítimas glorias y, la italiana, desde luego, la más legítima"; y que su sistema es acaso uno de los de mayor plenitud, consecuencia íntima y, sobre todo, lozanía que se han producido en los últimos cincuenta años".

Históricamente, Del Vecchio se nos presenta como el restaurador de los estudios auténticamente filosóficos sobre el Derecho en el mundo latino, en oposición a las corrientes positivistas y hegelianas de su época. Influenciado por Kant, el pensamiento filosófico de Del Vecchio nos responde solamente a inspiración kantiana o neokantiana. Del Vecchio es hombre de una cultura filosófica difícilmente superable y de una extraordinaria erudición, lo que le ha permitido el conocimiento de todas las corrientes filosóficas por el examen directo de sus fuentes originales, estudiadas en las lenguas vivas o muertas en que fueron escritas y valiéndose siempre de las más autorizadas ediciones. Encontramos en su obra influencia de Platón y de Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Rousseau, Dante, Schopenhauer, Fichte, Schelling y Hegel, inspiración de Vico y motivos de Descartes y Spinoza. Semejante variedad de influencias no permite considerar a Del Vecchio como un mero continuador de Kant, como tampoco hace de su filosofía un mosaico de ideologías diversas, pues han sido perfectamente asimiladas y ensambladas, con una precisión admirable, en una concepción original y profunda.

El libro que por justos motivos lo encumbró a la fama: "Los presupuestos filosóficos de la noción del Derecho", publicado en 1905, en pleno auge del positivismo, fue la crítica más serena, aguda y eficaz contra el historicismo, el materialismo y el positivismo. Del Vecchio

puso de relieve en este libro, definitivamente, que la noción de Derecho no puede ser obtenida de su contenido inestable, ni se puede inducir al estudio de los elementos comunes a las particulares historias jurídicas, ni ha de ser suplantado por un concreto ideal jurídico, sino que constituye una forma "a priori", que lejos de ser derivable de la experiencia, es teóricamente anterior a ella, pues constituye la condición que la hace posible. Para indagar el concepto del Derecho, dice Del Vecchio, hay que abandonar esos métodos que pretenden obtener de la experiencia resultados fructíferos en esta investigación y adoptar, precisamente, un método opuesto: hay que apartar la mirada del exterior y recogerla en nuestra intimidad. En efecto, afirma Del Vecchio, andamos buscando fuera lo que ya tenemos en el pensamiento y sólo en él podemos encontrar, pues lo que hay de común en las diversas proposiciones jurídicas y permite hablar de su evolución —el sustrato de los fenómenos jurídicos—, es la cualidad formal de tales, es decir, el ser del Derecho, la juridicidad, o sea, la forma del Derecho, la cual, lejos de ser extraída de la experiencia es una forma "a priori" que hace posible la experiencia misma.

Sobre estas bases, en otro de sus libros famosos, "El concepto del Derecho", publicado en 1906, Del Vecchio abordó el problema del concepto del Derecho y su diferencia de la Moral. Es éste uno de los problemas sobre los que el pensamiento de Del Vecchio ha vertido definitiva claridad y uno de los aciertos que mantendrán imperecedera su obra, aun cuando nuevas orientaciones filosóficas sucedan a la suya. Para él, Derecho y Moral son dos formas de valoración del obrar. La diferencia entre ambas no es cuantitativa, sino cualitativa. Moral y Derecho no se distinguen porque cada uno de ellos afecte a un sector más o menos amplio de la conducta, puesto que, como Del Vecchio ha puesto en evidencia, no existen dos clases de acciones, unas internas y otras externas, sino que toda acción es interna y externa a la vez; tanto la Moral como el Derecho consideran integrante para su valoración la conducta humana, pero la enfocan desde puntos de vista diferentes.

La Moral regula el conflicto entre las varias acciones posibles a un solo sujeto; el Derecho resuelve el conflicto entre las posibilidades de varios sujetos coordinándolas éticamente, desde el punto de vista objetivo. De este modo, la subjetividad es la nota típica de la Moral, y la alteridad, la del Derecho.

Como el Derecho señala el límite entre el obrar de varios sujetos, su trasgresión implica una invasión en el campo jurídico que circunscribe la actividad ajena, dentro del cual va siempre comprendida la facultad de repeler la agresión, la cual, como todas las demás facultades jurídicas, entraña no una necesidad sino una posibilidad ética. Derecho y posibilidad jurídica de impedir el agravio, es decir, Derecho y coercibilidad, son fundamentalmente inseparables. La coectividad —no la coacción—, esto es, la posibilidad jurídica de obligar, es una nota esencial del Derecho, sin la cual éste no puede ser pensado. Pre-

cisamente, uno de los rasgos que mayor significación histórica otorgan a Del Vecchio es su defensa de la naturaleza coercitiva del Derecho. En contra de los juristas que rechazaban el carácter esencialmente coercitivo del Derecho, como Merkel, Binding, Thon, Krause y otros, el filósofo italiano mantuvo dicho carácter.

En consonancia con todo lo expuesto, Giorgio del Vecchio definió el Derecho como "la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento".

Junto a la investigación lógica, la Filosofía del Derecho tiene otro tema fundamental según la concepción de Del Vecchio, cual es la investigación deontológica, esto es, la indagación del principio jurídico ideal que sirva para valorar el Derecho Positivo. A este tema dedicó Del Vecchio otra de sus más hermosas y renombradas monografías, "El concepto de la naturaleza y el principio del Derecho", que, junto con "Los presupuestos filosóficos de la noción del Derecho" y "El concepto del Derecho", forman la trilogía fundamental de su pensamiento. En esta obra Del Vecchio se nos presenta como un restaurador fervoroso de la tradición jusnaturalista, pero sólo tiene de común con la clásica el querer deducir el principio del Derecho de la misma naturaleza humana. Para él, el principio del Derecho surge de la suprema norma ética, en cuanto que, al reconocer ésta al sujeto como principio autónomo de su acción, le asigna la facultad de ser respetado por los demás como tal, y, al mismo tiempo, le impone la obligación de respetar la autonomía de cualquier otro sujeto. En este sentido, establece la máxima de que "todo hombre, sólo por ser tal, puede pretender el no ser constreñido y aceptar una relación con otros que no depende de su determinación; puede pretender que no sea tratado por alguien como si sólo fuese un medio o un elemento del mundo sensible; puede exigir que sea respetado por todos, como él mismo está obligado a respetar el imperativo: no extiendas el arbitrio tuyo hasta imponerlo a otros, no quieras someter a ti a quien, por su naturaleza, sólo a sí mismo está sujeto".

Estas obras fueron seguidas por la "Filosofía del Derecho", de la cual han aparecido en Italia ocho ediciones y que ha sido traducida a más de diez idiomas. Ella sintetiza el pensamiento del autor de una manera diáfana, ha ejercido una influencia poderosa en Europa y sirve de texto de consulta obligada a los estudiosos de América Latina.

En los últimos años, Del Vecchio publicó una serie de interesantes escritos sobre diversos temas de Filosofía del Derecho, entre los que sobresalen "La justicia", "La crisis de la Ciencia del Derecho", "El problema de las fuentes del Derecho", "Derecho y Economía", "El hombre jurídico y la insuficiencia del Derecho como regla de la vida", "La comunicabilidad del Derecho", "La involución del Derecho", "El Estado", "Persona, Estado y Derecho" y "Derecho Natural y unidad europea".

A avanzada edad, Giorgio del Vecchio se convirtió al catolicismo y recibió las aguas bautismales en las catacumbas de Priscilla. Su conversión no fue súbita, sino el fruto de la lenta evolución y maduración de una gran espiritualidad, transida por anhelos religiosos y poseída por acendradas virtudes cristianas. Esta conversión influyó decididamente en su obra filosófico-jurídica, acercándola aún más al pensamiento tomista.

A la edad de 94 años falleció en la ciudad de Roma, dejándonos a los estudiosos del Derecho y, muy en especial, a los que tuvimos el honor de ser sus discípulos, la influencia de su talento brillante y el ejemplo de su noble vida al servicio de la ciencia y la enseñanza.

19. GUSTAVO RADBRUCH (1878-1949). Gustavo Radbruch, discípulo de la llamada Escuela Sudoccidental Alemana, fue profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Heidelberg y Ministro de Justicia. Es autor de la obra "Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho" y de una "Introducción a la Ciencia Jurídica".

La Filosofía en su aspecto más importante, según Radbruch, persigue no el conocimiento del "ser", sino el del "deber ser"; no el de la "realidad", sino el del "valor"; no el de las causas, sino el de los "fines"; no el de la naturaleza, sino el del sentido de las cosas.

Fundamentalmente, la Filosofía Jurídica no trata del Derecho que ha sido en la Historia, sino de aquel que "debe ser"; no del Derecho Positivo, sino del Derecho Justo; no del Derecho, sino del "valor", del "sentido", del "fin" del Derecho; en una palabra, de la "Justicia".

"A este problema fundamental y central se unen otros dos, precediéndole y siguiéndole respectivamente, pero sin perder con él una relación de entronque. Estas dos cuestiones son: "El concepto genérico del Derecho" y la "validez del Derecho", esto es, cuándo, de qué manera y por qué obliga el Derecho".

"Así, pues, la Filosofía del Derecho investiga tres problemas: a) Noción genérica de lo jurídico; qué es el Derecho pura y simplemente, sin tener en cuenta que sea bueno o malo; b) El fin del Derecho, esto es, la Justicia; el ideal o valor jurídico; c) La validez del Derecho; cuándo, por qué y cómo impera el Derecho".

Según Radbruch, "el Derecho Natural sólo trató el segundo de estos problemas, haciendo servir su solución como respuesta a los otros dos, en circunstancias que son cuestiones completamente distintas, a las cuales corresponden tres respuestas".

"El concepto del Derecho no puede fundarse en la experiencia, pues precisamente los fenómenos jurídicos son tales sólo gracias al carácter que el concepto del Derecho les concede".

"Si bien sabemos que el concepto del Derecho no puede fundarse en la experiencia, a la vez ignoramos en qué región de lo "a priori" ha de hallar su fuente; el Derecho es algo absolutamente desconocido en el estricto "reino de la naturaleza". "

"Al "reino de los fines y de los valores absolutos" pertenecen, sin duda, la Justicia y el ideal del Derecho totalmente de un modo posi-

tivo, pero el Derecho, pura y simplemente como tal, no pertenece al "reino de los ideales puros". "

"Nos queda, entonces, "el reino de la Cultura", nexo entre los dos reinos anteriores. El Derecho pertenece a este reino. Derecho es todo aquello que puede ser objeto de una apreciación de justicia o de injusticia. Derecho es aquello que debiera ser Derecho Justo, séalo o no; derecho es lo que persigue por fin la Justicia, aunque para serlo no necesita de ningún modo haberla alcanzado".

"Todo ello forma la región de la Cultura, cuyo carácter esencial consiste en ser una conducta referida a valores, independientemente de que logre o no realizarlos".

"Lo que determina el concepto del Derecho es, precisamente, no la esencia del valor Justicia, sino el sustrato o esencia a la cual se refiere; de aquí que sea posible establecer un concepto del Derecho absolutamente universal y valedero, con independencia de la solución que se dé a la cuestión de los ideales jurídicos".

"Según esta deducción, el Derecho es el sustrato o esencia a la cual se refiere la justicia, llegando entonces a la conclusión de que "Derecho es regulación de la sociedad o comunidad"."

"El fin supremo, y por tanto su más trascendental valor, es servir a la justicia".

"La justicia es igualdad, o sea, tratamiento igual de los hombres y de las relaciones, y, por lo tanto, tratamiento desigual para los desiguales. Pero la justicia por sí sola no suministra el criterio de la igualdad de tratamiento, determinando solamente la "forma" de lo jurídico, siendo necesario, por lo tanto, para establecer el contenido de las reglas jurídicas, indagar el fin del Derecho, pues existe en él una adecuación para los fines".

"El fin del Derecho puede ser "individual" (si tiene por objeto el bienestar del individuo), "social" (si considera la sociedad como el objetivo de todos) y, por fin, "cultural" (cuando se refiere a la obra común a realizar, la que trasciende a los individuos y a la sociedad)".

"Cada una de estas finalidades le da al Derecho un sentido diverso, originando principios e instituciones antagónicos; luego, siendo su fin diversamente considerado por los individuos y no siendo posible la elección racional de uno de ellos, surge la necesidad del "Orden", que aceptando uno de los modos de entender la finalidad del Derecho y sacrificando los demás, otorga "Seguridad" a la sociedad".

"Así, el Derecho tiene como fin supremo el servir a la Justicia; y como fin inmediato el de seguridad y certeza jurídica".

"El filósofo del Derecho se ha de preguntar "cuándo" y "por qué" un Derecho "debe" considerarse como válido, como obligatorio".

"El Derecho es regulación de la vida común, con arreglo a un principio de justicia; pero ante todo cumple un fin más inmediato, a saber, el de la seguridad y certeza jurídica, que consiste en crear un orden superindividual de cualquier clase que sea, para dotar prácticamente a la vida social de una instancia decisiva. El fin de la Justicia

lo cumple el Derecho sólo cuando es justo; el de la seguridad y certeza lo realiza siempre, por el mero hecho de ser "positivo". "

"El problema de la validez del Derecho no puede contestarse con una fórmula general absoluta, pero podemos decir que el Derecho debe siempre servir a la Justicia y en ésta estará siempre la última razón de aquél".

"La Filosofía del Derecho no puede reconocer validez a una legislación abiertamente injusta; así, puede sacrificar la seguridad, el orden y la paz, a la abolición de la injusticia cuando ésta sea tan grave que desnaturalice la idea del fin jurídico. Pero en cuanto la anarquía represente un mal mayor, reconociendo el orden jurídico apoyado por el poder de hecho".

"Si bien el Poder no engendra Derecho, éste, para que pueda ser tal y válido, requiere tener tras de sí un poder capaz de imponerlo, pues mientras esto no acontezca, se tratará meramente de ideales elaborados por la Filosofía, pero no de Derecho verdaderamente tal".

"En síntesis, son tres los valores que se relacionan con el Derecho: "la justicia" (valor primario); "la seguridad" y "el orden" (valores secundarios); no siendo estos valores susceptibles de un conocimiento científico, la Filosofía del Derecho se ve limitada a proporcionar los medios y a contribuir a que el hombre alcance la aprehensión de estos valores; así llegamos al "Relativismo de la Filosofía del Derecho"."

20. Eugenio Ehrlich (1862-1922). "Eugenio Ehrlich inició en 1903 el movimiento del Derecho libre (freies rechts) en su obra Freie Rechtsprechung und Freireschtswissenschaft. Posteriormente publicó su Fundación de la Sociología Jurídica (1913) y la Lógica Jurídica (1918). Ehrlich defendió el Derecho espontáneo, en antagonismo con el Derecho legislado, que era, a su vez, un Derecho artificial. Consideró a la jurisprudencia como una técnica que persigue fines prácticos, incapaz de aprehender, debido a sus ficciones, la realidad social del Derecho. De esta manera la "lógica jurídica" no está regida por leyes absolutas, sino por principios transitorios que buscan satisfacer necesidades de determinadas situaciones históricas. Para satisfacer esas necesidades la ciencia jurídica elaboró tres tesis: a) la vinculación del juez a la ley; b) la dependencia del Derecho al Estado; c) la unidad del Derecho. Los mencionados dogmas fueron construidos durante siglos, procurando satisfacer no sólo las exigencias del absolutismo jurídico, sino también la centralización en el Estado del monopolio jurídico. Pero, por encima de este orden jurídico artificial, creado por los juristas con fines políticos, existe el Derecho, que regula eficazmente a la sociedad. El Derecho estatal es, según Ehrlich, "una parte ínfima del ordenamiento social", resultando muy poco eficaz. El Derecho creado por los tribunales representa también una pequeña parte del Derecho social, y no agota todo el "derecho vivo". Sólo el Derecho social, o "jus vivens", es plenamente eficaz" [17].

[17] Paulo Dourado de Gusmao. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Págs. 70 y 71.

21. HERMANN KANTOROWICZ (1877-1940). "Adhiriendo a la teoría del Derecho libre con el seudónimo de Gnaeus Flavius, Hermann Kantorowicz publicó La lucha por la Ciencia del Derecho (1906). El Derecho libre, según Kantorowicz, se presenta en varias formas, entre las cuales está el Derecho Natural. El código y las leyes escritas no resuelven todos los problemas jurídicos, y de ahí la necesidad de que los jueces creen libremente el Derecho. La libre creación de éste por los tribunales debe inspirarse en la equidad, en la justicia y en el Derecho Consuetudinario. Esa libre creación del Derecho defendida por Kantorowicz no se restringe solamente al caso de lagunas, sino que también se aplica cuando el Derecho vigente repugna al sentimiento personal del juez. En este aspecto Kantorowicz fue más allá que Gény. Para controlar a los tribunales y evitar el arbitrio judicial es suficiente la existencia de varios jueces. Los recursos para los tribunales superiores, compuestos por varios jueces, impedirán la arbitrariedad togada".

Kantorowicz entendió por Derecho libre a todo aquel orden jurídico que pretende poseer un valor, independientemente del poder estatal. El Derecho libre es conocido por todos, en tanto que el Derecho estatal es desconocido por la mayoría. Para que éste también sea conocido por todos es necesario que tenga por fuente el Derecho libre. Además de la tradicional distinción entre el "Derecho estatal" y el "Derecho Consuetudinario" existe, según Kantorowicz, una distinción mucho más importante entre "Derecho formal" (ley, reglamento, case law) y "Derecho libre". El Derecho formal es un orden estático, en tanto que el Derecho libre está siempre en transformación, y en correspondencia con las exigencias de la mayoría. El Derecho libre se divide en: a) Derecho condicionado, o sea que será formal si el proceso de su formación es conducido hasta el fin; b) Derecho deseado, o sea el que desea verse transformado en formal. Cada una de estas categorías del Derecho libre se transforma en: 1) Derecho estatal; 2) Derecho Consuetudinario. En el Derecho estatal libre condicionado, tenemos: los trabajos preparatorios de la legislación y las leyes publicadas que aún no entraron en vigor. En el Derecho estatal libre deseado encontramos las normas creadas por el juez por disposición legal, como por ejemplo, el magistrado suizo crea la norma en caso de laguna, porque le permite el código suizo. En el Derecho Consuetudinario —libre— condicionado, tenemos las reglas establecidas por los usos, por la buena fe, por la naturaleza de las cosas, por las buenas costumbres, por las necesidades del comercio, por la equidad. El Derecho Consuetudinario —libre— deseado abarca todas las reglas que dependen de una estimación del juez, como las que regulan la fijación de la pena, y las que guían al juez en la aplicación de una medida de seguridad. En el Estado racional moderno, dice Kantorowicz, todo Derecho formal tiene prioridad sobre el Derecho libre. Dentro del Derecho libre el Derecho condicionado tiene prioridad sobre el Derecho deseado, y no

sólo en el Derecho formal, sino también en el Derecho libre, el Derecho estatal tiene predominio sobre el Derecho Consuetudinario" [18].

22. MAX WEBER (1864-1927). "La sociología jurídica de Max Weber supone la dogmática jurídica y la filosofía del Derecho, pues parte de los sistemas construidos por los juristas (datos aportados por la jurisprudencia), para estudiar la influencia de estos sistemas sobre el comportamiento social. Max Weber consideró que gran parte del Derecho Natural es revolucionario, porque diversos tipos de autoritarismo han pretendido una legitimación jusnaturalista. En rigor, sostiene Weber, el Derecho Natural es la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado. El Derecho Natural es la justificación jurídica de los derechos revolucionarios. Las transformaciones jurídicas no sufren su proceso a través de leyes fijas, absolutas, como las que explican el mundo de la naturaleza. El estudio de las transformaciones sociales sólo nos revela "posibilidades" de que en el futuro, en condiciones sociales análogas, tendremos una transformación jurídica semejante. Según Weber, las transformaciones jurídicas tienden a sustituir el orden jurídico espontáneo, disperso, por el orden jurídico racionalizado, por la "logicidad" del Derecho" [19].

23. FRANCISCO CARNELUTTI. Francisco Carnelutti es uno de los juristas italianos más notables. Especialista en Derecho Penal, incursionó en casi todas las ramas del Derecho. "En su "Teoría Generale del Diritto" (1940), "Metodología del Diritto" (1939) y "Arte del Diritto" (1949), penetró en sus investigaciones. El Derecho, para Carnelutti, es un "sistema de comandos destinados a componer los conflictos de intereses entre los miembros de un grupo social". De tal manera, el Derecho se reduce a un comando. No existe "Derecho donde no hubiere comando". El imperio es la nota específica al fenómeno jurídico. El comando jurídico tiene por fin solucionar el conflicto de intereses. Si los hombres no tuviesen intereses opuestos, dejaría de tener razón el orden jurídico. Por ello, considera que, no existiendo conflicto de intereses, no hay Derecho, pues no "existe fenómeno jurídico en cuya raíz no haya un conflicto". Comando y conflicto de intereses son elementos esenciales, según Carnelutti, para cualquier definición del Derecho" [20].

24. GEORGES RENARD. En el pensamiento filosófico y jurídico francés, de inspiración católica, seguramente Georges Renard es quien con más renovados bríos enlaza con la concepción escolástica, que alcanza en él una sugestiva expresión. De sus obras, tres cabe hacer resaltar principalmente a este propósito: "Le Droit, la Justice et la Volonté"

[18] PAULO DOURADO DE GUSMAO. *El pensamiento jurídico contemporáneo.* Págs. 71 y 72.

[19] PAULO DOURADO DE GUSMAO. *El pensamiento jurídico contemporáneo.* Pág. 73.

[20] PAULO DOURADO DE GUSMÃO. *El pensamiento jurídico contemporáneo.* Pág. 81.

(1924). "Le Droit, la logique et le bon sens" (1925) y "La Valeur de la Loi" (1928).

Intentemos una rápida visión de conjunto.

"El Derecho es anterior a la ley. Pero no solamente existe un Derecho anterior a la ley, un Derecho complementario de ésta, sino que la Ley soporta la doble resistencia de los hechos y las creencias en el momento de su confección y de su aplicación. Ante las palabras desoladoras de Durkheim "nada más fácil de probar que las ideas morales son absurdas; mas nos debemos rendir y someter a ellas con respeto", Renard opone: "Yo creo en la justicia como creo en Dios". Y, precisamente, el gran problema del Derecho es la incorporación de la idea de la justicia a la materia suministrada por un medio histórico. La teoría de Duguit, y en general la de la inmanencia del Derecho, debe caer por tierra; la afirmación positivista de que éste constituye un producto de la conciencia social, es sólo un ficción literaria. El Derecho Positivo es un perpetuo devenir: el orden tiende hacia la perfección sin detenerse jamás. El Derecho Natural es la orientación de este devenir; un movimiento se define por el fin a que tiende. Luego, el Derecho Positivo, es decir, el orden, debe definirse por el natural, es decir, por la justicia".

"Así delimitadas las respectivas posiciones del Derecho Natural y el Positivo, dan a entender que este último es principalmente constructivo. Y construye no solamente con las inspiraciones del Derecho Natural, sino también con los materiales e instrumentos de que dispone, sobre el suelo de tal país, en el ambiente de tal época, en medio de tales o cuales contingencias históricas, geográficas, psicológicas, económicas y políticas. Construye con dos máquinas: maquinaria intelectual de definiciones precisas y clasificaciones rigurosas, maquinaria política administrativa y judicial. Por estos medios el Derecho Natural entra habitualmente en la vida de las relaciones. Más precisamente cabe decir que el Derecho Natural ejerce sobre el Positivo una doble acción: negativa y positiva, de un lado desempeña un cometido de contención; de otro, es un foco de orientación. Las voluntades que intervienen en la elaboración del Derecho Positivo, son de dos especies: la de los particulares que modifican el orden jurídico, mediante los contratos, y la de los gobernantes creadores de las reglas generales. Ahora bien, consecuente Renard con su teoría institucionalista, ha de advertir que el individuo y el Estado no son los únicos actores de la vida social, integrada también por las instituciones públicas y privadas, centros asimismo de la vida jurídica".

"En "La valeur de la Loi", Renard completa y perfila su doctrina del Derecho Natural, insistiendo en que "éste no es un producto histórico, sino metafísico; no un fruto de la ciencia, sino de la razón; no un principio subjetivo, sino objetivo: el orden jurídico (disposición de las actividades humanas hacia lo justo", Y, con todo esto, lanza su fórmula "Derecho Natural de contenido progresivo", por que el Derecho Natural no es un sistema acabado, sino a la manera de un principio

que se realiza diversamente en los diferentes sistemas de Derecho Positivo. Son falsas: la concepción de que el Derecho Natural es una organización jurídica viable, susceptible de ser establecida en cualquier punto de la tierra; y la de que es una organización jurídica ideal permanente en todos los países y todos los tiempos. Desestimando por igual el realismo ontológico y el nominalismo y aceptando un "realismo mitigado", los conceptos son como un germen de existencia, que adquiere madurez cuando se incorpora a los individuos; así, el Derecho Natural que no es viable como tal, es ya como tal un germen o "principio de existencia" que se perfecciona a medida que se incorpora a los sistemas positivos. No existe más que en estos sistemas, pero es independiente de ellos, él es quien le suministra toda la energía jurídica: la idea de lo justo. Se puede comparar a la corriente eléctrica, perceptible sólo en los cables conductores, mas independiente porque tiene la virtud de engendrar la luz, el calor, el movimiento".

"Como habrá podido observarse, el esfuerzo principal de Renard aparece centrado en explicar la relación de dependencia que existe entre el Derecho Natural y el Positivismo, así como en hacer a aquél compatible con las circunstancias históricas, transformándole en instrumento de progreso, es decir, justamente lo opuesto que ha visto en él el Positivismo. Pretende especialmente atribuir un valor metodológico al Derecho Natural, haciendo de él un factor decisivo en la constante producción y transformación del Derecho. No es una idea aislada, existente, sí, pero inservible, sino que constantemente se realiza. El antecedente próximo de su doctrina parece el criterio conciliador de que ya dio pruebas Gény; pero mientras éste se mantuvo ceñido a la ciencia jurídica, Renard cobra constantemente altura filosófica. Su verdadero antecedente es no sólo la doctrina escolástica del Derecho Natural, sino más ampliamente la filosofía escolástica. Esto no quiere decir que Renard se haya mantenido siempre en los moldes de dicha doctrina. A tal propósito puede recordarse que identifica justicia y Derecho Natural, orden y Derecho Positivo, cuando para moverse plenamente dentro de aquellos cauces hay que advertir que el Derecho es objeto de la justicia; que además de lo justo natural existe lo justo legítimo; y que la justicia, en sí, es hábito, virtud, voluntad, cuando lo que ha hecho ha sido objetivarla. Lo que Renard llama orden es el bien común. Y si el orden jurídico se corresponde con el Derecho Positivo, ¿hasta qué punto puede decirse que éste se identifique con su fin? Pero siempre habrá de reconocerse que, próximo sobre todo a Santo Tomás y a Suárez, ha sabido eludir el formalismo improductivo en que había incidido años antes Stammler en un intento parecido. Prescindiendo de los rigurosamente escolásticos —como Cathrein—, Renard es uno de los que se mantienen en más estrecha relación con la concepción católica del Derecho Natural" [21].

25. La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen (1881-1973). El filósofo del Derecho Luis Recaséns Siches escribió en alguna de sus

[21] Antonio Hernández, Gil. *Metodología del Derecho*. Pág. 32 a 36.

obras: "Sin exageración puede decirse que el paisaje intelectual jurídico está dividido hoy en dos grandes sectores contrapuestos: kelsenianos y antikelsenianos". Esta afirmación, a primera vista excesiva, es, sin embargo, rigurosamente exacta. Cualquiera que sea el juicio de valor que pueda emitirse sobre la teoría pura del Derecho enunciada por Hans Kelsen, nadie puede dejar de reconocer la formidable revolución que su aparecimiento ha representado para el pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo, y la trascendental gravitación que ha tenido y sigue teniendo sobre la Ciencia y la Filosofía del Derecho actuales. En las páginas siguientes intentaremos reseñar la génesis de esta doctrina, resumir su contenido y puntualizar su influencia.

Hans Kelsen, fundador de la Teoría Pura del Derecho, nació en Praga, en el año 1881. Su familia era de raza judía. Hizo sus estudios de Derecho en la Universidad de Viena. A poco de recibir su Doctorado en Jurisprudencia, en 1905, sobrevino la crisis económica de su padre, que lo obligó a trabajar en diversos empleos burocráticos de escaso atractivo.

La carrera docente de Kelsen se inicia en 1911, al ser nombrado profesor libre de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Luego de un período de cuatro años en el que, con ocasión de la Primera Guerra Mundial, hubo de servir en el Ministerio de Guerra del Imperio austro-húngaro, Kelsen fue designado para servir en propiedad las cátedras de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho en la Universidad vienesa. Por aquella época gozaba ya de un gran prestigio en los círculos jurídicos europeos, lo que, entre otras cosas, determinó que en 1919 fuera llamado a redactar la Constitución de la naciente República de Austria. En ella aparece un organismo absolutamente novedoso para el Derecho político: la Alta Corte Constitucional, con facultad para anular las leyes que contraríen la Carta Fundamental. Hasta 1929, Kelsen ocupó, paralelamente a sus cátedras de la Universidad de Viena, el cargo de Juez en este tribunal por él creado.

En 1930, Kelsen fue nombrado profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Colonia. La instauración en 1933 de la dictadura hitleriana lo obligó a volver por un corto tiempo a Viena, desde donde se trasladó a Ginebra como profesor de Derecho Internacional en el Instituto de Altos Estudios Internacionales.

Poco después de su ingreso a la Universidad, comenzó a surgir en Kelsen un profundo desencanto frente a la enseñanza tradicional del Derecho, proveniente esencialmente de la vaguedad en el planteamiento de los problemas, de la falta de sistematización y exactitud en las doctrinas y de la confusión metodológica. Por aquella época comienza a gestarse en él un anhelo, mucho más instintivo que razonado, hacia la purificación del método de conocimiento jurídico, hacia la estricta diferenciación entre el Derecho Positivo y el ideal del Derecho, así como entre la conducta debida y la conducta efectiva de los hombres.

Antes aun de doctorarse en Derecho, Kelsen comenzó a trabajar en su primera gran obra. Recibido su título en 1905, prosiguió hasta 1911 esos trabajos, con una energía y un entusiasmo que lo hicieron sobreponerse a las múltiples dificultades materiales con que hubo de tropezar. La conciencia de estar empeñado en una gran labor creadora lo hacía vivir en un estado de exaltación espiritual. Mucho después escribió:

"Durante esos años yo me sentía casi embriagado por el pensamiento de crear una obra verdaderamente original, de abrir, por vez primera, sendas completamente nuevas para la ciencia del Derecho".

La gran obra apareció en 1911 con el nombre de "Problemas Capitales de la Teoría del Derecho Político". En ella está ya configurada la teoría pura del Derecho. Aparece expuesta la doctrina de la pureza metódica y delineadas las concepciones kelsenianas sobre la norma jurídica, el orden jurídico y la norma fundamental, la personalidad jurídica y el Estado.

Este libro constituye la primera etapa de una evolución que habría de conducir a la formulación actual de la teoría pura.

Pese a que Kelsen había comenzado a leer a Kant ya en sus últimos años de liceo, y no obstante la profunda impresión que la doctrina idealista había causado en él, este primer trabajo fue escrito sin un conocimiento acabado de la filosofía kantiana. Fueron precisamente, las recensiones que comparaban su obra con la de los filósofos neokantianos las que determinaron a Kelsen a estudiar con mayor detenimiento a Kant y a la escuela de Marburgo, a la sazón el núcleo de neokantismo de más poderosa irradiación. Con ello su doctrina gana en rigor lógico y se configura definitivamente como la aplicación del método trascendental kantiano a la ciencia jurídica.

Otros aspectos de la obra citada habrían, también, de sufrir modificaciones posteriores.

En ella, la teoría pura aparece reducida a una consideración estática del Derecho Nacional. Kelsen habrá de ampliar más tarde este ámbito restringido, por influencias principalmente de sus primeros discípulos. Uno de ellos, el profesor de la Universidad de Viena, Adolf Merkl, introduce el punto de vista dinámico de la autogeneración del Derecho con su teoría de la pirámide jurídica, que Kelsen adopta totalmente y coloca en la base de su sistema; el otro, el catedrático de Derecho Internacional, Alfred Verdross, es el primero en aplicar la teoría pura al Derecho Externo. Su aportación al igual que la de Merkl, ampliamente aceptada por Kelsen, quien profundiza el tema y publica en 1920 una monografía sobre "El Problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional". Desde ese momento, el Derecho Internacional comienza a adquirir cada vez mayor importancia en la teoría pura.

La obra referida, por otra parte, había puesto énfasis en la distinción entre Derecho y Sociología. Con posterioridad a ella, Kelsen se aplica esencialmente a la profundización del distingo entre Derecho y

Política, exponiendo sus trabajos sobre la materia en su libro de 1928, "Los fundamentos filosóficos de la doctrina del Derecho Natural y del positivismo jurídico".

Todas las transformaciones filosóficas y doctrinarias experimentadas por la Teoría Pura en los sentidos ya indicados, conducen a su segunda formulación, hecha por Kelsen en la fundamental obra de 1925, "Teoría General del Estado". En ella se ofrece la primera exposición completa y sistemática de la teoría. En lo filosófico, se agudiza la influencia kantiana; en lo teorético, se precisan los conceptos esbozados en la obra de 1911 y, principalmente, se da forma definitiva a la tesis de la identidad del Estado y el orden jurídico.

"La Teoría General del Estado" vino a cimentar universalmente el ya grande prestigio de Kelsen, y provocó una discusión mundial de hondas repercusiones. Pero la evolución de la teoría pura no habría de detenerse allí. La llegada de Kelsen a los Estados Unidos lo puso en contacto con un Derecho que su teoría no había, específicamente, contemplado, concebida como estaba teniendo en vista el Derecho continental de origen romano: se trata del Common Law anglosajón, Derecho esencialmente práctico y cuya principal fuente creadora es la labor de los tribunales de justicia.

Del estudio profundo de las instituciones de este Derecho surge, en 1945, la formulación definitiva de la teoría pura, a través de la obra "Teoría General del Derecho y del Estado", publicada originalmente en inglés. En ella Kelsen consigue introducir en su doctrina todas las instituciones del Common Law; profundiza conceptos vertidos en anteriores obras e introduce algunas modificaciones de importancia en los capítulos relativos al Derecho Internacional y a la norma jurídica.

"La Teoría General del Derecho y del Estado" constituye la versión integral y definitiva del pensamiento kelseniano. A ella hemos de remitirnos, por tanto, en la exposición de la teoría pura que haremos a continuación.

Como todas las ciencias, la Jurisprudencia o ciencia del Derecho tiene por exclusiva misión el conocer y describir su objeto con exactitud y objetividad. Al modo como los fines de la ciencia física son el conocimiento y la descripción de los fenómenos físicos y de sus leyes, la ciencia jurídica tiene por fines el conocimiento y la descripción de los fenómenos jurídicos y de las leyes que los rigen.

Pero un estudio de esta naturaleza plantea algunos problemas previos. Es necesario, ante todo, establecer las condiciones en que el Derecho puede erigirse en objeto de una ciencia; determinar las características del Derecho y el método de la ciencia jurídica que ha de ser adecuado a su objeto; y, finalmente, precisar aquellos conceptos jurídicos fundamentales previos a la ciencia del Derecho y con los cuales habrá ésta de trabajar.

La Teoría pura del Derecho pretende, precisamente, dar respuesta a estas interrogantes. Su labor, por consiguiente, consiste en dejar sentadas ciertas nociones básicas y esenciales, sin las cuales no podría

constituirse la Ciencia del Derecho. En este sentido, la teoría pura puede ser entendida como una teoría del conocimiento jurídico, como una gnoseología jurídica, que posibilita la consideración científica del Derecho.

Todos los fenómenos de la naturaleza están regidos por determinadas leyes, cuya característica esencial es la de establecer una relación de causa y efecto, y cuya vigencia es necesaria, en el sentido de que efectivamente rigen todos los fenómenos por ellas contemplados; si así no ocurriera, la formulación de la ley sería errónea y carecería, por tanto, de validez. Estas leyes permiten explicar los hechos de la naturaleza, y su ordenamiento sistemático constituye el cuerpo de las ciencias naturales.

En tanto se suceden en la realidad espacio-temporal, los actos de los hombres están también regidos por las leyes naturales. Pero no todos ellos se agotan en su manifestación natural psicofísica; hay ciertos actos humanos que a su expresión objetiva, real, causal, agregan una cierta significación específica; al fenómeno psicológico y físico del acto del hombre se suma un contenido, un significado, que puede ser de muy diversa índole: moral, religiosa, política, jurídica, etc. Pues bien, este substrato del acto no puede ser interpretado según la ley natural, porque no pertenece al mundo de la realidad, sino al mundo de los entes ideales, de las creaciones espirituales, de los valores, y está, por consiguiente, absolutamente al margen del principio de causalidad. Para interpretarlo es necesario recurrir a un esquema esencialmente diverso de la ley natural: tal es la norma. La norma no relaciona causalmente dos o más fenómenos reales sino que prescribe un hecho o un acto determinado. No indica lo que es, ni lo que fue, ni lo que será; indica lo que debe ser. A diferencia de las leyes naturales, la norma no explica nada. Su finalidad es provocar una determinada conducta humana y, también a diferencia de las leyes naturales, no sólo no afecta a la validez de la norma el que la conducta prescrita no se cumpla en la realidad, sino que es de su esencia misma que sus disposiciones puedan ser violadas, ya que de otro modo su vigencia sería necesaria y se transformaría en ley causal.

Con arreglo a las normas es posible interpretar el sentido o contenido de un acto. El hecho natural en sí no tiene significado moral ni jurídico si no hay una norma, jurídica o moral, que a él se refiera dándole ese significado.

Las ciencias que se ocupan de estas entidades espirituales y cuyas leyes son las normas, son las ciencias normativas.

De esta manera ha quedado configurada la diferenciación básica y definitiva que atraviesa el horizonte gnoseológico: la dualidad entre el ser y del deber ser, o lo que es lo mismo: entre el reino de los fenómenos naturales y el reino de la idealidad normativa, de los valores.

"El ser y el deber ser constituyen dos categorías originarias, dos formas intelectuales y radicales, primarias, básicas. Así como no cabe

descripción del concepto categorías del ser, así tampoco es posible una definición de la categoría del deber ser".

El Derecho, como conjunto de normas, pertenece al reino del deber ser, y la ciencia del Derecho es, por consiguiente, una ciencia normativa.

Ahora bien, la finalidad del Derecho es provocar la conducta humana socialmente deseable. Para ello se vale, como más adelante veremos, de una cierta técnica especial, cual es la de castigar con la coacción el acto humano que contravenga esa conducta por ella prescrita. En este sentido, el Derecho no es sino una específica técnica social por medio de la cual es posible obtener la conducta humana deseable. Por consiguiente, cuál sea esta conducta no es problema que incumba a la ciencia jurídica, cuyo objeto, en cuanto técnica social, no es sino un medio, una forma. El fin, el contenido, está al margen de la esencia del Derecho, de allí que éste sea fundamentalmente distinto de la Etica y de la Política, que también son órdenes normativas, pero cuya esencia radica precisamente en su contenido. Por el contrario del Derecho, que es ciencia de medios, aquéllas son ciencias de fines. Una doctrina moral o política vale en tanto su contenido, su finalidad, es aceptable a la razón humana; las normas que integran al Derecho valen con prescindencia de su finalidad o de su contenido: valen sólo en tanto su forma es lógicamente regular.

El postulado de la pureza metódica consiste en eliminar del método de conocimiento jurídico aquellas desviaciones ajenas a su naturaleza, diferenciando pulcramente la ciencia del Derecho de la Sociología y de la Política; de aquélla, porque es una ciencia natural, de leyes causales; de éstas, por cuanto, siendo una ciencia normativa, es esencialmente una ciencia de contenidos, de finalidades. Su objetivo es, precisamente, establecer cómo debe ser el Derecho, cuál debe ser su contenido.

La más peligrosa desviación política de la Ciencia del Derecho está representada, según Kelsen, por la teoría del Derecho Natural. En efecto, éste es típicamente un orden cuya validez emana de su contenido. El pretender que el jurista lo considere como Derecho y, de acuerdo con él, valore el Derecho Positivo, es pretender que la ciencia jurídica se aparte de su auténtico papel cognoscitivo y se transforme en un instrumento de quienes intentan influir en el legislador, presentándole como verdades teoréticas las que no pasan de ser meras aspiraciones.

De conformidad a todo lo expuesto, la Ciencia del Derecho ha quedado caracterizada de la siguiente manera: 1°) es una ciencia normativa cuyo único objeto es el Derecho. Para ella no existen otros hechos naturales que aquellos con significación jurídica, esto es, aquellos incorporados a una norma como contenidos, y transformados, por consiguiente, en Derecho; 2°) es una Ciencia del Derecho Positivo, lo que excluye de su ámbito todo tipo de problema que se refiera a órdenes ideales, los cuales nada tienen de jurídico; 3°) como consecuencia de

las características mismas del Derecho, la ciencia jurídica es una ciencia formal cuya preocupación fundamental es el estudio de las formas posibles del Derecho y de las conexiones esenciales entre ellas. En este sentido, su misión puede ser comparada a la que corresponde a la Geometría respecto de los cuerpos. Ello no excluye en absoluto el estudio del contenido del Derecho; pero tal estudio ha de ser el contenido presentado dogmáticamente por el Derecho Positivo. A lo sumo puede ser objeto de la ciencia jurídica el contenido posible del Derecho, pero ello, en todo caso, como resultado del análisis y la comparación de los ordenamientos positivos; 4º) en tanto estudio de las formas esenciales del Derecho, la ciencia jurídica es, finalmente, una ciencia lógica, y como tal, persigue estructurar su objeto en un sistema unitario libre de contradicciones.

El Derecho es, como hemos visto, un conjunto de normas. Pero la ciencia jurídica no puede considerarlo como un conjunto de normas aisladas, sin conexión entre sí, ya que ello atentaría contra la unidad de su objeto. La ciencia jurídica debe integrar todas las normas que constituyen el Derecho en un sistema, en un orden. Pero en este punto se abre una interrogante: ¿Cuál es el fundamento de la unidad del orden jurídico?, o lo que es lo mismo: ¿A qué se debe que una norma pertenezca a dicho orden, y sea jurídica y no de otra índole?

Un conjunto de normas, de cualquiera especie que sean, constituyen un orden cuando la validez de todas ellas deriva de la misma norma fundamental. Refiramos esta premisa a las normas jurídicas en particular. Es característica esencial del Derecho la de regular su propia creación. Esto significa que toda norma jurídica se dicta siguiendo los preceptos de otra norma jurídica anterior; ésta, a su vez, ha sido dictada según lo dispuesto por otra norma anterior, y así sucesivamente. Se establece, de esta manera, una gradación de las normas jurídicas, dentro de la cual la validez de la norma de categoría inferior emana de la norma de categoría superior que reguló su dictación. Si consideramos un orden jurídico nacional o estatal, la norma jurídica de más alto grado, la que fundamenta la validez de todas las demás es la Constitución. De ella emana la validez de las normas generales (leyes), las que, a su vez, fundamentan la validez de las normas particulares (sentencias, actos administrativos, etc.). Pero se plantea el problema de saber de dónde proviene la validez de la Constitución. Puede que sea de la Constitución anterior, pero esta respuesta no hace sino aplazar el problema, porque de todos modos es necesario preguntarse de dónde proviene la validez de la primera Constitución. Pues bien, la validez de la Constitución no proviene de otra norma jurídica positiva, sino de una norma hipotética, que no es establecida por el legislador, sino supuesta por el jurista con el fin de fundamentar la unidad del objeto de la ciencia jurídica. Tal es la norma fundamental, que en esencia se limita a establecer una autoridad legislativa superior, y que Carlos Cossio formula en los siguientes términos:

Así resulta, entonces, que todo el Derecho Positivo toma su validez

de la norma fundamental, "obedece al Legislador originario", sea directamente, sea indirectamente en el escalonamiento de las normas subordinadas.

Llegado el conocimiento jurídico a la norma fundamental hipotética, no puede seguir adelante. Con su formulación ha cerrado el ámbito de la validez normativa; no puede preguntarse por la derivación de su validez porque se trata de un supuesto, de una hipótesis.

La norma fundamental hipotética posibilita el conocimiento jurídico. Si ella no fuese supuesta, el conjunto de hechos naturales en que se manifiesta el Derecho no adquirirían jamás significación jurídica, no saldrían del mundo del ser para entrar en el del deber ser. Sin la norma fundamental hipotética no podría pensarse en la validez del orden jurídico. Ella es quien, asimismo, fundamenta la unidad del objeto de la ciencia del Derecho; pero, toda vez que es imposible pensar sin contradicción dos órdenes normativos diferentes con validez simultánea, la norma fundamental hipotética no sólo expresa la unidad del orden jurídico, sino, también, su unicidad y exclusividad. Para aceptar la vigencia de otro sistema normativo coordinado, sería necesario referir la validez de ambos a una norma común superior, y ello no es posible dado que la norma fundamental es una hipótesis.

Si el objeto del conocimiento jurídico es un orden nacional, bastará, para consolidar su unidad y su validez, suponer la norma fundamental que establece un legislador superior interno; si lo que se pretende conocer no es sólo el orden estatal, sino las relaciones de éste con otros órdenes estatales distintos, es necesario suponer una norma fundamental que establezca una instancia más alta, un Derecho Internacional, del que deriven su validez los ordenamientos nacionales.

En todo caso, como se habrá observado, la validez del Derecho es, para la teoría pura, simplemente hipotética, relativa, y depende de la aceptación de la norma fundamental supuesta por la ciencia jurídica.

En repetidas oportunidades hemos hecho antes mención de la validez de las normas, por lo que se hace conveniente precisar este concepto. Que una norma sea válida significa que sus prescripciones son obligatorias para todos aquellos a cuya conducta se refiere, significa que está en vigor. La validez equivale en el mundo normativo del deber ser a lo que la existencia en el mundo real del ser.

"Por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia, o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene fuerza obligatoria frente a aquellos cuya conducta regula".

Esta validez es objetiva, y no depende de la eficacia de la norma, esto es, de si efectivamente la conducta de los hombres se ajusta a ella. Para la validez de la norma es indiferente el que sea respetada o no; más aun, como hemos dicho en otra oportunidad, es de su esencia que pueda ser violada por aquellos que le están sometidos.

Esta autonomía de la validez respecto de la efectividad es absoluta si consideramos una norma aislada; pero se relativiza si tomamos el

orden en su conjunto. En efecto, para que éste sea válido, es evidente que debe existir un mínimo de coincidencias entre la conducta prescrita por él y la conducta real de los hombres. Por debajo de este mínimo, es ya imposible hablar de la vigencia del orden. A la inversa, la efectividad del orden no puede pasar de un máximo prescrito, ya que más allá se transformaría en un sistema de leyes naturales. Esta relación entre el Derecho y la naturaleza, entre el ser y el deber ser, marcada por un máximo y un mínimo, es la que recibe el nombre de positividad. Ello no significa que el orden valga porque sea eficaz; la efectividad es la condición, pero no la causa de la validez.

La norma, que no debe ser confundida con el acto en que es establecida, no es un hecho natural, y, por consiguiente, no está en el espacio ni en el tiempo; pero en tanto se refiere al acaecer efectivo, su validez ha de remitirse a tales circunstancias de hechos. En efecto, toda norma vale dentro de un cierto espacio, por determinado tiempo, para determinadas personas y respecto de determinadas materias. Tal es el ámbito de validez de la norma, que, según lo dicho, puede ser espacial, temporal, personal y material, y que es establecido de antemano por la norma misma. No es necesario que todos estos ámbitos sean siempre restringidos; puede, por vía de ejemplo, una norma valer en todo tiempo y en todo lugar, pero ello no significa que valga sin espacio y sin tiempo, significa sólo que sus ámbitos de validez temporal y espacial son ilimitados.

Para la ciencia jurídica, que es formalista y lógica, es de sumo interés determinar de qué manera se expresan las normas de Derecho, cuál es la estructura de la ley jurídica.

La estructura lógica de las leyes que integran el Derecho se reduce a una proposición en la cual se establece que a la realización de un determinado hecho debe seguir la realización de otro hecho igualmente determinado. Aquél, la condición jurídica, es la conducta humana indeseable, éste, la consecuencia jurídica, es la sanción coactiva, esto es, la pena o la ejecución forzada.

Al igual que la ley natural, la ley jurídica es un juicio hipotético que establece una relación entre dos hechos. Pero mientras la ley natural expresa una relación de causalidad, de secuencia necesaria entre los fenómenos determinantes y determinados ("si A es, también es B"), la ley jurídica sólo expresa una relación normativa, de secuencia debida entre la condición y la consecuencia (sanción), relación que puede traducirse en el juicio "si A es debe ser B". A la forma particular de enlace entre dos hechos en la ley jurídica se le da el nombre de imputación, para diferenciarla con toda pulcritud de su equivalente natural, la causalidad.

La condición del acto coactivo no tiene necesariamente que ser un hecho único, y, por el contrario, puede estar integrado por varios hechos que se determinan entre sí escalonadamente. Para llegar a la desarticulación del hecho condicionante, puede la teoría valerse de hipótesis auxiliares que preceptúan la omisión de la conducta merecedora de

sanción. La proposición jurídica resulta, así, integrada por varias proposiciones entrelazadas, la última de las cuales prescribe la coacción.

"Si alguien ha estipulado un contrato, debe comportarse con arreglo a las cláusulas del mismo; pero si procede de modo contrario a ellas, puede dirigirse contra él un acto de ejecución a instancia de la otra parte. Ahora bien, en virtud de esta última consecuencia específicamente jurídica, aquella norma según la cual debe uno comportarse de acuerdo con lo pactado, constituye una norma jurídica, pero una norma jurídica relativamente autónoma, secundaria".

Junto a la norma secundaria que expresa la conducta debida, está la norma propiamente jurídica, que prescribe la coacción como consecuencia de la conducta indeseable, y que, precisamente por ese carácter, recibe el nombre de norma primaria.

De este somero análisis de la norma jurídica se desprenden dos consecuencias: 1°) La norma jurídica no es un mandato ni una orden, sino un juicio, esto es, una proposición que enlaza dos ideas. Indudablemente, no todas las normas positivas adoptan de hecho esta forma; de allí que el papel de la ciencia jurídica sea, precisamente, presentar todo el material producido por la autoridad en la forma del juicio hipotético antes descrito; 2°) La conducta antijurídica aparece en la norma como condición del acto coactivo. De esta manera, lo antijurídico pierde su carácter de simple negación del Derecho para transformarse en elemento integrante del Derecho mismo.

Si el efecto propio de la norma jurídica es obligar a los individuos, se comprende fácilmente que es inmanente a ella la existencia de obligaciones, de deberes jurídicos. El Deber jurídico no es otra cosa que la individualización de la norma, la concreción del precepto abstracto *en la conducta de un individuo determinado. Aplicando este concepto* a la estructura lógica que adopta la norma, puede decirse que existe, para un individuo, el deber jurídico de conducirse de determinada manera cuando su conducta contraria —y la de todos aquellos que se encuentran en su misma situación— está contemplada en la norma como condición del acto coactivo. El Deber jurídico está, por consiguiente, expresado en la norma secundaria.

Cuando entre las condiciones de la realización del acto coactivo figura la manifestación de voluntad de otro individuo, existe en favor de éste un Derecho subjetivo.

El Derecho subjetivo se configura, de esta manera, como una simple técnica destinada a poner en movimiento la coacción, y por ende, como una simple creación del Derecho objetivo.

"Como facultad, el Derecho subjetivo no está frente al Derecho objetivo como algo independiente de él, pues algo existe como derecho subjetivo sólo porque y en tanto la norma no norma al Derecho objetivo. En suma, la facultad es sólo una estructura posible y en manera alguna necesaria del contenido del Derecho objetivo, una técnica especial de que el Derecho puede servirse, pero de la que no tiene necesidad de servirse".

Los titulares de los derechos subjetivos son considerados como los sujetos del Derecho, y corrientemente se les denomina personas. Dentro de ellos se acostumbra distinguir entre las personas físicas o naturales o las personas jurídicas, entendiéndose por persona física al hombre.

Hemos visto anteriormente que el contenido de la norma jurídica está constituido siempre —sea en la condición, sea en la consecuencia condicionada— por acciones u omisiones humanas, por conducta humana. De allí que exista una estrechísima relación entre el hombre y el Derecho. Ella, sin embargo, no autoriza para considerar al hombre como sujeto del Derecho, y para identificarlo con la persona física.

El hombre, considerado en su integridad, es un fenómeno natural que puede ser objeto del conocimiento de ciencias causales, tales como la Biología o la Psicología, pero no de una ciencia normativa como la ciencia jurídica. Para la ciencia jurídica —ya lo hemos dicho— no existen otros hechos naturales que aquellos a los que la norma ha dado significación jurídica, incorporándolos a su contenido y la norma no da significación jurídica, no incorpora a su contenido al hombre como integridad psicofísica, si no ciertas y determinadas acciones u omisiones suyas. Ni siquiera las incorpora todas; hay un gran sector de la conducta humana carente de significación jurídica.

Por consiguiente, para la Ciencia del Derecho, el hombre no existe, sino a través de las acciones y omisiones humanas que la norma ha incorporado a su contenido como deberes o facultades, esto es, que ha transformado en Derecho.

El concepto de sujeto del Derecho, de persona física, al igual que el concepto de Derecho subjetivo del que es una derivación, se resuelve, pues, en la forma objetiva. Si tomamos todas aquellas normas que contienen la conducta de un hombre como deber o facultad, obtenemos una unidad normativa, un orden parcial, un sistema de normas relativamente autónomas: la unidad de ese sistema recibe el nombre de persona física.

"Y en este sentido, cabe decir que la persona física es un complejo de normas de Derecho; concretamente: el conjunto de todas aquellas normas jurídicas que tienen por contenido la conducta de un hombre, ya como deber o como facultad".

Las acciones y omisiones del hombre son susceptibles de ser referidas a la unidad de este orden parcial. Sin embargo, si a la ejecución de una acción va aneja la idea de una voluntad, es necesario distinguir cuidadosamente la voluntad psíquica del hombre, de la voluntad jurídica de la persona. Que ésta quiera la acción no significa sino que dicha acción es referida a ella porque es querida por el orden parcial cuya personificación constituye, esto es, porque es jurídicamente debida. La voluntad de la persona es el deber ser del orden jurídico parcial. No es que a una persona se le atribuya una acción u omisión porque lo haya querido, sino precisamente a la inversa: la persona sólo quiere la acción en tanto es referida al orden parcial que ella personifica, en tanto es estatuida por ese orden como debida.

Esta referencia de un hecho a la unidad de un orden, a una persona, denomínase imputación. El término adopta en este caso una significación distinta a la mencionada anteriormente, la que mientras aquélla es la forma peculiar de enlace de los hechos en la norma (imputación periférica), en el sentido en que ahora la empleamos, la imputación es la referencia de un hecho a la unidad de un orden, del cual es contenido el hecho imputado. Denomínase a ésta imputación central, y es en virtud de ella que se constituye la persona.

La estructura de las llamadas personas jurídicas es esencialmente la misma que la de la persona física. Al igual que ésta, la persona jurídica no es sino un orden regulador de la conducta recíproca de una multiplicidad de hombres que persiguen un fin común. Los derechos y deberes de la persona jurídica no pertenecen sino a los hombres que la integran, pero en tanto la norma delega en el orden parcial la determinación de los hombres que han de ejercerlos y aun la determinación de deberes y derechos específicos, los actos de estos actos son imputables al orden parcial de la asociación. La voluntad de esta persona, totalmente independiente de la voluntad psíquica de sus miembros, es, asimismo, la expresión del deber ser del orden jurídico parcial del que es personificación.

De cuanto llevamos dicho se desprende que la personificación no es sino una construcción auxiliar del conocimiento jurídico que, en un afán de clarificar y simplificar las cosas, dé forma sustantiva a esta referencia de una multiplicidad de hechos a la unidad de un orden parcial.

Sabemos que la voluntad de las personas jurídicas es el deber ser del orden cuya personificación constituyen. Sin embargo, para que tal deber sea la expresión de la voluntad de la persona —y en último término, para que ésta exista—, es necesario que el orden en que está contenida tenga validez. Sabemos, también, que la validez de un orden parcial emana de la validez del orden superior que lo creó. De allí que la voluntad de una persona jurídica, como orden parcial, depende de la voluntad del orden inmediatamente superior que le confiere validez. Establécese así una verdadera cadena de personas que, a partir de la persona física, van derivando su voluntad del orden, de la persona inmediatamente superior.

La imputación de un acto a una persona jurídica es, por consiguiente, esencialmente provisoria ya que ella no constituye sino un punto intermedio de referencia. La voluntad de la persona jurídica, a la cual se imputa el acto, es, a su vez, imputable a la voluntad del orden superior: el camino de la referencia sigue así adelante. Pero este camino no es infinito. Hay un punto final de imputación representado por un orden comprensivo de todos los demás, por el orden total, cuya voluntad no es derivable de ningún otro orden, porque es la expresión del deber ser de la totalidad del Derecho: ese orden es el Estado.

"Es determinar provisional y no definitivamente, parcial y no totalmente un acto jurídico, el imputarlo a una persona física o jurí-

dica como afirmación de una facultad o como cumplimiento de un deber. Su determinación definitiva y completa como acto jurídico se verifica en el momento en que se le sitúa en el cosmos del sistema jurídico, llevando la referencia hasta la unidad del sistema jurídico total, hasta el fundamento último de la voluntad realizadora de este acto, considerándolo como querido por el Estado imputándolo al Estado".

La voluntad del Estado se forma a través del camino ascensional de la imputación; el Estado quiere todos aquellos actos establecidos como debidos por el orden jurídico total. El Estado no es sino la personificación de ese orden. Estado y Derecho son términos idénticos.

Entendido el Estado como un orden jurídico, todos los problemas que preocupan al Derecho político se replantean como aspectos de las dos cuestiones fundamentales acerca de la vigencia y la creación de un orden.

De los llamados elementos del Estado, el territorio y el pueblo no son sino los ámbitos espacial y personal de validez del orden, y el poder, la validez misma.

Las formas de Estados (Estados simples o unitarios y compuestos o complejos) dependen sólo de la mayor o menor centralización en la vigencia y en la creación del orden.

Las funciones del Estado (legislativa, administrativa y judicial) son las diferentes etapas en la creación del orden. A este respecto cabe una aclaración. Tradicionalmente se afirma que la única creación de Derecho está en la legislación, y que la jurisdicción y administración no son sino la aplicación del Derecho, la concreción e individualización de las normas legales abstractas.

Tal concepción es errónea. Si la norma general establece en abstracto la condición del acto coactivo y este mismo, la sentencia judicial establece idéntica relación, sólo que condición y consecuencia están en ella individualizadas y concretas. En este sentido, la sentencia judicial es la concreción de la norma general, pero no por ello deja de ser una norma jurídica individual. Igual cosa ocurre con el acto administrativo, e incluso, con el negocio jurídico.

Hemos dicho que el orden jurídico es un orden jerarquizado, graduado. En este orden, la ley no representa en modo alguno el estudio superior, de tal modo que, al igual que la sentencia y demás normas individuales, constituye aplicación de otra norma que la determina jurídicamente. Si quisiéramos representar gráficamente este sistema habríamos de recurrir a la figura de una pirámide, en cuya base estarían la sentencia y el negocio jurídico, las normas más concretas e individuales, y en cuya cúspide estaría la norma fundamental que establece un legislador. Inmediatamente debajo está la Constitución, que deriva su validez de la norma fundamental.

Cada grado de la pirámide representa una fase del proceso de creación del orden jurídico y de individualización del Derecho. Cada etapa es, pues, creación de Derecho, respecto de la etapa inferior y

aplicación respecto de la superior. Legislación, jurisdicción y administración se hallan, por tanto, subordinadas entre sí: son etapas en la formación de la voluntad del Estado.

Los órganos del Estado son, de acuerdo al concepto enunciado, únicamente los órganos de creación del orden, esto es, aquellos individuos cuyos actos se imputen, directa o indirectamente al Estado (constituyente, legislador, funcionario administrativo, juez, e incluso, simples ciudadanos que realicen un acto jurídico).

Finalmente, los regímenes políticos (democracia, autocracia) no son más que la traducción de los diferentes métodos de creación del Derecho.

De todo cuanto llevamos dicho, es fácil deducir que la soberanía, que la teoría política predica como atributo del poder del Estado, no significa sino que el orden estatal no deriva su validez, no está subordinado a ninguna norma situada fuera del orden mismo; esto es, la soberanía equivale a la postulación de la norma fundamental hipotética que establece un legislador superior interno. Con ello es posible explicar como actos jurídicos los hechos que se suceden dentro del sistema y fundamentar simultáneamente su unidad. Sin embargo, no es este el único camino que puede seguirse. Antes bien, hay ciertos hechos que son inexplicables recurriendo sólo a la hipótesis de la soberanía estatal, ya que ella significa que no sólo se hace del Estado la comunidad suprema sino también la comunidad única, que comprende a todas las demás y crea la unidad del sistema jurídico. Para explicar estos hechos (por ejemplo: relaciones entre los Estados, juridicidad de la revolución triunfante en el Estado, etc.) recúrrese a otra hipótesis, que supone la existencia y la primacía de un orden internacional con relación al cual los Estados particulares no serían sino órdenes parciales. En dicho caso, la norma fundamental del Estado dejaría de ser hipotética para transformarse en una proposición positiva del Derecho Internacional. El supuesto sería, ahora, la existencia de éste.

Desde el punto de vista teorético, ambas hipótesis son equivalentes; en ambos casos se trata de un recurso del conocimiento normativo para explicar y fundamentar la unidad de su objeto. En este sentido, cabe afirmar que el empleo de cualquiera de ellas es indistinto. Sin embargo, estas hipótesis son excluyentes entre sí. Es imposible usarlas paralelamente, puesto que la misión de cada una por separado es la de fundamentar la unidad del sistema jurídico. Pretender aplicar ambas sería una contradicción esencial.

Tal es la Teoría Pura del Derecho. Su difusión y su influencia han sido enormes. Desde su aparición ha provocado ardorosas polémicas, en las que enemigos y partidarios combaten con el mismo apasionamiento. Su creador, Hans Kelsen, ha sido llamado "el jurista de la época contemporánea", y alrededor suyo se ha reunido un grupo de eminentes estudiosos del Derecho que no titubean en llamarlo maestro, y que forman la llamada Escuela de Viena. Entre los más destacados representantes de esta escuela cabe mencionar a Félix Kaufmann,

Adolf Merkl, Fritz Schreier, Josef Kunz, Alfred Verdross, todos los cuales han contribuido al desarrollo de la Teoría Pura con aportaciones valiosas y originales.

Los críticos de la Teoría Pura no son menos numerosos y notables. Incluso se ha dado el caso de que discípulos directos de Kelsen se hayan transformado posteriormente en sus implacables contradictores.

La posición que parece ganar más adeptos en la actualidad es la que considera la Teoría Pura como un aporte valioso, pero no definitivo, y, consiguientemente, plantea una superación de ella sobre la base de sus propias conclusiones. Es la posición que Carlos Cossio resume en la frase "Ir más allá de Kelsen sin dejarle", y que por otra parte han adoptado la mayor parte de los jusfilósofos españoles y americanos: Recaséns Siches, Legaz y Lacambra, el propio Cossio, García Maynez, y otros.

Como quiera que sea, la Teoría Pura ha influido, de una manera u otra, en toda la producción jurídica contemporánea. Es posible ser partidario o enemigo de Kelsen, pero es absolutamente imposible prescindir de él. Y ello, en opinión nuestra, está demostrando el hondo valor de su pensamiento y constituye su mejor timbre de gloria.

26. La filosofía del derecho en los Estados Unidos. El empirismo domina el actual pensamiento filosófico-jurídico norteamericano.

No existiendo un Derecho codificado y al inspirarse el Derecho norteamericano en la costumbre, decidiendo los jueces con equidad y procurando amoldar el Derecho a las exigencias de la época, la jurisprudencia se ha inclinado hacia la sociología. Así, la atención del jurista se centraliza tanto en el mecanismo del Derecho como en los medios jurídicos productores de efectos justos.

A) *Oliver Wendell Holmes* (1841-1935). Profesor en la Facultad de Derecho de Harvard y magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sus obras marcaron un nuevo aspecto para la filosofía jurídica en dicho país.

Entre ellas se destacan: "The Common Law", "Speaches" y "Collected legal papers".

Holmes sostuvo que el Derecho es el reflejo de la historia de una nación y que sólo a través de los estudios de las teorías jurídicas y los históricos, es posible descubrir su esencia.

Las necesidades de una época, las teorías jurídicas y morales, la concepción del interés público, ejercen gran influencia sobre la vida del Derecho.

B) *Benjamín N. Cardozzo* (1870-1938). "En sus obras "La naturaleza del proceso judicial" y "El desarrollo del Derecho", Cardozzo analiza el problema de las lagunas legales, tratando de demostrar que en el procedimiento judicial siempre existe una creación de Derecho; el juez interpreta la conciencia social y le da efectos jurídicos; y con ello al mismo tiempo contribuye a modificar la conciencia que él interpreta. El juez debe proceder a la valoración de intereses en con-

flictos, ponderándolos unos frente a los otros, a fin de conseguir, mediante su fallo, el mayor equilibrio social posible. Al tener el juez que elegir entre dos o más posibilidades lógicamente admisibles, influirán en su elección una serie de factores, entre los cuales se destacan sus creencias tradicionales y sus convicciones propias".

C) *Roscoe Pound* (1870-1964). Roscoe Pound ha sido considerado el más grande jurista norteamericano. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, sus obras han tenido trascendencia internacional especialmente en las naciones de lengua inglesa, alcanzando también países europeos e hispanoamericanos. Su obra es muy fecunda, destacándose: "La finalidad y el propósito de la Jurisprudencia Sociológica", trabajo que modificó la orientación de la filosofía jurídica de su país, dándole una inclinación sociológica.

Según Pound, "el Derecho es una institución social destinada a satisfacer las necesidades sociales mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad políticamente organizada; el Derecho es un instrumento de mejora social, de civilización, que ha de cumplir su función, realizando la felicidad general. Pound no cree en la existencia de normas jurídicas ideales con validez eterna e inmutable, ya que el Derecho debe cambiar cuando se transforman las situaciones sociales; de aquí que la validez de ideales jurídicos esté condicionada por situaciones concretas de la sociedad".

"La valoración de los medios jurídicos capaces de alcanzar la realización de la felicidad es el "interés"; así, el problema principal de la Filosofía del Derecho es el de hallar un criterio para armonizar la satisfacción de los intereses humanos; en consecuencia, el interés es para Pound el contenido del Derecho, revelando gran semejanza con el pensamiento de Rudolf von Ihering".

"Ahora bien, si el Derecho ha de realizar el interés social, será necesario saber cuáles son los intereses que el Derecho ha de proteger. En principio, Pound estima que sólo deben ser tutelados los intereses del mayor número, de modo de sacrificar al mínimo los intereses individuales; el determinar cuáles son los intereses del mayor número que el Derecho debe tutelar, corresponde al criterio del interés social, al cual define como "el interés constantemente perseguido por los pueblos civilizados a través de los órdenes jurídicos"; de esto se desprende la importancia que Pound atribuye a la filosofía jurídica en la Historia del Derecho, ya que las reflexiones filosóficas han influido en la gestación de muchas normas positivas, así como en cambios operados en muchas instituciones".

Así ha contribuido Pound al renacimiento del interés por los estudios filosófico-jurídicos en su país, llamando la atención sobre el hecho de que la Filosofía del Derecho se alza vigorosamente en todas partes del mundo, sometiendo a enjuiciamiento crítico las normas, las instituciones positivas y las doctrinas; así Pound quiere ligar la Filosofía del Derecho a las necesidades de la época actual, dejando de ser una mera especulación de gabinete.

D) *Jerome Hall.* Eminente profesor de la Universidad de Indiana, Jerome Hall ha sido a la vez uno de los más eficientes animadores de los estudios filosófico-jurídicos en los Estados Unidos. Presidió el Comité de Filosofía Jurídica de la "Association of Professors of American Law Schools", comité que realiza publicaciones a través de las cuales no sólo se conoce el pensamiento norteamericano respecto a tal disciplina, sino también el latinoamericano y el europeo.

En su obra "Integrative Jurisprudence", Hall nos indica los requisitos que ha de reunir una verdadera teoría jurídica, señalando la necesidad de que ella se funde en ideas intelectualmente defendibles, comprendiendo todos los aspectos del Derecho y proponiendo soluciones que no estén en contradicción con las propuestas por otras ciencias sociales o por otras ciencias jurídicas y no entrando en contradicción, evidentemente, con los hechos, en su aplicación práctica.

La "Integrative Jurisprudence" o Teoría Jurídica Integral, para alcanzar los mejores resultados, ha de tener por objeto la experiencia colectiva del Derecho, experiencia que Hall denomina "complejo sociológico-jurídico".

E) *Edgar Bodenheimer.* En su obra "Jurisprudence" este notable filósofo del Derecho norteamericano nos muestra su profundo conocimiento de las modalidades de la Jurisprudencia de su país, haciendo a la vez un bosquejo de teoría jurídica.

Bodenheimer considera "el Derecho un término medio entre la anarquía y el despotismo que trata de mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. La anarquía se caracteriza por el caos reinante, pues se atribuyen poderes ilimitados a todos los miembros de un grupo social; el despotismo se caracteriza por la atribución de poderes ilimitados a un solo hombre o a un solo grupo, mientras que los demás no tienen poder ninguno. El Derecho, a fin de evitar estas formas nefastas de vida social, que sólo causan inseguridad e intranquilidad, debe limitar tanto el poder de cada individuo como también el del gobierno cuando él se traduce en abuso de poder como sucede en el despotismo".

"El tipo ideal de Derecho sería el que eliminase toda acción de poder frente a los hombres, pero este tipo ideal no puede constituir una situación perdurable, porque toda la vida social tiene ciertos defectos que impiden su implantación y su existencia continuada, inestabilidad que también alcanza al Derecho. En las zonas más civilizadas y más cultas, el Derecho tiende a formar su ideal aun cuando éste no será jamás alcanzado debido a los obstáculos que presenta la realidad".

Sintetizando, podemos decir que en nuestra época, Bodenheimer ha tratado de sustentar el ideal griego de armonía o equilibrio entre la libertad y la legalidad.

27. La filosofía del derecho en América Latina. "El pensamiento filosófico jurídico latinoamericano no es un pensamiento original; lo

que se conoce generalmente con el nombre de Filosofía del Derecho Latinoamericano constituye una reelaboración de los problemas filosóficos europeos; así, podemos hablar de la historia, de la influencia del pensamiento filosófico jurídico europeo en Hispanoamérica, sin temor a equivocarnos; no olvidando, sí, que la influencia ha provenido de Europa Continental, ya que el planteamiento, los métodos en los temas jurídicos y, en general, las ideas de los pueblos angloamericanos, distan mucho de ser afines a la mente latina".

"Actualmente ha aumentado extraordinariamente el interés por la Filosofía del Derecho en nuestros países y, lo que es más, ha comenzado a desarrollarse una filosofía jurídica verdaderamente original. La Escuela Egológica del Derecho, nacida en 1944, después de la publicación de la gran obra del filósofo argentino del Derecho, Carlos Cossio, no sólo ha encontrado adeptos en su país sino también entre los juristas americanos y europeos".

"En el primer cuarto del siglo dominó en Hispanoamérica el positivismo, corriente contra la cual brotó un movimiento neotomista del pensamiento católico; sin embargo, el positivismo recibió la más dura crítica del neokantismo que surgió en Europa, alcanzando finalmente a Latinoamérica".

"Consecuencialmente, surgió el interés por Kant, y de esta suerte la influencia filosófica francesa fue reemplazada por la germano-austríaca (quizás con la sola excepción de Bergson). Así podemos decir, en síntesis, que el actual pensamiento filosófico hispanoamericano, aunque tiende progresivamente a la creación de una Filosofía del Derecho original, ha abandonado las influencias francesas, asimilando, en cambio, las corrientes alemanas, austríacas e italianas".

A) *Luis Recaséns Siches.* Nació en Guatemala en 1903. Educado en España, posteriormente se nacionalizó mexicano. Ha sido catedrático titular de Filosofía del Derecho en las Universidades españolas de Santiago de Compostela, Salamanca, Valladolid y en la Central de Madrid. Acualmente es profesor de la Universidad Central de México.

Entre sus obras más sobresalientes pueden señalarse: "La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez"; "Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico"; "Los temas de la Filosofía del Derecho"; "Vida Humana, Sociedad y Derecho"; "Notas a la Filosofía del Derecho de Giorgio del Vecchio"; "Sociología" y "Filosofía del Derecho".

Luis Recaséns Siches es una de las figuras más sobresalientes de la Filosofía del Derecho contemporáneo, que ha marcado rumbos decisivos a esta disciplina. En la plenitud de su madurez intelectual, es ya un clásico en la filosofía jurídica que ha sabido dar forma a una obra equilibrada y serena, densa en su contenido y viva e incitante en su estilo.

La formación intelectual del profesor Recaséns debe mucho a Rodolfo Stammler, Giorgio del Vecchio y Hans Kelsen, de todos los cuales fue discípulo y su filosofía es tributaria de la de Ortega y Gasset.

Para él, la Filosofía del Derecho, aunque encaminada a esclarecer lo jurídico, no es punto de partida sino estación de llegada, desde la filosofía general. Decididamente influido por el pensamiento y el magisterio de José Ortega y Gasset, y también, en parte, por otras manifestaciones del humanismo trascendental, así como por la fenomenología y la filosofía de los valores, se funda en la metafísica de la vida. Para él, filosofía es buscar una verdad primaria con certidumbre radical y que sirva de criterio o fundamento a las demás. Esta realidad es la vida o existencia humana: todo cuanto somos, hacemos y nos pasa. Afirma que todo hacer humano se hace por algo —motivo vital— y para algo —finalidad— cuya integración constituye su sentido y requiere una justificación ante el sujeto. Para elegir es necesario preferir, valorar y, por ello, la estructura de la vida es siempre estimativa.

Para el profesor Recaséns, la realidad primaria en la que debe insertarse el Derecho es la vida humana, según la doctrina de Ortega y Gasset, que él aplica a la filosofía jurídica. Para Ortega hay la vida humana viviente, auténtica, propia del sujeto plenario, y hay la vida social o colectiva, abstracta, común, funcionaria. Pero el profesor Recaséns descubre también lo que llama "vida humana objetivada", que está constituida por las obras que el hombre ha realizado: utensilios, procedimientos técnicos, cuadros, estatuas, etc. Los humanos quehaceres, realizados ya, perduran como formas de vida, como modificación o huella dejada en la realidad y vienen a adquirir una especie de consistencia objetiva. Estas formas de vida no son, pues, vida auténtica y viviente, sino vida que fue, pretérita, aunque desde luego susceptible de ser revivida por otros individuos. A esta zona de la vida objetivada pertenece el Derecho, el cual está constituido por un complejo de significaciones de estructura finalista, con un sentido e intencionalmente dirigidas a valores, significaciones que tienen forma normativa, constituyen normas de contenido histórico y poseen índole de vida social o colectiva. Por consiguiente, el Derecho es, para el profesor Recaséns, un producto humano, o sea, histórico, que consiste en una forma normativa de la vida social y que apunta a la realización de valores.

El profesor Recaséns considera que la Moral es el criterio plenario de conducta para la realización del fin supremo o destino auténtico del hombre, no considerado aislado sino también en sus relaciones con los demás, pero estudia también otras normas relativas a la conducta del individuo en sus relaciones colectivas: las reglas del trato social y las normas jurídicas. Ambas consideran al hombre como sujeto funcionario de la colectividad; ambas fundan deberes heterónomos, afectan a la exterioridad y requieren positividad, pero el Derecho lo caracteriza de modo esencial la "impositividad inexorable", nueva versión de lo que otros autores denominan la coercitividad o autarquía, consistente en una forma de imperio que en principio no quiere dejar libertad al sujeto para que cumpla o no lo ordenado, sino que trata de imponerse a todo trance.

En el problema de la Estimativa Jurídica, el profesor Recaséns ha ofrecido una nueva fundamentación de la misma y una original articulación de las cuestiones que ésta entraña. Establece la legitimidad de la estimativa jurídica, porque considera que la esencia de todo Derecho Positivo contiene una estructura valoradora, previa a la positividad y sin la cual ésta no podría darse; y afirma la raíz fundamental del criterio estimativo, la cual es "a priori", y la objetividad de ese "a priori", y establece las relaciones entre lo absoluto y lo histórico en la formación de los ideales jurídicos.

Con respecto a este último tema, el profesor Recaséns ha hecho patente una de las fallas más importantes en que incurrió el sistema ideado por Rodolfo Stammler, y ha abierto nuevas perspectivas para la solución del problema de cómo articular la realización de los valores objetivos ideales en el proceso de la historia. El problema no es de variabilidad de los valores, sino de variabilidad en los programas para su realización; se realizan en la vida humana y ésta varía, por esencia, históricamente.

El profesor Recaséns ha ofrecido, además, un nuevo fundamento de la Estimativa Jurídica, como teoría de los valores que deben orientar el Derecho. A través de un examen de la idea de justicia se plantea el problema de cuáles sean las medidas estimativas, los criterios de valores, según los cuales se deben establecer la equivalencia o la proporcionalidad armónica que ella demanda.

Ultimamente, y en especial en la ponencia presentada al Primer Congreso de la Sociedad Interamericana de Filosofía, celebrada en 1956, en Santiago, el profesor Recaséns ha realizado una nueva aportación a la Filosofía Jurídica, del más alto interés doctrinario y de la mayor trascendencia práctica.

Tradicionalmente, se ha considerado como el contenido fundamental de la Filosofía del Derecho, la averiguación de la esencia de lo jurídico y la doctrina estimativa o axiología del Derecho.

Sin embargo, al lado de aquella filosofía jurídica que el profesor Recaséns ha denominado "Académica", nos encontramos modernamente con otro variado conjunto de manifestaciones de pensamiento jurídico suscitadas por los problemas que plantea la política legislativa, y sobre todo, la aplicación jurisdiccional del Derecho. Estos estudios, en concepto del profesor Recaséns, pueden y aun deben completar, depurar y revitalizar los estudios generales de Filosofía del Derecho "Académica", para ofrecer una filosofía de la política legislativa, de la administración y de la judicial, con rango genuinamente filosófico.

B) *Eduardo García Maynez.* Nació en México, en 1908. Profesor de Filosofía Jurídica y de Etica en la Universidad Nacional de México, intelectual de amplia cultura y de saber sistemático, es uno de los más eminentes profesores de su país y una de las figuras que más influencias ejerce en el campo de la filosofía en toda la América Latina.

Como Director de prestigiosas revistas (v. gr. "Filosofía y Letras"), y de importantes series de publicaciones ("Monografías") del Centro de Estudios Filosóficos, ha aportado grandes contribuciones a la filosofía y a la Filosofía del Derecho mediante traducciones, su docencia, reseñas bibliográficas, así como también mediante numerosos libros y ensayos.

Entre sus obras más sobresalientes destacan: "El Problema Filosófico Jurídico de la validez del Derecho", "Apuntes de Etica", "Introducción al Estudio del Derecho", "Libertad como Derecho y como Poder" y "Una Discusión sobre el concepto jurídico de libertad, controversia con el profesor Carlos Cossio".

En su obra "Introducción al Estudio del Derecho", García Maynez muestra su amplio conocimiento de las teorías filosóficas y jurídicas, las que expone con bastante claridad a la vez que critica con gran lucidez. Al tratar el problema del concepto del Derecho, considera que su solución está en el sentido que se dé al vocablo, proponiendo distinguir: Derecho vigente, con validez formal, o sea, aquel al cual el Estado ha impreso validez; Derecho Positivo, o Derecho eficaz, o sea, el Derecho observado de hecho, y Derecho Natural o justo, vale decir, aquel intrínsecamente válido.

La validez formal de las normas jurídicas descansa en la concurrencia de requisitos exclusivamente intrínsecos, establecidos por otras normas jurídicas y, en último término, por la norma fundamental o Constitución.

"El Derecho Natural o Justo existe, debiendo servir de paradigma para el Derecho vigente, Derecho aquel de contenido variable, según las situaciones concretas que la experiencia jurídica ofrezca y no un código de principios externos e inmutables".

García Maynez propone una teoría que está más allá del Positivismo y del Derecho Natural; a este propósito, subraya la relación dialéctica entre la idea de un orden justo y la idea de una organización social que sea la única autorizada para formular y aplicar el Derecho. El Derecho Positivo tiene la tendencia a realizar los valores jurídicos; pero, por su parte, el Derecho Natural, al igual que todos los demás valores, posee la tendencia a realizarse en el Derecho Positivo.

"Dos son los temas de la Filosofía Jurídica según García Maynez: ontología jurídica, conocimiento jurídico, determinación de su esencia, y axiología jurídica, problema de los valores que el orden jurídico positivo debe realizar".

"Esos temas son diferentes de las tareas que competen a la "jurisprudencia técnica", es decir, a la exposición sistemática de un determinado orden jurídico".

"El primero de los temas constituye el objeto de la Teoría Fundamental del Derecho; en cuanto a los valores jurídicos, éstos son objetivos, no debiendo esta objetividad llevarnos al error de confundirlos con los "valores de legalidad", o sea, con los aceptados por el Derecho Positivo; además, son valores relativos, en cuanto suponen al hombre

y porque se refieren a más de una persona, confiriendo derechos a una en tanto que deberes a la otra; aún más, son relativos a un hecho, a un acontecimiento, indispensable para su realización, siendo aprehendido a través de una intuición emocional; de esto se desprende que, siguiendo este pensamiento, existiría una ceguera de la razón frente a los valores del Derecho y, así como el legislador puede aprehender emocionalmente los valores, para transformarlos en "valores de legalidad" incorporándose en esta forma al orden positivo, nada impide a otros aprehenderlos a fin de realizarlos en sus relaciones.

García Maynez comienza el estudio de este tema considerando insuficiente la definición tradicional de libertad ("facultad de hacer u omitir aquello que no está prohibido ni ordenado"), ya que dicha definición sólo indica los límites del derecho de libertad, pero no su esencia.

"Ella es un derecho de segundo grado que consiste en la posibilidad de optar, a su arbitrio, entre el ejercicio o no ejercicio de un Derecho subjetivo; ella está "fundada" en otra "facultad de primer grado, que es el Derecho subjetivo. Ella constituye una forma categorial de manifestación de todo Derecho subjetivo, absoluto o relativo, privado o público, que no se agote en la facultad de cumplir con un deber propio. La facultad de opción es precisamente la libertad jurídica; ella no debe confundirse con la de emplear los medios que permiten alcanzar un propósito, ni menos aún con la de cumplir lo ordenado, "pues no es lo mismo tener el derecho de recorrer el camino, que estar autorizado a optar entre varios a fin de llegar a determinado sitio".

El ensayo de García Maynez sobre la libertad jurídica suscitó una larga polémica con el profesor argentino Carlos Cossio, en la cual el primero escribió otro ensayo como respuesta.

En su Teoría del Derecho, García Maynez sigue, aunque críticamente, a Hans Kelsen.

"Así, por ejemplo, subraya el carácter normativo del sistema jurídico y acepta la teoría kelseniana del orden jurídico piramidal basado en la norma fundamental, pero esto no es suficiente, porque, al suponerlo no dependiente de ninguna otra norma superior a ella, Kelsen sólo está tratando de evitar el problema de la validez última de Derecho; según García Maynez, este problema sólo puede ser resuelto por la Filosofía del Derecho, en tanto que ella descubra el principio metafísico sobre el cual se funda la validez del orden jurídico positivo".

"Para que el Derecho sea válido desde el punto de vista filosófico, es necesario que realice valores objetivos, de los cuales la Justicia es el más alto. La Justicia es un valor absoluto, idéntico en todos los tiempos y lugares, aunque las concepciones contingentes que sobre dicho valor se formen los individuos y las naciones sean varias".

"Además, ataca la tesis kelseniana de que el Derecho subjetivo es un nuevo reflejo del Derecho objetivo; y por lo que atañe a otro punto,

no es partidario del modo como Kelsen trata el problema de la relación entre la validez y la eficacia del Derecho".

C) *Miguel Reale.* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sao Paulo, es autor de "Fundamentos del Derecho", "Meditación sobre el mundo eterno" y "Una teoría estimativa del Derecho"; la primera y la última de estas obras ofrecen una síntesis a la vez que una crítica de las escuelas y tendencias contemporáneas del mundo entero.

Reale sostiene un Derecho Natural, al que denomina "realismo cultural" y que constituye una crítica frente al positivismo jurídico y una victoria sobre éste.

"El sociologismo jurídico sólo ve los hechos; las teorías formalistas y técnicas sólo atienden a las normas; el hecho jurídico constituye una integración de elementos sociales en un orden normativo de valores. El Derecho posee un substrato social en el cual son realizados de modo concreto los valores de una determinada cultura, pero además consta de normas que se originan por la urgencia de seguridad. En esta forma, Reale, a través de su "realismo cultural", evita las exageraciones del sociologismo jurídico y de las teorías formalistas".

"El fundamento último del Derecho radica en la naturaleza humana, en las tendencias naturales del hombre, considerando a éste en el sentido de un ser racional destinado por la naturaleza a vivir en sociedad y realizar sus fines superiores. Todo ser humano representa un valor y la persona humana es el valor fuente de todos los valores".

"El valor que constituye el fin del Derecho es la Justicia, la cual no sólo puede ser realizada en la vida social. Si bien para el jurista el Derecho es una norma, ésta no puede ser entendida por sí misma, sin tomar en cuenta su contexto social y los valores que concretamente se realizan en ello. En la idea de Justicia, Reale sigue a Santo Tomás, así como también en la importancia que concede al "bien común".

En síntesis, Reale sostiene que la norma es el resultado de la integración del "hecho" en un "valor".

D) *Carlos Cossio y la Teoría Egológica del Derecho.* Carlos Cossio nació en Argentina en 1903. Desempeñó la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata, y es una de las figuras más destacadas en el campo filosófico-jurídico en Latinoamérica. Su influencia ha sido considerable, y su obra de gran jerarquía intelectual. Entre sus escritos más importantes cabe mencionar: "La Valorización Jurídica y la Ciencia del Derecho", "La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad", "La Plenitud del Ordenamiento Jurídico" y "El Derecho en el Derecho Judicial".

Los Fundamentos de la Teoría Egológica del Derecho, podemos sintetizarlos en la siguiente forma:

"Carlos Cossio, en su Teoría Egológica, intentó fundar una Filosofía del Derecho Postivo distinta de la filosofía científica del positivismo. En consecuencia, la egología jurídica no considera a la Filosofía

del Derecho como una síntesis de los resultados de las ciencias jurídicas, pues entonces sería inútil su misión, porque redundaría en una repetición de lo que aquellas ya habían establecido sino que, por el contrario, entiende Cossio por "Filosofía de la Ciencia del Derecho", la que es útil al jurista, explicándole cómo piensa jurídicamente".

"Al examinar las relaciones entre la Filosofía del Derecho y la ciencia jurídica, estableció un dilema para el jurista, que no puede ser desconocido por quienes se ocupan de estos problemas. Según Cossio: "si la ciencia y la filosofía, difiriendo en el método, investigan el mismo objeto, una de dos: o la filosofía llega a la misma conclusión que la ciencia, y entonces no tiene razón esta duplicidad del trabajo, o la filosofía llega a conclusiones diversas de la de las ciencias; en este caso, la ciencia tendrá primacía, porque se sustenta sobre datos. En ambos casos, pues, la filosofía es inútil. Solamente encontrando un nuevo objeto de valor para la ciencia, mientras no sea un objeto científico, la filosofía garantizará su existencia".

"El presente dilema de Cossio, de origen kantiano y reflejo de la "pureza metódica" de Kelsen, lo llevó a construir la Teoría Egológica del Derecho, que a pesar de tener un objeto diverso de la ciencia, es indispensable para las investigaciones científicas sobre el Derecho. La Filosofía del Derecho, según Cossio, sólo tiene utilidad para la ciencia jurídica porque aclara al jurista cómo piensa científicamente el Derecho, y no tiene utilidad alguna para solucionar los problemas científicos no resueltos aún por la jurisprudencia, pues, como pone de relieve, las ciencias jurídicas, por sus lagunas, no pueden recibir ayuda directa de la Filosofía del Derecho".

"La filosofía jurídica egológica se divide en ontología jurídica, lógica jurídica formal, lógica jurídica trascendental y axiología jurídica. La "lógica jurídica formal", que es el único punto en que la Teoría Egológica se aproxima a la Teoría Pura del Derecho, tiene por objeto la indagación del pensamiento del jurista cuando ejerce su actividad de tal, o sea, cuando piensa a través de normas. La "lógica jurídica trascendental" no pretende distinguir al jurista de la norma, ni describir el modo peculiar de pensar de aquél, pero investiga lo que entiende por jurídico el jurista. Considerando la egología que éste es antes que nada un hombre, y que por ello valora el mundo, vive estimando las cosas y, siendo el Derecho un objeto cultural por ser una realidad que se refiere a los valores jurídicos, investiga en la "axiología jurídica" el valor jurídico puro".

"Cossio sostiene que el Derecho en su "esencia" se presenta como conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Considerándolo como tal, lo distingue de los objetos naturales que son gobernados por el principio de causalidad, pues aquélla se caracteriza por la posibilidad de crear, en todo momento, cualquier cosa de nuevo. De ahí que las conductas no se presenten en forma idéntica, sino con trazos comunes, dotados de generalidad, o sea, como tipos de comportamiento. Lo que individualiza a la conducta es la libertad, la posibilidad del prota-

gonista de la vida jurídica de crear cualquier cosa de nuevo y no es posible considerarla como un ser, pero sí como un deber ser existencial. De esta forma, en toda conducta jurídica, que constituye el objeto de la Ciencia del Derecho, existe un "ego", un "yo actúo". En consecuencia, el objeto de la jurisprudencia en cuanto a conducta es un objeto sujeto al mismo tiempo".

"La libertad es, pues, según Cossio, la caracterización de la conducta. Por eso no es posible al Derecho desconocerlo, pues, como conducta intersubjetiva que es, es libertad, deber ser existencial".

"La intuición de la esencia del Derecho como libertad acarrea, lógicamente, la acepción del axioma egológico, enunciado por Cossio en la siguiente forma: "Todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, axioma que supone como presupuesto la libertad humana".

"Este axioma egológico, considerado como "juicio sintético a priori, fundado en la intuición de la libertad", constituye uno de los postulados básicos en la teoría de Cossio".

"La Teoría Egológica acepta la tesis de Kelsen de que la norma jurídica establece un deber ser, o sea, que dado un antecedente debe ocurrir cierta consecuencia: dado A debe ser B, es la fórmula kelseniana. Todos reconocemos la importancia de esta tesis de Kelsen, según la cual el mundo, en relación con el Derecho, se distingue en ser gobernado por la ley natural, por el principio de causalidad, y en deber ser, de la ley jurídica, de las normas de las posibilidades. Kelsen, al no admitir en la Teoría Pura ninguna investigación metafísica, ninguna ideología, considera al deber ser jurídico, antiaxiológicamente, pues se trata de un deber ser que establece cómo es el Derecho, o sea el realizado por la norma positiva, y no el que debería realizar el Derecho. Así, el deber ser de Kelsen no reflexiona en los valores, en la justicia, en la seguridad, en la paz, en fin, no admite un juicio de valor sobre el Derecho Positivo".

"Carlos Cossio admite la tesis de Kelsen de que el Derecho establece un deber ser, pero no el deber ser kelseniano: dada una conducta se impone una sanción, pues así sólo comprendería el caso de inobservación de la norma. El deber ser egológico tiene otra extensión y comprensión de los fenómenos jurídicos, y supera al deber ser kelseniano al establecer que en la experiencia jurídica a una conducta deberá corresponder otra, que no siendo observada acarrea la aplicación de una sanción. De ahí que represente su deber ser con la siguiente fórmula: dado H debe ser P, o dado no P debe ser S.

"Carlos Cossio acepta una pluralidad de valores jurídicos pues sostiene que pertenece a la esfera del Derecho todo valor que posee la estructura de alteridad. Son así valores jurídicos los siguientes: 1° el orden; 2° la seguridad; 3° el poder; 4° la paz; 5° la cooperación; 6° la solidaridad, y 7° la justicia. Esta serie de valores que ocupan la posición inicial de esta serie son "menos valiosos" que los valores; está orientada por los siguientes principios: los valores que se hallan inmediatamente

arriba; así "vale más la justicia que el orden en el sentido de que a la intrínseca cualidad de la primera le conferimos mayor dignidad y jerarquía que a la intrínseca del segundo". Partiendo, entre tanto, desde los últimos valores de esta serie hacia los valores iniciales, pasamos de "valores fundados a valores fundantes", o sea, que los valores de posición inferior son a pesar de todo más fuertes que los valores de posición superior, en el sentido de que éstos no pueden realizarse si aquéllos lo impiden; un valor superior no puede ser realizado en forma contraria a su inferior y, en cambio, puede existir un valor inferior negado por el superior".

Este breve análisis de la Teoría Egológica demuestra que "Cossio no dio ropaje nuevo a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, como muchos han señalado, no sólo en la Argentina, sino en otros países, sino que procuró completar la Teoría Pura del Derecho con una teoría de los valores jurídicos y una investigación ontológica del Derecho. En verdad, partiendo de la teoría de Kelsen fue más allá, sin abandonar no obstante las ideas del jefe de la Escuela de Viena, conforme el mismo señaló al expresar que se debe "ir más allá de Kelsen sin abandonarlo". Sostener que la teoría de Cossio es un disfraz de la de Kelsen, es una afirmación errónea, que tiene por causa un conocimiento insuficiente, no sólo de la Teoría Pura del Derecho, sino también de la Teoría Egológica".

28. La filosofía del Derecho en Chile. 1. *Siglos XVII y XVIII.* Durante los siglos XVII y XVIII la Filosofía del Derecho es tratada en Chile en forma incidental en las obras de Teología, Filosofía General, Política, etc. Tal es el caso de los libros de Francisco de Pineda Bascuñán y de Alonso Briseño.

2. *Siglo XIX.* Durante el siglo XIX, se manifiesta una inquietud por los temas de Filosofía Jurídica que se concretiza en las obras de Camilo Henríquez y de Juan Egaña.

Posteriormente se destacan las obras de José Joaquín de Mora (1783-1884), "Derecho Natural y Derecho de Gentes" (1830); José Miguel Varas (1807-1833), "Lecciones elementales de Moral" (1828) y "Elementos de ideología" (1830), en colaboración con Ventura Marín; Ventura Marín (1806-1877), "Elemento de la Filosofía del Espíritu Humano" (1834-1835); Andrés Bello (1781-1865), "Principios del Derecho de Gentes" (1886) y "Apuntes sobre la teoría de los sentimientos morales de Mr. Jouffroy" (1884); Ramón Briseño (1814-1910), "Curso de Filosofía Moderna para el uso de los Colegios hispanoamericanos y particularmente para los de Chile" y "Curso de Derecho Natural" (1856); José Antonio Lira (1838-1906), "Filosofía del Derecho o Derecho Natural" (1877); Francisco Bilbao (1823-1865), "El Evangelio Americano" y "La ley de la historia" (1897-1898); José Victorino Lastarria (1817-1888), "Elementos de Derecho Público Constitucional" (1846) y "Lecciones de Política Positiva" (1874); Rafael Fernández Concha (1832-1912), "Derecho Público Eclesiástico" (1872), "Filosofía

del Derecho o Derecho Natural" (1881), "Del hombre en el orden psicológico, en el religioso y en el social" (1900); Valentín Letelier (1852-1919), "Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales" (1917), "Génesis del Derecho y de las instituciones civiles fundamentales"; Manuel Salas Lavaqui, "Filosofía del Derecho conforme a los principios de la evolución"; Francisco Ginebra (1839-1907), "Elementos de Filosofía para el uso de los Colegios de Segunda Enseñanza. Principios de Etica y Derecho Natural" (1889); Antonio Huneeus Gana (1870-1951), "Lecciones de Principios de Derecho destinadas a los alumnos de la Universidad" (1898), "Derecho Natural" (1904); Rafael Luis Díaz Lira, "La Sociología, las Ciencias y la Filosofía del Derecho" (1905); Alejandro Alvarez Jofré (1868-1960), "Necesidad de una nueva concepción del Derecho" (1920); José Guillermo Guerra (1871-1936), "Filosofía del Derecho" (1924), "Introducción al Estudio del Derecho".

3. *Siglo XX.* En el siglo XX asistimos a un desarrollo importante de la Filosofía del Derecho en varias direcciones:

A) *El iusnaturalismo cristiano.* En esta tendencia se destacan Sergio Contardo, "Actualidad del tomismo" (1955); Andrés Cúneo, "Materiales para un estudio del fenómeno jurídico" (1974); Carlos Domínguez, "Los principios del cristianismo social" (1950); Carlos Hamilton, "Introducción al Estudio del Derecho" (1949) e "Introducción a la Filosofía Social" (1949); Jorge Iván Hübner, "Notas para una Ontología Jurídica" (1949), "En torno a las ideas de Cossio" (1950), "Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica y a la teoría de la Institución" (1951), "Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales" (1952), "Manual de Filosofía del Derecho" (1954), "Acotaciones en torno al concepto del Derecho" (1955), "La Filosofía del Derecho en Chile" (1960), "Introducción al Derecho" (1966), "Acotaciones sobre Derecho Institucional o Estatutario" (1966), "Panorama de los Derechos Humanos" (1973); Pedro Lira Urquieta, "Concepto y fin del Derecho" (1951), "La noción del bien común" (1964); Máximo Pacheco Gómez, "Principios fundamentales de la Doctrina Social Cristiana" (1947), "Política, Economía y Cristianismo" (1948), "Principios fundamentales y concepto de Derecho" (1949), "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales" (1951), "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales" (1952, 1953, 1954, 1955, 1956), "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales" (1958, 1960, 1962, 1964, 1971, 1972), "Introducción al Estudio de las Ciencias Sociales" (1955), "La Universidad de Chile" (1955), "Historia de las Ideas Políticas" (1958); "La Universidad contemporánea en Italia" (1958), "Tendencias actuales de la Filosofía Jurídica" (1959), "Historia y Misión de la Universidad" (1959), "El Concepto de Introducción al Estudio del Derecho" (1961), "Teoría Marxista del Derecho y del Estado" (1964), "Educación y Cultura para el pueblo" (1970), "La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen" (1971), "Introducción al Derecho" (1976); Enrique Pascal, "De la

justicia" (1964); Roberto Peragallo (1872-1954); Julio Philippi, "Del Derecho individualista a un derecho humano" (1940) y "La teoría de la institución" (1942), "Notas sobre la posición de la persona ante la sociedad" (1951), "Bien común y justicia social" (1961); Fernando Quintana, "La inducción en Ciencia Jurídica" (1970), "El problema de la justicia en Kelsen" (1974); Carlos Vergara, "Introducción al Estudio del Derecho" (1947); Monseñor Francisco Vives, "Introducción al Estudio del Derecho" (1936) y "Filosofía del Derecho" (1941); Jaime Williams Benavente, "La Filosofía del Derecho en Chile en el siglo XX" (1968), "Panorama de la Filosofía Jurídica en Chile" (1969), "Algunos aspectos de la libertad según John Locke" (1972), "Il problema della Legge giuridica naturale in Pascal" (1972), "Una aproximación existencial a la axiología jurídica" (1974), "Las perspectivas del conocimiento jurídico" (1974).

B) *La axiología jurídica.* La figura más destacada de esta tendencia es Jorge Millas, "Las dos clases de proposiciones en la Ciencia del Derecho" (1954), "Sobre los fundamentos reales del orden lógico formal del Derecho" (1956), "Filosofía del Derecho" (1960), "El desafío espiritual de la sociedad de masas" (1967), "Derecho y Sociedad de Masas" (1964), "Aristóteles, la justicia como acción igualadora" (1967), "Derecho y sociedad de masas" (1974).

C) *El positivismo jurídico.* En esta tendencia podemos señalar a Adolfo Carvallo, "El Derecho Natural y el Derecho Positivo" (1934), "Definición del Derecho" (1945), "Métodos de Interpretación en la Ciencia del Derecho" (1962), "Manual de Introducción al Derecho" (1969).

D) *Tendencia kelseniana.* En una tendencia inspirada en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen está el profesor de la Universidad de Chile, Antonio Bascuñán Valdés, "Manual de Introducción al Derecho" (1969); Juan Enrique Serra, "La concepción de la ética en general" (1962), "Reflexiones acerca del cambio y la sociedad" (1968), "Referente a la pureza de la teoría kelseniana" (1974); y Agustín Squella, "El problema de la validez del Derecho" (1972), "Tres alcances sobre la creación judicial" (1972), "Validez y eficacia del Derecho en la teoría de Hans Kelsen" (1974).

E) *Sincretismo jurídico.* En una tendencia que trata de conciliar doctrinas diferentes está el destacado catedrático de la Universidad de Chile, Aníbal Bascuñán Valdés, autor de "La subordinación política en el Tahuantinsuyo" (1930), "Crítica del Socialismo" (1932), "Pro-Seminario de Derecho" (1936), "Boletín del Seminario de Derecho Público" (1932-1951), "El hecho cotidiano" (1940), "Criminalidad y Penología en Chile Indiano" (1941), "Manual de Técnica de la Investigación jurídica" (1948, 1954, 1961, 1971), "Elementos de Historia del Derecho" (1951), "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales" (1954 y 1960), "Pedagogía jurídica. Cinco Estudios" (1954),

"Declaración de Principios sobre la Enseñanza del Derecho en América Latina" (1959-1961), "Elementos de Ciencia de la Administración Pública" (1963), "Universidad. Cinco Estudios para una Teoría de la Universidad Latinoamericana" (1963), Ensayos "Evaluación de los Estudios de Derecho" (1963), "Ciencia General del Derecho" (1971), "Metas para un Curso de Teoría General de las Ciencias Socio-Normativas" (1975).

F) *El existencialismo jurídico.* En esta tendencia podemos señalar a Julio Ruiz (1909-1965), "Apuntes para una filosofía humanista del Derecho Positivo" (1957).

G) *La lógica jurídica.* En esta tendencia sobresale José R. Echeverría, "Elementos para una teoría sobre la naturaleza de los derechos subjetivos" (1953), "Norma jurídica y derecho subjetivo".

Una información muy completa sobre las tendencias de la Filosofía del Derecho en Chile se encuentran en la obra del profesor de la Universidad de Chile, Jaime Williams: "Panorama de la Filosofía Jurídica en Chile".

En el último tiempo se ha manifestado un gran interés por los estudios filosóficos jurídicos en los estudiantes de la Universidad de Chile, de la Universidad Católica de Chile, de la Universidad Católica de Valparaíso y de la Universidad de Concepción, muchos de los cuales están realizando sus tesis para obtener el grado de licenciado en las respectivas Facultades de Derecho, sobre temas de Filosofía Jurídica.

Por todo lo expuesto creemos que en la actualidad estamos en presencia de un resurgimiento de los estudios filosófico-jurídicos y podemos mirar con esperanza el porvenir en nuestra patria, en lo que a nuestra disciplina se refiere.

IV. CONCEPTO DEL DERECHO

Consideramos que es posible establecer un concepto unitario del "Derecho" que sea fundamental, que refleje la esencia de lo jurídico en cualquiera de sus aspectos y que sea presupuesto de toda experiencia jurídica.

Hemos visto que la justicia, de acuerdo con la célebre definición de Santo Tomás de Aquino, es "hábito según el cual alguno, con constante y perpetua voluntad da a cada uno su derecho" [22].

De consiguiente, lo propio de la justicia es ordenar o regir las actividades de las personas en relación a los demás integrantes de la sociedad; porque la justicia, como su nombre lo evidencia, implica cierta igualdad, armonía, proporción y orden. Así, pues, lo que está conforme con la justicia, lo que tiende a ella como a su objeto propio

[22] SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica.* II-II, c. 58, a.

no se determina en relación al sujeto actuante, sino que lo recto es el acto de justicia.

En consecuencia, se da el nombre de "justo" a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aun sin tener en cuenta como lo ejecuta el agente.

Tenemos, entonces, que el objeto de la justicia, lo que se denomina "lo justo", es determinado por la naturaleza propia de las cosas, y no subjetivamente, atendiendo al sujeto. Tal es, esencial y propiamente, lo que se denomina el Derecho.

Es efectivo, y nosotros también lo hemos señalado, que se acostumbra dar el nombre de Derecho a las normas que establecen esta limitación objetiva del obrar de los sujetos en el seno de la comunidad social, es decir, a las leyes positivas; que también se denomina Derecho al conjunto de las normas jurídicas; y que reciben, asimismo, tal nombre las pretensiones atribuidas por ellas a cada sujeto, esto es, los derechos subjetivos. Pero estas diversas acepciones no dicen relación con el concepto absoluto y esencial del Derecho; y aun cuando nosotros también hemos conservado la denominación y procurado estudiar el fundamento de cada una de ellas, y en especial del Derecho en sentido objetivo y de los derechos subjetivos, no hemos con ello renunciado a dar el concepto esencial del Derecho.

Tenemos, entonces, que, en sentido riguroso, el Derecho es el ajuste exterior de las acciones de una persona en relación con las exigencias de otra. El Derecho es lo mismo que lo igual, que lo adecuado.

Ahora bien, este ajustamiento, que es esencialmente el Derecho, no puede hacerse sino de dos modos: o por la naturaleza de las cosas o por la voluntad de los hombres.

Cuando él se produce por la naturaleza propia de las cosas estamos en presencia del Derecho Natural. Este, hablando en sentido riguroso, no es el Derecho, sino la expresión de los principios de justicia que rigen las relaciones de los sujetos y que deben servir de fundamento de toda regulación positiva de la convivencia humana. El Derecho Natural es el que hace posible el Derecho; el que procura el ajuste exterior de las acciones atendiendo a la naturaleza propia de los sujetos; y, al mismo tiempo, la fuente de donde emanan los derechos subjetivos.

En el seno de la sociedad, quien procura este ajustamiento, es decir, quien realiza el Derecho, es la norma jurídica positiva que, según hemos visto, es aquella norma de conducta exterior, bilateral, determinada, imperativa y coactiva, que regula las acciones de los sujetos en sociedad con el fin de establecer un ordenamiento justo de la convivencia. La norma jurídica, por consiguiente, no es tampoco el Derecho, sino el instrumento que hace posible el Derecho. La norma jurídica no es lo justo, sino la razón de lo justo.

La ley natural y la positiva (hablamos ahora de la ley porque nos parece más riguroso y con el objeto de evitar confusiones), atribuyen pretensiones a un sujeto frente a otro sujeto, al cual, por esto mismo,

se le señala un deber. Son estas pretensiones, precisamente, las que reciben el nombre de derechos subjetivos, los cuales son aquellas facultades inviolables que la norma reconoce como subsistentes en todo sujeto para obrar de un modo racional y alcanzar su fin.

La persona jurídica, que es responsable de sus actos y sujeto necesario de obligaciones, puede ser, asimismo, sujeto de derechos, si es colocada frente a otros sujetos que puedan entorpecerla en la consecución de su propio destino. De tal manera que, como también lo hemos visto, si existiera en el mundo una sola persona, ésta no tendría derechos, pues ellos sólo surgen cuando hay alguien que, en virtud de la ley eterna, natural o positiva se ve precisado a dar a otro lo que le pertenece. Luego, los derechos no están necesariamente incrustados en las personas como en una fuente ilimitada de poder; sino que, como el acto propio de la justicia es dar a cada uno lo que es suyo, los derechos se poseen en relación a otro y no pueden existir sin la diversidad de sujetos obligados unos para con otros. Ahora bien, estos sujetos del Derecho no son solamente los hombres, sino también las personas jurídicas colectivas.

Estas facultades reconocidas a los sujetos no se originan y desenvuelven en forma divergente o paralela, sino que, por el contrario, se armonizan en un orden jurídico racional.

De todo lo dicho podemos inferir, también, que los derechos reconocidos por el ordenamiento natural o positivo a las personas jurídicas individuales y colectivas, no constituyen tampoco "el Derecho"; sino que ellos son, fundamentalmente, aquellas facultades que las leyes naturales y positivas reconocen a los sujetos con el fin de procurar este ajustamiento que se denomina el "Derecho".

Precisaremos, a continuación, las notas características del "Derecho":

a) El Derecho es una forma necesaria del vivir social, lo mismo que la vida social es una forma esencial de la existencia humana. "Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus".

Como realidad social, el Derecho no tiene existencia en la vida individual. Es verdad que la vida social tiene su raíz en la vida personal, pero el Derecho no existe como tal en la vida personal.

Que el Derecho es forma de vida social tiene una significación ontológica, cual es, que el quehacer humano se desenvuelve en la vida de relación necesariamente en forma jurídica. El Derecho es la forma misma de la sociedad, la cual es, a su vez, una de las formas de la vida humana.

b) La sociedad no se reduce a un conglomerado fortuito de sujetos, sino a un orden de cooperación y coexistencia y a una comunidad de fines entre personas. Precisamente, en esto consiste la convivencia, en la comprensión que cada sujeto tiene de la dignidad y derechos de sus semejantes.

El Derecho pretende realizar la sociedad como comunidad concreta; y, por ello, constituye un orden de relaciones de la vida social.

c) Para que el Derecho sea o exista como tal, esto es, para que constituya la forma social de vida de una comunidad, el orden de relaciones ha de ser la expresión de un ideal ético de justicia; porque no pueden existir formas sociales de vida contrarias a la justicia o al margen de una vivencia de la justicia que, por su intensidad, se convierta en una vigencia social.

d) Si el Derecho es realización de la justicia en la vida social, su contenido se traduce formalmente en una delimitación de las esferas correlativas de facultades y deberes, conjugando las exigencias de la autonomía individual con las del bien común. Mediante la existencia del Derecho (en sentido objetivo) cada persona conoce sus derechos (en sentido subjetivo) y sus deberes.

e) El Derecho, al delimitar esferas de libertad y deber, atribuye, también, a cada sujeto un patrimonio jurídico, lo que, con referencia a la idea de justicia, se llama lo suyo de cada uno, que debe determinarse en atención a las circunstancias histórico-sociales en que se desarrolla la existencia de las personas.

Sobre la base de estos elementos podemos manifestar que el Derecho es la expresión de los principios de justicia que regulan las relaciones de las personas en sociedad y determinan las facultades y obligaciones que les corresponden, considerando las circunstancias histórico-sociales.

CUESTIONARIO

1. *¿Cuál es la región del universo a que pertenece el Derecho?*
2. *El Derecho, ¿es valor puro?*
3. *¿Cuál es la esencia del Derecho?*
4. *¿Cuál es la realidad del Derecho?*
5. *¿Cuál es el punto de vista axiológico sobre el Derecho?*
6. *¿Cuál es el punto de vista normativo sobre el Derecho?*
7. *¿Cuál es el punto de vista sociológico sobre el Derecho?*
8. *¿Qué problemas presenta la definición del Derecho?*
9. *Redacte una breve síntesis del concepto de Derecho de:*
   - *a) Aristóteles*
   - *b) Santo Tomás de Aquino*
   - *c) Tomás Hobbes*
   - *d) Juan Jacobo Rousseau*
   - *e) Manuel Kant*
   - *f) Federico Carlos de Savigny*
   - *g) Rodolfo von Ihering*
   - *h) Guillermo Federico Hegel*
   - *i) Carlos Marx*
   - *j) Rodolfo Stammler*
   - *k) Oliver Wendell Holmes*
   - *l) Roscoe Pound*
   - *m) Giorgio del Vecchio*
   - *n) Hans Kelsen*
   - *o) Carlos Cossio*

10. *¿Qué diferencias fundamentales existen entre el concepto de Derecho de:*

    a) Aristóteles y Tomás Hobbes
    b) Santo Tomás de Aquino y Juan Jacobo Rousseau
    c) Federico Carlos de Savigny y Manuel Kant
    d) El jusnaturalismo católico y el positivismo
    e) El positivismo y el marxismo
    f) Andrés Bello y el totalitarismo
    g) Giorgio del Vecchio y Carlos Cossio?

11. *Estudie el pensamiento filosófico jurídico de uno de los siguientes tratadistas chilenos:*

    a) Andrés Bello
    b) Rafael Fernández Concha
    c) José Victorino Lastarria
    d) Valentín Letelier
    e) Jorge Millas.

12. *Desarrolle su concepto del Derecho.*

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. *Manual de Introducción al Derecho.* Tomo II. Capítulo I. Parte Segunda. Págs. 5 a 10 y Págs. 22 a 26.

BATTAGLIA, FELICE. *Curso de Filosofía del Derecho.* Tomo II. Págs. 4 a 16 y Págs. 101 a 121.

BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho.* Parte Tercera. Págs. 26 a 43 y Págs. 250 a 258.

CAPITANT, HENRI. *Introduction a l'étude du Droit Civil.* Parte Primera. Capítulo I. Págs. 23 a 25.

CATHREIN, VICTOR. *Filosofía del Derecho.* Introducción. Págs. 1 a 10 y Págs. 51 a 71.

COING, HELMUT. *Fundamentos de Filosofía del Derecho.* Parte Primera. Capítulo II. Págs. 31 a 51. Págs. 108 a 131 y Págs. 233 a 265.

COVIELLO, NICOLÁS. *Doctrina General del Derecho Civil.* Capítulo I. Págs. 1 a 4.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho.* Tomo I. Parte Sistemática. Págs. 90 a 103.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Supuestos, Concepto y Principios del Derecho.*

ENGLISCH, KARL. *Introducción al Pensamiento Jurídico.* Capítulo VI. Págs. 137 a 169.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *El Concepto del Derecho.*

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho.* Capítulo IV. Págs. 36 a 48.

GENY, FRANÇOIS. *Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif.*

GUSMAO, PAULO DOURADO DE. *El pensamiento jurídico contemporáneo.*

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho.* Págs. 1 a 23.

HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. *El Concepto del Derecho.* Parte Segunda. Capítulo II. Págs. 116 a 121. Págs. 179 a 181. Págs. 283 a 302.

JENOFONTE. *Recuerdos de Sócrates.* Apología. Simposio. Libro IV. Capítulo IV.

KANTOROWICZ, HERMANN. *La Definición del Derecho.*

KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Capítulo III. Págs. 65 a 70.

LATORRE, ANGEL. *Introducción al Derecho.* Parte Primera. Págs. 11 a 35. y Págs. 80 a 86.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Parte Segunda. Págs. 146 a 175.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Parte Segunda Págs. 167 a 196. Págs. 246 a 251. Págs. 453 a 458.

MIRAGLIA, LUIS. *Filosofía del Derecho.* Capítulo VII. Págs. 159 a 180.

RADBRUCH, GUSTAVO. *Filosofía del Derecho.* Págs. 43 a 52 y Págs. 102 a 114.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Vida Humana, Sociedad y Derecho.* Capítulo I. Págs. 33 a 41.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Págs. 51 a 58.

RENARD, GEORGES. *El Derecho, la Lógica y el Buen Sentido.*

RENARD, GEORGES. *El Derecho, la Justicia y la Voluntad.*

RENARD, GEORGES. *El Derecho, el Orden y la Razón.*

SCHREIER, FRITZ. *Concepto y formas fundamentales del Derecho.*

TORRE, ABELARDO. *Introducción al Derecho.* Capítulo I. Sección Primera. Págs. 20 a 27.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

AFTALION, Enrique R.; GARCIA Olano, Fernando; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho.* Quinta Edición. Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1956. Dos Tomos.

AGUSTIN, San. *Obras de San Agustín.* Segunda Edición. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1951.

AHRENS, Enrique. *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho.* Traducción de Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asenci. Sexta Edición. Imprenta de Ch. Bouret, Bélgica, 1887.

ALEXANDROV, N. G. y otros. *Teoría del Estado y del Derecho.* Traducción de A. Fierro. Editorial Grijalbo, México, 1962.

ANDREA, Miguel de, Monseñor. *La Verdadera Democracia.* En Discurso de 9 de abril de 1947.

ARCHIVES de Philosophie du Droit. *L'interprétation dans le Droit.* Editorial Sirey, París, 1972.

ARISTOTELES. *Obras Completas.* Traducción de Patricio Azcarate. Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, 1967.

AUBERT, Vilhelm. *Sociología del Derecho.* Traducción de Julio Valerio Roberts. Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1971.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined.* The Noonday Press, New York, 1954.

AYALA, Francisco. *Historia de la Sociología.* Editorial Losada, Buenos Aires, 1947. Dos Tomos.

AYLWIN Azócar, Patricio. *Manual de Derecho Administrativo.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1952.

AZCARATE Y ROSELL, Carlos. *Estudios de Filosofía del Derecho.* Editorial F. Verdugo, La Habana, 1940.

BALMACEDA Lazcano, Carlos. *El Estatuto de las Personas Jurídicas.* Imprenta El Imparcial, Santiago, 1943.

BALLADORE Pallieri, Giorgio. *La Crisis de la Personalidad del Estado.* En la obra: "La Crisis del Derecho". Traducción de Marcelo Cheret. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

BALLESTEROS, Jesús. *La filosofía Jurídica de Giuseppe Capograssi.* Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma. Editorial Sucesores De Rivadeneira, Madrid, 1973.

BASCUÑAN Valdés, Aníbal. *Pedagogía Jurídica.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1954.

BASCUÑAN Valdés, Aníbal. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.

BASCUÑAN Valdés, Aníbal. *Manual de Técnica de la Investigación Jurídica Social.* Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961.

BASCUÑAN Valdés, Antonio. *Manual de Introducción al Derecho.* Central de Publicaciones. Centro de Alumnos. Escuela de Derecho. Universidad de Chile. Colección de Manuales Jurídicos. 1969.

BASES de la Legislación Penal, Organización Juridicial y del Procedimiento Criminal en la U.R.S.S. Textos Oficiales y Comentarios. Traducción de José Echeñique. Editorial Progreso, Moscú, 1958.

BASES de la Legislación Civil y del Procedimiento Judicial Civil Soviéticos. Textos Oficiales y Comentarios. Editorial Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, s/f.

BATIFFOL, Henri. *Filosofía del Derecho.* Traducción de Lilia Gaffuri. Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1964.

BATTAGLIA, Felice. *Curso de Filosofía del Derecho.* Traducción de Francisco Elías de Tejeda y Pablo Lucas Verdú. Editorial Reus, Madrid, 1951. 3 Tomos.

BELLO, Andrés. *Obras Completas.* Tomo Tercero (Proyecto de Código Civil 1841-1845). Tomo Cuarto (Proyecto de Código Civil de 1853). Editorial Nascimento, Santiago, 1932.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber.* Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1964.

BERDIAEFF, Nicolás. *El Sentido de la Historia.* 2ª Edición. Editorial Araluce, Barcelona, 1943.

BERMANN, Harold J. *Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos.* Traducción de Andrés M. Mateo. Editorial Letras, México, 1965.

BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico.* Traducción de A. Martín Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f.

BIBLIA. Traducción de José Miguel Petisco. Editorial Apostolado de la Prensa, Madrid, 1961.

BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho.* Traducción de Angel Latorre. Editorial Ediciones Ariel, Barcelona, 1953.

BOBBIO, Norberto. *Teoría dell'Ordinamento Giuridico.* Editorial G. Giappichetti, Torino, 1960.

BOBBIO, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico.* Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1965.

BOBBIO, Norberto. *Algunos Argumentos contra el Derecho Natural.* En la obra: "Crítica del Derecho Natural". Traducción de Elías Díaz. Ediciones Taurus, Madrid, 1966.

BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoría Genérale del Diritto.* Editorial G. Giappichetti, Torino, 1970.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho.* Traducción de Vicente Herrero. Tercera Edición. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

BOFFI Boggero, Luis María. *Teoría General del Hecho Jurídico.* Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1961.

BONNECASE, Julián. *Introducción al Estudio del Derecho.* Traducción de José M. Cajica Jr. 3ª Edición. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, 1944.

BRETHE de la Gressaye, Jean y LABORDE-LACOSTE, Marcel. *Introduction Générale a l'étude du Droit.* Editorial Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947.

BREWER-CARIAS, Allan Randolph. *Derecho y Desarrollo.* Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Imprenta Universitaria, Caracas, 1971.

BRUGGI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil.* Traducción de Jaime Simo Bofarull. Unión Tipográfica. Editorial Hispano-Americana, México, 1946.

BRUSIIN, Otto. *El Pensamiento Jurídico.* Traducción de José Puig Brutau. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique.* Tomo I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.

BURDEAU, Georges. *La Democracia.* Traducción de Angel Latorre. Editorial Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.

BURLAMAQUI, J. *Elementos del Derecho Natural.* Traducción de D.M.B. García Guetto. Editorial Librería de Lecointe y Lasserre, París, 1838. Dos Tomos.

BURLATSKI, F. *El Estado y el Comunismo.* Traducido del ruso por G. García Lloret. Editorial Progreso, Moscú, s/f.

CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado.* Traducción de Eduardo J. Couture. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia.* Traducción de Héctor Fix Zamudio. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

CALAMANDREI, Piero. *La Crisis de la Justicia.* En la obra: "La Crisis del Derecho". Traducción de Marcelo Cheret. Ediciones Europa-América. Buenos Aires, 1961.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Traducción de la 2ª edición italiana por Santiago Santis Melengo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du Droit Civil.* Cinquiéme Edition. Editeur A. Pedone, París.

CAPOGRASSI, Giuseppe. *La Ambigüedad del Derecho Contemporáneo.* En la obra: "Crisis del Derecho". Traducción de Marcelo Cheret. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

CAPOGRASSI, Giuseppe. *Il Problema della scienza del Diritto.* Editore Giuffré, Milano, 1962.

CAPOGRASSI, Giuseppe. *Opere.* Editore Giuffré, Milano, 1969.

CARDOZO, Benjamín. *Cuestiones de Sociología del Desarrollo de América Latina.* Editorial Universitaria, Santiago, 1968.

CARDOZO, Benjamín. *La Naturaleza de la Función Judicial.* Traducción de Eduardo Poncea. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1955.

CARDOZO, Benjamín. *La Naturaleza de la Función Judicial.* Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955.

CARLE, Giuseppe. *Vida del Derecho.* Traducción de H. Giner de los Ríos y Germán Flores Llamas. Editorial Daniel Jorro, Madrid, 1912.

CARLYLE, A.J. *El Bien Común, la Justicia y la Seguridad Jurídica en la Concepción Medieval del Derecho.* En la obra: "Los Fines del Derecho". Traducción de Daniel Kuri Breña. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1967.

CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil. I. Función y Composición del Proceso.* Editorial Casa Editrice Dott A. Milani, Padova, 1936.

CARNELUTTI, Francisco. *Metodología del Derecho.* Traducción de Angel Osorio. Editorial Uteha, México, 1940.

CARNELUTTI, Francisco. *Introduzione allo Studio del Diritto.* Editorial del Foro Italiano, Roma, 1943.

CARNELUTTI, Francisco. *Arte del Derecho.* Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1948.

CARNELUTTI, Francisco. *Teoría General del Derecho.* Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

CARNELUTTI, Francisco. *Cómo Nace el Derecho.* Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

CARNELUTTI, Francisco. *La Muerte del Derecho.* En la obra: "La Crisis del Derecho". Traducción de Marcelo Chéret. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

CARREÑO, Manuel Antonio. *Manual de Urbanidad y de Buenas Costumbres.* Editorial Appleton, Nueva York, 1868.

CARVALLO, Adolfo. *Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1951. Dos Tomos.

CASARES, Tomás D. *La Justicia y el Derecho.* 2ª Edición. Editorial Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1945.

CASARES, Tomás D.; CABRAL, Luis Carlos; MONTEJANO, Bernardino y ROSSI, Abelardo F. *Acerca de la Justicia.* Editorial Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

CASO, Antonio. *Sociología.* Editorial Polis, México D.F., 1939.

CASSIN, René. *La Génesis de la Carta de Derecho del Hombre.* El Correo, UNESCO, enero, 1968.

CASSIRER, Ernst. *El Mito del Estado.* Fondo de Cultura Económica, México, 1947.

CASTAN Tobeñas, José. *La Formulación Judicial del Derecho y el Arbitrio de Equidad.* Editorial Reus, Madrid, 1953.

CASTAN Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. 9ª Edición. Editorial Reus, Madrid, 1955.

CASTILLO González, Rolando. *La Seguridad Jurídica y la Esencia del Derecho.* Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1962.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de España.* Tomo I. Segunda Edición. Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

CATHREIN, Víctor. *Filosofía del Derecho.* Traducción de Alberto Jardón y César Barja. 5ª Edición. Editorial Reus, Madrid, 1945.

CEREXHE, Etienne. *Derecho, Economía y Libertad.* En Revista de Derecho Económico. Año IX, octubre 1969 - mayo 1970, N.os 29 y 30.

CESARINI Sforza, Widar. *Filosofía del Derecho.* Traducción de Marcelo Cheret. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

CICERON Marco Tulio. *La República.* Traducción de Francisco de P. Samarach. Editorial Aguilar, Madrid, 1967.

CICU, Antonio. *El Derecho de Familia.* Traducción de Santiago Santis Melendo. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947.

CODIGOS *de la República de Chile.* Edición Oficial. Editorial Jurídica de Chile, 1970.

COHEN, Félix S. *El Método Funcional en el Derecho.* Traducción de Genero R. Carrió. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho.* Traducción de Juan Manuel Mauri. Editorial Ediciones Ariel, Barcelona, 1961.

COLMO, Alfredo. *La Justicia.* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957.

COLOMBO, Juan F. *La Jurisdicción en el Derecho Chileno.* Central de Apuntes. Editorial Jurídica de Chile, 1975.

CONFERENCIA sobre la Enseñanza del Derecho y del Desarrollo. Editorial Andrés Bello, Chile, 1971.

CONSTITUCION de la República Popular China. Ediciones en Lenguas Extranjeras, Pekín, 1956.

CONSTITUCION Política de Chile. Edición Oficial. Editorial Jurídica de Chile, 1970.

CONTARDO, Sergio. *La Sociedad Internacional.* Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, 1949.

COSSIO, Carlos. *Las Lagunas del Derecho.* Editorial de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1942.

COSSIO, Carlos. *La Plenitud del Ordenamiento Jurídico y la Interpretación Judicial de la Ley.* 2ª Edición. Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1947.

COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica.* Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1954.

COSSIO, Carlos. *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho.* Editorial Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954.

COSSIO, Carlos. *La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad.* 2ª Edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

COSSIO, Carlos. *La Causa y la Comprensión en el Derecho.* 4ª Edición. Editorial Juárez, Buenos Aires, 1969.

COSTA, Joaquín. *Teoría del Hecho Jurídico.* Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

COUSIÑO Mac Iver, Luis. *Curso de Derecho Profundizado. El Ser Humano Como Objeto Jurídico.* Editorial Lex, Santiago, 1970.

COUSIÑO Mac Iver, Luis. *Manual de Medicina Legal.* 4ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974.

COUSIÑO Mac Iver, Luis. *Derecho Penal Chileno.* Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1975.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Editorial Ediar, S. A., Buenos Aires, 1948.

COUTURE, Eduardo J. *Los Mandamientos del Abogado.* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* 3ª Edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958.

COUTURE, Eduardo J. *Introducción al Estudio del Proceso Civil.* 2ª edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1953.

COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil.* Traducción de Felipe J. Tena. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1949.

CUADERNOS de la Realidad Nacional. Centro de Estudios de la Realidad Nacional. Universidad Católica de Chile.

CUETO Rua, Julio. *Fuentes del Derecho.* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

CUMPLIDO, Francisco. *El Jurista y el Estado Contemporáneo.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas. N.os 26-27.

CUNEO, Andrés. *Materiales para un Estudio del Fenómeno Jurídico.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974.

CUNEO, Andrés. *Derecho y Desarrollo: Su lugar en la Ciencia Jurídica.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica, N.os 25, 26 y 27, 1975.

CURY, Enrique. *Orientación para el estudio de la teoría del delito.* Ediciones Nueva Universidad, Universidad Católica, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Traducción de Emilio Arbaneja, 2ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1948.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil.* Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1949.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil.* Traducción de José Casais y Santalo. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1922.

CHIPMAN Gray, John. *The Nature and Sources of the Law.* 2ª Edition. Editorial Bacon Presss, Boston, 1963.

DABIN, Jean. *El Derecho Subjetivo.* Traducción de Francisco Javier Osset. Editado por Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

DABIN, Jean. *Teoría General del Derecho.* Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

D'AGUANNO, José. *Génesis y Evolución del Derecho.* Traducción de Pedro Dorado. Editorial Impulso, Buenos Aires, 1943.

DANTE ALIGHIERI. *Monarquía.* Traducción y Notas de A. M. Pascual, Madrid, 1947.

DAVID, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos.* Traducción de Pedro Bravo Gala. Editorial Aguilar, Madrid, 1969.

DAVID, René y HAZARD, John N. *El Derecho Soviético.* Traducción de Melchor Echagüe. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1964. Dos Tomos.

DELITALA, Giacomo. *La Crisis del Derecho en la Sociedad Contemporánea.* En la obra La Crisis del Derecho. Traducción de Marcelo Cheret. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los Supuestos Filosóficos de la Noción del Derecho.* Traducción de Mariano Castaño. Editorial Reus Hijos, Madrid, 1916.

DEL VECCHIO, Giorgio. *La Justicia.* Traducción de Luis Rodríguez-Camuñas y César Sancho. Editorial Góngora, Madrid, 1925.

DEL VECCHIO, Giorgio. *El Estado Nuevo y sus Bases Jurídicas.* Traducción de Juan Beneyto Pérez. Librería Santaren, Valladolid, 1939.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Justicia y Derecho.* En la obra "Derecho y Vida". Traducción de Eustaquio Galán y Gutiérrez. Editorial Bosch, Barcelona, 1942.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Derecho y Economía.* En la obra "Derecho y Vida". Traducción de Eustaquio Galán y Gutiérrez. Editorial Bosch, Barcelona, 1942.

DEL VECCHIO, Giorgio. *El Homo Iuridicus y la Insuficiencia del Derecho como Regla de la Vida.* En la obra "Derecho y Vida". Traducción de Eustaquio Galán y Gutiérrez. Editorial Bosch, Barcelona, 1942.

DEL VECCHIO, Giorgio. *La Involución en el Derecho.* En la obra "Derecho y Vida". Traducción de Eustaquio Galán y Gutiérrez. Editorial Bosch, Barcelona, 1942.

DEL VECCHIO, Giorgio. *La Comunicabilidad del Derecho.* En la obra "Derecho y Vida". Traducción de Eustaquio Galán y Gutiérrez. Editorial Bosch, Barcelona, 1942.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Contra una Pretendida Concepción Antinormativa del Derecho.* En la obra "Derecho y Vida". Traducción de Eustaquio Galán y Gutiérrez. Editorial Bosch, Barcelona, 1942.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Hechos y Doctrinas.* Traducción de Eustaquio Galán y Gutiérrez. Editorial Reus, Madrid, 1942.

DEL VECCHIO, Giorgio; RECASENS Siches, Luis. *Filosofía del Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho.* Traducción de Luis Recaséns Siches. Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946. Dos Tomos.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los Principios Generales del Derecho.* Traducción de Juan Ossorio Morales. 2ª Edición. Editorial Bosch, Barcelona, 1948.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Dispute e Conclusioni sul Diritto Naturale.* Editorial Fratelli Bocca, Milano, 1949.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoría del Estado.* Traducción de Eustaquio Galán y Gutiérrez. Editorial Bosch, Barcelona, 1956.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Persona, Estado y Derecho.* Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Supuestos, Conceptos y Principios del Derecho.* Traducción de Cristóbal Masso Escofet. Editorial Bosch, Barcelona, 1962.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Mutabilitá dell'Uomo e Principi Etici.* Estratto della Rivista Studium Nº 3, 1964.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho.* Edición revisada por Luiz Legaz y Lacambra. 9ª Edición. Editorial Bosch, Barcelona, 1969.

DELOS, J. T. *Los Fines del Derecho: Bien Común, Seguridad, Justicia.* En la obra: "Los Fines del Derecho". Traducción de Daniel Kuri Breña. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1967.

DEMOLOMBE, C. *Cours de Code Napoleon.* Hachette, París, 1954.

DIEZ Picazo, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho.* Editorial Ariel, Barcelona, 1973.

DONAT, M. *Derecho Público.* Traducción de Juan Antonio Trespalacios. Imprenta Benito Cano, Madrid, 1788.

DONATI, Donato. *Il Problema delle Lacune dell'Ordinamento Giuridico.* Societá Editrice Libraria, Milano, 1910.

D'ORS, Alvaro. *Una Introducción al Estudio del Derecho.* Editorial Ediciones Rialp, Madrid, 1963.

DORANTES Tamayo, Luis. *¿Qué es el Derecho?* Primera Edición. Editorial Tipográfica Hispano-Americana, México D. F., 1962.

DU PASQUIER, Claude. *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica.* Traducción de Juan Bautista de Lavalle y Julio Ayasta González. 2ª Edición. Editorial Librería Internacional del Perú, Lima, 1950.

DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón.* Traducción de Carlos G. Posada. 2ª Edición. Madrid.

DUGUIT, Léon. *La Transformación del Estado.* Francisco Beltrán, Madrid, s/f.

DURKHEIM, Emilio. *Sociología.* Ediciones Assandri, Córdoba, 1961.

ECHEVERRIA Yáñez, José R. *Elementos para una Teoría sobre la Naturaleza de los Derechos Subjetivos.* Editorial Universitaria, Santiago, s/f.

EISENMANN, Ch. *El Jurista y el Derecho Natural.* En la obra: "Crítica del Derecho Natural". Traducción de Elías Díaz. Ediciones Taurus, Madrid, 1966.

EISENSTADT, S. N. *Modernización, Movimientos de Protesta y Cambio Social.* Traducción de Carlos Gallo. 2ª Edición. Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1972.

ELIAS de Tejeda, Francisco. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado.* Editorial Escelicer, Madrid, 1946.

ENGELS, Federico. *Carlos Marx-Federico Engels. Correspondencia.* Editorial Cartago, Buenos Aires, 1972.

ENGELS, Federico. *Los Orígenes de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado.* 3ª Edición. Editorial Claridad, Buenos Aires, s/f.

ENGISCH, Karl. *Introducción al Pensamiento Jurídico.* Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Editorial Ediciones Guadarrama, Madrid, 1967.

ENGISCH, Karl. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales.* Traducción de Juan José Gil Cremades. 2ª Edición. Editorial Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

ESCHBACH, M. *Introduction Générale a l'Etude du Droit.* Cotillon. 3ª Edición. Editeur Librairie du Conseil d'Etat, Paris, 1956.

ESTATUTO de la Corte Internacional de Justicia. Publicado por las Naciones Unidas. Servicio de Información Pública. Nueva York.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal.* Carlos E. Gibbs, Editor, Santiago, 1965.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Reflexiones sobre la Enseñanza del Derecho en Chile.* En "Cuadernos de la Realidad Nacional", Nº 15, diciembre de 1972.

ETZIONI, Amitai y ETZIOVI, Eva. *Social Change, Sources, Patterns, and Consequences.* Editorial Basic Books, Inc., Publichers, New York, 1964.

EY, Henri; BERNARD, P.; BRISSET, Ch. *Tratado de Psiquiatría.* Traducción C. Ruiz Orgaña. Edición Toray-Masson S. A., Barcelona, 1974.

FERNANDEZ Concha, Rafael. *Del Hombre en el Orden Sicológico, en el Religioso y en el Social.* Imprenta San José, Santiago, 1910.

FERNANDEZ Concha, Rafael. *Filosofía del Derecho o Derecho Natural.* 3ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966. Dos Tomos.

FERNANDEZ Sessarego, Carlos. *La Noción Jurídica de Persona.* Editorial San Marcos, Lima, 1962.

FERRANTE, Matteo. *Il concetto di Diritto Soggettivo et Algune sue Aplicazioni.* Editorial Dott A. Giuffre, Milano, 1947.

FERRARA, Francisco. *Teoría de las Personas Jurídicas.* Traducción de Eduardo Ovejero y Maury. Editorial Reus, Madrid, 1929.

FERRATER Mora, José. *Diccionario de Filosofía.* 4ª Edición. Editorial Sud-Americana, Buenos Aires, 1958.

FIGUEROA Quinteros, María Angélica. *Apuntes Sobre el Origen de las Garantías a los Derechos Humanos en la Legislación Hispano-Chilena.* En *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales.* Número 2. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968.

FILOMUSI Guelfi, Francesco. *Enciclopedia Giuridica.* 6ª Edizioni. Editorial Cav. Nicola Jovene, Nápoli, 1910.

FRANCISCI, Pietro de. *Puntos de Orientación para el Estudio del Derecho.* Traducción de Juan Iglesias. Ediciones Ariel, Barcelona, 1951.

FRANK, Jerome. *Law and Modern Mind.* Edit. Boubleday and Co. New York, 1963.

FREI Montalva, Eduardo. *La Política y el Espíritu.* Editorial del Pacífico S.A., Santiago, 1946.

FREI Montalva, Eduardo. *Mensaje del* 14 *de Junio de* 1968. Publicado en "Año Internacional de la celebración de los Derechos Humanos en Chile". Editorial Andrés Bello, Santiago, 1968.

FRIEDMAN, Lawrence. *Cultura Legal y Desarrollo Social.* Boletín Nº 11. Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, 1973.

FRIEDMAN, Lawrence y LANDINSKI, J. *El Derecho Como Instrumento de Cambio Incremental.* Lima, 1970.

FRIEDMANN, Wolfang. *El Derecho en una Sociedad en Transformación.* Traducción de Florentino M. Torner. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1966.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *La Filosofía del Derecho.* Traducción de Margarita Alvarez Franco. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *The Public Interest.* Editorial Atherton Press, New York, 1967.

FUENTES Paredes, Samuel. *Notas para una Concepción Materialista del Derecho.* Editorial Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción, 1962.

FUENZALIDA Puelma, Enrique. *Integración de las Lagunas Jurídicas en el Derecho Chileno.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973.

FULLER, Lon L. *La Moral del Derecho.* Traducción de Francisco Navarro. Editorial F. Trellas S. A., México D. F., 1967.

FUR, Louis Le. *El fin del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad.* En la obra: "Los Fines del Derecho". Traducción de Daniel Kuri Breña. 4ª Edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1967.

GALAN Y GUTIERREZ, Eustaquio. *Concepto y Misión de la Filosofía Jurídica.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

GALAN Y GUTIERREZ, Eustaquio. *Ius Naturae.* Editorial Meseta, Valladolid, 1954.

GALLONI, Giovanni. *La Interpretazione della Legge.* Editorial Dott A. Giuffre, Milano, 1955.

GARCIA Maynez, Eduardo. *Libertad como Derecho y como Poder.* Compañía General Editora S. A., México D. F., 1941.

GARCIA Maynez, Eduardo. *Introducción a la Lógica Jurídica.* 1ª Edición. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1951.

GARCIA Maynez, Eduardo. *Los Principios de la Ontología Formal del Derecho y su Expresión Simbólica.* Imprenta Universitaria, México, 1953.

GARCIA Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho.* 7ª Edición. Editorial Porrúa, México, 1956.

GARCIA Maynez, Eduardo. *Lógica del Concepto Jurídico.* Editorial Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1959.

GARCIA Maynez, Eduardo. *La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico.* 2ª Edición revisada. Universidad Veracruzana, México, 1960.

GARCIA Maynez, Eduardo. *Lógica del Raciocinio Jurídico.* Editorial Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1964.

GARCIA Morente, Manuel. *Lecciones Preliminares de Filosofía.* 6ª Edición. Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1957.

GARRETON, Manuel Antonio. *Algunas consideraciones acerca de Estado y Derecho.* En "Cuadernos de la Realidad Nacional", Nº 15. Diciembre 1972. Especial. Universidad Católica de Chile, Centro de Estudios de la Realidad Nacional.

GENTILE, Giovanni. *Los Fundamentos de la Filosofía del Derecho.* Traducción de Ernesto Campolongo. Editorial Losada, Buenos Aires, 1944.

GENY, François. *Science et Technique en Droit Privé Positif.* Editorial Recueil Sirey, París, 1927.

GENY, François. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif.* 2ª Edition. Editorial Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1932. Dos Volúmenes.

GESCHE, Bernardo. *La Sociología Jurídica y el Desarrollo Social.* Boletín Nº 15. Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas, 1973.

GILSON, Etienne. *El Tomismo.* Traducción de Alberto Oteíza. Editorial Desdée, Brower, Buenos Aires, 1951.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Generales del Derecho.* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

GOLDSCHMIDT, James. *Estudios de Filosofía Jurídica.* Traducción de Roberto Goldschmidt. Editorial Tea, Buenos Aires, 1947.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción al Derecho.* 3ª Edición. Editorial Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967.

GONZALEZ Díaz Lombardo, Francisco. *Introducción a los Problemas de la Filosofía del Derecho.* Editorial Ediciones Botas, México D. F., 1956.

GRANERIS, Giuseppe. *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho.* Traducción de Celina Ana Lértora Mendoza. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973.

GRIGORIAN, L. y DOLGOPOLOV, Y. *Fundamentos del Derecho Estatal Soviético.* Traducción del ruso de O. Razinkow y V. Mazurenko. Editorial Progreso, Moscú, s/f.

GRISOLIA, Francisco; BUSTOS, Juan; POLITOFF, Sergio. *Derecho Penal Chileno.* Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961.

GROCIO, Hugo. *Del Derecho de la Guerra y de la Paz.* Traducción de Jaime Torrubiano Ripoll. Editorial Reus, Madrid, 1925.

GURVITCH, Georges. *Sociología del Derecho.* Traducción de Angela Romera Vera. Editorial Rosario, Rosario, 1945.

GURVITCH, Georges. *Elementos de Sociología Jurídica.* Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1948.

GUSMAO, Paulo Dourado de. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo.* Traducción de Leopoldo M. Tahier. Editorial Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1952.

HARING, Bernhard. *La Ley de Cristo.* 5ª Edición. Editorial Herder S. A., Barcelona, 1968.

HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho.* Traducción de Genaro R. Carrio. 2ª Edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

HAURIOU, Mauricio. *Principios de Derecho Público y Constitucional.* Traducción de Carlos Ruiz del Castillo. Editorial Reus, Madrid, s/f.

HAURIOU, Mauricio. *La Teoría de la Institución y de la Fundación (Ensayo de Vitalismo Social).* Traducción de Arturo Enrique Sampay. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

HEGEL, Guillermo Federico. *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho.* Traducción de Angélica Mendoza de Montero. 2ª Edición. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1939.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado.* Fondo de Cultura Económica, México, 1947.

HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Traducción de Enrique Guimbernant Ordeig. Editorial Taurus, Madrid, 1968.

HERNANDEZ, Gil, Antonio. *Metodología del Derecho.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

HERNANDEZ Gil, Antonio. *El Estado actual de la Ciencia Jurídica.* Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Departamento de Ciencias Jurídicas, Valparaíso, 1975.

HERRERA, Felipe. *La Década de los 70 en la América Latina. Derecho y Desarrollo.* Documento de Plenario de la Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y Desarrollo. Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica, Nº 7, 1972.

HOBBES, Thomas. *Leviathan.* Fondo de Cultura Económica, 1940.

HOBBES, Thomas. *De Cive.* Editorial G. Molesworth. Opera Latina, Scientia Aalen, Aalen, 1961.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The Common Law.* Traducción de Fernando N. Barrancos y Vedia. Unión Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964.

HOYOS, Francisco. *La Acción.* En "Revista de Derecho Procesal". Año V, 1º y 2º semestres, 1975, Nºs 9 y 10.

HOYOS, Francisco. *El Proceso.* Central de Apuntes. Editorial Jurídica de Chile, 1975.

HOYOS, Francisco. *La Cosa Juzgada.* Central de Apuntes. Editorial Jurídica de Chile, 1975.

HÜBNER Gallo, Jorge Iván. *El Concepto del Derecho.* Imprenta El Esfuerzo, Santiago, 1947.

HÜBNER Gallo, Jorge Iván. *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica y la Teoría de la Institución.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1951.

HÜBNER Gallo, Jorge Iván. *Manual de Filosofía del Derecho.* 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.

HÜBNER Gallo, Jorge Iván. *Acotaciones sobre el Derecho Institucional o Estatutario.* En Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Cuarta Epoca. Volumen V. Año 1966, Nº 5.

HÜBNER Gallo, Jorge Iván. *Introducción al Derecho.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966.

HÜBNER Gallo, Jorge Iván. *Panorama de los Derechos Humanos.* Editorial Andrés Bello, Santiago, 1973.

HUNEEUS, Antonio. *Filosofía del Derecho.* Editorial Imprenta León V. Caldera, Santiago, 1904.

HUNTINGTON, Samuel P. *El Orden Político en las Sociedades en Cambio.* Traducción de Floreal Mazia. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1968.

IHERING, Rudolf von. *El Espíritu del Derecho Romano.* Versión Española de Enrique Príncipe y Satorres. Editorial Carlos Bailly-Bailliere, Madrid, 1891. Dos Tomos.

IHERING, Rudolf von. *La Dogmática Jurídica*; seguida de un apéndice con las Doctrinas de Ihering y Windscheid sobre el Derecho Subjetivo. Traducción de Enrique Príncipe y Satorres. 2ª Edición. Editorial Losada, Buenas Aires, 1946.

IHERING, Rudolf von. *El Fin en el Derecho.* Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946.

IHERING, Rudolf von. *La Lucha por el Derecho.* Traducción de Adolfo Posadas. Editorial Araujo, Buenos Aires, 1966.

INFORME Jurídico de la Comisión nombrada por el Supremo Gobierno para el Estudio de los Decretos Leyes y Decretos con Fuerza de Ley. Editorial Progreso, Chile, 1933.

INSTITUTO de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de la U.R.S.S. Asociación Soviética de Ciencias Políticas. *El Estado y el Derecho Soviético.* Editorial Progreso. Moscú, s/f.

INSTITUTO Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. *Derecho de la Integración Latinoamericana.* Ensayo de Sistematización. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969.

IRURETA Goyena, José. *Delitos de Aborto, Bigamia y Abandono de Niños y de otras Personas Incapaces.* Editorial Lasa A. Barreira y Ramos, Montevideo, 1962.

IZQUIERDO Echeverría, Domingo. *La Ley del Contrato.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973.

JAEGER, Werner. *Paideia.* Traducción de Josaquín Xirau. Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

JASINOWSKI, Bogumil. *El Problema del Derecho Natural en su Sentido Filosófico.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967.

JELLINEK, George. *Teoría General del Estado.* Traducción de Fernando de los Ríos. Editorial Albatros, Buenos Aires, 1954.

JEMOLO, Arturo Carlos. *La Crisis del Estado Moderno.* En la obra "La Crisis del Derecho". Traducción de Marcelo Cheret. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

JENOFONTE. *Recuerdos de Sócrates.* Libro IV. Traducción de Agustín García Calvo. Alianza Editorial, Madrid, 1967.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Libertad de Amar y Derecho a Morir.* Editorial del Norte, Madrid, 1928.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La Ley y el Delito.* Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945.

JORS, Paul. *Derecho Privado Romano.* Traducción de Prieto Castro. Editorial Labor, Barcelona, 1965.

JOUVENEL, B. de. *La Idea del Derecho Natural.* En la obra: "Crítica del Derecho Natural". Traducción de Elías Díaz. Ediciones Taurus, Madrid, 1966.

JUAN XXIII, Papa. *Pacem in terris.* 25.

JUSTINIANO. *Instituciones de Justiniano.* Traducción de Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

KANT, Manuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho.* Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1968.

KANTOROWICZ, Hermann. *La Lucha por la Ciencia del Derecho.* En la obra "La Ciencia del Derecho". Traducción de Werner Goldschmidt. Editorial Losada, Buenos Aires, 1949.

KANTOROWICZ, Hermann. *La Definición del Derecho.* Traducción de J. M. de la Vega. Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1964.

KELSEN, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia.* Traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra. Editorial Labor S. A., Barcelona, 1934.

KELSEN, Hans. *El Contrato y el Tratado Analizados Desde el Punto de Vista de la Teoría Pura.* Traducción de Eduardo García Maynez. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1943.

KELSEN, Hans. *La Paz por Medio del Derecho.* Seguida de un Apéndice sobre la Jurisdicción Internacional Obligatoria y el Mantenimiento de la Paz. Traducción de Luis Echavarri. Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1946.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1956.

KELSEN, Hans. *Teoría Comunista del Derecho y del Estado.* Editorial Eme-Ce, Buenos Aires, 1957.

KELSEN, Hans. *La idea del Derecho Natural y otros ensayos.* Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado.* Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Editorial Nacional, México D. F., 1965.

KELSEN, Hans. *Justicia y Derecho Natural.* En la obra "Crítica del Derecho Natural". Traducción de Elías Díaz. Ediciones Taurus, Madrid, 1966.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado.* Traducción de Eduardo García Maynez. 3ª Edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* Traducción de Moisés Nilve. 11ª Edición. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973.

KIDD, Benjamín. *Social Evolution.* Mac Millan and Co. Limited, New York, 1902.

KIRCHMANN, Julio Hermann von. *El Carácter A-Científico de la Llamada Ciencia del Derecho.* En la obra: "La Ciencia del Derecho". Traducción de Werner Goldschmidt. Editorial Losada, Buenos Aires, 1949.

KIRCHMANN, Julio Hermann von. *La Jurisprudencia no es Ciencia.* Traducción castellana de Antonio Truyol y Serra. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano.* Traducción de Juan Miquel. Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

KUUSINEN, Otto V. y otros. *Manual de Marxismo-Leninismo.* Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú.

LARENS, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho.* Traducción de Enrique Ginbernat O. Ediciones Ariel, Buenos Aires, 1966.

LASK, Emil. *Filosofía Jurídica.* Traducción de Roberto Goldschmidt. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946.

LATORRE, Angel. *Introducción al Derecho.* 2ª Edición. Editorial Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

LECHNER, Norbert. *Contra la ilusión del Estado Social.* En "Cuadernos de la Realidad Nacional". Nº 10. Diciembre 1971.

LECHNER, Norbert. *La Problemática Actual del Estado y el Derecho en Chile.* En Cuadernos de la Realidad Nacional. Nº 15. Diciembre 1972. Especial. Universidad Católica de Chile. Centro de Estudios de la Realidad Nacional.

LECHNER, Norbert. *Objetividad y Partidismo: Ciencia e insuficiencia en el Análisis social.* En "Cuadernos de la Realidad Nacional" Nº 17, Julio de 1973. Universidad Católica de Chile. Centro de Estudios de la Realidad Nacional.

LECLERQ, Jacques. *La Famille.* Namur-Louvain, París, 1958.

LECLERQ, Jacques. *L'Etat ou la Politique.* Namur-Louvain, París, 1958.

LECLERQ, Jacques. *El Derecho y la Sociedad, sus fundamentos.* Traducción de Ismael Antich. Editorial Herder, Barcelona, 1964.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Editorial Bosch, Barcelona, 1943.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Horizontes del Pensamiento Jurídico.* Editorial Bosch, Barcelona 1947.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho.* Editorial Bosch, Barcelona, 1953.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Humanismo, Estado y Derecho.* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960.

LEGISLACION Soviética Moderna. Traducción de Miguel Luban. Editorial Unión Tipográfica Hispano-Americana, México, 1947.

LENIN, Wladimir Ilich. *Obras Completas.* Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú.

LENIN, Wladimir Ilich. *Marx-Engels. Marxismo.* Editorial Progreso, Moscú, s/f.

LEON Hurtado, Avelino. *El Objeto en los Actos Jurídicos.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1958.

LEVI, Alessandro. *Teoría Generale del Diritto.* Editorial Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1950.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil.* Traducción de José Carnea. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1941.

LOWENSTEIN, Steven. *El Abogado y el Desarrollo.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Nº 8. 1971.

LUÑO Peña, Enrique. *Historia de la Filosofía del Derecho.* Editorial La Hormiga de Oro, Barcelona, 1948. Dos Tomos.

LUÑO Peña, Enrique. *Derecho Natural.* 2ª Edición. Editorial La Hormiga de Oro, Barcelona, 1950.

LLAMBIAS de Azevedo, Juan. *El Pensamiento del Derecho y del Estado en la Antigüedad.* Librería Jurídica, Buenos Aires, 1956.

LLEWELLYN, Karl N. *Jurisprudence Realism in Theory and Practice.* The University of Chicago Press, Chicago, 1962.

MANNHEIM, Karl. *El Hombre y la Sociedad en Epoca de Crisis.*

MARITAIN, Jacques. *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural.* Traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri. Editorial Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1943.

MARITAIN, Jacques. *Cristianismo y Democracia.* Traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri. Editorial Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1944.

MARITAIN, Jacques. *El Hombre y el Estado.* Traducción de Manuel Gurrea. Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1952.

MARITAIN, Jacques. *Fundamentos de la Democracia.* Revista Política y Espíritu. Año II, Nº 17.

MARTINEZ Paz, Enrique. *Sistema de Filosofía del Derecho.* Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1932.

MARX, Carlos. *Introducción General a la Crítica de la Economía Política.* 1857. En Obras Escogidas de Carlos Marx y Federico Engels, Editorial Progreso, Moscú.

MARX, Carlos. *El Capital.* Traducción de Manuel Pedroso. Editorial Aguilar, Madrid, 1931.

MARX, Carlos, ENGELS, Federico. *Correspondencia.* Seleccionada, Comentada y Anotada por el Instituto Marx-Engels-Lenin. Editorial Cartago, Buenos Aires,

MAYER, Max Ernst. *Filosofía del Derecho.* Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Editorial Labor S. A., Barcelona, 1937.

MENGER, Antonio. *El Derecho Civil y Los Pobres.* Traducción de Adolfo G. Posada. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

MERKEL, Adolfo. *Enciclopedia Jurídica.* Traducción de W. Roces. 5ª Edición. Editorial Reus S. A., Madrid, 1924.

MERRIL, Francisco E. *Introducción a la Sociología.* Traducción de Antonio Gobernado. Editorial Aguilar, Madrid, 1969.

MERRYMAN, John Henri. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica.* Traducción de Carlos Sierra. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

MESSINEO, Francisco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

MESSNER, Johannes. *Etica Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural.* Traducción de José Luis Barrios Sevilla, José María Paniagua y Juan Enrique Diez. Editorial Ediciones Rialp S. A., Madrid, 1967.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público.* Internacional Ediciones Atlas, Madrid, 1953.

MILLAS Jiménez, Jorge. *Aristóteles: La Justicia como Acción Igualadora.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967.

MILLAS Jiménez, Jorge. *Filosofía del Derecho.* Editorial Publilex, Santiago, 1970.

MILLAS Jiménez, Jorge. *Derecho y Sociedad de Masas.* En Atenea, Revista de Ciencia, Arte y Literatura de la Universidad de Concepción, Chile, 1974.

MIQUEL Muñoz, Juan Enrique. *Sociabilidad y Cambio Social Contemporáneos. Las Perspectivas de la Autogestión.* Memoria de Prueba. Seminario de Derecho Público. Escuela de Derecho. Universidad de Chile. 1970.

MIRAGLIA, Luis. *Filosofía del Derecho.* Editorial Impulso, Buenos Aires, 1943.

MONTESQUIEU, Carlos de. *Del Espíritu de las Leyes.* Traducción de Juan López de Peñalver. 2ª Edición. Editorial La Imprenta Nacional, Madrid. 1822.

MOORE, Wilbert E. *Cambio Social.* Traducción de Jorge Gómez de Silva. Editorial Unión Tipográfica Hispano-Americana, México, 1966.

MORGENTHAU, Hans. *La Lucha por el Poder y la Paz.* Alfred A. Knoph, Nueva York, 1968.

MORIN, Gastón. *La Révolte du Droit Contre le Code.* Librairie du Recueil, Sirey, París, 1945.

MORINEAU, Oscar. *El Estudio del Derecho.* Editorial Porrúa, México, 1953.

MOUCHET, Carlos y ZORRAQUIN Becu, Ricardo. *Introducción al Derecho.* 3ª Edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1957.

NACIONES Unidas. *Carta de las Naciones Unidas.*

NACIONES Unidas. *Seminario Acerca de la Protección de los Derechos Humanos en el Derecho y Procedimientos Penales.* Nueva York, 1959.

NAGEL, Stuart S. *Law and Social Change.* Sage Publications, Inc., Beverly Hills, California, 1970.

NARANJO Villegas, Abel. *Filosofía del Derecho.* 2ª Edición. Editorial Temis, Bogotá, 1959.

NOVOA Aldunate, Eduardo. *El comienzo de la existencia humana y su Protección Jurídica.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969.

NOVOA Aldunate, Eduardo. *Derecho y Desarrollo.* Informe Preliminar. Oficina Coordinadora de Investigaciones Jaime Eyzaguirre. Universidad Católica de Chile, Escuela de Derecho, junio 1971.

NOVOA Monreal, Eduardo. *La Renovación del Derecho.* Apartado de la Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 144. Departamento de Divulgación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, 1968.

NOVOA Monreal, Eduardo. *Vías Legales Para Avanzar Hacia el Socialismo.* Departamento de Derecho Económico. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 1971.

NOVOA Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960-1966.

NOVOA Monreal, Eduardo. *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social.* Siglo Veintiuno Editores S. A., México, 1975.

ODEGARD, Peter H. *Political Power & Social Change.* Editorial Rutgers University Press, New Jersey, 1966.

OLGIATI, Francisco. *Il Concetto di giuridicitá in San Tommaso D'Aquino.* 4ª Edición. Editorial Societá Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1955.

OLIVECRONA, Karl. *El Derecho Como Hecho.* Traducción de Gerónimo Cortés Funes. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1959.

OPOCHER, Enrico. *Lezioni di Filosofia del Diritto.* Editorial Casa Editrice Dott A. Milani, Padova, 1949.

OPPENHEIM, L. *Tratado de Derecho Internacional Público.* Editorial Bosch, Barcelona, 1961-1967.

ORDOÑEZ Noriega, Francisco. *La Fundamentación del Derecho Natural.* Editorial Kelly, Bogotá, 1967.

ORGAZ, Arturo. *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales.* Editorial Assandri, Córdoba, 1945.

ORREGO Vicuña, Francisco. *La relación entre Derecho y Desarrollo.* En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo.

OSSORIO Y GALLARDO, Angel. *Los Derechos del Hombre, del Ciudadano y del Estado.* Editorial Claridad, Buenos Aires, 1946.

OSSORIO Y GALLARDO, Angel. *El Abogado.* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.

ORTEGA Y GASSET, José. *Obras Completas.* 4ª Edición. Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1957.

PACHECO Gómez, Máximo. *Principios Fundamentales de la Doctrina Social Cristiana.* Imprenta Universitaria, Santiago, 1947.

PACHECO Gómez, Máximo. *Política, Economía y Cristianismo.* Editorial del Pacífico, Santiago, 1948.

PACHECO Gómez, Máximo. *Principios fundamentales y concepto del Derecho.* Santiago, 1949.

PACHECO Gómez, Máximo. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Editorial Universitaria, Santiago, 1951.

PACHECO Gómez, Máximo. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Editorial Universitaria, Santiago. 5 ediciones: 1952, 1953, 1954, 1955, 1956.

PACHECO Gómez, Máximo. *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Editorial Universitaria, Santiago. 4 ediciones: 1958, 1960, 1962, 1964.

PACHECO Gómez, Máximo. *Introducción al Estudio de las Ciencias Sociales.* Editorial Edugal, Santiago, 1955.

PACHECO Gómez, Máximo. *La Universidad de Chile.* Editorial Universitaria, Santiago, 1955.

PACHECO Gómez, Máximo. *Historia de las ideas políticas.* Editorial Universitaria, Santiago, 1958.

PACHECO Gómez, Máximo. *La universidad contemporánea en Italia.* Editorial Universitaria de Chile, Santiago, 1958.

PACHECO Gómez, Máximo. *Las tendencias actuales de la Filosofía Jurídica.* Editorial Revista Atenea, Concepción, 1959.

PACHECO Gómez, Máximo. *Historia y misión de la Universidad.* Editorial Universitaria de Chile, Santiago, 1961.

PACHECO Gómez, Máximo. *La Cátedra de Introducción al Estudio del Derecho.* Editorial Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1961.

PACHECO Gómez, Máximo. *La enseñanza para graduados impartida por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.* Editorial Universitaria, Santiago, 1963.

PACHECO Gómez, Máximo. *La Teoría Marxista del Estado y del Derecho.* Editorial del Pacífico, Santiago, 1964.

PACHECO Gómez, Máximo. *Educación y cultura para el pueblo.* Santiago, 1970.

PACHECO Gómez, Máximo. *La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.* Imprenta Chile, Santiago, 1971.

PACHECO Gómez, Máximo. *Law and Development in Chili in the Twentieth Century.* University of California, School of Law, Los Angeles (EE. UU.), 1975.

PAINE, Thomas. *Los Derechos del Hombre.* Traducción de José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1944.

PARSONS, Talcott. *El Sistema Social.* Traducción de José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez. Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1966.

PARSONS, Talcott. *La Sociología Norteamericana Contemporánea.* Traducción de Oscar Aníbal Muslera. Editorial Paidos, Buenos Aires, 1969.

PASSERIN D'Entreves, A. *El Derecho Natural.* En la obra Crítica del Derecho Natural. Traducción de Elías Díaz. Ediciones Taurus, Madrid, 1966.

PERASSI, Tomaso. *Introduzione alle Scienze Giuridiche.* Editorial del Foro Italiano, Roma, 1938.

PEREIRA, Hugo. *La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1954.

PERELMAN, Ch. *La Idea de Justicia en sus Relaciones con la Moral, el Derecho y la Filosofía.* En la obra "Crítica del Derecho Natural'. Traducción de Elías Díaz. Ediciones Taurus, Madrid, 1966.

PERTICONE, Giacomo. *Teoría del Diritto e dello Stato.* Editorial Valentino Bompiani, Verona, 1937.

PERTICONE, Giacomo. *La Filosofía del Diritto comme Filosofía della Giustizia.* Edizione dell-Ateneo, Roma, 1962.

PERTICONE, Giacomo. *Orientaciones actuales del Pensamiento Jurídico.* Editorial Troquel, Buenos Aires, 1960.

PERTICONE, Giacomo. *Lezioni di Filosofía del Diritto.* Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1960.

PETRONE, Igino. *Filosofía del Derecho en Alemania.* Traducción de Cristóbal de Reyna. Editorial Saturnino Calleja Fernández, Madrid, s/f.

PICARD, Edmundo. *El Derecho Puro.* Traducción de Alfredo Serrano Jover. Editorial Librería Gutemberg de José Ruiz, Madrid, 1911.

PINTO Santa Cruz, Francisco Antonio. *El Sistema Institucional y el Desarrollo.* Revista de Derecho Económico. Enero-marzo 1963. Nº 2. Universidad de Chile.

PIO XII, Papa. *Alocución de 24 de diciembre de 1944.*

PLANIOL, Marcel. *Traité Elementaire du Droit Civil.*

PLATON. *La República.* Traducción de José Antonio Míguez. 2ª Edición. Editorial Aguilar, Madrid, 1963.

PLATON. *Critón.* Traducción de Francisco García. Ediciones Aguilar, Biblioteca de Iniciación Filosófica, 1965.

PLATON. *Las Leyes.* Ediciones Obras Maestras. Dos Volúmenes, España, 1965.

POLITOFF, Sergio: GRISOLIA, Francisco; BUSTOS, Juan. *Derecho Penal Chileno. Parte Especial.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago- Chile, 1971.

PORTALIS, Jean-Etienne. *Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil.* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

POUND, Roscoe. *The Scope and purpose of sociological jurisprudence.* Harvard Law Review XXIV y XXV. 1911-1912.

POUND, Roscoe. *Social Control Through Law.* Yale University Press, 1942.

POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico.* Traducción de José Puig Brutau. Ediciones Ariel, Barcelona, 1950.

POUND, Roscoe. *Desarrollo de las Garantías Constitucionales de la Libertad.* Editorial Agora, Buenos Aires, 1950.

POUND, Roscoe. *An introduction to the Philosophy of Law.* Yale University Press, New Haven, 1961.

POUND, Roscoe. *El espíritu del Common Law.* Traducción de José Puig Brutau. Editorial Bosch, Barcelona, s/f.

PRECIADO Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho.* 2ª Edición. Editorial Jus, México, 1954.

PRELOT, Marcel. *Taparelli D'Azeglio y el Renacimiento del Derecho Natural en el siglo XIX.* En la obra: "Crítica del Derecho Natural". Traducción de Elías Díaz, Ediciones Taurus, Madrid, 1966.

PUFFENDORF, Samuel. *Le Droit de la Nature et des Gens, ou Systeme Genéral des Principes les Plus Importants de la Morale, de la Jurisprudence et de la Politique.* Traduit du latin par Jean Barbetrac. Nouvelle Edition. Londres, 1740. Tres Volúmenes.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho.* Traducción de José Medina Echavarría. 3ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.

RADBRUCH, Gustav. *El Espíritu del Derecho Inglés.* Traducción de Fernande Vela. Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1958.

RADBRUCH, Gustav. *Propedeutica alla Filosofía del Diritto.* Editorial Giappichelli, Torino, 1959.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Traducción de Wenceslao Roces. 3ª Edición. Editorial Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1965.

RADBRUCH, Gustav. *El Fin del Derecho.* En la obra: "Los Fines del Derecho". Traducción de Daniel Kuri Breña. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1967.

RADBRUCH, Gustav. *Leyes que no Son Derecho y Derecho por Encima de las Leyes.* En la obra "Derecho Injusto y Derecho Nulo. Traducción de José María Rodríguez Paniagua. 1ª Edición. Editorial Aguilar, Madrid, 1971.

RADBRUCH, Gustav. *La Renovación del Derecho.*

RAMIREZ, Santiago. *Doctrina política de Santo Tomás.* Instituto Social León XIII, Madrid, 1951.

RAVA, Adolfo. *Crisis del Derecho y Crisis Mundial.* En la obra "Crisis del Derecho". Traducción de Marcelo Cheret. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

RECASENS Siches, Luis. *Los Temas de la Filosofía del Derecho en Perspectiva Histórica y Visión de Futuro.* Editorial Bosch, Barcelona, 1934.

RECASENS Siches, Luis. *Vida Humana, Sociedad y Derecho.* 2ª Edición. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1945.

RECASENS Siches, Luis. *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez con un Estudio Sobre sus Antecedentes en la Patrística y en la Escolástica.* 2ª Edición. México, 1947.

RECASENS Siches, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.* Editorial Fondo de Cultura Económica. México D. F., 1956.

RECASENS Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Editorial Porrúa S. A., México D. F., 1959.

RECASENS Siches, Luis. *Tratado General de Sociología.* 6ª Edición. Editorial Porrúa S. A., México D. F., 1964.

RECASENS Siches, Luis. *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica de lo Razonable.* Editorial Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1971.

RENARD, Georges. *El Derecho, la Justicia y la Voluntad.* Traducción de Santiago Cunchillos Manterola. Editorial Ediciones Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1947.

RENARD, Georges. *El Derecho, el Orden y la Razón.* Traducción de Santiago Cunchillos Manterola. Editorial Ediciones Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1947.

RENARD, Georges. *El Derecho, la Justicia y la Voluntad.* Traducción de Santiago Cunchillos M. Editorial Ediciones Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1947.

REPERTORIO de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968.

REVISTA de Derecho Económico. Departamento de Derecho Económico. Universidad de Chile.

REYNOLD, Gonzague de. *La Europa Trágica.* Traducción de Alejandro Ruiz Guiñazu. Editorial Difusión, Buenos Aires, 1939. Dos Tomos.

RIBEIRO, L. F. y otros. *Sobre la justicia en Chile.* Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1973.

RIBEIRO-ARANCIBIA DE LA FUENTE-LECHNER. *Sobre la Justicia en Chile.* Cuadernos de la Realidad Nacional. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso, 1973.

RIO, Manuel. *Estudio sobre la Libertad Humana.* Editorial Guillermo Kraft S. A. Buenos Aires, 1955.

RIOS, Fernando de los. *¿A dónde va el Estado?* Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1951.

RIPERT, Georges. *Les Forces Creatices du Droit.* Editorial Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1955.

RIPERT, Georges. *Le Déclin du Droit. Etudes sur la Législation contemporaine.* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.

RIPERT, Georges. *El régimen democrático y el Derecho civil moderno.* Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1951.

RIPERT, Georges. *Evolución y Progreso del Derecho.* En la obra "Crisis del Derecho". Traducción de Marcelo Cheret. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. *División y Fuentes del Derecho Positivo.* Editorial Edeval, Valparaíso, 1968.

ROBERTS, Stephen. H. *Hitler el constructor de la Nueva Alemania.*

RODRIGUEZ-ARIAS Bustamante, Lino. *Ciencia y Filosofía del Derecho.* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

ROMACHKINE, P. *Principes du Droit Sovietique.* Traduit du Ruse par Leon Piatigorski. Editorial Editions en Langues Etrangeres, Moscou, s/f.

ROMANO di Falco, Enrico. *Introduzione alle Scienze Giuridiche.* Editorial Edizioni dell-Ateneo, Roma, 1947.

ROMANO, Santi. *Frammenti di un Dizionario Giuridico.* Editorial Dott A. Giuffré, Milano, 1947.

ROMANO, Santi. *El Ordenamiento Jurídico.* Traducción de Sebastián Martín Retortillo. Talleres Gráficos Benzal, Madrid, 1963.

ROMMEN, Enrique. *Derecho Natural. Historia. Doctrina.* Traducción de González Uribe, Héctor. Editorial Jus, México D. F., 1950.

ROS, Clemente B. *Derecho Político.* Editorial Sanna, Buenos Aires, 1953.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia.* Traducción de Genaro R. Carrió. 2ª Edición. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963.

ROSS, Alf. *Hacia una Ciencia Realista del Derecho.* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos.* Traducción de Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Editorial Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

ROSS Bravo, Jaime. *Bases para una Filosofía de la Ley.* Talleres Gráficos Horizonte, Santiago, 1945.

ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público.* Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social o Principios de Derecho Político.* Traducción de Everardo Velarde. Editorial Garnier Hermanos, París, s/f.

RUGGIERO, Roberto de. *Introducción al Estudio del Derecho y Parte General.* Traducción de Ramón Serrano S. y José Santa Cruz T. Editorial Ediciones Nucamendi, México D. F., 1939.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil.* Traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro. Editorial Reus, Madrid, s/f.

RUIZ-GIMENEZ, Joaquín. *Derecho y Vida Humana (Reflexiones a la Luz de Santo Tomás).* Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.

RUIZ-GIMENEZ, Joaquín. *La Concepción Institucional del Derecho.* Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.

SAMPAY, Arturo Enrique. *La Crisis del Estado de Derecho Liberal Burgués.* Editorial Losada, Buenos Aires, 1942.

SAMPER, Francisco. *Derecho Romano.* Editorial Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1975.

SANCHEZ DE BUSTAMANTE y Montoro, Antonio. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* Editorial Sesane, Fernández y Cía., La Habana, 1942.

SANCHEZ DE BUSTAMANTE y Montoro, Antonio. *Teoría General del Derecho.* Editorial Cultural S. A., La Habana, 1953.

SANCHEZ de la Torre, A. Los Griegos y el Derecho Natural. Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1962.

SANCHEZ del Río, Carlos. *El Derecho del Porvenir.* Editorial Montecorvo, Madrid, 1964.

SATTA, Salvatore. *Derecho Procesal Civil.* Traducción de Santiago Sentís Melendo. ESEA. Buenos Aires, 1971.

SAUER, Wilhelm. *Filosofía Jurídica y Social.* Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Editorial Dabor, Barcelona, 1933.

SAVIGNY, Federico Carlos de. *Sistema del Diritto Romano Attuale.* Editorial Unione Tipografica, Torino, 1888.

SAVIGNY, Federico Carlos de. *De la Vocación de Nuestro Siglo Para la Legislación y la Ciencia del Derecho.* 1814. Traducción de Adolfo Posada. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946.

SAVIGNY, Federico Carlos de. *Los Fundamentos de la Ciencia jurídica.* En la obra "La Ciencia del Derecho". Traducción de Werner Goldschmidt. Editorial Losada, Buenos Aires, 1949.

SCHAPP, Wilheim. *La Nueva Ciencia del Derecho.* Traducción de J. Pérez Bances. Editorial Revista La Occidente, Madrid, 1931.

SCHELER, Max. *El puesto del Hombre en el Cosmos.* Traducción de José Gaaz. Editorial Losada, Buenos Aires, 1972.

SCHELER, Max. *Metafísica de la Libertad.* Traducido del alemán por Franck Verlang. Editorial Nova, Buenos Aires, s/f.

SCHMIDT, Eberhard. *La Ley y los Jueces.* En la obra "Derecho Injusto y Derecho Nulo". Traducción de José María Rodríguez Paniagua. 1ª Edición. Editorial Aguilar, Madrid, 1971.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Editorial Nacional, México, 1966.

SCHREIR, Fritz. *Concepto y Formas Fundamentales del Derecho. Esbozo de una Teoría Formal del Derecho y del Estado sobre Base Fenomenológica.* Traducción de Eduardo García Maynez. Editorial Losada, Buenos Aires, 1942.

SCHUR, Edwin M. *Law and Society. Editorial* Random House. New York, 1968.

SCHUR, Edwin M. *Sociología del Diritto.* Societá Editrice il Mulino, Bologna, 1970.

SCHWARZENBERGER, Georg. *La Política del Poder.* Fondo de Cultura Económica, México, 1960.

SCHWEITZER Walter, Miguel. *El Error de Derecho en Materia Penal.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1967.

SEIDMAN, Robert. *Derecho y Desarrollo. Un Modelo General.* En Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica, número 12. 1973.

SEPULVEDA Osses, Jaime. *Las Lagunas en el Ordenamiento Jurídico.* Memoria de Prueba. Universidad de Chile. Inédita. Santiago, 1974.

SERTILLANGES, A. D. *La philosophie morale de Saint Thomas d'Aquin.* Librairie Félix Aleau, París, 1916.

SERRANO Nijamkin, Carlos. *Del Derecho Público, Naturaleza de su Relación con el Derecho Privado.* Editorial Universitaria, Santiago, 1955.

SHAO-CHI, Liu. *Informe sobre el Proyecto de Constitución de la República Popular China.* Editorial Ediciones en Lenguas Extranjeras, Pekín, 1956.

SHAKESPEARE, William. *El Mercader de Venecia.* En "Obras Completas". Traducción de Martínez Lafuente. Prometeo Sociedad Editora, Valencia, s/f. Tomo IV.

SILVA Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963. Tres Tomos.

SILVA Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo.* 3ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968.

SILVING, Helen. *Derecho Positivo y Derecho Natural.* Traducción de Genaro R. Carrió. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1966.

SIMON, Ives R. *La Democracia y los Juristas.* Revista Política y Espíritu. Año I. Nº 1.

SMITH, Carlos Juan. *Norma Jurídica y Conocimiento Jurídico.* Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962.

SOFOCLES. *Antígona.* Traducción de José de la Cruz Herrera. Editorial Jackson, Buenos Aires, 1956.

SOLER, Sebastián. *Ley, Historia y Libertad.* Editorial Losada, Buenos Aires, 1943.

SOLER, Sebastián. *Interpretación de la Ley.* Ediciones Ariel, Barcelona, 1944.

SOLER, Sebastián. *Los Valores Jurídicos.* Publicado por Revista Jurídica de Córdoba, Buenos Aires, 1948.

SOLER, Sebastián. *Fe en el Derecho y Otros Ensayos.* Editorial Tipográfica Editora Argentina S. R. L., Buenos Aires, 1956.

SOLER, Sebastián. *Las Palabras de la Ley.* Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

SOTO, Domingo Fray. *Tratado de la Justicia y el Derecho.* Traducción el castellano de D. Jaime Tombiano Ripol. Editorial Reus, Madrid, 1926. Dos Tomos.

SPENCER, Herbert. *La Justicia.* Traducción del Inglés de Pedro Foradell. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

SPINOZA, Benito. *Tratado Teológico-Político.* Traducción de Julián de Vargas y Antonio Zozaya. 2ª Edición. Editorial Dirección y Administración, Madrid. 1890.

STAHL, Federico Julio. *Historia de la Filosofía del Derecho.* Traducción de Enrique Gil y Robles. Editorial La España Moderna, Madrid, 1949. Dos Tomos.

STAMMLER, Rodolfo. *Tratado de Filosofía del Derecho.* Traducción de W. Roces. Editorial Reus, Madrid, 1930.

STAMMLER, Rodolfo. *La Génesis del Derecho.* Traducción de W. Roces. 1ª Edición. Editorial Calpe, Madrid, 1952.

STERNBERG, Theodor. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* 2ª Edición. Editorial Labor, Barcelona, 1940.

SUAREZ, Francisco. *Tratado de las Leyes y de Dios legislador.* Versión castellana de Don Jaime Torrubiano y Ripoll. Editorial Reus, Madrid, 1918-1921.

TAPARELLI, Luis. *Curso Elemental de Derecho Natural.* Traducción por G. Tejado. Editorial Librería Católica Internacional, Madrid, 1871.

TAPIA Valdés, Jorge. *La Técnica Legislativa.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.

TAPIA Valdés, Jorge. *La Escuela de Derecho y el Cambio Social.* Boletín Nº 7, 1971.

TAPIA Valdés, Jorge. *Hermenéutica Constitucional. La Interpretación de la Constitución en Sudamérica.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973.

TARDE, Gabriel. *Las Transformaciones del Derecho.* Traducción de Adolfo Posada. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

TEILHARD de Chardin, Pierre. *El Porvenir del Hombre.* Traducción de Carmen Castro. 4ª Edición. Taurus Ediciones S. A., Madrid, 1967.

TERAN, José Manuel. *Filosofía del Derecho.* Editorial Porrúa, México D. F., 1952.

THAYER, William. *Orientación Profesional y Vocación Jurídica.* Colección de Estudios sobre Metodología, Técnica y Pedagogía Jurídicas. Publicada bajo el patrocinio y dirección del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 1944. Tomo II.

THIBAUT, John; FRIEDLAND Y WALKE, Laurens. *Algunas Determinantes Sociales del Sometimiento Legal.* Boletín Nº 19. Instituto de Docencia e Investigación Jurídica, 1974.

THOME, Joseph R. *Derecho y Cambio Social en Latinoamérica.*

THOME, Joseph R. *El Derecho como Instrumento al Cambio Social:* Comentarios sobre un modelo de desarrollo.

TIRYAKIAN, Edward A. *Sociological Theory, Valves, and Sociocultural Change.* Essays in Honor of Pitirim A. Sorokim. The free press of Glenco. Mac Millan Company, United States, 1963.

TOMAS de Aquino, Santo. *Suma Teológica.* Traducción de Francisco Barbado Viejo. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1964.

TOMAS de Aquino, Santo. *Suma Contra los Gentiles.* Traducción de Jesús M Pla Castellano. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1952.

TOMASSINI, Luciano. *Derecho y Cambio Social en América Latina.* Publicado en Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1973.

TONNIES, Ferdinand. *Principios de Sociología.* Traducción de Vicente Llorens. 2ª Edición. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1946.

TORRE, Abelardo. *Introducción al Derecho.* 4ª Edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1957.

TREVES, Renato. *Derecho y Cultura.* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947.

TRUYOL Serra, Antonio. *El Derecho y el Estado en San Agustín.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

TRUYOL Serra, Antonio. *Los Principios del Derecho Público en Francisco de Vitoria.* Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1946.

ULPIANO. *Digesto.*

UNESCO. *Informe sobre las Ciencias Sociales en la Enseñanza Superior.* Derecho. 1972.

URDANOZ, Teófilo. *El Bien Común según Santo Tomás.* En: "Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica". Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1965. Tomo VIII.

URZUA, Raúl. *La Profesión de Abogado y el Desarrollo.* En Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Comité de Publicaciones. Año 2, noviembre 1971. Nº 9. Santiago.

VALLET de Goytisolo, Juan. *Sociedad de Masas y Derecho.* Editorial Ediciones Taurus, Madrid, 1969.

VANNI, Icilio. *Filosofía del Derecho.* Noticia de la Vida y Escritos del Autor. Escrita por Widar Cesarini Sforza. Traducción de Rafael Urbano. Editorial Librería Beltrán, Madrid, 1941.

VARELA, Alex. *Decretos Leyes y Decretos con Fuerza de Ley.* En Boletín del Seminario de Derecho Público. Nº 3. Santiago, 1934, Página 65.

VARGAS, Edmundo. *América Latina y los Problemas Contemporáneos del Derecho del Mar.* Editorial Andrés Bello, Santiago, 1973.

VAS Ferreira, Eduardo. *Introducción al Derecho.* 2ª Edición. Editorial Medina, Montevideo, 1964.

VELASCO Letelier, Eugenio. *El Derecho y los Cambios Sociales.* Editorial Eduval-Ensayos, Valparaíso, 1967.

VELASCO Letelier, Eugenio. *Influencia recíproca entre Enseñanza del Derecho y Sociedad.* Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Nº 7, 1972.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público.* Traducción de Antonio Truyol y Serra. 2ª Edición. Editorial Aguilar, Madrid, 1957.

VESCONI, Enrique. *Introducción al Derecho.* 2ª Edición. Editorial Medina, Montevideo, 1958.

VIERA Gallo, José Antonio. *Derecho y Socialismo.* (Documento de plenario de la Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo). Boletín Nº 7. Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, 1972.

VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit.* Editorial Dalloz, París, 1962.

VILANOVA, José. *Filosofía del Derecho y Fenomenología Existencial.* Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.

VINOGRADOFF, Paul. *Introducción al Derecho.* Traducción de Vicente Herrero. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1952.

VITORIA, Francisco de. *Derecho Natural y de Gentes.* Emecé Editores S. A., Buenos Aires, 1946.

VITORIA, Francisco de. *De Justitia.* Ediciones del Padre Beltrán de Heredia, Madrid, 1934-1935.

VITORIA et SUAREZ. *Contribution des Théologiens au Droit International Moderne.* Editions A. Padova, Paris, 1939.

VIVES, Francisco. *Filosofía del Derecho.* 3ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1957.

VODANOVIC H., Antonio. *Curso de Derecho Civil.* Parte General y Los Sujetos de Derecho. 4ª Edición. Editorial Nascimento, Santiago, 1971.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad.* Traducción de Eduardo García Maynez y Eugenio Imaz. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1944. Tomo III.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán.* Traducción de Juan Bustos Ramírez y de Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

WELZEL, Hans. *El Problema de la Validez del Derecho.* En la obra "Derecho Injusto y Derecho Nulo". Traducción de José María Rodríguez Paniagua. 1ª Edición. Editorial Aguilar, Madrid, 1971.

WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Traducción de Felipe González Vicen. 2ª Edición. Editorial Aguilar, Madrid, 1971.

WHITE, Richard. *Sociología Jurídica, Legitimidad y Legalidad.* Boletín Nº 20. Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, 1974.

WILLIAMS Benavente, Jaime. *La Filosofía del Derecho en Chile en el siglo XX.* Anuario de Filosofía del Derecho. Tomo XIII. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1968.

WILLIAMS Benavente, Jaime. *Panorama de la Filosofía Jurídica en Chile.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969.

WILLIAMS Benavente, Jaime. *Algunos Aspectos de la libertad según John Locke.* Separata de la Revista de Derecho Público. Nº 13, Santiago, 1972.

WILLIAMS Benavente, Jaime. *Il Problema della Legge Giuridica Naturale in Pascal.* Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Nº 12, fascículo 1. Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada, Granada (España), 1972.

WILLIAMS Benavente, Jaime. *Una Aproximación Existencial a la Axiología Jurídica.* Revista Chilena de Derecho. Volumen 1. Nº 5 y 6. Editorial Universidad Católica, Santiago, 1974.

WOLF, Erik. *El Problema del Derecho Natural.* Traducción de Manuel Entenza. Editorial Ediciones Ariel. Barcelona, 1960.

ZITELMANN, Ernesto. *Las Lagunas del Derecho.* En la obra: "La Ciencia del Derecho". Traducción de Carlos G. Posada. Editorial Losada, Buenos Aires, 1949.

INDICE ONOMASTICO
POR ORDEN ALFABETICO

Los números que se indican se refieren a las páginas de este libro en que aparecen nombradas las personas.

ACCURSIO, Francisco 694
ADLER, Mortiner 696
AFTALION, Enrique R. 48 - 151 - 314 - 372 - 428 - 509 - 645 - 696 - 728 - 793
AGÜERO, Felipe 12
AGUSTIN, San 29 - 30 - 61 - 62 - 187 - 325 - 440 - 441 - 452 - 736 - 748 - 793
AHRENS, Enrique 64 - 475 - 793
AKEHURST, Michael 683
ALCIATO, Andrea 694
ALESSANDRI, Fernando 282
ALESSANDRI, Jorge 639
ALESSANDRI PALMA, Arturo 342 - 520
ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo 342 - 548
ALEXANDROV, N. G. 48 - 77 - 80 - 216 - 311 - 372 - 389 - 390 - 414 - 428 - 597 - 645 - 793
ALFONSO X, El Sabio 315
ALMENDINGEN, Luis Harscher von 244
ALSINA, Hugo 294
ALVAREZ, Alejandro 157 - 706 - 783
ALLORIO, Enrico 270
AMARI, Enrico 573
ANABALON, Carlos 282
ANDREA, Miguel de 642 - 793
ANTOLISEI, Francesco 255
ANZILOTTI 661
ARAGONESES, Pedro 264
ARAMBURU, Mariano 697
ARISTIDES 718

ARISTOTELES 13 - 21 - 29 - 30 - 49 - 60 - 66 - 154 - 187 - 236 - 393 - 418 - 439 - 484 - 485 - 493 - 508 - 509 - 577 - 634 - 635 - 637 - 735 - 748 - 789 - 790 - 793
ATHAYDE, Tristán de 589
AUBERT, Vilhelm 553 - 793
AUBRY, Charles 119 - 694
AUSTIN, John 615 - 694 - 793
AYALA, Francisco 526 - 553 - 793
AYLWIN, Patricio 793
AZCARATE, Carlos 793

BACON, Francisco 172 - 393 - 692
BAHAMONDE, Ruperto 548
BALBONTIN, Ignacio 12
BALMACEDA, Carlos 102 - 793
BALLADORE, Giorgio 793
BALLESTEROS, Jesús 74 - 352 - 453 - 794
BALLESTEROS, Manuel E. 279
BANUS, Gloria 12
BARCELO, José María 548
BARROS, Alfredo 424
BARTHELEMY, Joseph 102 - 133
BARTOLO 384
BASCUÑAN, Aníbal 12 - 48 - 80 - 92 - 208 - 216 - 314 - 372 - 475 - 693 - 700 - 701 - 702 - 705 - 706 - 709 - 713 - 715 - 724 - 728 - 784 - 785 - 794
BASCUÑAN, Antonio 48 - 80 - 125 - 151 - 210 - 216 - 314 - 372 - 428 - 475 - 784 - 791 - 794
BATIFFOL, Henri 794
BATTAGLIA, Felipe 48 - 125 - 151 - 372 - 509 - 645 - 791 - 794
BAUDRY LACANTINERIE 694
BECCARIA, César 225
BEKKER, Ernst Immanuel 102 - 137
BELING, Ernst von 231 - 235 - 238 - 239 - 246
BELLO, Andrés 319 - 338 - 705 - 725 - 782 - 790 - 794
BENAVENTE, Darío 548
BENDIX, Reinhard 553 - 794
BENTHAM, Jeremy 694
BERDIAEFF, Nicolás 639 - 794
BERGSON, Henri 29 - 30 - 154 - 187 - 774
BERMANN, Harold 794
BERNARD, P. 40
BETANCOURT, Cayetano 697
BETTI, Emilio 270 - 354 - 355 - 395 - 396 - 397 - 398 - 794
BETTIOL, Giuseppe 224 - 255
BILBAO, Francisco 782
BINDING, Karl 49 - 245 - 381 - 750
BIONDI, Biondo 794
BLACKSTONE, William 694
BLONDEAU 333 - 380
BLOY, León 588

BOBBIO, Norberto 80 - 314 - 462 - 794
BODENHEIMER, Edgar 77 - 80 - 445 - 475 - 509 - 553 - 645 - 773 - 791 - 794
BODIN, Juan 600
BOECIO, Manlio 16
BOFFI, Boggero 794
BOHLEN, Ludwig von 252
BOISTEL, Alfonso 100
BONNECASE, Julián 316 - 372 - 381 - 428 - 795
BRACTON 352
BRETHE DE LA GRESSAYE, Jean 151 - 372 - 475 - 795
BREWER-CARIAS Allan Randolph 795
BRINZ, Aloys von 102
BRISEÑO, Alonso 782
BRISEÑO, Ramón 782
BRUGGI, Biagio 795
BRUSHIN, Otto 795
BUGNET, Juan José 380
BÜLOW, Oscar von 270
BUNSTER, Alvaro 236
BURDEAU, Georges 610 - 611 - 621 - 622 - 626 - 636 - 637 - 644 - 795
BURLAMAQUI, J. 795
BURLATSKI, F. 597
BUSTOS, Ismael 12 - 637
BUSTOS, Juan 236 - 237 - 802 - 810

CALAMANDREI, Piero 259 - 266 - 270 - 281 - 294 - 716 - 717 - 722 - 728 - 795
CAMPILLO, Cosme 548
CAPITANT, Henri 93 - 119 - 125 - 148 - 208 - 372 - 428 - 791 - 795
CAPOGRASSI, Giuseppe 74 - 259 - 351 - 352 - 450 - 452 - 453 - 696 795
CARAVANTES, J. de V. 264
CARDOZO, Benjamín N. 386 - 553 - 695 - 771 - 795
CARLE, Giuseppe 795
CARLYLE, A. V. 509 - 795
CARNELUTTI, Francisco 189 - 195 - 196 - 208 - 216 - 220 - 259 267 - 270 - 280 - 294 - 314 - 416 - 755 - 796
CARRARA, Francisco 107 - 230 - 245 - 248 - 255
CARREÑO, Manuel Antonio 42 - 48 - 796
CARVALLO, Adolfo 784 - 796
CASANOVA Y LA ROSA, Oriol 683
CASARES, Tomás 697 - 796
CASARINO, Mario 282 - 294
CASO, Antonio 796
CASSIN, René 158 - 159 - 796
CASSIRER, Ernst 796

CASTAN TOBEÑAS, José 419 - 796
CASTILLO, Jaime 589 - 595 - 597
CASTILLO, Rolando 796
CASTRO, Federico de 80 - 151 - 194 - 216 - 379 - 387 - 428 - 728 - 796
CATHREIN, Víctor 80 - 372 - 475 - 486 - 491 - 509 - 728 - 757 - 791 - 796
CATON 573 - 719
CELSO 61 - 267 - 269 - 736
CEREXHE, Etienne 796
CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de 295
CESARINI SFORZA, Widar 151 - 216 - 796
CEZAR-BRU, A. 264
CICERON, Marco Tulio 154 - 325 - 440 - 482 - 573 - 599 - 719 - 736 - 796
CICU, Antonio 796
CIFUENTES, José María 342
CIFUENTES, Julio 12
CIURATI 720
CLARO SOLAR, Luis 342 - 425
COHEN, Félix 132 - 732 - 744 - 797
COING, Helmut 188 - 372 - 475 - 509 - 728 - 791 - 797
COKE 352
COLIN, Ambroise 119
COLMO, Alfredo 797
COLOMBO, Juan 278 - 282 - 797
COMTE, Augusto 692
CONDE, Javier 612
CONTARDO, Sergio 664 - 666 - 683 - 697 - 783 - 797
COPELLO, Marco A. 696
CORTS GRAU, José 696
COSSIO, Carlos 49 - 51 - 53 - 80 - 86 - 87 - 89 - 210 - 295 - 302 - 303 - 312 - 372 - 395 - 402 - 404 - 410 - 412 - 478 - 696 - 771 - 774 - 779 - 780 - 781 - 782 - 789 - 790 - 797
COSTA, Joaquín 797
COUSIN, Víctor 705 - 708
COUSIÑO, Luis 12 - 96 - 97 - 172 - 184 - 206 - 208 - 236 - 256 - 797
COUTURE, Eduardo J. 258 - 259 - 260 - 261 - 262 - 263 - 264 - 265 - 270 - 271 - 272 - 273 - 274 - 277 - 278 - 280 - 283 - 284 - 286 - 294 - 715 - 723 - 797
COVIELLO, Nicolás 80 - 93 - 95 - 113 - 114 - 125 - 195 - 202 - 203 - 208 - 264 - 353 - 358 - 360 - 361 - 366 - 372 - 402 - 411 - 412 - 413 - 415 - 416 - 428 - 791 - 797
CUCHE, Paul 134
CUELLO CALON, Eugenio 230
CUETO RUA, Julio 316 - 317 - 318 - 319 - 351 - 696 - 798
CUMPLIDO, Francisco 12 - 529 - 539 - 553 - 798 -
CUNEO, Andrés 12 - 522 - 553 - 697 - 783 - 798

CURY, Enrique 235 - 236 - 238 - 239 - 242 - 244 - 247 - 256 - 798
CUYAS O CUYACIUS, Jacobo 694

CHIOVENDA, Giuseppe 265 - 268 - 269 - 270 - 279 - 280 - 294 - 798
CHIPMAN, John 798
CHURCHILL, Sir Winston 158

DABIN, Jean 93 - 135 - 147 - 372 - 553 - 611 - 621 - 626 - 798
D'AGUANNO, José 798
DANTE ALIGHIERI 66 - 483 - 493 - 748 - 798
D'ARGENTRE 335
DARWIN, Carlos Roberto 13
DAVID, René 80 - 285 - 288 - 324 - 344 - 345 - 346 - 349 - 350 - 352 - 372 - 597 - 798
DEGENKOLB 270
DELITALA, Giacomo 798
DEL VECCHIO, Giorgio 9 - 42 - 48 - 49 - 54 - 57 - 58 - 61 - 65 - 79 - 80 - 89 - 98 - 99 - 125 - 130 - 151 - 209 - 214 - 215 - 216 - 222 - 314 - 325 - 331 - 372 - 414 - 415 - 450 - 451 - 452 - 469 - 475 - 477 - 492 - 493 - 509 - 553 - 600 - 607 - 610 - 619 - 623 - 624 - 644 - 645 - 688 - 690 - 696 - 728 - 732 - 747 - 748 - 749 - 750 - 751 - 774 - 789 - 790 - 791 - 798 - 799
DELOS, J. T. 493 - 496 - 509 - 799
DELVINCOURT 694
DEMOLOMBE, Carlos Florencio 264 - 380 - 799
DEMOSTENES 718
DERESI, Octavio N. 697
DESCARTES 748
DIEZ PICAZO, Luis 553 - 799
DOMAT, J. 381 - 694
DOMINGUEZ, Carlos 697 - 783
DOMINGUEZ, Virgilio 709 - 710
DONAT, M. 799
DONATI, Benvenuto 707
DONATI, Donato 403 - 799
DONEAU O DONELLO, Hugo 694
DORANTES, Luis 799
D'ORS, Alvaro 799
DROR, Yehezkel 536 - 553
DU PASQUIER, Claude 81 - 314 - 373 - 420 - 429 - 476 - 510 - 700 - 729 - 799
DUGUIT, Léon 49 - 94 - 130 - 600 - 603 - 654 - 661 - 694 - 756 - 799

DURANTI, Guglielmo 704
DURANTON 694
DURKHEIM, Emilio 553 - 694 - 755 - 800

ECHEVERRIA, José Rafael 785 - 800
EGAÑA, Juan 782
EGAÑA, Mariano 548
EHRLICH, Eugen 319 - 385 - 387 - 695 - 753
EINSTEIN, Alberto 269
EISENMANN, Ch. 800
EISENSTADT, S. N. 800
ELIAS DE TEJADA, Francisco 696 - 800
ENDEMANN, Jutta 277
ENGELS, Federico 75 - 311 - 512 - 513 - 514 - 553 - 581 - 583 - 584 - 586 - 600 - 601 - 602 - 740 - 741 - 800
ENGISCH, Karl 80 - 401 - 428 - 791 - 800
EPICTETO 154 - 469 - 470
ERRAZURIZ, Federico 321 - 338
ESCHBACH, M. 800
ESCRICHE, Joaquín 278
ETCHEBERRY, Alfredo 12 - 96 - 226 - 229 - 230 - 231 - 236 - 239 - 240 - 242 - 245 - 246 - 256 - 422 - 529 - 553 - 800
ETZIONI, Amitai 800
EY, Henri 40 - 800

FABRES, José Clemente 548
FAIREN, Víctor 270
FERNANDEZ, Carlos 93 - 800
FERNANDEZ CONCHA, Rafael 80 - 170 - 178 - 188 - 645 - 697 - 705 - 709 - 782 - 790 - 800
FERRANTE, Mateo 800
FERRARA, Francisco 93 - 98 - 800
FERRATER MORA, José 83 - 88 - 685 - 686 - 690 - 691 - 800
FERRI, Enrico 230
FEUERBACH, Anselm Ritter von 107 - 225
FICHTE, Juan Amadeo 64 - 79 - 748
FIGUEREIDA, Jackson de 697
FIGUEROA, Gonzalo 554
FIGUEROA, María Angélica 12 - 155 - 800
FILOMUSI GUELFI, Francesco 125 - 188 - 372 - 711 - 800
FOUILLEE, Alfred 99
FRAGUEIRO, Alfredo 697
FRANCISCI, Pietro de 801
FRANK, Dr. 77

FRANK, Jerome 388 - 695 - 801
FREI, Eduardo 165 - 636 - 801
FRICKER, Freisler 100
FRIEDMAN, Lawrence 516 - 522 - 523 - 534 - 553 - 801
FRIEDMANN, Wolfgang 542 - 553 - 683 - 801
FRIEDRICH, Carl Joachim 475 - 509 - 553 - 801
FUENTES, Samuel 801
FUENZALIDA, Enrique 428 - 801
FULLER, Lon L. 71 - 80 - 228 - 695 - 696 - 801

GABBA, C. F. 333
GALAN, Eustaquio 748 - 801
GALAZ, Sergio 610
GALLONI, Giovanni 801
GALTE, Jaime 282
GALTON, Francisco 171
GANDHI, Mahatma 519
GARCIA OLANO, Fernando 48 - 151 - 314 - 372 - 428 - 509 - 645 - 696 - 728 - 793
GARCIA MAYNEZ, Eduardo 48 - 57 - 59 - 80 - 125 - 151 - 188 - 189 - 192 - 194 - 216 - 219 - 222 - 350 - 373 - 378 - 399 - 400 - 403 - 410 - 411 - 412 - 419 - 420 - 428 - 645 - 703 - 704 - 728 - 733 - 771 - 776 - 777 - 778 - 791 - 801 - 802
GARÇON, Emile 237
GAROFALO, Raffaele 230
GARRAUD, Emile 233
GARRETON, Manuel Antonio 802
GARSONNET, E. 264
GAYO 350 - 693
GENTILE, Giovanni 802
GENTILI, Alberico 650
GENY, François 132 - 133 - 147 - 319 - 380 - 383 - 694 - 754 - 757 - 791 - 802
GERBER 621
GESCHE, Bernardo 802
GILSON, Etienne 16 - 802
GIERKE, Otto von 100 - 602
GINEBRA, Francisco 783
GLANVILLE 352
GOERING, Hermann 77
GOETHE, Johann Wolfgang 499
GOLDSCHMIDT, James 802
GOLDSCHMIDT, Werner 81 - 266 - 314 - 373 - 428 - 475 - 509 - 696 - 728 - 802
GOLUNSKI, S. A. 744
GOMEZ ORBANEJA, E. 270
GONZALEZ, Francisco 802

GRANERIS, Giuseppe 21 - 63 - 73 - 74 - 471 - 488 - 489 - 737 - 802
GRIGORIAN L. 802
GRISOLIA, Francisco 237 - 802 - 810
GROCIO, Hugo 128 - 445 - 446 - 648 - 650 - 681 - 737 - 802
GUARNERI 270
GUASP, Jaime 281
GUERRA, José Guillermo 548 - 783
GÜRTNER 226
GURVITCH, Georges 802
GUSMAO, Paulo Dourado de 747 - 753 - 755 - 791 - 802

HAGERSTROM, Axel 695
HALL, Jerome 695 - 773
HAMILTON, Carlos 697 - 783
HANISCH, Hugo 12
HARING, Bernhard 44 - 802
HART, H. L. A. 68 - 69 - 70 - 71 - 81 - 373 - 468 - 475 - 791 - 803
HARTMANN, Nicolás 30
HASSE 266 - 269
HAURIOU, Maurice 101 - 605 - 606 - 611 - 631 - 644 - 695 - 803
HAZARD, John N. 80 - 288 - 324 - 345 - 346 - 352 - 372 - 597 - 798
HECK, Philipp 319 - 387
HEGEL, Guillermo Federico 29 - 30 - 187 - 431 - 491 - 600 - 613 - 615 - 660 - 739 - 748 - 789 - 803
HEIDEGGER, Martin 29 - 30 - 154 - 187
HELLER, Herman 604 - 617 - 625 - 644 - 803
HELLWIG 277
HENKEL, Heinrich 803
HENRIQUEZ, Camilo 782
HERNANDEZ, Juvenal 548
HERNANDEZ, Rafael 697
HERNANDEZ-GIL, Antonio 757 - 803
HERODOTO 685
HERRERA, Felipe 803
HITLER, Adolfo (Führer) 77 - 158 - 225 - 228 - 285 - 286 - 413 520
HOBBES, Tomás 445 - 446 - 447 - 448 - 450 - 615 - 650 - 660 - 737 - 738 - 789 - 790 - 803
HOLMES, Oliver Wendell 386 - 695 - 771 - 789 - 803
HOMERO 84
HORVATH, B. 696
HOSTOS 563
HOYOS, Francisco 12 - 264 - 270 - 277 - 803
HÜBNER, Jorge Iván 81 - 125 - 151 - 156 - 157 - 188 - 196 - 208 - 216 - 369 - 373 - 428 - 475 - 697 - 728 - 783 - 791 - 803
HUC 694
HUGO, Gustavo 694

HUNEEUS, Antonio 803
HUNTINGTON, Samuel 804
HURST, James 554
HUSSERL, Edmundo 30 - 154 - 212 - 393

IBAÑEZ, Gonzalo 697
IHERING, Rudolph von 57 - 58 - 60 - 93 - 103 - 137 - 357 - 375 - 378 - 382 - 387 - 512 - 554 - 694 - 731 - 732 - 772 - 789 - 804
INVREA, F. 277
IRIBARREN, Juan Antonio 548
IRURETA GOYENA, José 174 - 804
ISOCRATES 718
IZQUIERDO, Domingo 804

JAEGER, Werner 431 - 804
JASINOWSKI, Bogumil 804
JELLINEK, Jorge 64 - 68 - 79 - 137 - 602 - 603 - 621 - 625 - 629 - 654 - 655 - 804
JEMOLO, Arturo Carlos 804
JENKINS, Fredell 554
JENOFONTE 637 - 734 - 735 792 - 804
JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo 683
JIMENEZ DE ASUA, Luis 175 - 225 - 226 - 230 - 234 - 241 - 243 - 246 - 248 - 256 - 413 - 804
JIMENEZ, Julio 12
JORS, Paul 99 - 804
JOSSERAND, Louis 93 - 119 - 148
JOUVENEL, B. de 804
JUAN XXIII, Papa 25 - 166 - 804
JUSTINIANO 96 - 337 - 416 - 482 - 524 - 736 - 804
JUSTO LOPEZ, Mario 617 - 624 - 627 - 645 - 683

KANT, Manuel 29 - 30 - 63 - 187 - 190 - 193 - 450 - 451 - 480 - 486 - 487 - 600 - 625 - 626 - 731 - 739 - 744 - 745 - 748 - 759 - 774 - 789 - 790 - 805
KANTOROWICZ, Hermann 319 - 384 - 385 - 695 - 754 - 792 - 805
KAUFMANN, E. 695 - 696
KELSEN, Hans 49 - 51 - 52 - 53 - 79 - 81 - 84 - 85 - 86 - 87 - 89 - 93 - 103 - 105 - 125 - 131 - 132 - 151 - 191 - 193 - 194 - 209 - 210 - 211 - 212 - 215 - 216 - 217 - 218 - 222 - 295 - 296 - 297 - 298 - 299 - 300 - 301 - 302 - 312 - 313 - 314 - 348 - 354 - 373 - 379 - 391 - 392 - 404 - 407 - 428 - 455 - 456 - 457 - 458 - 459 - 460 - 461 - 476 - 480 - 487 - 488 - 509 - 554 - 577 - 578 - 597 - 600 - 606 - 607 - 625 - 629 - 631 - 645 - 653 - 655 - 656 - 657 - 659 - 681 - 683 - 685 - 695 - 696 -

728 - 757 - 758 - 759 - 760 - 762 - 770 - 771 - 774 - 778 - 779 - 780 - 781 - 782 - 789 - 792 - 805
KEPLER, Johannes 53
KIDD, Benjamín 554 - 805
KIERKEGAARD, Soren 29 - 30 - 154 - 187
KIRCHMANN, Julio Hermann von 697 - 698 - 699 - 700 - 726 - 728 - 805
KOHLER, Giuseppe 270 - 358 - 381 - 748
KORN, Adolfo 697
KRAUSE, K. 750
KRUCKMANN 277
KUNKEL, Wolfgang 92 - 805
UNZ, Josef L. 683 - 696 - 771
KURI, Daniel 697
KUUSINEN, Otto V. 585 - 602 - 805

LABAND 621
LABATUT, Gustavo 252 - 256
LABORDE-LACOSTE, Marcel 151 - 372 - 475 - 795
LADRIERE, Jean 504 - 506
LAMARTINE, Alfonso María de 18
LANDINSKI, J. 516 - 522 - 534 - 801
LARENZ, Karl 554 - 805
LARRAIN ERRAZURIZ, Manuel 589
LASK, Emil 805
LASSALLE, Fernando 333 - 587 - 604
LASSON, Adolfo 100 - 748
LASTARRIA, José Victorino 705 - 782 - 790
LATORRE, Angel 792 - 805
LAUN, Rodolfo 77 - 191
LAURENT, F. 381 - 694
LAUTERPACHT 164
LECLERCQ, Jacques 81 - 476 - 502 509 - 806
LE FUR, Luis 509 - 653 - 696 - 801
LECHNER, Norbert 12 - 530 - 531 - 553 - 805
LEGAZ Y LACAMBRA, Luis 48 - 81 - 89 - 125 - 151 - 188 - 209 - 210 - 211 - 215 - 216 - 315 - 373 - 415 - 419 - 428 - 476 - 491 - 510 - 611 - 612 - 627 - 631 - 632 - 645 - 683 - 696 - 728 - 729 - 771 - 792 - 806
LEIBNIZ, Godofredo Guillermo 483
LENIN, Vladimir Ilich 346 - 350 - 519 - 564 - 583 - 584 - 585 - 586 - 587 - 588 - 597 - 601 - 741 - 806
LEON, Avelino 196 - 208 - 806
LEONHARD, H. v. 358
LETELIER, Valentín 706 - 783 - 790
LEVI, Alessandro 806

LIEBMAN, Enrico Tullio 270 - 744
LILIENFELD, Paul von 99
LIMA, Alceu Amoroso 697
LINCOLN, Abraham 599 - 639
LINNEO, Carlos 13
LIRA, José Antonio 782
LIRA, José Bernardo 279
LIRA, Pedro 783
LISZT, Franz von 225- 231 - 235 - 246 - 248
LITTLETON 352
LIVACIC, Ernesto 12
LOCKE, John 340 - 341 - 445 - 449 - 450 - 565 - 738 - 806
LOWENSTEIN, Steven 554 - 806
LUCEY, F. L. 696
LUNDSTEDT, Andrea Wilhelm 695
LUÑO PEÑA, Enrique 663 - 683 - 696 - 806

LLAMBIAS, Juan 806
LLANOS, Hugo 12
LLEWELLYN, Karl N. 388 - 695 - 806

MAGNAUD, Pablo 384
MALTHUS, Roberto 171
MANCINI, P. S. 335
MANNHEIM, Karl 519 - 554 - 806
MANRESA, José María 279
MANZINI, Vincenzo 107
MAQUIAVELO, Nicolás 600
MARCADE 694
MARCEL, Gabriel 30 - 154
MARCO AURELIO 154
MARIN, Ventura 782
MARITAIN, Jacques 30 - 154 - 187 - 188 - 475 - 499 - 510 - 588 - 612 - 616 - 641 - 644 - 646 - 806 - 807
MARQUEZ, Miguel 697
MARTINEZ, Enrique 807
MARX, Carlos 30 - 512 - 513 - 514 - 515 - 516 - 551 - 554 - 579 - 580 - 581 - 583 - 584 - 586 - 587 - 597 - 611 - 740 - 741 - 745 - 789 - 807
MASSEL, Gregory 554
MATLIA, Angelo de 220
MATTIROLO, Luigi 264
MAYER, Max Ernst 65 - 81 - 239 - 245 - 246 - 476 - 492 - 493 - 510 - 807
MAYER, Otto 629
MAZZEAUD, León 205
MENDEZ, Julio 12
MENESES, Juan Francisco 548
MENGER, Antonio 331 - 807
MERKEL, Adolfo 81 - 152 - 216 - 295 - 373 - 750 - 807

MERKL, Adolf 759 - 771
MERLE, Roger 237
MERRIL, Francisco 554 - 807
MERRYMAN, John Henri 807
MESSINEO, Francisco 205 - 208 - 807
MESSNER, Johannes 48 - 467 - 476 - 646 - 807
MEURER, Christian 100
MEZGER, Edmund 107 - 239 - 704 - 807
MIAJA, Adolfo 653 - 654 - 655 - 683 - 807
MICHAUD, León 137
MILL, John Stuart 733
MILLAS, Jorge 12 - 81 - 83 - 87 - 89 - 127 - 194 - 314 - 478 - 479 - 494 - 495 - 510 - 690 - 729 - 784 - 790 - 807
MIQUEL, Juan Enrique 517 - 519 - 554 - 807
MIRAGLIA, Luis 792 - 807
MOBAREC, Norma 565
MODESTINO 350 - 693
MOHL, Roberto von 627
MOLINA, Luis de 647
MONCADA, Luis Cabral de 696
MONTERO, Juan Esteban 342
MONTESQUIEU, Carlos de 445 - 449 - 632 - 633 - 635 - 807
MONTT, Manuel 338
MOOR, Julius 65
MOORE, Wilbert 554 - 807
MORA, José Joaquín de 782
MORENO, Jorge 646
MORGENTHAU, Hans 659 - 660 - 807
MORIN, Gastón 554 - 808
MORINEAU, Oscar 48 - 81 - 125 - 152 - 194 - 216 - 429 - 729 - 808
MORON, Manuel 270
MORTARA, Lodovico 265
MOUCHET, Carlos 48 - 81 - 125 - 152 - 216 - 373 - 429 - 476 - 510 - 707 - 729 - 808
MOUNIER, Manuel 30 - 588 - 589
MUÑOZ, Andrea 12
MUTHER, Theodor 266 - 267 - 268 - 269

NAGEL, Stuarts 554
NAPOLEON 380 - 519
NARANJO, Abel 808
NEWTON, Isaac 53
NOVOA ALDUNATE, Eduardo 526 - 528 - 530 - 532 - 533 - 554 - 808
NOVOA MONREAL, Eduardo 223 - 224 - 226 - 230 - 231 - 233 - 235 - 256 - 554 - 808
NOVICOW, G. 99
NUN, Bernardo 554

OCAMPO, Gabriel 548
ODEGARD, Peter 554 - 808
OLGIATI, Francisco 808
OLIVECRONA, Karl 81 - 646 - 695 - 808
OPOCHER, Enrico 808
OPPENHEIM, Lassa 650 - 651 - 683 - 808
ORDOÑEZ, Francisco 808
ORGAZ, Arturo 48 - 81 - 93 - 126 - 197 - 208 - 216 - 373 - 429 - 476 - 676 - 729 - 808
ORREGO, Claudio 12
ORREGO, Francisco 543 - 554 - 808
ORSTEP, Anders Sando 695
ORTEGA, Leopoldo 342
ORTEGA Y GASSET, José 19 - 20 - 30 - 154 - 774 - 775 - 809
ORTIZ, Luis 236
ORTIZ, Pedro 252
OSSORIO Y GALLARDO, Angel 188 - 720 - 721 - 722 - 808
OTAKA, T. 696
OVALLE, Francisco Javier 338

PABLO, San 28 - 589
PAGENSTECHER 277
PAINE, Thomas 809
PALMA, Eduardo 12
PALMA, José Gabriel 548
PAOLINELLI, Italo 554
PAPINIANO 350 - 693
PARSONS, Talcott 554 - 809
PASCAL, Blas 30
PASCAL, Enrique 697
PASHUKANIS, E. B. 742 - 743
PASSERIN D'ENTREVES 810
PAULO 79 - 350 - 416 - 693
PAULSEN 748
PEGUY, Charles 588 - 589
PERAGALLO, Roberto 784
PERASSI, Tomaso 810
PEREIRA, Hugo 282 - 294 - 810
PERELMAN, Ch. 810
PEREZ, José Joaquín 321 - 338
PERREAU, Juan Andrés 119
PERTICONE, Giácomo 810
PETRONE, Igino 68 - 810
PHILIPPI, Julio 697 - 784
PICARD, Edmundo 809
PIERANDREI 561
PINEDA BASCUÑAN, Francisco de 782
PINTO SANTA CRUZ, Francisco Antonio 554 - 810
PIO XII, Papa 223 - 635 - 641 - 810

PITAGORAS 685
PITAMIC, L. 696
PLANIOL, Marcel 93 - 102 - 119 - 325 - 810
PLATON 29 - 30 - 49 - 60 - 187 - 432 - 437 - 438 - 439 - 472 - 474 - 480 - 484 - 508 - 510 - 637 - 685 - 734 - 735 - 748 - 810
PLÖSZ 270
PODGORECKI, Adán 554
POLITOFF, Sergio 237 - 256 - 802 - 810
POLLAK, Clara 12
POMPONIO, Sexto 417
PORTALIS, Jean-Etienne 333 - 810
POTHIER, Robert 277 - 694
POUND, Roscoe 156 - 386 - 387 - 429 - 554 - 695 - 772 - 789 - 810
PRAT, Arturo 342
PRECIADO HERNANDEZ, Rafael 48 - 81 - 476 - 498 - 510 - 697 - 729 - 811
PRELOT, Marcel 811
PREUSS, Hugo 100
PRIETO-CASTRO, L. 270
PROUDHON, P. José 611
PUCHTA, Jorge 264 - 694
PUFFENDORF, Samuel 128 - 445 - 447 - 448 - 450 - 648 - 811

QUEZADA, Armando 342
QUILES, Ismael 697
QUINTANA, Fernando 12 - 697 - 784

RADBRUCH, Gustavo 42 - 48 - 57 - 58 - 81 - 126 - 192 - 194 - 235 - 390 - 391 - 393 - 419 - 451 - 476 - 494 - 510 - 554 - 664 - 683 - 695 - 729 - 751 - 792 - 811
RAMIREZ, Santiago 500 - 811
RAU, Frederick Charles 119 - 694
RAVA, Adolfo 554 - 811
REALE, Miguel 697 - 779
RECASENS SICHES, Luis 48 - 57 - 59 - 81 - 89 - 91 - 99 - 126 - 152 - 164 - 188 - 190 - 194 - 214 - 222 - 314 - 373 - 378 - 386 - 387 - 393 - 394 - 429 - 443 - 444 - 476 - 480 - 498 - 510 - 523 - 554 - 555 - 646 - 652 - 683 - 696 - 729 - 757 - 771 - 774 - 775 - 776 - 792 - 811
REDENTI, Enrico 270
REICHEL, Hans 384
REID 733
REINACH, Adolfo 695
REYNOLD, Gonzague de 635 - 812
REISNER, M. A. 742 - 743
RENAN, Ernesto 619
RENARD, Georges 93 - 694 - 755 - 756 - 757 - 792 - 811
RIBEIRO, L. F. 812

RICKERT, Heinrich 693 - 744
RIEHL 744
RIO, Manuel 697 - 812
RIO, Raimundo del 548
RIOS, Fernando de los 812
RIPERT, Georges 134 - 148 - 511 - 542 - 543 - 544 - 555 - 812 - 812
RIVACOBA, Manuel de 812
ROA, Armando 38
ROBERTS, Stephen 77 - 812
ROBLES, Osvaldo 697
ROBLES, Víctor V. 342
ROCCO, Arturo 270 - 277
RODER, Carlos 77
RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino 81 - 373 - 382 - 476 - 510 - 559 - 560 - 565 - 589 - 646 - 729 - 812
RODRIGUEZ QUEIRO 629
ROGERIUS 694
ROMACHKINE, P. 812
ROMANO, Santi 216 - 295 - 303 - 304 - 305 - 306 - 307 - 308 - 309 - 310 - 311 - 313 - 314 - 375 - 565 - 695 - 812
ROMANO-DI FALCO, Enrico 707 - 812
ROMMEN, Enrique 81 - 438 - 476 - 626 - 812
ROOSEVELT, Eleonora 159
ROOSEVELT, Franklin Delano 157 - 159
ROS, Clemente 812
ROSE, Arnold 555
ROSENDE, Hugo 12
ROSMINI, Antonio 66
ROSS, Jaime 812
ROSS, Alf 72 - 73 - 81 - 132 - 133 - 314 - 373 - 429 - 476 - 481 - 510 - 555 - 695 - 812 - 813
ROSSI, Pellegrino 230
ROUBIER, Paul 334
ROUGIN, Jorge 49
ROUSSEAU, Charles 662 - 684 - 812
ROUSSEAU, Juan Jacobo 225 - 445 - 449 - 615 - 732 - 738 - 739 - 748 - 789 - 790 - 812
ROVER 358
RUGGIERO, Roberto de 138 - 152 - 334 - 373 - 429 - 476 - 812
RUIZ, Julio 785
RUIZ DANYAU, César 548
RUIZ DEL CASTILLO, C. 629
RUIZ-GIMENEZ, Joaquín 93 - 126 - 812
RUIZ, Jacome 264
RÜMELIN, Max 387
RUNDSTEIM, S. 696
SALAS LAVAQUI, Manuel 783
SALAS ROMO, Luis 342
SALEILLES, Raymond 119 - 134 - 147 - 319

SALVAT, Manuel 12
SAMPAY, Arturo Enrique 812
SAMPER, Francisco 92 - 337 - 350 - 729 - 812
SANCHEZ, Luis 624
SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio 336 - 812 - 813
SANCHEZ DEL RIO, Carlos 555 - 813
SANDER, F. 696
SANTA MARIA, Alfredo 342
SARTRE, Jean Paul 35
SASSOFERRATO, Bartolo de 335 - 694
SATTA, Salvatore 259 - 265 - 813
SAUER, Wilhelm 559 - 718 - 813
SAVIGNY, Federico Carlos de 93 - 103 - 136 - 264 - 267 - 277 - 335 - 337 - 338 - 357 - 377 - 511 - 512 - 551 - 555 - 694 - 740 - 789 - 790 - 813
SCELLE, Georges 661
SCHAEFFLE, Albert 99
SCHAPP, Wilhelm 695 - 813
SCHELER, Max 14 - 29 - 30 - 154 - 187 - 813 - 814
SCHELLING 748
SCHILLER, Federico 557
SCHMIDT, Eberhard 814
SCHMIDT, Konrad 311 - 381 - 513
SCHMITT, Carl 814
SCHOPENHAUER, Arthur 748
SCHREIER, Fritz 126 - 152 - 209 - 212 - 214 - 216 - 646 - 695 - 696 - 733 - 771 - 792 - 814
SCHUR, Edwin 523 - 555 - 814
SCHWARTZ, Miller 555
SCHWARZENBERGER, Georg 677 - 680 - 684 - 814
SCHWEITZER WALTERS, Miguel 249 - 250 - 814
SEIDMAN, Robert B. 555 - 814
SENECA 154 - 170
SEPULVEDA, Jaime 12 - 402 - 407 - 408 - 409 - 410 - 697 - 814
SERRA, Juan Enrique 784
SERRA, Manuel 266 - 267 - 268 - 269 - 270 - 294
SERRANO, Carlos 814
SERRANO, Jonathas 697
SERTILLANGES, A. D. 814
SEYDEL 285
SHAO CHI, Liu 814
SHAKESPEARE, William 147 - 203 - 204 - 205 - 492 - 814
SIGNART 393
SILVA, Alejandro 158 - 228 - 322 - 329 - 621 - 622 - 634 - 646 - 814
SILVA, Enrique 323 - 344 - 814
SILVA, Pedro 252
SILVING, Helen 814
SIMON, Ives R. 642 - 643 - 814
SIMMEL, Georg 685

SMITH, Carlos Juan 814
SOCRATES 29 - 31 - 49 - 60 - 187 - 432 - 438 - 497 - 685 - 734 - 735
SOFOCLES 431 - 432 - 474 - 492 - 734 - 814
SOLER, Sebastián 246 - 256 - 429 - 729 - 814 - 815
SOLON 685
SOMLO, Félix 660
SOTO, Domingo de 647 - 815
SPENCER, Herbert 692 - 815
SPINOZA, Baruch 445 - 447 - 631 - 748 - 815
SPOTA, Alberto G. 93
SQUELLA, Agustín 12 - 784
STAHL, Federico Julio 815
STAMMLER, Rodolfo 57 - 58 - 450 - 451 - 483 - 491 - 687 - 688 - 729 - 744 - 745 - 746 - 747 - 757 - 774 - 776 - 789 - 815
STERNBERG, Theodor 152 - 373 - 716 - 729 - 815
STROGOVICH, M. S. 744
STUART MILL, John 393
STUCHKA, P. L. 742 - 743
STURZO, Luigi 588
SUAREZ, Francisco 168 - 325 - 441 - 442 - 443 - 444 - 626 - 640 - 647 - 648 - 649 - 650 - 684 - 757 - 815

TAGLE, Hugo 697
TAPARELLI, Luis 476 - 815
TAPIA, Jorge 554 - 555 - 713 - 714 - 729 - 815
TARDE, Gabriel 555 - 815
TEILHARD DE CHARDIN, Pierre 29 - 30 - 167 - 815
TEMISTOCLES 718
TERAN, José Manuel 815
THAYER, William 715 - 721 - 729
THIBAUT, Antonio 337 - 381
THIBAUT, John 815
THOME, Joseph R. 49 - 545 - 555 - 815
THON, Augusto 133 - 134 - 750
TIRYAKIAN, Edward A. 555 - 815
TOMAS DE AQUINO, Santo 13 - 15 - 16 - 24 - 26 - 29 - 30 - 34 - 37 - 62 - 66 - 79 - 168 - 187 - 325 - 326 - 373 - 418 - 419 - 441 - 442 - 443 - 452 - 463 - 464 - 483 - 485 - 486 - 499 - 500 - 501 - 502 - 508 - 510 - 736 - 737 - 748 - 757 - 785 - 789 - 790 - 815 - 816
TOMASIO, Cristian 58 - 63 - 128 - 648 - 650
TOMASSINI, Luciano 538 - 555 - 816
TONNIES, Ferdinand 816
TORRE, Abelardo 48 - 81 - 126 - 152 - 314 - 373 - 429 - 476 - 646 - 729 - 792 - 816
TREVES, Renato 816
TRIEPEL 661

TROPLONG 694
TRUYOL, Antonio 648 - 650 - 684 - 696 - 816
TUCIDIDES 637 - 685

UBALDIS, Pedro Baldo de 694
UGARTE, José Joaquín 697
ULPIANO 61 - 350 - 416 - 417 - 482 - 693 - 736 - 816
URDANOZ, Teófilo 499 - 503 - 510 - 816
URETA, Arturo 342
URRUTIA, Leopoldo 548
URRUTIA, Manuel 282
URZUA, Raúl 555 - 816

VALENTINIANO III 350
VALENZUELA, María Teresa 12
VALLET DE GOYTISOLO, Juan 646 - 816
VANNI, Icilio 68 - 816
VARAS, José Miguel 782
VARAS, Miguel Antonio 548
VARELA, Alex 342 - 816
VARGAS, Edmundo 620 - 816
VELASCO, Eugenio 12 - 526 - 548 - 555 - 816
VERDROSS, Alfred 165 - 166 - 295 - 323 - 417 - 648 - 653 - 654 - 660 - 661 - 666 - 668 - 669 - 671 - 679 - 684 - 696 - 759 - 771 - 816
VERDUGO, Mario 12 - 637 - 639
VERGARA, Carlos 697 - 784
VERGARA, Luis A. 342
VESCONI, Enrique 816
VIAL, Manuel Camino 548
VICO, Juan Bautista 452 - 493 - 689 - 748
VIERA GALLO, José Antonio 555 - 816
VIGORENA, Agustín 548
VILANOVA, José 48 - 151 - 314 - 372 - 428 - 509 - 645 - 696 - 728 - 793 - 817
VILLAR, Waldo del 224
VILLEGAS, Beltrán 12
VILLEY, Michel 128 - 129 - 816
VINOGRADOFF, Paul 81 - 194 - 476 - 817
VISHINSKY, A. Y. 743 - 744
VITORIA, Francisco de 168 - 640 - 647 - 648 - 664 - 665 - 681 - 684 - 817
VIVES, Francisco 81 - 476 - 697 - 784 - 816
VODANOVIC, Antonio 817
WACH, Adolf 269 - 270
WEBER, Max 59 - 524 - 525 - 538 - 539 - 552 - 555 - 755 - 817
WEISMANN 270
WELZEL, Hans 236 - 239 - 256 - 476 - 817
WEYR, F. 696

WHITE, Richard 817
WILLIAMS, Jaime 12 - 449 - 483 - 697 - 784 - 785 - 816 - 817
WINDELBAND, Wilhelm 693 - 744
WINDSCHEID, Bernardo 93 - 136 - 142 - 264 - 266 - 267 - 268 - 269
WOLF, Erik 817
WORMS, Renee de 99
WUNDT, Wilhelm 100 - 693

YAÑEZ, Sergio 236
YUDIN, P. 743

ZANZUCCHI, Marco Tulio 270
ZERAN, Hassan 12
ZELLER 744
ZITTELMANN, Ernst 49 - 100 403 - 817
ZORRAQUIN, Ricardo 48 - 81 - 125 - 152 - 216 - 429 - 476 - 510 - 707 - 729 - 808
ZUBIRI, Xavier 686

INDICE GENERAL

PREFACIO 9

Prólogo a la segunda edición 11

Capítulo Primero

PERSONA HUMANA, SOCIEDAD Y DERECHO

I. PERSONA HUMANA 13
1. El hombre 13
2. La individualidad 15
3. La personalidad 15
4. El entendimiento 17
5. La voluntad 17
6. La libertad 18
7. La trascendencia 18
8. Individualidad y personalidad 18

II. SOCIEDAD 20
1. La sociedad 20
2. El hombre y la sociedad 21
3. El bien común 23

III. DERECHO 25
1. La sociedad y el Derecho 25
2. Fundamento del Derecho 26
3. El Derecho Natural 26
4. Los derechos y deberes de la persona humana . . . 26
5. El Derecho Positivo 27
6. El amor 28

CUESTIONARIO 29

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 30

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONDUCTA HUMANA Y SU REGULACION NORMATIVA

I. LAS LEYES NATURALES 31
1. Concepto 31
2. Características 31

II. EL ACTO HUMANO 32
1. Concepto 32
2. Actos humanos internos y externos 32
3. Elementos 33
A) *Elemento cognoscitivo* 33
B) *Elemento volitivo* 33
C) *Elemento ejecutivo* 34
4. Imputabilidad 34
5. Responsabilidad 34

III. LA LIBERTAD HUMANA 35
1. Concepto 35
2. El hombre libre 36
3. Libertad, voluntad y motivación 37
4. Grados de libertad 37
5. Educación de la libertad 38
6. Factores que influyen en la libertad 38

IV. LAS NORMAS DE CONDUCTA HUMANA 40
1. Concepto 40
2. Características. 40

V. LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL, USOS, CONVENCIONALISMOS O COSTUMBRES SOCIALES 42
1. Concepto 42
2. Características 42

VI. LAS NORMAS MORALES 43
1. Concepto 43
2. Características 44

CUESTIONARIO 46

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 48

CAPÍTULO TERCERO

LAS NORMAS JURIDICAS

I. LAS NORMAS JURIDICAS 49
1. Norma y ley 49
2. Concepto 50

3. Características 50
A) *Exterioridad* 50
B) *Bilateralidad* 50
C) *Determinación* 50
D) *Imperatividad* 51
E) *Coactividad* 53
F) *Finalidad* 56

II. RELACIONES ENTRE LAS NORMAS JURIDICAS Y LAS NORMAS DEL TRATO SOCIAL 56
1. Semejanzas 56
2. Diferencias 57

III. RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL . . . 59
1. Sócrates 60
2. Platón 60
3. Aristóteles 60
4. Los juristas romanos 60
5. San Agustín 61
6. Santo Tomás de Aquino 62
7. Cristián Tomasio 63
8. Manuel Kant 63
9. Juan Amadeo Fichte 64
10. Enrique Ahrens 64
11. Jorge Jellinek 64
12. Julius Moor 65
13. Giorgio del Vecchio 65
14. H. L. A. Hart 68
15. Lon L. Fuller 71
16. Alf Ross 72
17. Giuseppe Graneris 73
18. Giuseppe Capograssi 74
19. Relaciones entre el Derecho soviético y la moral comunista 74
20. Los Estados totalitarios 77
21. Nuestra opinión 77

CUESTIONARIO 79

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 80

Capítulo Cuarto

LA ESTRUCTURA LOGICA DE LA NORMA JURIDICA

I. LOS JUICIOS Y SUS DIVERSAS CLASIFICACIONES 83

II. LA NORMA JURIDICA COMO JUICIO CATEGORICO 84

III. LA NORMA JURIDICA COMO JUICIO HIPOTETICO 84
IV. LA NORMA JURIDICA COMO JUICIO DISYUNTIVO 86
V. LA NORMA JURIDICA COMO COMPLEJO PROPOSICIONAL CONJUNTIVO DE DOS JUICIOS HIPOTETICOS 87
CUESTIONARIO 88
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 89

CAPÍTULO QUINTO

LOS SUJETOS DEL DERECHO

I. CONCEPTO DE PERSONA 91
II. EVOLUCION DEL CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA 91
III. DIFERENTES TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS PERSONAS 93
A) *Teorías realistas* 93
B) *Teorías formalistas* 93
C) *Teorías eclécticas* 93
IV. LAS PERSONAS JURIDICAS INDIVIDUALES . . . 94
1. Principio de existencia de las personas jurídicas individuales 94
2 El principio de existencia de las personas jurídicas individuales en el ordenamiento jurídico chileno . . 96
3. Fin de la existencia de las personas jurídicas individuales 96
V. LAS PERSONAS JURIDICAS COLECTIVAS 98
1. Concepto 98
2. Historia de las personas jurídicas colectivas 98
3. Teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas colectivas 99
A) *Teoría organicista biológica* 99
B) *Teoría voluntarista* 100
C) *Teoría del organismo social* 100
D) *Teoría de la institución* 100
E) *Teoría del patrimonio adscrito a un fin o del patrimonio de afectación* 102
F) *Teoría del patrimonio colectivo* 102
G) *Teoría de la ficción legal* 103
H) *Teoría de la persona jurídica colectiva como unidad de un conjunto de normas* 103
4. Elementos constitutivos de las personas jurídicas colectivas 105

A) *Pluralidad de sujetos* 105
B) *Fin por el cual trabajan los asociados* 106
C) *Patrimonio actual o potencial* 106
D) *Intención o ánimo de los miembros de la agrupación de constituir una sola persona* 106
5. Capacidad de las personas jurídicas colectivas . . . 106
6. Responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas 107
A) *Teoría de la no responsabilidad penal* 107
B) *Teoría de la responsabilidad penal* 108
7. El delito corporativo 109
8. Clasificación de las personas jurídicas colectivas . . 110
A) *Las personas jurídicas colectivas de Derecho Público* 111
B) *Las personas jurídicas colectivas de Derecho Privado* 111
9. Término de la existencia de las personas jurídicas colectivas 112

VI. LOS ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS JURIDICAS . . 113
1 Concepto 113
2. La capacidad de goce 113
3. La nacionalidad 114
4. El nombre 117
A) *Filiación legítima* 118
B) *Filiación ilegítima* 118
C) *Filiación adoptiva* 118
D) *Filiación desconocida* 118
Cambio de nombre 118
Naturaleza jurídica del nombre 119
A) *Teoría de la propiedad* 119
B) *Teoría de la marca distintiva de la filiación* . . 119
C) *Teoría del nombre institución de policía civil* . . 119
D) *Teoría del nombre atributo de la personalidad* 119
El derecho al nombre de las personas jurídicas colectivas 119
5. El domicilio 119
6. El estado civil 121
7. El patrimonio 122

CUESTIONARIO 124

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 125

CAPÍTULO SEXTO

LOS DERECHOS SUBJETIVOS

I. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO 127

II. ORIGENES DE LA NOCION DE DERECHO SUBJETIVO 128

III. ELEMENTOS DEL DERECHO SUBJETIVO 129

IV. FORMAS DE MANIFESTACION DEL DERECHO SUBJETIVO 130
A) *Como derecho de libertad jurídica* 130
B) *Como poder de creación de derechos y deberes o poder jurídico* 130
C) *Como pretensión o derecho a exigir el cumplimiento del deber ajeno* 130
D) *Como derecho de cumplir el propio deber* . . . 130

V. TEORIAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS 130
A) *Teoría de Léon Duguit* 130
B) *Teoría de Hans Kelsen* 131
C) *Teoría funcional del Derecho* 132

VI. TEORIAS QUE AFIRMAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS 132
A) *Teorías a base de técnica jurídica* 132
B) *Teorías del derecho y la acción* 133
C) *Teoría de la realidad de los derechos subjetivos* 134

VII. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS 136
A) *Teoría de la voluntad* 136
B) *Teoría del interés* 137
C) *Teoría de la voluntad y del interés* 137

VIII. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS 138
A) *Clasificación que atiende al carácter público o privado* 138
B) *Clasificación que atiende a la eficacia y naturaleza de los derechos subjetivos* 139
C) *Clasificación que atiende al objeto y contenido de los derechos subjetivos* 141

IX. EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS . . 146
A) *Absolutismo de los derechos* 146
B) *Relatividad de los derechos* 146

X. TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO 147

CUESTIONARIO 150

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 151

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

I. LA DIGNIDAD DEL HOMBRE Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES 153

II. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE 155
1. El Derecho español 155
2. El Derecho inglés 155
A) *La Carta Magna* 155
B) *La Petición de Derechos* 156
C) *El Acta del Habeas Corpus* 156
D) *The Bill of Rights o Declaración de Derechos* 156
3. El Derecho norteamericano 156
A) *El Acta de Independencia* 156
B) *La Constitución* 157
4. El Derecho francés 157
5. Reconocimiento internacional de los derechos humanos 157

III. DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS 158
1. Historia de la Declaración 158
2. Texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos 159
3. Validez jurídica 164
4. Importancia 165

IV. DERECHO A LA VIDA O A LA CONSERVACION DE LA VIDA 167
1. La pena de muerte 168
2. La guerra justa 168
3. La legítima defensa 168
4. El estado de necesidad 169
5. Temas conexos 169
A) *El suicidio* 169
B) *El duelo* 171
C) *El malthusianismo* 171
D) *La eugenesia* 171
E) *La eutanasia* 172
F) *El aborto* 173

V. DERECHO DE LIBERTAD 177
1. La libertad individual 178
2. La libertad de opinión 178
3. La libertad de conciencia y culto 179
4. La libertad de enseñanza 180
5. La libertad de reunión 181
6. La libertad de asociación 181
7. La libertad de trabajo 182

VI. DERECHO DE IGUALDAD 183
VII. INVIOLABILIDAD DE LA VIDA PRIVADA, DE LA FAMILIA, DEL DOMICILIO Y DE LA CORRESPONDENCIA 183
VIII. GARANTIA DE LOS DERECHOS HUMANOS . . . 184
CUESTIONARIO 187
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 188

CAPÍTULO OCTAVO

LOS DEBERES JURIDICOS

I. CONCEPTO DE DEBER JURIDICO 189
II. TEORIAS QUE ESTABLECEN LA IDENTIFICACION ENTRE DEBERES JURIDICOS Y DEBERES MORALES 190
A) *Teoría de Manuel Kant* 190
B) *Teoría de Rodolfo Laun* 191
III. TEORIAS QUE SOSTIENEN LA INDEPENDENCIA ENTRE DEBERES JURIDICOS Y DEBERES MORALES 191
A) *Teoría de Hans Kelsen* 191
B) *Teoría de Gustavo Radbruch* 192
IV. RELACIONES ENTRE DEBER JURIDICO Y DERECHOS SUBJETIVOS 192
CUESTIONARIO 193
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 194

CAPÍTULO NOVENO

LOS OBJETOS DEL DERECHO

I. CONCEPTO DE OBJETO DEL DERECHO 195
1. El objeto del Derecho objetivo 196
2. El objeto de la relación jurídica 196
3. El objeto de los derechos y obligaciones que surgen de la relación jurídica 196
II. CLASIFICACION 196
1. Los bienes 197
2. Los hechos jurídicos 197
3. Los valores adscritos a la personalidad humana . . . 197
4. Los valores institucionales 197
III. LAS COSAS Y LOS BIENES 198

IV. CLASIFICACION DE LAS COSAS 198
A) *Cosas apropiables e inapropiables* 198
B) *Cosas comerciables e incomerciables* 199
C) *Bienes corporales e incorporales* 199
D) *Bienes muebles e inmuebles* 200
E) *Bienes principales y accesorios* 201
F) *Bienes divisibles e indivisibles* 202
G) *Bienes consumibles y no consumibles* 202
H) *Bienes fungibles y no fungibles* 203

V. EL CUERPO HUMANO COMO OBJETO DEL DERECHO 203
1. El Mercader de Venecia 203
2. Los actos jurídicos sobre la persona humana en su totalidad 205
3. Los actos jurídicos sobre partes del cuerpo humano . 205
4. Los actos jurídicos sobre cadáveres humanos . . . 206

CUESTIONARIO 207

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 208

Capítulo Décimo

LA RELACION JURIDICA

I. CONCEPTO 209

II. ESTRUCTURA 210

III. ELEMENTOS 210

IV. TEORIA DE HANS KELSEN 211

V. TEORIA DE FRITZ SCHREIER 212

CUESTIONARIO 215

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 216

Capítulo Decimoprimero

LA CONSECUENCIA JURIDICA

I. CONCEPTO 217

II. ELEMENTOS 217

III. EL HECHO ILICITO 218
1. Concepto 218

IV. LA SANCION 218
1. Concepto 218

2. Clasificación 219
A) *Sanciones de coincidencia con la prestación* . . 219
B) *Sanciones de no coincidencia con la prestación* 219
3. La sanción premial 220
CUESTIONARIO 221
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 222

Capítulo Decimosegundo

EL DELITO PENAL

I. DELITO Y SANCION PENAL 223
II. DETERMINACION DE LOS BIENES JURIDICOS 224
III. EL PRINCIPIO DE LA RESERVA O LEGALIDAD 225
IV. LAS LAGUNAS LEGALES Y LA ANALOGIA EN EL DERECHO PENAL 226
A) *La analogía en la Alemania Nacionalsocialista* 226
B) *La analogía en la Unión Soviética* 227
V. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL . . 227
VI. EL DELITO 229
VII. CONCEPTO JURIDICO DE DELITO 230
VIII. CONCEPTO DE DELITO EN LA LEGISLACION CHILENA 231
IX. DELITO PENAL Y DELITO CIVIL 231
X. CLASIFICACION DE LOS DELITOS PENALES . . 232
A) *Según la gravedad* 232
B) *Según el bien jurídico protegido* 232
C) *Según el objeto y la finalidad* 233
D) *Según su calidad* 233
E) *Según el instante de su descubrimiento* . . . 234
F) *Según la acción que se conceda para perseguirlos* 234
XI. TEORIA DEL DELITO PENAL 234
XII. LA ACCION 234
A) *Concepto* 234
B) *Teoría causalista de la acción* 235
C) *Teoría finalista de la acción* 236
D) *Acción y omisión* 236
E) *Ausencia de acción* 237
XIII. LA TIPICIDAD 238
A) *Concepto de tipo* 238
B) *Tipo y tipicidad* 239

C) *Tipicidad y antijuridicidad* 239
D) *El tipo en la legislación chilena* 240
E) *Acción y tipo* 240
F) *La estructura del tipo* 240
G) *El nexo causal* 241
H) *Los delitos dolosos* 242
I) *Clasificación del dolo* 243
J) *Los delitos culposos* 243
K) *Naturaleza de la culpa* 244
L) *Clasificación de la culpa* 244
M) *Los delitos culposos en la legislación chilena* 245
N) *Ausencia de tipicidad* 245

XIV. LA ANTIJURIDICIDAD 245
A) *Concepto* 245
B) *Teorías de la antijuridicidad* 245
C) *Las causales de justificación* 246

XV. LA CULPABILIDAD 247
A) *Concepto* 247
B) *Teorías sobre la culpabilidad* 247
C) *Elementos de la culpabilidad* 248
1. La imputabilidad 248
2. La conciencia de la antijuridicidad . . . 249
3. La exigibilidad 250

XVI. DELITO Y RESPONSABILIDAD PENAL 250

XVII. LAS ETAPAS DE DESARROLLO DEL DELITO . . 250

XVIII. LA PARTICIPACION CRIMINAL 251

XIX. LA LEGISLACION PENAL DE CHILE 252

CUESTIONARIO 253

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 255

Capítulo Decimotercero

EL PROCESO

I. SOLUCION DE LOS CONFLICTOS 257

II. EL PROCESO 258
1. Concepto 258
2. Naturaleza jurídica del proceso 259
3. Función del proceso 260
A) *Función privada del proceso* 260
B) *Función pública del proceso* 260
4. Tutela constitucional del proceso 261

III. LA INSTANCIA 262
1. Concepto 262
2. Unidad y pluralidad de instancias 262
IV. LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCESO . . 262
A) *Principio de igualdad* 263
B) *Principio de disposición* 263
C) *Principio de economía* 263
D) *Principio de probidad* 263
E) *Principio de publicidad* 263
F) *Principio de preclusión* 263
V. LA ACCION 263
1. Concepto 263
2. Fundamento 263
3. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la acción . . . 264
A) *Teorías monistas* 264
B) *Teorías dualistas* 265
VI. LA EXCEPCION 271
1. Concepto 271
2. Teorías 271
VII. LA PRUEBA 271
1. Concepto 271
2. Objeto 272
3. Carga 272
4. Valoración y medios de prueba 272
5. Sistema de valoración de la prueba 273
VIII. LA SENTENCIA 273
1. Concepto 273
A) *La sentencia como acto jurídico* 273
B) *La sentencia como documento* 274
2. Diversos tipos de sentencia 274
IX. LOS RECURSOS 275
1. Concepto 275
2. Variedad de recursos 275
A) *Recurso de reposición* 275
B) *Recurso de apelación* 275
C) *Recurso de casación en la forma* 276
D) *Recurso de casación en el fondo* 276
E) *Recurso de queja* 276
X. LA COSA JUZGADA 277
1. Concepto 277
2. Doctrina 277
XI. LA EJECUCION 278
XII. LA JURISDICCION 278
1. Concepto 278

A) *Conceptos clásicos* 278
B) *Doctrina extranjera* 279
C) *Doctrina nacional* 282
D) *Legislación chilena* 282
2. Garantías de la jurisdicción 283
A) *Garantía de independencia* 283
B) *Garantía de autoridad* 283
C) *Garantía de responsabilidad* 283
XIII. EL PROCESO EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW 284
XIV. EL PROCESO EN LA DOCTRINA NACIONALSOCIALISTA ALEMANA 285
XV. EL PROCESO EN EL SISTEMA SOCIALISTA SOVIETICO 287
XVI. LA ORGANIZACION DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN CHILE 288
1. Principios fundamentales 288
A) *El principio de la legalidad* 288
B) *El principio de la territorialidad* 288
C) *El principio de la independencia* 288
D) *El principio de pasividad* 288
E) *El principio de inamovilidad* 289
F) *El principio de la responsabilidad* 289
G) *El principio de la publicidad* 289
H) *El principio de la gratuidad* 289
I) *El principio de la inavocabilidad* 289
J) *El principio de sedentariedad* 289
K) *El principio de gradualidad* 289
2. Organización de los Tribunales en Chile 289
CUESTIONARIO 292
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 294

Capítulo Decimocuarto

EL ORDENAMIENTO JURIDICO POSITIVO

I. CONCEPTO 295
II. LA ESTRUCTURA JERARQUICA DEL ORDEN JURIDICO POSITIVO DE ACUERDO CON LA TEORIA PURA DEL DERECHO 295
1. Concepto 295
2. El ordenamiento jurídico como sistema formal o dinámico de normas 296
3. La norma fundamental 297
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 298

5. Validez y eficacia de un orden jurídico. El Derecho y la fuerza 298
6. Validez y eficacia de una norma jurídica particular . 299
7. Estructura jerárquica de un orden jurídico nacional . 299
8. Creación y aplicación del Derecho 301
9. Conflicto entre normas pertenecientes a estratos diferentes 301

III. LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO EN LA CONCEPCION DE CARLOS COSSIO . . . 302

IV. LA CONCEPCION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE SANTI ROMANO 303
1. Derecho y ordenamiento jurídico 304
2. Pluralidad de los ordenamientos jurídicos 305
3. Rechazo de la identificación del ordenamiento jurídico con el Estado 305
4. Relaciones entre los diversos ordenamientos jurídicos 306

V. LA CONCEPCION SOCIALISTA SOVIETICA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO 311

CUESTIONARIO 312

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 314

Capítulo Decimoquinto

LAS FUENTES DEL DERECHO

I. CONCEPTO Y CLASIFICACION 315
1. Las fuentes reales o materiales del Derecho . . . 316
2. Las fuentes formales del Derecho 316
3. Crítica a la división de las fuentes del Derecho en reales y formales 316

II. LA COSTUMBRE 316
1. Concepto 316
2. Elementos 317
3. Evolución histórica 318
4. Valor de la costumbre 318
5. La costumbre y la legislación 319
A) *La costumbre contra la ley* 319
B) *La costumbre según la ley* 319
C) *La costumbre supletoria, fuera o en el vacío de la ley* 319
6. Ventajas e inconvenientes 319
7. La costumbre en el ordenamiento jurídico chileno . . 320
A) *Derecho Civil* 320
B) *Derecho Comercial* 321

C) *Derecho Constitucional* 322
D) *Derecho Administrativo* 322
E) *Derecho Procesal* 323
F) *Derecho Penal* 323
G) *Derecho Internacional* 323
8. La costumbre en el sistema del Common Law . . . 323
9. La costumbre en el sistema socialista soviético . . . 324

III. LA LEY 325
1. Etimología de la palabra ley 325
2. Concepto 325
3. Elementos 326
4. Acepciones 326
A) *En relación con su origen* 326
B) *En relación con su contenido* 327
5. Clasificación de las leyes 327
A) *Constitución Política* 327
B) *Ley en sentido estricto* 329
C) *Recopilación y codificación* 337
D) *Tratados Internacionales* 339
E) *Decretos con jerarquía de ley* 340
F) *Reglamentos, Decretos e Instrucciones* 343
6. La ley en el sistema del Common Law 344
7. La ley en el sistema socialista soviético 344

IV. LA JURISPRUDENCIA 346
1. Concepto 346
2. La jurisprudencia en su acepción de conjunto de principios generales emanados de los fallos uniformes de los Tribunales de Justicia para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas 346
3. Evolución e importancia 347
4. La jurisprudencia en su acepción de normas jurídicas individuales emanadas de las sentencias pronunciadas por los Tribunales de Justicia 347
5. La jurisprudencia en el sistema del Common Law . 348
6. La jurisprudencia en el sistema socialista soviético . . 349

V. LA DOCTRINA JURIDICA 350
1. Concepto y finalidades 350
2. Evolución e importancia 350
3. La doctrina jurídica en el sistema del Common Law. 352
4. La doctrina jurídica en el sistema socialista soviético 352

VI. EL ACTO JURIDICO 353
1. Los hechos jurídicos 353
2. El negocio jurídico 353
3. El acto jurídico 355
4. Requisitos de existencia del acto jurídico 356

A) *La voluntad* 356
B) *El objeto* 359
C) *La causa* 359
D) *Las solemnidades* 360
5. Requisitos de validez del acto jurídico 360
A) *Voluntad no viciada* 360
B) *Capacidad de las partes* 363
C) *Objeto lícito* 364
D) *Causa lícita* 364
6. Inexistencia y nulidad del acto jurídico 364
7. Clasificación de los actos jurídicos 366

VII. LOS ACTOS CORPORATIVOS 368
1. Concepto 368
2. Validez 368

CUESTIONARIO 370

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 372

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

INTERPRETACION E INTEGRACION DEL DERECHO

I. CONCEPTO DE INTERPRETACION 378

II. DIVERSAS CLASES DE INTERPRETACION JURIDICA 379

III. DIFERENTES TEORIAS SOBRE LA INTERPRETACION DEL DERECHO 379
1. Teoría legalista o legislativa 379
2. Teoría exegética, tradicional o de la voluntad del legislador 380
3. Teoría de la voluntad objetiva de la ley 381
4. Teoría finalista 382
5. Teoría de la libre investigación científica 383
6. Teoría del Derecho Libre 383
7. Teoría sociológica 385
8. Teoría de la jurisprudencia sociológica 385
9. Teoría de la jurisprudencia de intereses 387
10. Teoría del realismo jurídico 388
11. Teoría socialista soviética 388
12. Teoría de Gustavo Radbruch 390
13. Teoría Pura del Derecho 391
14. Teoría de la lógica de lo humano o de lo razonable 393
15. Teoría Egológica del Derecho 395

IV. INTERPRETACION DEL ACTO JURIDICO 395
1. Concepto 395
2. Interpretación, valoración e integración 396
3. Interpretación del juez y de las partes 396
4. Objeto y métodos de interpretación 396
5. Interpretación de los actos jurídicos testamentarios . 398
V. CONFLICTO, ANTINOMIA O CONCURSO DE NORMAS JURIDICAS 398
1. Concepto 398
2. Conflicto aparente de normas jurídicas 398
3. Principio de especialidad 399
4. Principios lógicos aplicables en los conflictos de normas jurídicas 399
5. Conflicto entre normas jurídicas provenientes de fuentes diferentes 400
6. Conflicto entre normas jurídicas provenientes de la misma fuente 400
VI. LAS LAGUNAS DEL DERECHO 401
1. Concepto 401
2. Casos de lagunas del Derecho 401
3. Diferentes teorías 402
A) *Teoría del realismo ingenuo* 402
B) *Teoría pragmática* 402
C) *Teoría ecléctica* 403
D) *Teoría del empirismo científico* 403
E) *Teoría del apriorismo filosófico* 404
F) *Teoría Pura del Derecho* 404
G) *Una tentativa de visión integral* 407
4. Procedimiento de integración 410
A) *La analogía jurídica* 411
B) *Los principios generales del Derecho* 414
C) *La equidad* 418
5. Solución del Derecho suizo 420
VII. LA INTERPRETACION Y LA INTEGRACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO 421
1. Interpretación doctrinal 421
2. Interpretación legislativa 421
3. Interpretación judicial 421
A) *Elemento gramatical* 421
B) *Elemento lógico* 422
C) *Elemento histórico* 422
D) *Elemento sistemático* 423
4. Las lagunas del Derecho y la integración 423
5. Interpretación de los actos jurídicos 425
CUESTIONARIO 426
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 428

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO

EL DERECHO NATURAL

I. INTRODUCCION 431
1. El drama de Antígona 431
2. La tragedia de Sócrates 432

II. HISTORIA DEL DERECHO NATURAL 437
1. El Derecho Natural en Grecia 438
2. El Derecho Natural en Roma 440
3. El Derecho Natural Católico 440
4. La Escuela Clásica del Derecho Natural 445
A) *Primer Período* 445
a) Hugo Grocio 445
b) Tomás Hobbes 446
c) Baruch Spinoza 447
d) Samuel Puffendorf 447
B) *Segundo Período* 448
a) John Locke 449
b) Carlos de Montesquieu 449
C) *Tercer Período* 449
Juan Jacobo Rousseau 449
5. La Escuela del Derecho Racional 450
6. Crisis y resurgimiento de la Teoría del Derecho Natural 450

III. CRITICAS DEL DERECHO NATURAL 453
1. Crítica de la Escuela Histórica del Derecho . . . 453
2. Crítica del Positivismo Jurídico 454
3. Crítica de Hans Kelsen 455
4. Crítica de Norberto Bobbio 462

IV. FUNDAMENTO DEL DERECHO NATURAL 462

V. CONTENIDO DEL DERECHO NATURAL 463
1. Principios Primarios 463
2. Principios Secundarios 464

VI. CARACTERES DEL DERECHO NATURAL 464
1. Principios Primarios 464
2. Principios Secundarios 465

VII. EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO 466

VIII. INTERFERENCIAS ENTRE EL DERECHO POSITIVO Y EL DERECHO NATURAL 467

IX. EL DERECHO NATURAL Y LOS CAMBIOS SOCIALES 470

X. CONCEPTO DEL DERECHO NATURAL 472

CUESTIONARIO 474
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 475

CAPÍTULO DECIMOCTAVO

LOS VALORES JURIDICOS

I. LOS VALORES JURIDICOS 477
1. Concepto de valor 477
2. Los valores jurídicos 478
3. Temas de la valoración jurídica 480
4. La Teoría Pura del Derecho y la valoración jurídica 480

II. LA JUSTICIA 480
1. Concepto 480
2. Diversas acepciones de la justicia 482
3. Principales teorías acerca de la justicia 484
4. Negación de la justicia como valor absoluto . . . 487
5. Clasificación de la justicia 488
6. Propiedades de la justicia 488
7. Relaciones entre justicia y Derecho 491
8. Nuestra posición 492

III. LA SEGURIDAD 493
1. Concepto 493
2. Diversas acepciones de la seguridad 494
3. Componentes vivenciales de la seguridad 495
4. Sentido subjetivo y objetivo de la seguridad 495
5. La seguridad y el orden jurídico positivo 496
6. Justicia y seguridad 496
7. Importancia de la seguridad 498

IV. EL BIEN COMUN 499
1. Concepto 499
2. Caracteres 499
3. Primacía del bien común sobre el bien individual . . 500
4. Extensión y límites de la ordenación de las personas al bien común 502
5. Diversas categorías de bienes 503
6. El contenido del bien común 504
7. Justicia y bien común 506

CUESTIONARIO 507
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 509

Capítulo Decimonoveno

DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

I. DIFERENTES POSICIONES 511
1. Federico Carlos de Savigny 511
2. Rodolfo von Ihering 512
3. Carlos Marx 512

II. EL CAMBIO SOCIAL 516
1. Concepto 516
2. Objeto del cambio social 517
3. El hombre como objeto último del cambio social . . 519
4. Causas del cambio social 520
5. Sentido del cambio social 521
6. Condiciones concretas del cambio social 521

III. EL CAMBIO SOCIAL INCREMENTAL, GRADUAL Y PROGRESIVO 522

IV. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL 522
1. El objeto del conocimiento del Derecho 522
2. Sistemas jurídicos 523
3. Seguridad jurídica y cambio social 523
4. Derecho y cambio social 526
5. El Derecho como tranquilizante social 530
6. El Derecho como obstáculo al cambio social 531

V. CAMBIO EN EL DERECHO Y CAMBIO A TRAVES DEL DERECHO 533

VI. DIFERENTES TIPOS DE CAMBIO LEGAL 534
1. Cambio legal, formal e interno 534
2. Cambio legal como resultado de presiones externas . 535
3. Cambio legal que conduce a un cambio social . . . 536

VII. LA DOMINACION LEGAL 538
1. De carácter racional 538
2. De carácter tradicional 538
3. De carácter carismático 538

VIII. FUNCION DEL DERECHO EN LA PLANIFICACION DEL CAMBIO SOCIAL 539

IX. EL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL EN LAS DEMOCRACIAS Y EN LAS DICTADURAS 541

X. FUERZAS SOCIALES QUE ACTUAN SOBRE EL DERECHO 542

XI. INFLUENCIA DE LOS JURISTAS EN LOS CAMBIOS LEGALES 543

XII. LAS UNIVERSIDADES, LAS FACULTADES DE CIENCIAS JURIDICAS, ADMINISTRATIVAS Y SOCIALES Y EL CAMBIO SOCIAL 545
1. Las Universidades 546
2. Las Facultades de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales 547
CUESTIONARIO 551
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 553

Capítulo Vigésimo

LA REVOLUCION

I. CONCEPTO DE REVOLUCION 557
II. EL DERECHO Y LA REVOLUCION 559
III. LA REVOLUCION EN EL SISTEMA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL 565
1. Las revoluciones en el sistema del Derecho Constitucional General 565
2. La guerra en el Derecho Internacional y la revolución en el Derecho Estatal 566
3. La revolución como hecho antijurídico respecto del ordenamiento estatal 567
4. La organización revolucionaria como ordenamiento jurídico en sí 568
5. Algunas diferencias entre el ordenamiento jurídico de las guerras y el ordenamiento jurídico de las revoluciones 569
6. Caracteres del Derecho de las revoluciones y sus defectos desde el punto de vista de la justicia 570
7. Desde el punto de vista de las instituciones que tienden a derrocar y de las nuevas instituciones . . . 572
8. Ulteriores diferencias con el Derecho de la guerra 574
9. Sus otros defectos 574
10. Su deterioro técnico 575
IV. LA REVOLUCION TRIUNFANTE COMO HECHO CREADOR DE DERECHO DE ACUERDO CON EL DERECHO INTERNACIONAL 576
V. LA REVOLUCION COMUNISTA 578
VI. LA REVOLUCION COMUNITARIA 588
1. Pensamiento teórico y realidad objetiva 589
2. Democracia y comunitarismo 590
3. Problemas teóricos y políticos que deben ser esclarecidos 591

CUESTIONARIO 596
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 597

CAPÍTULO VIGESIMOPRIMERO

EL ESTADO

I. SOCIEDAD Y ESTADO 599
1. La sociedad 599
2. El Estado 599

II. CONCEPTO DE ESTADO 600
1. Teoría Marxista-Leninista 600
2. Teoría del organismo social 602
3. Teoría de la realidad social y jurídica o de las dos facetas o doble cara del Estado 602
4. Teoría de la fuerza 603
5. Teoría de Herman Heller 604
6. Teoría de Maurice Hauriou 605
7. Teoría de la personificación del orden jurídico nacional 606
8. Teoría de Giorgio del Vecchio 607
9. Teoría de Georges Burdeau 610
10. Teoría de la organización racional de la vida social 611
11. Teoría de Jacques Maritain 612

III. ELEMENTOS DEL ESTADO 616
1. La población 616
2. El territorio 619
3. El poder 621
4. La finalidad 624

IV. EL ESTADO DE DERECHO 627
1. Concepto 627
2. Caracteres 627
3. El Estado de Derecho y la libertad 631

V. FUNCIONES DEL ESTADO 632
1. La función ejecutiva o administrativa 633
2. La función legislativa 633
3. La función judicial 633
4. La función fiscalizadora 634

VI. FORMAS DE GOBIERNO 634
1. Concepto 634
2. Clasificación 634
3. La dictadura 635
4. La democracia 637

CUESTIONARIO 644
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 645

CAPÍTULO VIGESIMOSEGUNDO

LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

I. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL 647
1. Existencia de la Comunidad Internacional 647
2. Objetivos de la Comunidad Internacional 650
3. Fundamentos de la Comunidad Internacional . . 651
A) *Teoría del equilibrio político* 651
B) *Teoría del consentimiento* 652
4. Existencia del Derecho Internacional 652
A) *Teoría iusnaturalista* 653
B) *Teoría sociológica* 654
C) *Teoría de la autoeliminación del Estado* . . . 654
D) *Teoría positivista* 655
5. Carácter jurídico del Derecho Internacional 657
6. Negación de la comunidad internacional 660
7. Derecho Internacional y Moral Internacional . . . 661
8. El hombre como sujeto del Derecho Internacional . 661
9. El Orden y la Paz 663
10. El Desorden y la Guerra 663

II. ORGANIZACION DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL 665
1. Doctrina de Francisco de Vitoria 665
2. La Sociedad de las Naciones 665
3. La Organización de las Naciones Unidas 666
4. Organos de las Naciones Unidas 668
5. Naturaleza jurídica de la Organización de las Naciones Unidas 669

III. FUNCIONES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ORGANIZADA 670
1. Promulgación de normas generales 670
2. Solución pacífica de las controversias 670
3. La administración internacional 671

IV. DERECHOS Y DEBERES ECONOMICOS DE LOS ESTADOS 673
1. Carta de derechos y deberes económicos de los Estados 673
2. Principios fundamentales de las relaciones económicas internacionales 673
3. Derechos y deberes económicos de los Estados . . 674

V. LA JUSTICIA INTERNACIONAL 675
1. La Corte Internacional de Justicia 675
2. La protección de la persona humana 676
VI. SANCIONES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ORGANIZADA 677
1. Suspensión y anulación de los derechos de miembro de la ONU 677
2. Las medidas coercitivas de las Naciones Unidas . . 678
VII. TRASCENDENCIA DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS 679
CUESTIONARIO 681
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 683

CAPÍTULO VIGESIMOTERCERO

FILOSOFIA, CIENCIA Y TECNICAS DEL DERECHO

I. FILOSOFIA 685
1. Concepto 685
2. Las disciplinas filosóficas 686
II. FILOSOFIA DEL DERECHO 687
1. Rodolfo Stammler 687
2. Giorgio del Vecchio 688
III. CIENCIA 690
1. Concepto 690
2. Las ciencias 691
3. Relación entre ciencia y filosofía 691
4. Clasificación de las ciencias 692
A) *Francisco Bacon* 692
B) *Augusto Comte* 692
C) *Herbert Spencer* 692
D) *Wilhelm Wundt* 693
E) *Wilhelm Dilthey* 693
F) *Wilhelm Windelband* 693
G) *Heinrich Rickert* 693
IV. CIENCIA DEL DERECHO 693
1. Concepto 693
2. Evolución histórica 693
V. NEGACION DEL VALOR CIENTIFICO DE LA CIENCIA DEL DERECHO 697
VI. DISCIPLINAS JURIDICAS 700
1. Clasificación 700

A) *Clasificación de Claude du Pasquier* 700
B) *Clasificación de Aníbal Bascuñán* 701
2. Definiciones de las principales disciplinas jurídicas 702
3. Introducción al Derecho 704
A) *Antecedentes históricos* 704
B) *Concepto* 706
C) *Elementos integrantes de la Introducción al Derecho* 707
D) *Finalidades de la Introducción al Derecho* . . 708
E) *Introducción al Derecho como disciplina autónoma* 710
F) *Diferencias y semejanzas con algunas otras ramas del Derecho* 711

VII. TECNICAS DEL DERECHO 713
1. Concepto 713
A) *La técnica legislativa* 713
1. Concepto 713
2. Reglas de técnica legislativa 713
B) *La técnica jurisdiccional* 714
1. Concepto 714
2. Requisitos y etapas 714
3. El juez 715
C) *La técnica forense* 718
1. Concepto 718
2. El abogado 718
D) *La técnica de la investigación jurídica* . . . 724
1. Concepto 724
2. Etapas 724
A) *Planteamiento* 724
B) *Erudición* 724
C) *Construcción* 724
D) *Exposición* 725
3. El jurisconsulto 725

CUESTIONARIO 726
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 728

CAPÍTULO VIGESIMOCUARTO

EL CONCEPTO DEL DERECHO

I. INTRODUCCION 731
II. EL PROBLEMA DE LA DEFINICION DEL DERECHO 732
III. EL CONCEPTO DEL DERECHO A TRAVES DE LA HISTORIA 734

1. Sófocles 734
2. Sócrates 734
3. Jenofonte 734
4. Platón 735
5. Aristóteles 735
6. Los romanos 736
7. San Agustín 736
8. Santo Tomás de Aquino 736
9. Hugo Grocio 737
10. Tomás Hobbes 737
11. John Locke 738
12. Juan Jacobo Rousseau 738
13. Manuel Kant 739
14. Guillermo Federico Hegel 739
15. Federico Carlos de Savigny 740
16. La Teoría Marxista-Leninista 740
A) *Teoría del Estado y del Derecho de Carlos Marx y Federico Engels* 740
B) *Teoría del Estado y del Derecho de Lenin* . . 741
C) *La Teoría Jurídica Soviética* 741
D) *La Teoría Jurídica Soviética anterior a 1937* . . 742
E) *La Teoría Jurídica Soviética del período posterior a 1937* 743
17. Rodolfo Stammler 744
18. Giorgio del Vecchio 747
19. Gustavo Radbruch 751
20. Eugenio Ehrlich 753
21. Hermann Kantorowicz 754
22. Max Weber 755
23. Francisco Carnelutti 755
24. Georges Renard 755
25. La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen . . . 757
26. La filosofía del Derecho en los Estados Unidos . . 771
A) *Oliver Wendell Holmes* 771
B) *Benjamín N. Cardozzo* 771
C) *Roscoe Pound* 772
D) *Jerome Hall* 773
E) *Edgar Bodenheimer* 773
27. La filosofía del Derecho en América Latina 773
A) *Luis Recaséns Siches* 774
B) *Eduardo García Maynez* 776
C) *Miguel Reale* 779
D) *Carlos Cossio y la Teoría Egológica del Derecho* 779
28. La Filosofía del Derecho en Chile 782
1. Siglos XVII y XVIII 782
2. Siglo XIX 782
3. Siglo XX 783

A) *El iusnaturalismo cristiano* 783
B) *La axiología jurídica* 784
C) *El positivismo jurídico* 784
D) *Tendencia Kelseniana* 784
E) *Sincretismo jurídico* 784
F) *El existencialismo jurídico* 785
G) *La lógica jurídica* 785
IV. CONCEPTO DEL DERECHO 785
CUESTIONARIO 789
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA 791

BIBLIOGRAFIA GENERAL 793
INDICE ONOMASTICO 819
INDICE GENERAL 839

Esta obra es la más completa y moderna escrita en Chile sobre la materia, hasta la fecha.
Esta destinada a servir de introducción a los estudios jurídicos, y será de utilidad para abogados, jueces, administradores públicos y otros estudiosos de las Ciencias Jurídicas, Sociales y Administrativas.
Se compone de 24 capítulos que tratan de temas jurídicos, sociológicos y filosóficos; consigna 800 citas e incluye un bibliografia de 500 libros.
La obra está avalada por el prestigio de su autor, profesor universitario durante 25 años y ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

Editorial Jurídica de Chile