

Teoría general y filosofía del derecho.....	1182
---	------

cación literal de la disposición, sin embargo, de cualquier recurso. De esta manera, la fórmula "obedézcase pero no se cumpla", en íntima relación con el sentido patrimonialista de la conquista y con las formas establecidas de consejo y petición de la comunidad (las tres "convicciones jurídicas" de que habla Góngora), se convierte en un principio de equidad hacia los vecinos que pueden suspender el cumplimiento de una disposición que les afecte gravemente, sin que ello signifique suprimir una realidad jurídica.

La "idea del derecho" que intenta descubrir Góngora —dice Tau Anzoátegui—, constituye una suma de aspiraciones y exigencias sociales de una parte, y de decisiones legales de otra, en permanente tensión. Con ello se puede superar la vieja polémica entre una concepción de la historia del derecho aferrada exclusivamente a la ley, y una historia antijurídica predominantemente económica y social. Además —concluye el autor del artículo—, a través de este aporte metodológico de Góngora, se puede apreciar con claridad tanto el grado de asimilación de las teorías expuestas en obras doctrinarias, como la existencia de los sentimientos jurídicos arraigados en toda sociedad.

En resumen, este ensayo de Tau Anzoátegui, aparte de dar luz a los especialistas del derecho indiano sobre un problema metodológico fundamental, revive y actualiza una obra (*El Estado en el derecho indiano...*) de Mario Góngora que, desgraciadamente, por no haber sido reeditada, es poco conocida por quienes nos dedicamos al cultivo de esta disciplina.

Beatriz BERNAL

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

BAUDOIN, Jean Louis, "La vérité et le droit des personnes aspects nouveaux", *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 18, núm. 4, 1987, pp. 801-817.

El artículo que reseñamos de Baudouin, forma parte de los trabajos que se presentaron en el Congreso Anual de la Asociación Henri Capitant que en 1987 versó sobre el tema general "La Verdad y el Derecho".

Inicia el desarrollo de su tema afirmando que el ritmo acelerado de los descubrimientos científicos de nuestra época, sobre todo en los aspectos de la tecnología biomédica, ha provocado que los discursos entre ciencia, moral y derecho, sean, hoy por hoy, contradictorios. Los estudiosos del acontecer humano, juristas, filósofos o científicos, deben aprender a convivir con varias verdades, a confrontarlas, a escongerlas y acomodarlas.

Concretamente el jurista, y la ciencia del derecho, hasta hoy en día, sabría quién era quién; que un hombre era un hombre y una mujer una mujer. La verdad de la naturaleza se repetía cabalmente y sin compromiso en la norma jurídica. El transexualismo y la inseminación artificial nos están forzando a modificar estas verdades y a afirmar que a veces un hombre no es tal sino mujer y al revés. Lo mismo sucede en el renglón de la filiación: la certeza de la maternidad se ha puesto en duda.

Sin embargo, afirma él y sabemos todos, el derecho siempre ha tejido su trama sobre fricciones que nada tienen que ver con la realidad, incluso ha oficializado la mentira. Por tanto, verdad y derecho no hacen, necesariamente, una buena mezcla. Respecto de la verdad en derecho ha tenido dos tareas: una en relación con la verdad-exactitud-evidencia o certeza y otra en relación con la verdad-creencia, convicción o apariencia. Respecto de la primera, el derecho debe constatarla y en cuanto a la segunda, debe imponer una verdad.

A partir de tales afirmaciones Baudouin abre dos rubros de análisis: la determinación del estado de las personas o la verdad de la desinformación y la determinación de los derechos de la personalidad o la verdad de la información.

En el primero explica que tanto el transexualismo como la inseminación artificial presentan un problema para la verdad, el uno a la identidad sexual y el otro a la pertenencia a una familia. Biología y antropología dos aspectos del conocimiento humano que convulsionan las estructuras ético-morales de nuestra sociedad. El hombre y la mujer, en tanto seres humanos, tienen un juicio ético que no se mide en relación con la existencia, sino con el mero valor del ser mismo.

Respecto del transexualismo, explica que el derecho tiene una tarea difícil, ya que le toca decir que un hombre es una mujer volviéndose cómplice de quien desvirtúa la realidad. Ante ello se plantean tres interrogantes: ¿es lícita la operación que facilita el cambio de sexo?, ¿las actas del estado civil pueden modificarse para ser adecuadas a dicho cambio?, ¿tal operación puede producir efectos en la institución del matrimonio?

Baudouin nos señala que a la primera interrogante casi todos los países responden afirmativamente o, en el peor de los casos, con la indiferencia, de tal suerte que dicha operación se realiza lícitamente, ya sea porque la ley lo permite expresamente o porque no lo prohíbe.

La segunda no tiene una respuesta sencilla, ya que la causa para la modificación o rectificación de las actas del estado civil debe estar expresamente permitida, cosa que no sucede en todos los países del mundo.

Por lo que respecta a la tercera interrogante, sólo es posible encontrar una respuesta en aquellos países que hayan legislado sobre el problema. Como, por ejemplo, Italia, en donde el reconocimiento oficial del transexual implica su divorcio, dejándolo en aptitud de contraer nuevas nupcias de acuerdo con su nuevo sexo. Respuesta más o menos uniforme se da en la comunidad europea.

En general, afirma, tanto el legislador como el juzgador han mostrado una actitud bastante liberal frente al fenómeno. Posiblemente porque se trata de algo que afecta a un grupo no sólo minoritario sino marginal. Nosotros podemos preguntar ¿ello justifica el silencio absoluto de la ley sobre el punto como es el caso de México?

En relación con la inseminación artificial ("camuflaje de la verdad"), explica que el vínculo entre derecho y verdad se vuelve muy complejo por dos razones principales: primero, la selección preferencial de la verdad, selección que normalmente hace el derecho pero que en esta circunstancia presenta la particularidad de que el conflicto entre dos realidades afecta directamente al estatuto personal del individuo y afecta, por ello, sus derechos subjetivos; la segunda está en que el derecho se confronta a la fabricación de una verdad acordada sobre la cual se exige, además, un reconocimiento para fijar el estatuto personal, es decir, el derecho debe crear y dar credibilidad al deseo de paternidad y maternidad que se encuentra tras la inseminación artificial.

La tendencia no es uniforme; por un lado existe la necesidad de hacer prevalecer la verdad biológica y por otro la verdad social-afectiva. Sin embargo, ello obliga a revisar las reglas de la maternidad, fenómeno totalmente nuevo en el ámbito de la filiación.

En el segundo de los rubros mencionados inicialmente: la determinación de los derechos de la personalidad o la verdad de la información, Baudouin analiza cómo el conflicto entre verdad y derecho tiene que ver concretamente con los llamados derechos de la personalidad, en especial con el derecho sobre nuestros orígenes y con el derecho

a la verdad en las relaciones entre médico y paciente, ambos como derivados del derecho a la intimidad.

Con respecto a la búsqueda de nuestros propios orígenes, que asiste tanto a los adoptados como a los niños nacidos por inseminación artificial, los juristas se plantean dos problemáticas: la primera es el temor a las complicaciones que se suscitarían para todos los involucrados si se tuviere acceso a la verdad, y la segunda el deseo de asegurar la paz entre las familias y la tranquilidad psicológica de los interesados.

Esta problemática es compartida por los efectos de la adopción plena y por las técnicas de inseminación artificial. La solución que se ha dado en aquellos países que ya han legislado al respecto prevén una restricción a los accesos a la información, sobre todo cuando ésta surge de una demanda de un tercero, no así cuando es el directamente afectado, ya que este conocimiento sobre nuestros orígenes se hace indispensable para la prevención de algunas enfermedades, sobre todo las que afectan a nuestra configuración genética. Sin embargo, ni siquiera en este último caso existe una aceptación universal, ya que, según afirma el autor, el temor de establecer un vínculo de filiación entre el donador del semen y el niño o niña producto de esa donación, es aún muy grande, temor que, desde nuestro punto de vista, no es más que un producto, como otros muchos, de la estructura patriarcal que priva en las familias. ¿No es posible que la sociedad se dé cuenta de que ese vínculo es lo menos importante en el deseo de la maternidad satisfecho a través de la inseminación artificial? Estas técnicas están al alcance de todos: parejas estériles, mujeres solteras —homosexuales o heterosexuales—, parejas cuya consanguineidad recomiende la inseminación a través de un donador, etcétera, casos todos ellos en los que la paternidad genética no sólo no es buscada sino que, incluso, se trata de esconder o desconocer por los propios interesados, de ahí los conflictos.

Respecto al derecho a conocer la verdad en las relaciones entre médico y paciente, existe el vínculo directo con el derecho a conocerse a sí mismo, pero también existe el derecho al secreto profesional; es decir, el médico debe conocer el historial del paciente, referírselo a él o a sus familiares, pero no a terceros. Tal derecho, que en Europa es sancionado penalmente, se encuentra en entredicho por los avances de la informática.

De su análisis desprende que descubrimiento, creación y gestión de la verdad en el ámbito del derecho, no son garantía de apego a la realidad por tres razones fundamentales: 1) La verdad es un concepto

ambiguo, una adhesión intelectual a la realidad: la verdad jurídica es y, además, es funcional. 2) El derecho tiene la función social de decir lo que es y también lo que es justo: la verdad jurídica es y, además, es lo que es justo. 3) El derecho tiene también una función arbitral, es una instancia de juicio ideológico: la verdad jurídica es y, además, es seguridad.

Éste, como otros artículos sobre el particular, resultan especialmente interesantes para nuestro país, dado que nuestro derecho es uno de los que ha guardado silencio frente a los avances de la ciencia. Es cierto que la Ley General de Salud se refiere en varios de sus artículos a la investigación científica, pero nada se dice sobre la inseminación artificial y el transexualismo. La informática es otra realidad; los conflictos que pueden surgir entre ésta y el derecho a la intimidad son múltiples y la respuesta que el jurista puede dar será sólo la de la interpretación por analogía. Recordemos que en el Distrito Federal aún no se legisla sobre los derechos de la personalidad.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

D'ORS, Alvaro, "Autoridad y libertad", en DOMINGO, Rafael, *Teoría de la auctorite*, Pamplona, EUNSA, 1987, pp. 267-279.

En la publicación de la tesis doctoral de Rafael Domingo se recogen, a modo de apéndice, tres escritos inéditos de Alvaro d'Ors, que no tenía intención de publicar. El primero de ellos, objeto de la presente reseña, intitulado "Autoridad y libertad" fue elaborado en 1962, y los otros dos en la presente década: "Cuarenta años después" (1984) y "El profesor" (1985).

"Autoridad y libertad" es uno de los primeros escritos de teología política de don Alvaro d'Ors en el que desarrolla ya con conciencia de independencia su genial intuición, cuyas semillas más remotas pueden fecharse en sus reflexiones de 1944-1945 alcanzando su juventud a partir de este artículo y su mayoría de edad y frutos esperanzadores para la heliomaquia —que ya trazara su padre don Eugenio d'Ors— en los años setenta y ochenta.

El artículo de D'Ors es una pieza maestra de pensamiento en la que desenmascara la absolutización del poder y la sustitución de la sustancia de la libertad por el formalismo moderno.

“El binomio autoridad-libertad resulta, en realidad —dice el autor— de la suplantación de un tetranomio más auténtico y radical: autoridad y poder por un lado, libertad y participación en el poder por otro.” La tensión entre la inteligencia y voluntad, verdad y poder, nunca resuelta en el hombre, se manifiesta en la dialéctica histórico-política trabada sobre la perpetua contradicción entre colectividad y persona. El equilibrio inestable de esa tensión ocasiona pretensiones y tentaciones para el poder y también para la autoridad que vindican campos, que no les corresponden, con títulos falsos.

El poder colectivo pretende su absolutización bajo el título de autoridad; la persona tiende a exigir mayor participación en el poder bajo el título de libertad. D’Ors señala certeramente los sofismos por los que la autoridad y libertad se convierten en máscaras del poder colectivo y personal respectivamente.

D’Ors efectúa certeras distinciones para clarificar confusiones tan difundidas en nuestro tiempo. Para él la autoridad y la potestad o poder social no sólo son distintos sino personalmente incompatibles. No quiere decir con esto que no puedan ir ambas asociadas —al contrario deben asociarse no confundirse— sino que en su misma raíz personal se excluyen recíprocamente. La autoridad es la personalización social de la verdad —el saber socialmente reconocido— y la potestad la personalización social del poder. Su concordancia constituye un bien social; su confusión un mal social de consecuencias incalculables.

Su concordancia exige acuerdo pero también diferenciación en función de su propia armonía, por lo que es necesario que se concreten en personalizaciones distintas; su incompatibilidad estriba en que el hombre de autoridad pretenda el poder o el hombre del poder asuma la autoridad. La autoridad corresponde al sabio y la potestad al gobernante. Su confusión, por uno u otro lado, conforma la patología constante de la vida social. Constituyen vanos intentos de divinización del poder. Sólo Dios es sabio y rey a la vez, y sólo por un carisma divino pueden, en la jerarquía eclesiástica, vincularse autoridad y potestad en un mismo órgano: pretender en la vida civil ese carisma divino es un mal *pathos* social; una tentación, ya parta del poderoso mismo ya del sabio que no se contenta con ser simplemente sabio.

De una manera gráfica, D’Ors nos enseña ese totalitarismo: “Cuando un hombre nos muestra sus puños para demostrarnos una verdad, no podemos menos que desconfiar, y con mucha razón. Pero también cuando el que nos convence de una verdad como es debido pretende luego gobernarnos con sus puños, nos sentimos incómodos. Preferi-

mos, muy justamente, que uno sea quien tenga la autoridad y otro la potestad. Y, naturalmente, que vayan en armonía.”

La tensión entre autoridad y potestad permite un cierto equilibrio entre libertad y la participación en el poder. No se debe olvidar que el nervio de la autoridad está precisamente en la renuncia del poder. Si no se efectúa comete la culpa inicial que provocará que la potestad usurpe la autoridad.

El fenómeno de poder que llamamos “Estado” es producto de una inversión de este tipo. Surge como intento de superación pacificadora de luchas de autoridades concupiscentes —las luchas religiosas del siglo XVI—, lo que marca su especial relatividad histórica. Por ello ese Estado ni es una institución natural ni un fenómeno definitivo de existencia necesaria.

El Estado tiene la tendencia de manifestarse como autoridad exclusiva y única forma de poder social en virtud del absolutismo con que fue concebido: la soberanía estatal reclama absoluta independencia para sí de forma exclusiva e ilimitada. Que esa autoridad está determinada por la voluntad de uno o de todos o, como ocurre siempre, de unos pocos, no altera el absolutismo estatal que absorbe la autoridad. La labor de mitigar la soberanía excede del pensamiento teórico. Desprender el concepto de soberanía del Estado implica negar al mismo Estado. Esta es la función de la autoridad; recuperar su autonomía para así desabsolutizar el fenómeno político, desactivando en su nervio esencial los nocivos efectos sociales que se han producido.

En la segunda parte del artículo, D’Ors critica la participación en el poder político con la máscara de la libertad.

La libertad, dice nuestro autor, es aquel atributo del hombre que consiste en poder optar su propia conducta. La conducta es el aditicio interno a su comportamiento exterior. La libertad implica la existencia de poderes opresivos (intensos e injustificados), externos e inhumanos.

D’Ors suaviza el giro de la libertad en los Estados modernos, que no consiste ya en la máxima indeterminación de nuestro personal comportamiento sino en la participación personal aunque sea por métodos indirectos o inclusive por ficciones en las decisiones comunes que limitan esa indeterminación. Renunciada la libertad material se busca esa otra libertad formal, por lo que el poder opresivo, sin dejar de oprimir, debe considerarse contrario a la libertad por la ficción de que viene de uno mismo y no de fuera.

Los derechos de participación, que exigirían una especial capacidad de ejercicio y una responsabilidad, son sentimentalmente integrados en el concepto genérico de libertad, lo que puede ocasionar un mani-

puleo que lesiona el mismo campo de la libertad material. El mito o ficción de que la libertad resignada en manos del Estado no suprime la libertad, pues es una pérdida voluntaria, es el título justificativo de esta confusión.

Este fenómeno de confusión entre libertad y participación en el poder, se origina como reacción frente al fenómeno de usurpación de la autoridad por parte de la potestad. En el Estado moderno se produce la división de la autoridad y de la libertad material por la subsunción en la potestad y en la participación en el poder.

D'Ors prevé la configuración del futuro en función de la bipolaridad de la vida social que supere la confusión actual con una armonía funcional más abierta y suelta, pues la libertad recuperaría sus fueros frente a la autoridad —la creciente autoridad de los hombres de ciencia es un ejemplo—, y la libertad frente a las decisiones justificadas en la participación del poder, tendería hacia la descentralización y la desnacionalización.

Meditar los problemas actuales de autoridad, libertad, educación, universidad y problemas políticos, relaciones Estado-Iglesia, etcétera, proporcionará mucha luz y será un fruto más de la autoridad docente del sabio español.

Francisco Javier VILLALÓN EZQUERRO

MORRILLA, Agustín, "La codificación como técnica de producción legislativa", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. LXXI, núm. 6, junio de 1987, pp. 544-674.

En este interesante trabajo el autor considera que es una característica notoria del derecho actual, de raíz germano-romana, la tendencia a la codificación de algunas de sus áreas. Etimológicamente, dice, código proviene de *codex*, que significa "libro de leyes". En el Bajo Imperio se elaboraron, entre otros, los siguientes *codex*: Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus, Justinianus, etcétera, los cuales se limitaron a reunir, recopilar y sistematizar material legislativo preexistente, tales como escritos, constituciones imperiales, etcétera.

Los códigos actuales son diferentes. Para lograr la mayor seguridad jurídica se han introducido en su elaboración, cambios sustanciales, tratando de buscar la claridad de la norma, la precisión de los supuestos jurídicos y la unidad de los sistemas.

Para resolver adecuadamente los conflictos que surgen de la vida social se procedió, mediante la selección cuidadosa de las instituciones legales, a articular las normas semejantes o parecidas, excluyendo las contradictorias, obsoletas o anacrónicas. Se pretendió, con ello, dar en el futuro rápida solución a los casos concretos, mediante normas simples de interpretación legal.

Estos aspectos, inspirados en los principios teóricos de la escuela racionalista del derecho natural, empezaron a manifestarse en los ámbitos legislativos de Europa, a partir del siglo XVIII.

En la Edad Media y hasta el siglo XVI el derecho romano, además de ser común a su pueblo, tenía un carácter supranacional, aplicable a todos los países de Europa. Su principal fuente era el *Corpus iuris civilis* del emperador Justiniano. Los comentaristas y glosadores de la época medieval lo convirtieron en un derecho de "juristas". Las diversas opiniones, interpretaciones, definiciones y análisis de los textos, de acuerdo con los métodos dialécticos y escolásticos, fueron creando un sistema científico.

Opina el autor que la gran disparidad de opiniones, la multiplicidad de las costumbres locales y los fueros territoriales concedidos por los reyes a la sociedad feudal, hicieron que este derecho de selección trajera consigo el caos. Para contrarrestar sus efectos se fue imponiendo gradualmente en Europa la idea de la codificación. La escuela racionalista del derecho natural y la Ilustración impulsaron estos fines. Apoyaron también la codificación las denominadas "monarquías ilustradas" de Europa.

Algunos autores consideran que el primero de los códigos de este género, fue el prusiano de 1793, que era una simple recopilación de normas civiles, mercantiles, penales, etcétera. Otros, en cambio, atribuyen esta primacía a los países escandinavos.

La escuela racionalista del derecho natural destaca su influencia en el siglo XVII con Hugo Grocio, Pufendorf, Thomasius, Wolff y otros, quienes defendían los "derechos innatos de la persona, los cuales surgen de la naturaleza racional del hombre".

La huella más importante del iusnaturalismo racionalista en la codificación del derecho, dice el autor, es la aportación teórica a la técnica jurídica empleada en la construcción de los cuerpos legales. La estructura enlaza en un orden rígido y dialéctico el elemento básico del sistema, que es el precepto jurídico, el cual se compone a su vez, de la vinculación entre el supuesto y la consecuencia legal, partiendo de principios axiomáticos. Es una aproximación del derecho a las ciencias matemáticas.

La Ilustración fundamentaba su filosofía jurídica en dos ideas aparentemente contradictorias: la afirmación de los derechos fundamentales del hombre que sustentaba el iusnaturalismo racionalista y la preocupación por exaltar el predominio de la ley sobre las demás fuentes del derecho (costumbre y jurisprudencia).

Opina el autor que la rígida sumisión del juez a la ley, es una consecuencia de la primacía de ésta.

En contra de los postulados de la Ilustración, el código prusiano de 1793 dio mayor importancia a la costumbre entre las fuentes del derecho.

En Austria la emperatriz María Teresa designó en 1753 una comisión de juristas que elaboraron un proyecto de código civil que fue rechazado por la propia emperatriz por su excesiva extensión y complejidad. Posteriormente, el emperador José II promulgó en 1797 un código más perfecto en técnica y contenido que el código prusiano.

Dice el autor que "la influencia racionalista del derecho natural es visible en los mecanismos que adoptan estos códigos para suplir las lagunas de la ley: primero se acude a la analogía y después a los principios naturales", excluyéndose la costumbre como función supletoria.

En Francia, en 1793, Jean Jacques Cambacères elaboró un proyecto de código civil inspirado en los principios de la Ilustración, que fue rechazado por la Convención. Un nuevo proyecto del mismo jurista corrió la misma suerte. En 1796 Cambacères elaboró un tercer proyecto, que no alcanzó a ser aprobado, pero que, al decir del autor, influyó en la redacción del Código de 1804.

Después de otras tentativas, como el proyecto Jacqueminot, de 1799, fue designada una comisión destinada a redactar el definitivo Código Civil. Sus miembros: Tronchet, Maleville, Bigot de Preameneu y Portalis, lo redactaron en sólo cuatro meses, siendo publicado en 1801. Fue discutido el proyecto en el Consejo de Estado, con la participación de Napoleón y el Tribunal de Casación. Votado por la Asamblea Legislativa fue promulgado por títulos. El 21 de marzo de 1804 se promulga íntegramente bajo la denominación de Code Civil des Français.

Los principales materiales legislativos, expone el autor, que contiene el Code napoleónico son en parte elementos de la tradición como costumbres —especialmente la de París—, derecho romano, según las exposiciones de jurisconsultos como Domat y Pothier y ordenanzas reales, a las que se añadían las principales leyes de la revolución. En el conjunto impera la nueva jerarquía de valores de la sociedad burguesa.

Inspirado en los principios liberales sustentados por los revolucionarios y la Ilustración, el Código napoleónico logró consolidar las estructuras sociales de Francia. "La propiedad, valor fundamental de la burguesía se liberaliza y se garantiza su titularidad; el individualismo convierte a la voluntad personal en factor modificadorio de las relaciones; por fin la igualdad de los derechos civiles del pueblo, constituyen los pilares en que se apoya la codificación napoleónica", dice el autor.

Se caracteriza el Código por la claridad y precisión de su redacción y por la perfección de su sistemática, la cual se considera muy superior a las anteriores codificaciones. Ha servido de modelo a la mayoría de las legislaciones civiles de casi todos los continentes, en especial las elaboradas en el siglo pasado.

Anota el autor que Napoleón en su confinamiento comentaba: "Mi verdadera gloria no es la de haber ganado cuarenta batallas. Waterloo borrará de la memoria todas las victorias. Lo que nada podrá destruir, lo que vivirá para siempre es mi Código Civil."

En Alemania la Confederación del Rin durante la ocupación de los ejércitos de Napoleón, adoptó en 1806 el Código Civil francés. Al desintegrarse poco después el imperio napoleónico, los alemanes consideraron necesaria la elaboración de un código civil que podía ser un factor más de unificación de sus estados dispersos.

Juristas destacados como J. Thibaut opinaban en 1814 que el código debía limitarse a la simple sistematización del derecho germánico, utilizando para ello el derecho nacional vigente en los distintos territorios alemanes.

En el mismo año, Federico Carlos von Savigny, en un ensayo sobre la materia, consideraba que al tener el derecho su origen y fundamento en los usos y costumbres de la comunidad, la codificación debía limitarse a interpretar las manifestaciones jurídicas populares, dándoles el lenguaje técnico apropiado. Condenaba los sistemas racionalistas de codificación porque "crean un derecho nuevo totalmente alejado de la realidad". Es indispensable, decía, la "aportación histórica" recurriendo en forma ordenada y coherente a los elementos del pasado.

Le correspondió a Putsch continuar la labor iniciada, quien orientó los estudios hacia el positivismo científico, originándose la llamada corriente "pandectista" inspirada en la legislación de Justiniano. Adoptó en la redacción del proyecto el sistema dogmático, sin perder de vista la perspectiva histórica, relegándola eso sí, a una simple función auxiliar. En estos trabajos intervino otro jurisconsulto distinguido: Bernardo Windscheid.

En 1887, al darse a conocer el trabajo realizado, surgieron críticas doctrinarias. Otto von Gierke, entre otros, destacaba el carácter individualista del proyecto.

Para conciliar las opiniones fue designada en 1887 una nueva comisión, de la que formaba parte Rudolf Sohn. Este grupo de juristas acogió varias de las observaciones críticas. En 1896 fue promulgado el Código Civil alemán, entrando en vigor el 1o. de enero de 1900.

El sistema anglosajón difiere sustancialmente de los modelos del continente. Se caracteriza por el precedente judicial.

Son los tribunales los que van elaborando el derecho inglés sobre la base del *common law*, cuyos orígenes pueden encontrarse en la *comune law* o derecho común de Inglaterra impuesto por los conquistadores normandos en 1066.

El derecho inglés es jurisprudencial, elaborado por los tribunales sobre la base del precedente. Las causas se resuelven de acuerdo con las experiencias judiciales del pasado; "la actividad del juez es el centro del sistema".

La norma se ha creado por el precedente judicial que originariamente se fundamentaba en la costumbre. De allí que sean evidentes las dificultades existentes en Inglaterra para compilar las leyes en códigos de acuerdo con el sistema continental.

La tradición jurisprudencial relegaba la legislación a una función secundaria y las leyes eran interpretadas restrictivamente. Esta práctica, actualmente, ya no es seguida con la misma amplitud del pasado y la importancia de la ley es considerable en ciertos y determinados aspectos.

En el siglo XVIII Jeremy Bentham y John Austin pretendieron codificar la legislación civil pero fracasaron en sus propósitos, al igual que *lord Westbury*.

La idea de codificar el derecho inglés no se ha renovado; sólo se han aceptado leyes parciales sobre materias concretas.

En Estados Unidos, donde rige el sistema inglés del *common law*, David Dudley Field (1805-1894) logró que el estado de Nueva York promulgara un Código Penal, otro de Procedimientos Civiles y un tercero de Procedimientos Penales, que fueron adoptados posteriormente por varios estados de la Unión.

Sin embargo, la eficacia de los códigos no fue importante porque los tribunales siguieron aplicando el *common law*, basado en las decisiones judiciales precedentes, ignorando los códigos o aplicándolos restrictivamente. En la actualidad se observa un acercamiento entre los

dos sistemas jurídicos. La ley ha ido adquiriendo la misma importancia que hoy se le otorga en Inglaterra.

Anota el autor que la mayoría de los códigos actuales fueron elaborados bajo los condicionamientos ideológicos del liberalismo burgués, valores que en la actualidad han variado considerablemente. Se pregunta si pueden los códigos seguir cumpliendo sus finalidades mediante la adaptación de sus contenidos y flexibilización de sus estructuras internas o si, por el contrario, la técnica codificadora ha perdido su utilidad y estamos en presencia de la descodificación. Agrega que

el Código fue uno de los instrumentos que la filosofía de la Ilustración impuso en interés de la clase burguesa para la seguridad y certeza de las relaciones jurídicas, pero su valor no se redujo a la simple técnica de fijación del derecho. Los códigos condensaban los principios de la ideología liberal-burguesa, de manera que constituían auténticas "piezas constitucionales" del ordenamiento jurídico. El fundamento del sistema era la protección del individuo; ello se garantizaba mediante una regulación que pretendía exhaustividad e inmutabilidad en las soluciones jurídicas. "La función del Estado quedaba simplemente relegada a actuar de árbitro en las relaciones sociales, tutelando el cumplimiento del ordenamiento jurídico."

La sociedad de nuestros días dista mucho de la que hubo en la época liberal burguesa. El Estado se ha transformado en árbitro, actor social y asistencial, convirtiéndose en un gran sistema nivelador, cuyo móvil es garantizar los derechos y beneficios que el individuo o la sociedad por sí solos no pueden alcanzar, corrigiendo de este modo los desequilibrios sociales.

Otro factor que separaría el aspecto social regulado por los códigos liberales del actual pensamiento, es la importancia creciente que se atribuye a las organizaciones sociales. Sus intereses conforman un complejo sistema de interrelación Estado-organizaciones sociales, originándose el nuevo concepto de "democracia participativa".

Es efectivo que algunas leyes especiales han complementado o modificado algunos sistemas codificados, pero no han alcanzado el propósito de hacer avanzar el ordenamiento legal. En cambio las ramas del derecho quedaron al margen de la codificación, como el administrativo, el fiscal y, en general, los integrados al derecho público, han tenido un avance correlativo al progresivo intervencionismo estatal. La expansión del derecho público, en especial el administrativo, ha afectado seriamente a instituciones que tradicionalmente eran reguladas por los códigos civiles. De ahí que se haya afirmado, dice el autor, que los códigos

civiles, modelos históricos de la codificación, han perdido su posición central en el sistema jurídico, y que su lugar es ocupado actualmente por el derecho administrativo, con su acelerado ritmo de modificaciones.

La ley actual no se constriñe a fijar límites a la actuación de los individuos, hoy determina programas y controles, e impone, determina y dirige la actividad económica. Según Irti, citado por el autor, la ley asume actualmente las características de concreción e individualidad que eran propias del negocio privado. No más cánones abstractos y generales de acción, sino respuesta a específicos y determinados problemas.

Las leyes especiales van reduciendo gradualmente las materias sometidas a las disciplinas del código, creando microsistemas normativos separados. El código queda relegado a ser simple "disciplina residual donde subsisten como ramas secas, sectores normativos superados por los nuevos principios de las leyes especiales".

La formulación de los valores que constituyen el fundamento del sistema político pasa a ser una función más de la Constitución que de los códigos. Los principios que estructuran y dan coherencia al ordenamiento son asumidos y proclamados por las cartas constitucionales, convirtiendo a los códigos en simples reiteraciones de principios constitucionales.

El código deja de ocupar un lugar central en las fuentes, pues las leyes especiales y el texto constitucional cambian el significado y la funcionalidad de aquél. Como señala Rodolfo Sacco: "el código está muerto, el tiempo en que se codificaba, en especial el derecho civil, es un tiempo superado".

Cree el autor que la conclusión anterior se contradice con las cifras de nuevos códigos elaborados a partir de la Segunda Guerra Mundial, que ascienden a más de cuarenta, de los cuales las dos terceras partes pertenecen al área jurídica de la Unión Soviética.

Termina el autor diciendo que a pesar de las sólidas argumentaciones que evidencian el retroceso de los códigos en el derecho actual, no es ciertamente unánime entre la doctrina pronosticar el final de la codificación. En el XI Congreso organizado por la Academia de Derecho Comparado, celebrado en Caracas en 1982, bajo el título "*La codification, forme dépasé de législation*", algunos congresistas se pronunciaron por la redacción de códigos inspirados en los nuevos principios ideológicos del Estado moderno.

En vez de elaborar códigos sin lagunas para dar respuesta a todos los conflictos jurídicos que surgen de la vida social, es preferible incorporar conceptos y principios generales adecuados, adaptables a los presupuestos actuales. Pueden ser útiles en la lucha contra el "par-

ticularismo jurídico" a que se ve avocado el derecho moderno por la ingente y descontrolada legislación estatal.

Lisandro CRUZ PONCE

SCHEVERMAN, W. E., "The Politics of Socialism Reconsidered", *Praxis International—A Philosophical Journal*, Oxford, vol. 8, núm. 2, julio de 1988, pp. 250-254.

A partir de un examen crítico de la obra de Paul Q. Hirst, *Law, Socialism and Democracy* (Boston, Allen & Unwin, 1986), el autor se plantea el problema —objeto de un debate de varias décadas— de la compatibilidad entre el régimen socialista, la libertad individual y el gobierno democrático. Parte de la constatación que, en el siglo XX, el socialismo nunca ha tomado hasta hoy una forma democrática. ¿Cómo garantizar que el socialismo llegue a encarnar lo mejor de la tradición política liberal-democrática? ¿Cómo organizar mejor las instituciones políticas democráticas para garantizar el autogobierno y las libertades individuales?

Contrariamente a los modelos teórico-prácticos de marxistas como Lenin y Mao-Tse-Tung, la socialización de los medios de producción no engendra necesariamente un gobierno popular. A tal concepción subyace una visión reduccionista del Estado. La experiencia ha demostrado que, por ejemplo, un Poder Judicial independiente es esencial para la preservación de la libertad individual, tanto en un socialismo democrático como en un capitalismo liberal. La construcción de un orden político socialista emancipatorio plantea muchos de los problemas que los sistemas políticos liberales han debido confrontar, y el socialismo debería usar similares instituciones.

La teoría y la práctica del marxismo ha caído con frecuencia en la trampa de considerar al "pueblo" como "única agencia de decisión", como una "unidad con un solo interés". En el modelo ortodoxo de la "democracia popular", de Lenin y Mao-Tse-Tung, se presupone la existencia de una clase obrera unificada, capaz del ejercicio directo del poder político, actuando a través de cuerpos directamente democráticos (soviets, comunas, etcétera). Se supone, asimismo, que los intereses colectivos del pueblo están representados en los estratos más altos del aparato político autoproclamado como socialista. Se asume que si "las masas" constituyen un único cuerpo unificado con "un único

interés", y una agencia unificada de decisión, su poder puede estar finalmente representado por un único cuerpo centralizado para la toma de decisiones; *v. gr.*, el "plan central" como representante de los intereses de la sociedad en general.

En realidad, para el autor, y para Hirst cuya obra comenta y critica, aun en un régimen socialista habrá una "pluralidad de agencias diferenciadas de decisión", incluso en un socialismo de Estado como el soviético. Por la complejidad de la sociedad moderna, es necesaria la diversidad de unidades de toma de decisiones. El pueblo como tal no puede gobernar. Aunque el pueblo fuera un cuerpo unitario, sería incapaz de ejercer el poder por medio de una sola "agencia de decisión" centralizada. Así, ¿cómo estructurar la pluralidad de cuerpos de decisión necesarios para el socialismo de la manera más emancipadora posible, es decir, que garantice el gobierno democrático y las libertades individuales?

Se admite que la actual democracia parlamentaria debe cambiar, por no ser suficientemente democrática y por no poder eventualmente volverse un "despotismo electivo". Se trata de combinar las instituciones directamente democráticas y las representativas. Dada la complejidad de la sociedad moderna, el socialismo debería apoyarse en instituciones representativas, y en un amplio dispositivo de cuerpos directamente representativos (comunidades urbanas y rurales, pequeñas fábricas, grupos habitacionales, etcétera). Se debería diseñar la escala y el alcance de tales cuerpos, para permitir democracia directa, como forma económica de control, y dar a la masa de gentes comunes una educación que proporcione destrezas organizativas básicas. Sólo una mezcla apropiada de cuerpos democráticos directos y representativos puede lograr el avance hacia un socialismo realmente emancipador. No se ignora las tremendas complejidades y problemas de la democratización. ¿Cómo hacer que las propuestas de "participación en la fábrica y de democracia industrial avancen en una democratización más radical de la vida económica? ¿Cómo compatibilizar la eficiencia y la democracia industrial, y que *trade-offs* se requerirían?

El comentario y análisis desemboca en la cuestión del significado del derecho y de la teoría legal para las instituciones políticas del socialismo democrático. Se comienza por la crítica de la *teoría marxista ortodoxa*, representada por el ya clásico jurista soviético Pashukanis. Éste liga las relaciones legales al funcionamiento de la producción mercantil capitalista. El derecho sería así un cuerpo de normas que funciona sólo para reglar las relaciones entre sujetos posesivos con derechos sobre las mercancías que producen e intercambian. La abolición

de la producción mercantil haría obsoleto el derecho; sin sujetos posesivos con mercancías a intercambiar, no habría necesidad de aquél. En el socialismo, el fin de la producción mercantil llevaría a la más o menos lenta extinción del derecho.

La crítica de Hirst y de Scheverman comienza por afirmar que el socialismo será también una pluralidad de "agencias diferenciadas de decisión" Las relaciones de aquéllas, entre sí, y con individuos y grupos sociales, deberían ser definidas y reguladas, rescatando así el papel del derecho como necesaria instancia de regulación, es decir, "un complejo institucionalmente específico de organizaciones y agentes, de discursos y prácticas, que operan para definir (en normas codificadas o no) las formas y límites de otras organizaciones, agentes y prácticas". El socialismo no podrá prescindir del derecho ni de la teoría legal, que lejos de extinguirse se afirmarían y desarrollarían, aunque quizás con presupuestos y alcances nuevos.

Reafirmado el papel del derecho en una sociedad socialista emancipadora, se recuerda, sin embargo, que el planteamiento meramente legal de las libertades individuales y de las restricciones al poder estatal, a menudo significan muy poco si el intento de usar los derechos legales es inmediatamente reprimido y la constitución burlada. Se debe organizar instituciones sociales que funcionen para sostener las libertades individuales y para perpetuar el gobierno democrático; defender las capacidades de acción de ciertos agentes sociales y limitar las de otros. De allí la importancia de una autonomía política de los cuerpos judiciales y de los cuerpos legislativos democráticamente elegidos, en las principales áreas de decisión y con independencia de las instituciones administrativas (policía, ministerios, etcétera), para que puedan impedir los ataques a las libertades individuales y al gobierno democrático. Los tribunales no deben ser parte de la jerarquía administrativa, ni directamente sometidos en sus decisiones adjudicativas a las órdenes, intervenciones, presiones sutiles, de algún órgano del aparato estatal y del Poder Ejecutivo. Es indispensable la independencia de los tribunales de justicia, pero también de los cuerpos especializados de revisión, de supervisión legislativa, de policía administrativa, para domar los excesos potenciales o efectivos del poder político.

Las instituciones destinadas a controlar los abusos del poder político sólo funcionan efectivamente si hay un compromiso ideológico de los dirigentes políticos y de la masa de ciudadanos con tales formas de regulación. Los grupos sociales deben respetar y fortificar las instituciones que trabajan para prevenir la tiranía política, si es que aquéllas están destinadas a sobrevivir y a seguir siendo viables. Los con-

trofes del poder político deben tener base social. La pluralidad de unidades políticas y sociales autónomas sirve para desafiar los abusos potenciales del poder estatal y para impedir su centralización en pequeñas camarillas, elites y oligarquías. A ello apunta la conveniente combinación de planificación y mercado, la amplia variedad de formas de organización económica (cooperativas, pequeñas y medianas empresas privadas), para el florecimiento del pluralismo, la democracia y la libertad individual.

MARCOS KAPLAN

ZAPATA DE TAMANTINI, Ma. Esther, "Interpretación del negocio jurídico", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, año XXVIII, núm. 48, marzo-diciembre de 1987, pp. 91-111.

La presencia incontrastable del fenómeno interpretativo en todos los espacios de la cultura es bastante y sólido argumento para prestarle especial atención.

Particularmente resalta su trascendencia en el orden jurídico, pues frecuentemente en las convenciones se transgrede la buena fe al introducir, alguna de las partes, vocablos ambiguos que desvirtúan la intención real y natural de determinado negocio jurídico.

Es más, aun cuando los sujetos expresaran con claridad las cláusulas convencionales, es preciso interpretar el acto jurídico para llegar a esa conclusión. En efecto, a toda declaración de voluntad, sea constitutiva de ley, sea constitutiva de negocio jurídico, es necesario atribuirle un sentido (Miguel Traviesas).

La doctrina moderna al rechazar los viejos brocárdicos *in claris non fit interpretatio* (donde hay claridad no cabe la interpretación), entendié que la interpretación se aplica a todas las leyes, sean claras u oscuras, porque no hay que confundir la interpretación con la dificultad de la misma, pues ya lo consignaba el Digesto: *Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus* (aunque está muy claro el edicto del pretor, no se ha de despreciar su interpretación, D.25.4.1.11).

Para el derecho, interpretar* consiste en resolver la divergencia entre lo pensado y lo comprendido (Carnelutti). En otras palabras: com-

* Del latín *interpretare*, a su vez de *interpretatio*, ésta de *interpretetis*: mediador. Y de *inter pars*: entre partes. *Interpreto* deriva de *interpretet agere*, y ésta de

prender y precisar el verdadero sentido y alcance de la voluntad privada declarada en el mismo.

Ahora bien, en el proceso destinado a comprender y precisar el significado del acto jurídico, la *integración* como actividad distinta y posterior a la interpretación, con el fin de salvar omisión u oscuridad en la declaración de voluntad, desempeña también una relevante función. En cuanto a los *sujetos* de la interpretación, el primer intérprete es el propio declarante, también lo es el abogado que asesora a las partes; sin embargo, ninguna de las dos interpretaciones son *obligatorias*, sólo la del juez está revestida de ese carácter.

Así que el juez es el intérprete por *excelencia*, ya que realiza una tarea interpretativa con valor *decisorio* frente al conflicto planteado por las partes. Él es el verdadero *inter-pres*, es decir, el que se coloca entre dos que hablan.

Podríase hablar de un doble *objeto* de la interpretación: *Genérica*, consistente en el negocio jurídico en su totalidad, sin restringirse a lo establecido o escrito por los declarantes, sino que incluye toda la situación fáctica y jurídica relacionada con el vínculo que los sujetos han contraído. *Particular*, referente a la tarea de descubrir el verdadero sentido y alcance de lo declarado, es decir, al quehacer encaminado a pactar la voluntad real y verdaderamente querida por las partes, indagándola a través de su deficiente manifestación.

Ahora bien, cuando la labor del juzgador no consiste en verificar cuál ha sido la intención de las partes sino en *interpretar el significado* de la declaración —determinando sus consecuencias jurídicas— aplicando para tal fin todo el orden jurídico, la operación interpretativa deviene entonces una *cuestión de derecho*.

Dos corrientes de opinión pugnan entre sí al intentar explicar la *finalidad* de la interpretación: la clásica, *subjetivista* o de la voluntad *real o interna* y la moderna, *objetivista* o de la voluntad *declarada*.

Aun cuando en el Código Civil argentino hay un vacío normativo en esta materia, el artículo 1198 de ese ordenamiento contiene la regla de oro de la interpretación: el principio de la *buena fe* como norma fundamental de interpretación del contrato. En efecto: *bona fides exigit, ut, quod convenit, fiat* (la buena fe exige que se haga lo que se convino); *bonam fidem in contractibus considerari aequum est* (es justo atenerse a la buena fe en los contratos); *bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat* (la buena fe que se exige en los contratos, requiere suma equidad).

interproesum, que significa estar presente; servir de mediador; aclarar "una cosa"; exponer algo que está oscuro; explicar el sentido de textos faltos de claridad.

A este respecto, sólo hay que recordar que el orden jurídico mexicano sí contempla una preceptiva sistemática sobre la interpretación. Tanto en el texto constitucional (artículo 14, párrafo último) como en leyes secundarias (artículos 19, 1851-1857 del Código Civil —CC—; 78 del Código de Comercio —CCo—).

No están de sobra —amén de ser encomiables—, otros criterios auxiliares en la interpretación que la propia legislación regula, como son los actos de los contratantes coetáneos y posteriores al contrato (artículo 1282 del CC español); el uso, práctica o costumbre (artículo 218, inciso 6º del CCo argentino; 1287 del CC español; 1856 del CC mexicano; 1159 del CC francés); las circunstancias de tiempo, lugar, modo y sujetos del acto jurídico son importantes para la interpretación del mismo; el medio social en que surge el acto; las condiciones intelectuales, psíquicas y culturales de los intervinientes; el resultado económico del acto, así como la conexión del medio utilizado con el fin perseguido por las partes, para atribuir a ese medio que es el acto jurídico su significancia adecuada.

Interesante estudio, bien documentado, sobre tema de gran envergadura, que nos hace presentes conceptos fundamentales de teoría general del derecho.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

VARIOS

BAGLEY, Bruce M., "Colombia and the War on Drugs", *Foreign Affairs*, Nueva York, vol. 67, núm. 1, otoño de 1988, pp. 70-92.

Profesor de estudios internacionales en la Escuela para Graduados de Estudios Internacionales de la Universidad de Miami y director del Proyecto de Estudios Andinos en el Instituto de Estudios Interamericanos, el autor analiza el papel de Colombia en el narcotráfico, la llamada "Guerra" contra las drogas, y sus principales implicaciones socioeconómicas, políticas y jurídicas.

Las implicaciones surgen claramente si se enumeran concisamente las dimensiones que han adquirido tales fenómenos. Fuera de los narcotraficantes de Estados Unidos, los de Colombia tienen las mayores ganancias del narcotráfico de cualquier otra nacionalidad del hemisferio occidental. Ello se da en tráfico de marihuana, cocaína, *quaaludes*