

# TEORÍA DEL DERECHO.

## CAPÍTULO I.

### GENERALIDADES.

#### El fenómeno jurídico y el Derecho en sus distintas expresiones.

Al abordar este tema no puedo menos que recordar al que fuera mi profesor y de innumerables generaciones de juristas, el Dr. Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro. Y lo recuerdo porque cuando iniciábamos nuestros estudios en la carrera de Derecho, en el primer año nos impartía una asignatura muy parecida a la de la materia de este libro, pero que se llamaba *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Entonces solía darnos la bienvenida a las aulas universitarias y de inmediato nos felicitaba por haber escogido estudiar Derecho y entonces, aparentando ingenuidad, nos preguntaba ¿Y qué es el Derecho? Por supuesto que a aquellas alturas éramos incapaces de contestar a esa pregunta. Pero ocurría que el Dr. Bustamante nos tomaba de nuevo en el quinto año de la carrera, cuando estábamos próximos a graduarnos. En esa oportunidad nos impartía Filosofía del Derecho y entonces nos saludaba y se congratulaba de volver a vernos en las aulas, y nos decía que ahora, por supuesto, todos sabríamos lo que era el Derecho. Y ocurría que para sorpresa nuestra, no acertábamos a brindar una definición unánime, o más o menos uniforme sobre el Derecho. Entonces nos decía que eso no era extraordinario y que la Filosofía del Derecho se proponía, entre otros particulares, brindarnos una dimensión verdadera y profunda sobre el Derecho.

En ese mismo sentido alguien recordaba que Kant, en la **Crítica de la Razón Pura** se había burlado de los juristas que todavía entonces andaban buscando una definición del Derecho y que el eminente jurista H.L.A Hart, en 1961 había escrito una voluminosa obra dirigida a encontrar una satisfactoria definición del Derecho.<sup>1</sup>

Se trata, sencillamente, de que el fenómeno jurídico, es decir, todo el problema relacionado con la regulación jurídica de la sociedad y con las normas del Derecho, tiene varias dimensiones y por tanto puede ser examinado desde distintos ángulos.

Lamentablemente predomina la concepción normativista, absolutamente positivista, de que el Derecho es sólo una gran lista de normas o artículos de leyes, y de leyes mismas y otros cuerpos legales, de modo que en consecuencia, el jurista es un pedante provisto de un enorme memorión que le permite registrar todas esas normas, leyes, artículos, preceptos, disposiciones de todo tipo, y en el momento requerido encontrarlas en su mente, valiéndose de esa memoria privilegiada, con lo que se le confunde con una simple computadora, es decir, con un tonto con buena memoria.

La cuestión está en que la percepción más simple del fenómeno jurídico nos deja verlo como conjunto normativo impuesto por el Estado y de obligatorio cumplimiento para toda la ciudadanía. Sin embargo, ese no es, ni mucho menos, el único plano del fenómeno jurídico.

Quisiera asumir de inicio la división que adopta Angela Aparisi cuando señala que el Derecho tiene tres dimensiones: a) la normativa; b) la valorativa y c) la dimensión social.<sup>2</sup>

La función normativa es la más visible y usualmente admitida y entendida y se refiere al Derecho como sistema de normas obligatorias, pero que tienen rasgos y características

<sup>1</sup> Hart, H.L.:A. **The Concept of Law**. Oxford University Press. Great Britain, 1979.

<sup>2</sup> Aparisi Angela y otros. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992. Cap.1.

singulares y se crean mediante un proceso técnico determinado. Desde esta dimensión en el estudio del Derecho es imprescindible tomar en cuenta cuestiones tales como no sólo la ya aludida creación de las normas, sino su estructura, la relación jurídica, la interpretación del Derecho, etc. En general el estudio general de esta dimensión corresponde a la Teoría del Derecho y sus normativas específicas integran las distintas ramas del ordenamiento jurídico, con sus instituciones y sus normas específicas.

Cuando pensamos el Derecho o el fenómeno jurídico en su dimensión valorativa, estamos aludiendo a que el Derecho no es un simple, frío y absurdo conjunto normativo, sino que el mismo pretende alcanzar determinados valores. Su contenido, como dice acertadamente Angela Aparisi, no debe estar desvinculado de conceptos tales como la justicia, la seguridad, el bien común etc. Como dice la misma citada Aparisi, “ Estudiar el Derecho desde esta perspectiva o plano supondrá investigar su fundamento, aquellos valores que parece deberían guiarlo y, en concreto, el estudio de la justicia, y de las diversas teorías que sobre ella se han sucedido históricamente. De ello se ocupa, fundamentalmente, la Filosofía del Derecho.”<sup>3</sup>

Finalmente está la que Angela Aparisi califica de dimensión social, que tiene su razón de ser porque el Derecho es un producto de la sociedad, de una determinada cultura, y se deriva de determinadas circunstancias sociales, económicas, demográficas, políticas, etnográficas etc. Y por supuesto el Derecho se constituye para cumplir determinadas funciones sociales. En general podría afirmarse que esta dimensión del fenómeno jurídico sería el objeto de estudio de la llamada Sociología Jurídica.

Lo que ahora quiero poner de relieve, sin entrar todavía a considerar la concepción marxista del Derecho y las concepciones no marxistas al respecto, es que el Derecho no puede ser reducido a su simple expresión normativa. El gran iusfilósofo austríaco, Hans Kelsen, padre de la teoría pura del Derecho, y fundador del normativismo jurídico, llegó a afirmar que el Derecho es norma y sólo norma. Aunque parezca mentira, esa apreciación no sólo caló muy profundo en la comprensión del Derecho de sus contemporáneos y de casi todo el siglo XX, sino que incluso se ha infiltrado en el pensamiento de algunos que supuestamente profesan una concepción marxista sobre el Derecho.<sup>4</sup>

Ahora quiero decir que contra tal afirmación, hay que aceptar que el Derecho no es sólo norma fría, despojada de contenido, sin nervio ni sangre. Por el contrario, la norma jurídica dicta una conducta en la cual está encerrada una concepción paradigmática de lo que se considera bueno, o justo, o realizable según el orden social, es decir, según una determinada valoración. El derecho, o el fenómeno jurídico, en otras palabras, no puede ser despojado de su contenido axiológico, valorativo, con independencia de que la especificidad de su estudio corresponda a la Filosofía del Derecho exclusivamente o no. De igual modo, el orden normativo no es caprichoso ni ajeno a las problemáticas sociales. Como veremos de inmediato, para el marxismo el fenómeno jurídico en concreto refleja las luchas de clase, es decir, las luchas económicas, los conflictos sociales y su traducción en conflictos políticos. Sin embargo, aun los que niegan esa apreciación, tienen ya que admitir que el Derecho tiene un contenido social determinado, surge en ciertas circunstancias sociales, políticas, económicas y espirituales y está dirigido a cumplir determinados objetivos de esa índole. Un poco más adelante volveré sobre estos tres planos del derecho y trataré de elucidar cómo se interrelacionan entre sí, porque lo cierto es que ninguno de ellos existe con independencia de los otros, sino que todos integran una unidad dialéctica contradictoria.

El análisis de esos tres planos del fenómeno jurídico nos ha permitido, no obstante la forma muy simple en que han quedado expuestos, comprender que el derecho es un fenómeno normativo, pero es también una ciencia social específica, con regularidades, principios y

<sup>3</sup> Aparisi Angela. Ob. Cit. Pág. 37.

<sup>4</sup> Sobre Hans Kelsen y su **Teoría Pura del Derecho** debe verse **Filosofía del Derecho**, del autor. Editorial “Félix Varela”, La Habana, 1998.

categorías que deben ser conocidos y aplicados. La ignorancia de esos principios, categorías y leyes o regularidades de la producción jurídica conduce a la ineficacia del derecho, y a que se desvirtúen sus objetivos. Algunos creen ingenuamente que cualquiera puede hacer derecho, aplicarlo o interpretarlo. Sin perjuicio de que en nuestra concepción de la vida pretendemos que el Derecho tenga un hondo sentido popular, esté al alcance de grandes masas, ello no significa que olvidemos que el Derecho es esa ciencia a que he aludido y que por tanto, su dominio y su correcta aplicación exigen el conocimiento científico. En otras palabras, aunque algunos se empeñen en olvidarlo, el Derecho no admite improvisaciones, adulteraciones, voluntarismos o desviaciones de las leyes cardinales que lo rigen y de sus principios fundamentales. Normalmente cuando se burlan esas leyes, esas regularidades y esos principios, el contenido jurídico del Derecho termina jugando una mala pasada a los que creyeron que podían olvidarlas.

Del mismo modo esa división nos permite entender desde ahora mismo que ese contenido científico del Derecho, que no es una simple ringlera de normas, se expresa también en que éste tiene que constituir un sistema provisto de coherencia interna y externa, con una estructura orgánica que debe recorrer todas y cada una de sus ramas e instituciones, sobre todo lo cual hablaremos en otro momento de este texto.

Del mismo modo, esa consideración total del fenómeno jurídico nos permite entender aunque sólo sea de inicio que cualquier ordenamiento jurídico es portador de una ideología, de una concepción política y de una percepción de la sociedad; algunos ordenamientos jurídicos tienen esa visión o perspectiva ideológica de modo más coherente y acabado, constituyendo toda una cosmovisión, otros de modo más limitado, pero en todo caso el derecho es también o tiene también una perspectiva ideológica.

Por último quisiera decir algo que parece estar ya fuera de toda duda: no existe el derecho como realidad artificial de laboratorio; el fenómeno jurídico forma parte de la candente existencia de la sociedad, emana de ella, se cuece en ella y está encaminado a surtir determinados efectos dentro de esa dinámica social. De tal modo, ningún ordenamiento jurídico, y por tanto el Derecho en sentido absoluto y universal, jamás es ajeno a las luchas sociales, a la espiritualidad de una sociedad específica, a su cultura, sus contenidos étnicos, nacionales, religiosos; sus luchas políticas, sus enfrentamientos de clase en fin.

Con estas ideas generales he querido sólo iniciar la reflexión en torno a la naturaleza compleja del Derecho y enfrentar la idea altamente generalizada de que el Derecho es sólo una larga fila de normas jurídicas dictadas caprichosamente, con más o menos éxito, por cualquiera que se proponga hacerlo, y que pueden resultar eficaces y válidas aunque nada tengan que ver con la existencia material de la sociedad a la que supuestamente están dirigidas.

### **Las concepciones no marxistas sobre el Derecho.**

El número de concepciones no marxistas sobre el Derecho es verdaderamente enorme. Esas concepciones son, por supuesto, anteriores a Marx muchas de ellas y otras posteriores e incluso contestatarias de la formulación marxista sobre el Derecho. Fernando Cañizares las agrupa bajo el rubro común de concepciones idealistas sobre el Derecho.

Sin embargo, pese a la diversidad de tendencias dentro de ese idealismo en la interpretación del Derecho, es posible significar, como un grupo especial, el de aquellas concepciones que podríamos calificar de **agnósticas**, es decir, que niegan la posibilidad de penetrar la esencia del Derecho y, por tanto, de encontrar una definición satisfactoria del mismo. En ese sentido, el mismo citado Cañizares nos recuerda a Javoleno Prisco, jurista romano que ya casi iniciándose el siglo I de nuestra era afirmaba la conocida expresión "*Omnia definitio in iura*

*periculosa est*” (Toda definición en derecho es peligrosa) con lo cual no sólo negaba la posibilidad de una satisfactoria definición del Derecho, sino de sus distintas instituciones. Y nos recuerda también el tantas veces citado Cañizares al filósofo Sheirer que manifestó, “así como el geómetra no puede definir el espacio ni la aritmética el número, tampoco la ciencia jurídica podrá dar un concepto exacto del Derecho.”<sup>5</sup> En ese mismo sentido, hace un momento recordábamos como Inmanuél Kant se burlaba de los filósofos del Derecho que habían sido incapaces de encontrar una definición satisfactoria del Derecho. Por supuesto que el problema básico estriba en que desde una posición idealista es difícil penetrar la esencia del orden jurídico y mucho más encontrar la conciliación entre el Derecho positivo y el natural ideal de justicia que existe en cada ser humano.

Uno de los elementos comunes a todas las caracterizaciones no marxistas radica también en pretender extraer del Derecho su sentido y contenido de clase; su vinculación con las luchas sociales y de las clases; sus relaciones con la base económica de la sociedad y con las relaciones sociales de producción.

En esa intención, consciente o inconsciente, el Derecho se vaporiza y se hace difícil aprehender sus esencias y su último fin y contenido.

Incluso el genio jurídico del romano, tan pragmático y al mismo tiempo tan profundo quedó limitado en la búsqueda de una definición sobre el Derecho. Normalmente se cita la afirmación de Celso, recogida en el **Digesto** por Ulpiano, según el cual, en Instituciones, Libro I. Dice: “Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primero de dónde proviene la palabra *ius* (derecho). Llámase así de *iustitia* (justicia); porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y lo equitativo.”<sup>6</sup> Sin embargo, lo que no siempre se cita —con lo cual se descontextualiza arbitrariamente la cita que de Celso hace Ulpiano— es lo que se dice en el § 1 siguiente en que se afirma: “Por cuya razón alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo equitativo de lo inicuo, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas, sino también por el estímulo de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente.”<sup>7</sup>

De este modo, viendo el párrafo del **Digesto** en su totalidad se constata que los romanos podían tener concepciones idealistas sobre el Derecho, pero percibían claramente que no era éste un conjunto arbitrario de normas, sino que las mismas constituían un cuerpo cargado de sentido: a saber, alcanzar la justicia frente a la iniquidad, imponer lo legal ante lo ilícito y con todo ello hacer más buenos a los hombres, no sólo mediante el castigo que podría arreararlos, sino sobre todo mediante los premios, y buscando sobre todo, la verdadera filosofía, que no debe olvidarse que quería decir, según su más puro origen etimológico griego, la verdadera sabiduría.

Como viejo romanista no puedo más que volver a admirarme ante la riqueza y profundidad de estas afirmaciones en que, no obstante cierta desorientación idealista, se abre paso la percepción social de que el Derecho persigue un fin de naturaleza social que es, medularmente, hacer más buenos a los hombres, y donde se destaca que ello no se pretende con el simplismo del sentido intimidatorio de las normas, sino sobre todo ofreciendo un paradigma de valores con cuyo cumplimiento el hombre se siente premiado. Por supuesto que le faltaba a esas afirmaciones el contenido de clase que sólo pudo insuflarle muchos siglos

<sup>5</sup> Todos citados por Cañizares Fernando en **Teoría del Derecho**. Ed. Universitaria. Sin fecha. Probablemente en 1970.

<sup>6</sup> Ulpiano. D. 1.1.1. Libro Primero del **Digesto de Justiniano** editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Prólogo y cuidado de la edición a cargo del Profesor Pierángelo Catalano, de la Universidad Sapienza de Roma. Fondo Editorial 1990. Las citas posteriores del Libro primero del Digesto se harán siempre por esta edición.

<sup>7</sup> Ulpiano. **Digesto**. 1.1.1. §1. Edición cit.

más tarde Carlos Marx, pero fue, con mucho, dentro del pensamiento de la antigüedad, el más rico y profundo.

Después de las definiciones y caracterizaciones romanas se han multiplicado las consideraciones y pretensiones de definición del Derecho desde el punto de vista idealista. La referencia a todas ellas sería absolutamente imposible. Por ello quisiera sintetizar sólo las más importantes doctrinas sobre la naturaleza y la esencia del Derecho formuladas desde una perspectiva idealista y sin intentar siquiera agotarlas todas y menos explicar cada una en sus detalles y riqueza conceptual.

En ese sentido podríamos indicar, ante todo, un inicial **iusnaturalismo ingenuo**, propio de los griegos y los romanos, que desdoblaba al derecho, al concebir la existencia de un llamado derecho natural, por encima del derecho positivo. Ese derecho natural era una suerte de expresión del orden cósmico o del orden que regía en toda la naturaleza. Después de esas concepciones iusnaturalistas ingenuas, debemos mencionar las llamadas **doctrinas teológicas**, casi todas o todas absolutamente de inspiración iusnaturalista y que sostuvieron que el Derecho es la expresión más o menos perfecta de la voluntad de dios. Dentro de estas concepciones hay muchos matices diferenciales por cuanto algunas de ellas consideran al derecho positivo como verdaderamente injusto, y lo enfrenta a un Derecho natural que deriva de la voluntad divina, como es el caso notable de San Agustín, quien en su obra magna **Civitas Dei** defiende el valor de la ciudad de dios, a la cual identifica con la iglesia en la tierra, y la enfrenta a la injusta ciudad de los hombres o estado laico, con su derecho injusto y arbitrario. En otras variables, y como el momento más alto de las concepciones teológicas puede mencionarse a la figura de Tomás de Aquino, quien también en su obra más elevada, la **Summa Teológica**, habla de la existencia de distintos tipos de leyes y coloca como principales aquellas que contienen directa o indirectamente la voluntad de dios. De hecho no sería exagerado afirmar que después de Aquino las doctrinas teológicas sobre el derecho se movieron casi absolutamente dentro de los límites del pensamiento del llamado doctor angélico.

Al producirse el movimiento racionalista del siglo XVI y abrirse paso el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, que fue una consecuencia inmediata del triunfo económico y espiritual de la burguesía europea, se empieza a imponer **la doctrina del contrato social**, a la cual aludimos un poco más arriba. Para esas doctrinas, que tuvieron sus antecedentes más importantes en Hobbes, Groccio y Spinoza, y su despliegue más consecuente en el pensamiento de J.J. Rousseau, el Derecho es el resultado del acuerdo deontológico entre los hombres, es el producto racional de la libertad humana que se despliega fundando la sociedad civil y con ella el orden político y el orden jurídico.

Esas corrientes o doctrinas dejan de ser predominantes en Europa cuando dan paso a las **doctrinas del racionalismo** propio de la Filosofía Clásica Alemana, particularmente en la obra de Kant, Fichte y particularmente G.F. Hegel. En esa nueva línea de pensamiento el Derecho es entendido como racional expresión innata en la razón humana, como juicio a priori o como concretización epocal del espíritu absoluto.

La llegada del capitalismo a su plenitud en el siglo XIX, con la cual se ponen de manifiesto las contradicciones propias de ese sistema, empieza a dar paso a un verdadero torrente de doctrinas cargadas de consideraciones absolutamente circunstanciales, como **la concepción historicista**, propia del imperio del romanticismo jurídico; la **doctrina del pragmatismo**; la teoría sostenida por Ihering y conocida como **teoría de los intereses**; las de la fenomenología, el existencialismo o expresiones más específicas de esas corrientes filosóficas como fue la **concepción egológica** de Carlos Cossio, derivada de una posición filosófica fenomenológica.

Todas estas corrientes serán examinadas con mayor atención en el espacio académico de la Filosofía del Derecho, pero ahora sólo quiero indicar que en todas ellas el derecho aparece desvinculado de la producción material, aparece

ajeno a las luchas políticas, nada tiene que ver con las luchas de clases y, casi siempre los valores de los que es portador tienen un sentido de universalidad y atemporalidad absolutamente idealista.

### **La concepción marxista leninista sobre el Derecho.**

La concepción marxista del derecho se elabora sobre la base de los principios y fundamentos del materialismo dialéctico aplicado a la sociedad y la Historia, lo cual ha sido identificado como el materialismo histórico. En esa fundamentación materialista dialéctica radica la significación científica que el marxismo tiene del Derecho, despojándolo de visiones idealistas y de misticismos y falsedades. Sin embargo, también en el esquema de los postulados o principios de sustentación del Derecho sobre bases materialistas dialécticas, han estribado los que a mi juicio han sido las más grandes vulgarizaciones y simplificaciones del marxismo.

En efecto, la comprensión materialista dialéctica del Derecho advierte que éste es un fenómeno de la superestructura, determinado en última instancia por la base económica de la sociedad; aunque afirma también el carácter independiente y reactuante de la superestructura y por ello del Derecho sobre la base económica.

De otro lado, y en consecuencia con su perspectiva clasista de la historia de la humanidad, esa consideración materialista dialéctica afirma que el Derecho es expresión de intereses de clase, se forma en la lucha de clase y, en su límite más alto protege y defiende los intereses de la clase o clases económicamente dominante.

Normalmente, cuando en la literatura socialista oficial se quiere formular una definición marxista del Derecho se acude, recurrentemente, a las frases de Carlos Marx y Federico Engels, en el **Manifiesto Comunista** de 1848, donde expresaron de forma cáustica, como quien hablara con la burguesía de aquellos tiempos: “vuestras ideas son en sí mismas producto de las relaciones de producción y de propiedad burguesa, como vuestro Derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase.”<sup>8</sup>

Esta caracterización polémica ha sido tomada como una definición conclusiva y a mi juicio con ello se ha hecho un flaco favor a la concepción marxista sobre el Derecho. Considero, por el contrario, que en esa afirmación cortante, polémica, lanzada al pensamiento burgués como una estocada en plena polémica, constituye el fundamento de la explicación del Derecho, pero no agota ni constituye una definición acabada del Derecho.

En efecto, Cañizares señalaba que en esa consideración se integran los tres elementos esenciales en la comprensión de la naturaleza y la esencia del

---

<sup>8</sup> Marx, C. y Engels, F. **El Manifiesto Comunista**. En *Obras Escogidas de Marx y Engels*, Tomo I. Editorial Progreso, Moscú, 1971, Págs. 34 y 35.

Derecho, a saber, el elemento subjetivo, representado por la voluntad de clase; el elemento objetivo que está representado por las condiciones materiales de vida que refleja el derecho y finalmente el elemento formal, por la alusión que se hace a la ley como expresión formal de los elementos objetivo y subjetivo.

Esta interpretación aguda de Cañizares da por supuestos, sin embargo, otros rasgos y caracteres esenciales del Derecho que no están presentes en esa expresión polémica y que impiden que sea adoptada como definición conclusiva.

Quisiera significar que en esas interpretaciones que se hacen del Derecho, sólo a partir de esta frase polémica del **Manifiesto Comunista**, dejan de relieve algunas de las más marcadas tendencias reduccionistas del marxismo.

He reiterado en muchas oportunidades mi coincidencia con la idea de Umberto Cerroni de que no disponemos todavía de una teoría marxista acabada sobre el Derecho, es decir, que no se dispone de una completa construcción teórica marxista sobre el Derecho, tanto porque Marx y Engels nunca la hicieron porque no pudieron o no lo pretendieron dentro de sus agitadas vidas revolucionarias, cuanto porque el marxismo posterior no ha sido capaz de construirla con la profundidad del pensamiento marxiano.<sup>9</sup> Como decía Cerroni, “no se trata evidentemente de amontonar con filológica exactitud todos los textos en que Marx—y en ocasiones Engels—nos habla del derecho, para construir, pieza por pieza, un mosaico cuyo dibujo estaba ya perfectamente contenido en la mente de Marx, sino de comprobar si, y en qué modo, es posible, a partir de la metodología elaborada por Marx, establecer una línea de investigación histórico-teórica en torno al derecho que sea en cierto modo comparable, por su valor crítico, a la seguida por Marx en la economía política de *El Capital*.”<sup>10</sup>

Lenin había dicho antes, en el mismo sentido aunque refiriéndose a otro objeto de análisis: “Marx no nos ha dejado una Lógica (con L mayúscula) pero nos ha dejado la lógica de **El Capital**. Habría que sacar el mayor partido posible de ella para el problema que nos interesa. En **El Capital**, Marx aplica la lógica, la dialéctica y la teoría del conocimiento a una sola ciencia.”<sup>11</sup>

Por ello, cuando afrontamos la consecución de una definición marxista sobre el Derecho, debemos cuidarnos de esquematismos y reduccionismos en cuanto al primer problema metodológico central, esto es, en cuanto al carácter superestructural del Derecho y su dependencia de la base económica. Marx y Engels ofrecieron una interpretación total, sistemática, de la marcha de la Historia, y al hacerlo pusieron de relieve la acción, antes no tomada en cuenta, de los hechos económicos, de la base material o económica de la sociedad. Nunca afirmaron, sin embargo, porque eso nada tiene que ver con el

<sup>9</sup> Utilizo aquí el término marxiano o marxiana, como se hace normalmente en la politología actual, para distinguir la obra directa de los clásicos del marxismo y dejo el término marxista para aludir a la obra posterior de los seguidores que supuestamente se inspiran en el marxismo, consiguiéndolo o no.

<sup>10</sup> Cerroni, Umberto. **La libertad de los Modernos**. Ed. Martínez Roca, España, 1972.

<sup>11</sup> Lenin, V.I. **Cuadernos Filosóficos**. Tomo 38. 4ta Ed. Citado por M. Rosental en *Los problemas de la dialéctica en El Capital de Carlos Marx*, Ed. Pueblos Unidos, Montevideo, 1961.

pensamiento dialéctico, que la pedagógicamente llamada superestructura fuera *algo ajeno o independiente*, de manera absoluta, de la base económica. Mucho menos aseguraron que los elementos de la superestructura, incluido el derecho, carecieran de acción propia, de vida por sí mismos y que fueran un simple agregado sobre los hechos económicos, subordinados a ellos de forma lacayuna. Por el contrario, en el contexto de la obra de los clásicos y en sus afirmaciones más explícitas al respecto, se subraya de forma clara que nunca estuvo en su concepción de la historia una visión parcelaria o lineal en lo referido a la relación de la base y la superestructura, y mucho menos en cuanto a la subordinación mecánica de la segunda con respecto a la primera.

En este sentido Antonio Labriola (1842.1904) en su ensayo de 1895 publicado con ocasión del cincuenta aniversario del Manifiesto Comunista, expresó al respecto, de modo esclarecedor:

“Se engañan los que creen que con invocar la interpretación económica de la historia lo explican todo. Y al decir esto nos referimos principal y casi exclusivamente a ciertas tentativas analíticas que, separando unas de otras las formas y categorías económicas y las diferentes manifestaciones del derecho, la legislación la política, las costumbres etc. investigan cada fenómeno por sí y estudian luego las mutuas influencias de estos diferentes aspectos de la vida enfocados en abstracto. Nuestra posición es totalmente distinta. Nosotros (se refiere a los marxistas ortodoxos) abrazamos una concepción orgánica de la historia. Ante nuestro espíritu se alza la unidad íntegra de la vida social. La propia economía se diluye a lo largo de un proceso para presentarse en otras tantas fases morfológicas, en cada una de las cuales sirve de cimiento a todo lo demás. No se trata, en suma, de extender el llamado factor económico aislado, en abstracto, al resto de la vida social... sino que se trata, ante todo, de comprender históricamente la economía y de explicar por sus cambios los demás.”<sup>12</sup>

Lo primero a subrayar en esta reflexión de Labriola es que Marx y Engels nunca parcelaron la vida social, única e indivisible en su inextricable urdimbre dialéctica. Sólo metodológicamente pusieron de manifiesto que el modo de producción, integrado por las fuerzas productivas y las relaciones sociales de producción constituían el cimiento de toda la vida social, pero sin aislarlo de los demás componentes de la formación económico social, es decir, de la política, del Estado, del Derecho, las ideas religiosas, morales, etc. La visión parcelaria y fragmentada de la sociedad es ya de por sí una limitación o una esquematización de la riqueza dialéctica del pensamiento de los clásicos del marxismo.

Por si eso fuera poco, los mismos clásicos, en particular Engels, en esclarecedora correspondencia de la década del 80 proyecta luz meridiana sobre sus puntos de vista en torno a esas llamadas “relaciones entre la base económica

---

<sup>12</sup> Labriola, Antonio. **Ensayo por el 50 Aniversario de la publicación del Manifiesto Comunista.**, Citado por Beatriz Rajland y Daniel Campione en *Estado, Política e Ideología*. Col. Universitaria. Ed. Letra Buena, Buenos Aires, 1992, Pág. 79



y la superestructura social.”. Engels, en carta a J. Bloch, de 21 de septiembre de 1890 reafirma que Marx y él sólo afirmaron que la base económica era determinante sobre la superestructura nada más que “en última instancia” y significó que entre los hechos económicos y su conversión en formas políticas o ideológicas, existían innumerables “mediaciones” que hacían que, en muchas oportunidades o así siempre, la superestructura adquiriera una relativa *independencia* en relación con la base.

En general se ha admitido, siguiendo en esto varios párrafos, sobre todo de Engels, que los elementos de la superestructura, incluyendo al Derecho, “*reactúan*” sobre la base económica, pero con ello muchas veces sólo se hecho una nueva interpretación mecanicista, en el justo sentido del término, al reducir las influencias recíprocas al vulgar movimiento mecánico, como si se tratara de bolas de billar donde una impulsa a la otra, pero la segunda rebota y mueve de nuevo a la primera.

En esa misma carta citada, Engels hace una exposición dialéctica, profunda, muy rica y viva, de lo que él llama el acontecimiento histórico, el cual deriva, según sus propias palabras, de un verdadero paralelogramo de fuerzas pugnaces de las que surge una resultante, la que a su “su vez puede considerarse producto de una fuerza única, que, como un todo, actúa sin conciencia (subrayado de Engels) y sin voluntad.”<sup>13</sup>

El sentido de independencia que Engels brindara al Derecho y la profunda comprensión de que el Derecho no depende absolutamente de la base económica, sino que él mismo genera sus valores, sus tradiciones, sus principios científicos que van influyendo en su decurso ulterior, con independencia de la base económica, esa consideración profundamente dialéctica se pone de relieve en esta afirmación del mismo Engels, citado por Cañizares: “A pesar de eso (se refiere a la base económica común del Derecho de Inglaterra y de Francia) sería difícil demostrar que en Inglaterra por ejemplo, la libertad absoluta de testar y en Francia sus grandes restricciones, responden en todos sus detalles a causas puramente económicas. Y ambos sistemas repercuten de modo muy considerable sobre la economía, puesto que influyen en el reparto de los bienes.”<sup>14</sup>

Con esta reflexión Engels apuntó que sobre iguales condiciones materiales, sobre iguales modos de producción, sin embargo, pueden producirse diferentes soluciones jurídicas, que derivarían de tradiciones culturales, de paradigmas axiológicos diferentes, de adhesión a posiciones técnicas diversas, etc. De tal modo, Engels rescataba una visión dinámica del Derecho, despojándolo de la inercia y postración a que lo condenan los que lo limitan a ser un “*simple reflejo de las condiciones materiales de existencia*”

---

<sup>13</sup> Engels, Federico. **Carta a J. Bloch, del 21-22 de septiembre de 1890**. En *Obras Escogidas de Marx y Engels*, Tomo II. Editorial Progreso. Moscú, 1971, Págs. 491 y 492.

<sup>14</sup> Engels, Federico. Citado por Cañizares Fernando en **Teoría del Derecho**. Editora Universitaria. La Habana, sin fecha. Pág. 3.

Sin embargo, según el discurso de Engels, desde que surge el derecho y sus profesionales, “se abre otro campo independiente más, que, pese a su vínculo general de dependencia de la producción y del comercio, posee una cierta reactividad sobre estas esferas. 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.”(Subrayado de Engels)<sup>15</sup>

En la caracterización marxista se destaca, además del ya visto elemento de ser el Derecho parte de la superestructura, con una relativa determinación de la base económica de la sociedad, se destaca, repito, el elemento ya visto de que el Derecho es *norma* y que *expresa la voluntad de la clase dominante*.

Esta afirmación polémica de Marx y Engels, que encontramos como ya vimos, en el Manifiesto Comunista fue desarrollada y llevada a sus límites más alta por Andrei Vichinsky, que fuera fiscal general, primero en la República Socialista Federativa Rusa (RSFR) y después, en la extinguida URSS. Vichinsky estaba acompañado del prestigio que le proporcionaba haber sido un académico, laureado con el premio Stalin cuando era Rector de la Universidad de Moscú.<sup>16</sup>

Hoy en día toda esa triste historia ha sido esclarecida, e incluso en torno a Vichinsky se han tejido innumerables especulaciones, algunas absolutamente exageradas y llenas de truculencia, como la versión de que junto a Ezhov haya ordenado el fusilamiento de 500 simples acusados, sin disponer de pruebas ni hacer juicio adecuado. De cualquier manera, la alusión a Vichinsky es necesaria porque él fue precisamente el que exaltó éste ángulo de la supuesta definición marxiana del Derecho, reduciéndolo exclusivamente a un conjunto normativo que venía a constituir un simple tinglado formal del cual podía valerse caprichosamente la voluntad estatal, para imponer, a toda costa, los intereses que ella persiguiera.

---

<sup>15</sup> Engels Federico, **Carta a K. Schmidt**. De 27 de octubre de 1890, en **Obras Escogidas de Marx y Engels**. Ed. Progreso, Moscú, 1971, Págs 492 y siguientes.

<sup>16</sup> Vichinsky ulteriormente fue incluso diplomático. Sin embargo, la historia ha echado luz sobre la vida y la trayectoria de este hombre. No obstante haber escrito un tratado sobre la Teoría de las pruebas judiciales y el derecho soviético, transgredió él mismo los principios teóricos allí sustentados y fue el artífice de las llamadas *Comisiones Extraordinarias* que según directiva especial del Ministerio Fiscal de la URSS, en 1935, a ellas debían entregarse las causas carentes de datos suficientes para ser vistas en los tribunales. Y esas comisiones especiales pisotearon los más elementales principios procesales y sustantivos cuando juzgaron y sancionaron a cientos o miles de acusados sin disponer ni de facultad jurisdiccional constitucional ni de pruebas suficientes.

Como justamente lo señalara Silvia A. Levin: “Para esta escuela el derecho es norma, es decir, es la formulación volitiva de una orden.”<sup>17</sup>

Y aunque efectivamente el derecho sea un orden normativo y el mismo se exprese en relación importante con los intereses de las clases o grupos sociales dominantes en la sociedad, no es posible reducir el Derecho a ser sólo un frío y vacío conjunto normativo que sólo asume la orden de un ente inasible que se identifica como “la clase dominante.”

Por supuesto que, como ya he dicho, esta línea se ha derivado de la exacerbación de la frase de Marx en el **Manifiesto Comunista**. Algunos se quedan sólo con la primera parte. Otros pasan a incorporar el párrafo siguiente: “voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase.” Entonces caen de bruces en otra trampa. Se trata de que la clase dominante impone como Derecho sólo sus intereses que no son más que sus necesidades económicas.

Sin embargo, es evidente que las cosas no son tan simples, ni los clásicos del marxismo supusieron jamás que fueran así de simples, esquemáticas y reducidas. Ante todo, la voluntad que se manifiesta en el orden jurídico es directa y realmente, voluntad estatal, voluntad política.

Pero que las cosas sean así supone la existencia de una compleja red de *mediaciones* entre los hechos económicos, es decir, entre las condiciones materiales de vida de la clase o clases supuestamente dominantes, y su *conversión* en intereses o valores políticos. El mismo Marx, en el **Prólogo** a la **Contribución a la crítica de la Economía Política** indica que “Como el Estado es la forma bajo la que los individuos de una clase dominante hacen valer sus intereses comunes y en la que se condensa toda la sociedad civil de una época, se sigue de aquí que todas las instituciones comunes tengan como mediador al Estado y adquieren a través de él una forma política.”<sup>18</sup>

Resulta evidente que la conversión de los intereses económicos de una clase a categorías o valores políticos es algo que no siempre se consigue fácilmente y en cuyo proceso hay un conjunto complejísimo de mediaciones que no pueden ser desechados y que, como he repetido, los clásicos del marxismo jamás desestimaron cuando pretendieron hacer el análisis de un terminado momento histórico o de situaciones políticas concretas. Esos intereses se expresan, originalmente, como necesidades materiales, casi físicas, posteriormente se convierten en ideas, se teorizan o se racionalizan y a su vez, con posterioridad, se expresan como valores. Como indicara Nicasio Barreras, lo que originalmente se inscribe en el campo de una exigencia psicobiológica, de un individuo o de un grupo social, se idealiza y deviene racionalización fuertemente emotiva.

<sup>17</sup> Levin, Silvia A. **Consideraciones sobre la Teoría marxista del Derecho de Pashukanis**. En *Introducción a la epistemología del Derecho*. Dirección de Publicaciones, Universidad Nacional del Rosario. Abril de 1988. Pág. 120.

<sup>18</sup> Marx, Carlos. **Contribución a la crítica de la Economía Política**. Ed. Política. La Habana, 1966. Págs 12 y siguientes.

Entonces posteriormente esos requerimientos son considerados como el contenido valioso de conductas deseadas, de normas paradigmáticas. Entonces esas normas suelen aparecer como productos exclusivos de la razón. Como dice el mismo citado Nicasio Barrera, “la cuestión se complica cuando tratándose, sobre todo, de la moral, el derecho y la religión, suele atribuirse a dichos pensamientos el carácter de normas y se habla de la autoridad normativa de la razón.”<sup>19</sup>

De tal modo, los intereses materiales de la sociedad o de sus sectores dominantes pasan por esas complejas mediaciones y sobre todo se convierten en valores que como tales son incorporados entonces por el ordenamiento jurídico como voluntad estatal. Reducir la voluntad estatal convertida en ley a sólo simples y esquemáticos intereses económicos, sin previa conversión en valores, es un absurdo que se da de bruces con la realidad y con las aplicaciones que del materialismo dialéctico hicieron los mismos clásicos del marxismo.

Quisiera hacer una afirmación más severa: sólo porque el derecho es expresión de valores, (aunque éstos tengan en última instancia los requerimientos materiales de la clase dominante o, mejor todavía, de la sociedad entendida globalmente) es que puede entenderse algo que postulamos de manera continua y de lo cual la Historia nos brinda más de un testimonio: los hombres suelen ir contra sus intereses, y elevan a norma de conducta paradigmas contrarios a sus intereses personales, en aras de determinados valores que han convertido en guía de sus vidas.

Al respecto no puedo menos que recordar la frase cortante y profunda del gran patricio y marxista, Juan Marinello Vidaurreta, que en la Constituyente de 1940, discutiendo el Art. 35 del Proyecto declarara: “En una palabra, la moral, viejísima verdad, informa, determina, produce el derecho.”<sup>20</sup>

Finalmente quisiera aludir al otro elemento que ha sido considerado básico en la supuesta definición marxiana del Derecho. Me refiero a que éste es siempre voluntad política de la clase económicamente dominante. También en esta afirmación suele haber una lamentable simplificación de la riqueza dialéctica del marxismo. Normalmente se acepta con conmovedora ingenuidad este apelativo de “clase dominante”, pero apenas se analiza un poco la sociedad, especialmente la sociedad moderna, se advierte que no es fácil identificar a ese supuesto sujeto unívoco, puesto que la clase que se ha calificado históricamente de dominante, la burguesía, está dividida en innumerables segmentos, sectores y componentes que la hacen extraordinariamente heterogénea y con una inextricable red de intereses internos contrapuestos. Quiere decir: que no resulta fácil encontrar a la clase dominante químicamente pura y que, peor aún, la misma no es homogénea, sino que está dividida en múltiples segmentos, sectores,

<sup>19</sup> Barrera, Nicacio J. **La verdad y los valores**. En *Revista de la Facultad de Derecho del Rosario*. Nro. 4/6 noviembre de 1986. Pág. 51.

<sup>20</sup> Marinello Juan. Debates de la Constituyente reunidos por el Dr. Andrés Ma. Lazcano y Mazón.. Editorial Cultural. Tomo I. Pág. 521 Habana, 1941.

estamentos, etc., totalmente contradictorios entre sí. Es por ello que el teórico socialista Nicos Poulantzas afirmó de modo muy claro lo siguiente: “...el Estado capitalista lleva inscripto en sus estructuras mismas un juego que permite en los límites del sistema, cierta garantía de intereses económicos de ciertas clases dominadas. Esto forma parte de su función, en la medida en que esa garantía está conforme con el predominio de las clases dominantes, es decir, con la constitución política de las clases dominantes, en relación con ese Estado, como representación de un interés general del pueblo... Esa garantía de intereses económicos de ciertas clases dominadas por parte del Estado capitalista no puede concebirse sin más como limitación del poder político de las clases dominantes. Es cierto que se la impone al Estado la lucha política y económica de las clases dominadas: esto, sin embargo, significa simplemente que el Estado no es un instrumento de clase, que es el Estado de una sociedad dividida en clases...”<sup>21</sup>

Por supuesto que me estoy refiriendo a una percepción marxista que nada tiene que ver con la supuesta autonomía relativa del Estado sostenida por algunos teóricos burgueses contemporáneos.<sup>22</sup>

Por el contrario, hago referencia a la percepción dialéctica que al respecto tuvo el mismo Marx cuando, por ejemplo, en el **Capital** analiza las luchas por la reducción de la jornada laboral en Inglaterra. En esa obra, que nadie podría considerar inmadura, describe el nacimiento de la industria inglesa y las agotadoras jornadas laborales de 14,15 y 16 horas diarias a que eran sometidos los trabajadores. La clase obrera comienza entonces a reaccionar, especialmente durante el período comprendido entre 1802 y 1833, en el cual el Parlamento se ve obligado a dictar cinco leyes reglamentando el trabajo, aunque ninguna fue cabalmente cumplida. En 1833 se limita el trabajo de los niños y los jóvenes, y al paralelo aparecen algunos mecanismos e instrumentos de fiscalización de la jornada laboral de los trabajadores en general. Contra esa ley de 1833 se forman incluso coaliciones de patronos, sigue recordando Marx, pero “... las circunstancias habían cambiado considerablemente. A partir sobre todo de 1838, los obreros fabriles habían adoptado como grito económico la lucha por la ley de las 10 horas, a la par que abrazaban la Carta, como grito político.”<sup>23</sup> Entonces Marx apunta el surgimiento de una curiosa contradicción: algunos fabricantes, que habían ajustado el funcionamiento de sus fábricas a la ley de 1833 empiezan a combatir en el Parlamento, con constantes *memoriales*, a los que incumplen la referida ley y de esa manera hacen lo que califican de “*competencia desleal*”.

Pero además, en el mismo **Capital** Marx sigue señalando que “además, por mucho que el fabricante individual quisiese dar rienda suelta a su vieja codicia,

<sup>21</sup> Poulantzas, Nicos. **Poder político y clases sociales en el Estado capitalista**. Ed. Siglo XXI. México, 1985, Págs 241 y siguientes.

<sup>22</sup> Me refiero a H. R. Sonntag y otros en **El Estado en el capitalismo contemporáneo**. Ed. Siglo XXI, México 1976.

<sup>23</sup> Marx, Carlos. **El Capital**. Citado por Luis Díaz Molano en **Breve aporte a la teoría materialista del Derecho**. En *Introducción a la epistemología del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 115.

se encontraba con que los portavoces y dirigentes políticos de la clase patronal ordenaban un cambio de actitud y de lenguaje frente a los obreros. Acababa de abrirse la campaña abolicionista de las leyes arancelarias de protección del trigo, y los patrones necesitan la ayuda de los obreros para vencer. Por eso les prometieron, no sólo doblarles el pan, sino incluso aceptar la ley de las 10 horas, siempre y cuando triunfase el reino milenario del libre cambio.”<sup>24</sup>

Este análisis de Marx es un ejemplo notable de compromisos de clases, de fragmentación de los intereses de la clase dominante; de enfrentamientos entre sectores de dicha clase; coalición eventual entre explotadores y explotados y, en definitiva, evidencia de que las normativas jurídicas sobre la jornada de trabajo no eran la expresión de la voluntad de la clase dominante simplemente concebida, sino como bien señala Poulantzas, del Estado de una sociedad dividida en clases.

Ejemplos semejantes los encontramos en las importantes normativas jurídicas alcanzadas en Cuba durante la presencia de Guiteras en el gobierno de Grau, en que impone la jornada de ocho horas en varios sectores, la semana de 44 horas con pago de 48, el descanso retribuido, la maternidad obrera y otras que, de ninguna forma pueden calificarse de voluntad de la clase dominante. Lo que están expresando esas normativas, como en otros muchos casos, es el nivel de lucha de una sociedad dividida en clases. Por ello, siguiendo la esencia del pensamiento marxiano, es correcto coincidir con Poulantzas, en que el Derecho de cualquier época no expresa mecánicamente y de modo simple “*la voluntad de la clase dominante*”, sino las luchas de clases en sociedades divididas en clases y, en esas luchas, suele imponerse, en última instancia, la voluntad de las clases y segmentos económicamente dominantes

Finalmente creo que no es posible concluir estas elementales reflexiones sobre la naturaleza del Derecho desde la óptica del marxismo leninismo, sin hacer referencia a los aportes creadores del gran marxista italiano Antonio Gramsci.<sup>25</sup>

Sobre Gramsci dije ya en una obra anterior que había sido “uno de los pocos talentos que, después de Lenin, no se limitaron a dogmatizar la obra de los clásicos del marxismo, sino que a partir de su método científico la pusieron en función de la dialéctica inagotable de los nuevos momentos históricos,”<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Antonio Gramsci, nacido en Cerdeña en 1891 fue un apasionado y consecuente marxista y ha sido una de las inteligencias más lucidas del pensamiento político y europeo mundial del presente siglo. Fundador del Partido Comunista Italiano, sufrió desde muy temprano las violentas prisiones fascistas, de donde salió tan deteriorado de salud que falleció, en 1937, a los pocos meses de su tardía liberación. Su obra política, en verdad maravillosa, fue escrita una parte considerable de la misma, en la cárcel, tratando de burlar la censura allí impuesta, y eso no pudo, sin embargo, silenciar el talento y el amor al género humano de aquel extraordinario combatiente.

En Cuba se ha publicado una **Antología del pensamiento gramsciano**, de la Editora Política, en 1965. Sobre su obra puede verse, esencialmente, **Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno**, Ed. Lautaro, Buenos Aires, 1962, con un valioso prólogo de José M. Aricó.

<sup>26</sup> Fernández Bulté, Julio. **Filosofía del Derecho**. Editorial “Félix Varela”, C. de La Habana, 1998. Pág. 286.

Sus más singulares aportes giran, como es sabido, en torno a la dictadura de clase y su contenido de hegemonía, es decir, de consenso con que llega a contar la clase en el poder. Todo ello envuelve la inexcusable relación del poder político con la sociedad civil. Para Gramsci, la sociedad civil no se limita, a la manera estructural, al complejo de las relaciones materiales, sino que alcanza al mayor y más intrincado complejo de las relaciones espirituales. De ello se deriva una conclusión gramsciana importante: para él la dominación-hegemonía de clase no se reduce a la violencia organizada que pueda aplicar el Estado. Por el contrario, esa dominación-hegemonía tendrá que vincularse a la sociedad civil puesto que supone influir sobre ella y alcanzar la hegemonía espiritual sobre la misma, conquistar su consenso. Es por ello que en todo su pensamiento encontramos la relación derecho-sociedad civil, con igual importancia que la relación Derecho-Estado.

Para Gramsci, como es sabido, el Estado no es sólo un conjunto institucional y orgánico de aparatos dedicados a la represión, a la dominación, sino además, y en estrecha vinculación dialéctica con lo anterior, un aparato que encuentra un espacio esencial en la sociedad civil, en la cual se apoya y sobre la cual apoya su hegemonía. En esa reflexión sobre el estado deja dicho de manera bien clara que, "... En la noción general de Estado entran elementos que hay que relacionarlos con la noción de la sociedad civil (en el sentido, se podría decir, que Estado es igual a la sociedad política más la sociedad civil, es decir, hegemonía acorazada de coerción)." <sup>27</sup> Gramsci enfatiza entonces el significado de la hegemonía y el consenso en el poder estatal y de ello se deriva que sus nociones sobre el derecho, aunque muchas estén sólo **implícitas**, adquieran una riqueza que no aparecía en las reflexiones hechas desde posiciones supuestamente marxistas, pero llenas de mecanicismo y reduccionismo.

Gramsci colocó entonces en primer lugar, como objetivo y contenido del Derecho, su fuerza educativa y movilizadora, su capacidad para hacer avanzar los consensos y fortalecer la hegemonía. Por supuesto que estas posiciones colocan en el centro de atención el carácter axiológico del Derecho puesto que de ese contenido axiológico dependerá —y sólo de él puede depender— su capacidad educativa y movilizadora.

De manera muy sintética María Aurelia Alonso ha dicho sobre la obra de Gramsci en torno al Derecho que " De los textos de A. Gramsci se puede concluir como tesis fundamental su reconocimiento de la naturaleza política del derecho y la admisión de su ambivalencia. Por esta vía avanzamos en la revalorización del rol del derecho en la sociedad y de su posible función transformadora." <sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Gramsci, Antonio. **Cuadernos de la cárcel**. Citado por María Aurelia Masino, en **Los aportes de Antonio Gramsci para una epistemología materialista del Derecho**. En *Introducción a la epistemología del Derecho*. Ob. Cit. Pág. 123.1

<sup>28</sup> Masino, María Aurelia. Art. Citado. Pág. 124.

## La esencia del Derecho y sus rasgos o características.

De todo lo antes visto nos debe quedar claro que el Derecho es esencialmente un fenómeno social, que forma parte de la superestructura de la sociedad y de la cultura y el espíritu de cada sociedad determinada; el derecho además es, por su propia naturaleza, un fenómeno político. De cualquier manera, el derecho, que es esencialmente un orden normativo dictado por el Estado, expresa determinados valores, fundamentalmente políticos, pero también sociales, culturales, espirituales en su sentido más general y, por tanto, tiene un sentido y un contenido axiológico, es portador de valores y defensor de los mismos. Por demás, en su evolución histórica el Derecho ha ido acumulando experiencia orgánica y se le han incorporado principios y regularidades técnicas que hacen del orden normativo jurídico contemporáneo, en cualquier sistema jurídico, un orden técnico, de ineludible contenido científico. De tal manera que ya resulta incuestionable que el Derecho es una de las más importantes Ciencias Sociales, ciencias que, según el decir de Kelsen son tan ciencias como las llamadas exactas, sólo que las sociales son ciencias del deber ser, en tanto que las ciencias exactas son ciencias causales.

Como elemento de la superestructura social el Derecho forma parte de la conciencia social y dentro de ella ocupa un lugar singular: las ideas sobre el Derecho, la expresión del fenómeno jurídico en la conciencia social se identifica como la **conciencia jurídica**, que no es más que la apreciación de la sociedad sobre los principales valores jurídicos, es decir, sobre la justicia, lo justo, lo legal, lo ilegal, etc. La conciencia jurídica deriva de la ideología, de la conciencia política y de la naturaleza misma del Derecho y, por supuesto, varía en la evolución histórica, en la misma medida en que se produce el proceso civilizatorio y evoluciona la cultura humana y el mismo derecho en particular. La conciencia jurídica constituye una forma de valoración del derecho y por ello mismo tiene un esencial contenido de clase; la conciencia jurídica como conjunto de concepciones a través de las cuales se expresan las relaciones jurídicas de una sociedad dada, en diferentes períodos de su desarrollo, forma parte integral de las luchas generales de la sociedad y se inscribe dentro de su problemática política más absorbente.<sup>29</sup> La conciencia jurídica tiene, no hay que decirlo, una alta importancia no sólo para el mejor desarrollo del derecho, para su mejor interpretación técnica y su más general acatamiento, sino también para alcanzar el consenso político adecuado. El jurista inglés James Stephen dijo que conviene recordar que para la sociedad es importante, en la misma medida, que las sentencias sean justas y que sean tenidas como justas. De esa manera ponía de relieve que el Derecho debía ajustarse a los requerimientos de alcanzar los

---

<sup>29</sup> Kelle V y Kovalson M. **La Conciencia Jurídica. Formas de la conciencia social**. Editora Política. La Habana, 1963.



mayores consensos, pero que para ello debía no sólo ser justo, sino aparecer como tal en la conciencia jurídica.<sup>30</sup>

De tal modo **la naturaleza del derecho** es plural y multívoca: es primero que todo un orden normativo de carácter social, pero tiene esencialmente un contenido político, forma parte de la conciencia social, integrándose en forma de conciencia jurídica; es un reservorio de valores que se integran en la cultura y la ética de cada sociedad y, por sobre todo, tiene **una esencia** clasista, expresa las luchas de clase de cada momento histórico y, por lo regular, es manifestación, en sus normativas políticas principales, de los más sensibles intereses de la clase o clases dominantes.

### **Los rasgos o características del Derecho.**

No obstante el carácter complejo y multifacético del Derecho, es posible significar sus principales rasgos o características. Al respecto los diferentes autores han sostenido posiciones teóricas diferentes, pero en términos generales pudiéramos apuntar como tales rasgos y características generales del Derecho las siguientes:

- El Derecho es, ante todo, un fenómeno normativo. Con independencia de sus diferentes connotaciones, que ya han sido puestas de manifiesto, es sobre todo o primero que todo, una estructura normativa. Incluso hay que significar que el carácter normativo del Derecho no sólo alude a que sea siempre un conjunto de normas, de dictados de conducta deontológico (*del deber ser*), sino, además, a que sea un *conjunto armónico*, esto es, a que constituya **un sistema**. Cuando hablamos del Derecho como sistema se está aludiendo a una aspiración y no a una realidad siempre lograda.

Por sistema entendemos una estructura orgánica en que cada una de sus partes está en íntima vinculación con el todo en un sentido ontológico y funcional, de modo que una afectación en una de las partes se extiende al todo del sistema. Así, el organismo humano es, por ejemplo, un extraordinario sistema en que se vinculan cada una de sus partes y funciones de tal manera que una acción o una alteración de cualquiera de las partes afecta a todo el organismo. En el caso del Derecho las cosas no son tan perfectas, puesto que el derecho es un producto de la acción de los hombres, y está lleno de defectos y contradicciones, pero todo ordenamiento jurídico, como conjunto normativo, aspira a la organicidad, es decir, a constituir un sistema perfectamente estructurado.

- El segundo rasgo o característica del Derecho es que siempre, de cualquier forma, constituye una normativa que expresa la voluntad política del Estado y, con ello, refleja las luchas de clases de cada sociedad y cada momento histórico, y en su esencial normativa responde a los intereses de la clase

---

<sup>30</sup> Citado por Kelle y Kovalson en Ob. Citada.

dominante económicamente. Los autores soviéticos, al respecto decían que el derecho era un cuerpo normativo **volitivo-clasista**, e insistían en que siempre expresaba la voluntad de la clase dominante. Esta afirmación, evidentemente cándida y rectilínea ha sido repetida en la literatura marxista, pero como ya tuvimos ocasión de ver anteriormente y podremos profundizar más adelante, el Derecho, al igual que el Estado refleja, sobre todo, el nivel de las contradicciones de clase de cada sociedad en cada momento histórico y, por lo regular, contiene en su normativa política y social crucial los intereses de la, o las clases dominantes, pero ello no quiere decir que sea sólo un cuerpo normativo que al desnudo y sin mediaciones expresa sólo la voluntad de la clase o los sectores económicamente dominantes. En muchas ocasiones, como ya ha quedado expuesto, las luchas sociales impiden que las cosas resulten tan fáciles para las clases económicamente dominantes; en otras ocasiones es la misma conciencia jurídica general de la sociedad la que impide que las cosas se traduzcan de un modo tan elemental, y en otras muchas ocasiones son obstáculos técnicos, productos de la misma estructura científica y técnica del orden normativo los que se interponen entre los intereses de la clase poderosa y su traducción elemental en normas jurídicas.

- Como un tercer rasgo del Derecho se señala su **obligatoriedad**. En este sentido se ha insistido en que el Derecho es un dictado de conducta obligatorio para toda la sociedad y que lo es así porque el Derecho se apoya en la coacción estatal para hacer valer sus dictados.

Cuando se habla de la **obligatoriedad del Derecho** se está haciendo referencia en sentido general, del conjunto del orden normativo, a que el mismo no es desiderativo, sino que se impone a toda la sociedad de manera universal y bajo la amenaza de la coacción estatal para el caso de su incumplimiento.

Cuando indico lo anterior quiero dejar salvado que hago mención a la totalidad del Derecho como orden normativo íntegro, sin que ello signifique que todas y cada una de sus normas o preceptivas tengan que ser obligatorias, porque como veremos en el tratamiento de la norma jurídica, existen aquellas que son llamadas desiderativas o permisivas, que se caracterizan por dejar la libertad de escongenia o alternatividad en el depositario o, en otra variante, aquellas que permiten la adopción de diferentes conductas.

En relación también con esa característica de obligatoriedad es preciso significar que ella no afecta al problema que veremos oportunamente del conocido como *Derecho alternativo*, y que alude a la legitimación de soluciones jurídicas alternativas al orden jurídico dictado por el Estado. Este asunto, repito, de muy fuertes ingredientes políticos e ideológicos y que ocupa lugar principal en la polémica iusfilosófica de hoy, será tratado oportunamente, pero eso no empece a que todo derecho sea, en sentido general, como hemos indicado, obligatorio.

- Otros autores agregan a las antes mencionadas características, que suelen ser las que exponían los autores soviéticos, otras como la **imperatividad**, que se refiere a que el Derecho utiliza formalmente un lenguaje imperativo; como hemos reiterado muchas veces, el Derecho no ruega, ni suplica, ni solicita, ni impetra, sino que ordena, dispone, manda y establece y lo hace siempre, en consecuencia, con una expresión formal imperativa. Por supuesto, a la consideración de esta característica se opone para muchos la existencia de normas permisivas o absolutamente desiderativas, en las cuales el Derecho no emplea el lenguaje compulsivo e imperativo. Sin embargo, en esos casos tampoco eso contradice el carácter imperativo del Derecho, porque aún ante esas normas, es imperativo jurídico que se pueda proceder de modo alternativo o que se permitan tales o más cuales conductas.
- Del mismo modo se agrega, por ejemplo por el tantas veces citado profesor Cañizares, una nueva característica, **la coactividad**. Al sostenerse ese rasgo como general del Derecho se defiende que todo derecho está vinculado a su imposición violenta, siempre es coactivo. Cañizares sostiene que el Derecho originariamente se identifica con la violencia y se refiere a que el derecho es coacción, no sólo en las épocas antiguas, como lo sostenía Rudolf Von Ihering, sino también en la sociedad moderna. Es evidente que en toda sociedad de explotación el Derecho se aproxima absolutamente a la violencia y se aplica muchas veces de modo coactivo, violentamente, pero afirmar tal cosa de modo absoluto sería una simplificación sobre los mecanismos de dominación que ha establecido la sociedad explotadora contemporánea. Esos mecanismos—fundamentalmente económico o derivados del juego de los mecanismos económicos--, han permitido amplios espacios en los que el Derecho se aplica sin que sea rasgo esencial de su determinación la violencia neta o la coacción directa. Del mismo modo, los sutiles mecanismos de consensuación de la sociedad capitalista desarrollada alivian notablemente al Derecho de su feo papel de normativa brutalmente coactiva. La cultura social, los medios de información masiva, la religión incluso, son otras tantas fuerzas que propician los consensos sociales que apoyan incluso a la sociedad explotadora y facilitan al Derecho no tener que apoyarse absolutamente en formas coactivas o, en otras palabras, poder hacer pasar a segundo plano ese rasgo de coactividad.

## **Relaciones del Derecho con otros elementos de la superestructura social.**

### **Relaciones del Derecho con la Economía.**

Después de todo lo antes reflexionado acerca del carácter superestructural del Derecho y del condicionamiento de la superestructura por la base económica de la sociedad poco tendremos ahora que agregar. Sin embargo, quiero insistir en lo que existe una reflexión marxista refrescante y profunda: la comprensión de que

la base económica condiciona a la superestructura y en ella al Derecho ha sido vulgarizada, simplificada, dogmatizada y reducida de forma tal que el Derecho ha perdido su significado creador, su capacidad de constituir un paradigma en la construcción de la utopía política y social del nuevo milenio. El pensamiento marxista nos está exigiendo tomar la esencia del pensamiento marxista, lo único permanente en él, que no es más que el método del materialismo dialéctico y tomar incluso en cuenta las afirmaciones categóricas de los clásicos a fines de la década de los noventa del siglo XIX..

Hay que insistir en la ya citada correspondencia de Engels a fines de la década de los noventa, en que insistió que para él y para Marx nunca hubo otra idea que considerar a las condiciones económicas, como base material de la sociedad, como cimiento, suelo y pabellón de fondo sobre el cual se erige el resto del entramado social y se forma el llamado tejido social. Sin embargo, el condicionamiento de la superestructura por la base no es directo, simple y ramplón. Por el contrario pasa través de innumerables mediaciones y en muchas ocasiones, asentada una forma de producción, unas relaciones de producción, una base económica, es entonces la superestructura la que suele influir sobre su sostenimiento, avance, freno o desarrollo.

Por tanto, al respecto quisiera subrayar que resulta evidente que no podemos seguir reduciendo el derecho a un simple sistema normativo condicionado de forma mecánica y directa por la base económica de la sociedad, en su integridad y en sus detalles técnicos y funcionales incluso. Por el contrario, creo que es evidente que eso es un absurdo y una flagrante negación de la esencia del pensamiento marxista y de la comprensión dialéctica de la sociedad. Las herramientas que nos proporcionan los mismos clásicos del marxismo nos permiten y obligan a entender que toda la superestructura social, lejos de poder considerarse aislada de la base económica, únicamente puede ser entendida y apreciada en toda su sustantividad formando parte de un tramado y un tejido social indiviso, en el cual los hechos económicos, --las fuerzas productivas y las relaciones de producción—son el telón de fondo, el suelo sobre el que, en gran medida se asienta todo el resto de la sociedad y en ese sentido, condicionan, aunque sólo en esa posición de última instancia, recalcada por los clásicos, al resto de ese entramado social.

Sin embargo, la dialéctica de la sociedad pone de relieve que esos hechos económicos, esas relaciones económicas, al insertarse en el entramado social quedan en muchas ocasiones subordinados a *complejísimas mediaciones* de todo tipo, verbi gratia, ideas políticas, filosóficas, tradiciones históricas de todo tipo, determinantes técnicos, prácticas institucionales, etc.

Además de todo ello es absolutamente ridículo hacer una lectura tan mecánica de la rica dialéctica de los clásicos del marxismo, que conduzca a creer que todos los detalles del ordenamiento jurídico, del Derecho más allá de su expresión normativa, dependerían absolutamente, incluso ni en última instancia, de determinantes económicos. Por el contrario, lo evidente es que esos

elementos técnicos, principios jurídicos, reglas y regularidades que son ineludibles resultados de la ciencia del derecho, tienen vida que no puede ser burlada ni dependen de los hechos económicos. Sólo podría entenderse esa dependencia en los límites exactos en que la situaron los clásicos del marxismo: el Derecho, al igual que todo el resto de la vida espiritual de la sociedad, se asientan en un modo de producción y se realizan en sus límites y bajo sus condiciones materiales. Sólo eso.

### **Las relaciones del Derecho con la Política.**

Como afirma el muchas veces citado profesor Cañizares, “La relación entre el Derecho y la política adquiere su máxima expresión en las relaciones entre el Derecho y el Estado, sobre todo en el derecho institucional, el derecho y el estado constituyen íntimamente unidos el aparato jurídico político de la superestructura social y en el orden institucional los dos elementos superestructurales de la sociedad más directamente vinculados con su estructura económica.”<sup>31</sup>

Para el pensamiento no marxista el problema de la relación entre el Derecho y la política está descontextualizado de los condicionantes sociales, históricos, culturales y, sobre todo económicos. Casi todas esas concepciones no marxistas separan arbitrariamente el Derecho de la política, es decir, de la organización política de la sociedad, del Estado. En algunas de sus tendencias, el Estado es anterior al Derecho y éste sólo puede surgir como consecuencia de la previa existencia de un Estado que lo crea y lo protege mediante su aparato coactivo.

Para otras de esas concepciones, por el contrario, el Derecho es anterior al Estado, es una especie de ente ideal, inmanente, propio de la naturaleza humana, que antecede al Estado y debe encerrar y determinar el carácter y la naturaleza de sus decisiones. De tal modo, el Estado de Derecho, dentro de ese pensamiento, es aquel que se ajusta en su actuación ante la sociedad, a las normas predeterminadas y preexistentes del Derecho.

Lo que no pueden percibir esas doctrinas no marxistas es que el Estado y el Derecho surgen juntos, inequívocamente intervencionales, como resultado de la división de la sociedad en clases antagónicas, que exige de la comunidad gentilicia la formación de un conjunto de aparatos de dominación y la existencia de esos aparatos se expresa en el dictado de normas de conducta obligatoria para toda la población, que desde su surgimiento gozan de la protección autoritaria del aparato político. En otras palabras, lo que esas concepciones ignoran, es el hecho histórico incontestable de que el Estado y el Derecho no sólo surgen juntos, sino que se presuponen: el Estado, al irse formando y empezar a actuar lo hace vertebrándose según un orden que no es más que jurídico y expresa su voluntad mediante el dictado de normas jurídicas. De otra parte, el Derecho sólo

---

<sup>31</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. Pág. 48.

cobra vida cuando aparece junto al Estado, dentro de su misma existencia funcional.

El otro problema en que se traban polémicas dentro de las concepciones no marxistas acerca de la naturaleza de las relaciones entre el Derecho y el Estado, es decir, la vida política, es el problema que Torr  identificó en su día como el del carácter de las relaciones que deben existir entre ambas realidades culturales o, en otras palabras, el orden jerárquico existente entre el Derecho y el Estado.

Al respecto aparecen, como indicó el mismo Torr , diferentes grupos de ideas; a) primero las que consideran al derecho subordinado al Estado por ser la forma de expresión del segundo ante la sociedad. b) las doctrinas que consideran al Estado subordinado al Derecho, por la ya aludida consideración de que el Derecho es una fuerza inmanente que debe regir la conducta del sistema político; c) la doctrina singularísima de Hans Kelsen que entiende que estado y derecho son la misma cosa. Decía Hans Kelsen que “El Estado no es otra cosa que un orden jurídico y válido en una determinada esfera espacial y personal y dotado de cierto grado de eficacia.”<sup>32</sup> Finalmente están las doctrinas que admiten una absoluta independencia funcional y jerárquica entre el Estado y el Derecho. En realidad los que alinean en esa posición prefieren considerar que apenas existe entre ambas formas superestructurales una cierta dependencia recíproca.

Cañizares señala que para la doctrina marxista, no sólo el Estado y el Derecho surgen unidos históricamente sino que hay entre ellos la ya razonada interdependencia funcional. Indica entonces que “Las ideas políticas encuentran personificación directa en las leyes jurídicas y el cambio de política, de las concepciones políticas, se refleja también en la conciencia jurídica.”<sup>33</sup> Y nos recuerda la conocidísima afirmación de Lenin, quien dijera que *Una ley es medida política, es política*.

Ahora bien, creo que el problema principal de la reflexión marxista en las actuales circunstancias tiene que ser la búsqueda de los caminos de elucidación de los mecanismos de conversión de los grandes intereses económicos en valores o criterios políticos; las mediaciones que al efecto se producen o deben producirse en la conciencia social. En realidad, como ya indicamos con anterioridad, este asunto ha sido tratado con verdadero simplismo, de una manera antidial ctica, con notable reduccionismo y esquematismo. En esencia los criterios básicos sobre los contenidos políticos del Derecho est n enunciados en algunos textos de los clásicos que, por cierto, no pretenden constituir un trabajo doctrinal al respecto, sino que son obras polémicas, de debate y circunstancias específicas. Como ya también tuvimos oportunidad de analizar antes, la primera reacción contra el simplismo de reducir el derecho a un mecánico reflejo normativo de los requerimientos económicos, se produce con el pensamiento de Andrei Vichinsky. Como ya antes señalábamos, Vichinsky, sin abandonar absolutamente el esquematismo del derecho como simple reflejo

<sup>32</sup> Citado por Cañizares en Ob. Cit. Pág. 49.

<sup>33</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. Pág. 50.

de la economía, introduce, sin embargo, la noción de que el derecho tiene un esencial contenido político. Al efecto echa mano, como era de esperar, al conocido y ya mencionado texto de los clásicos en el **Manifiesto Comunista**, cuando polemizando contra las concepciones idealistas de la burguesía y el supuesto de que el derecho burgués es universal y se impone sobre toda la sociedad, le señalan cáusticamente: “Vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley, una voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase,”<sup>34</sup>

Evidentemente esta posición de Vichinsky, como ya antes dije constituyó, sin dudas, un adelanto notable en relación con el simplismo economicista anterior. Su mérito principal consiste en advertir el carácter normativo del derecho, lo cual podría parecer evidente, pero no lo había sido tanto para la iusfilosofía marxista. Quizás tan importante como esa percepción del carácter normativo del derecho es, precisamente, la búsqueda de una configuración de fondo sobre la manera en que el Derecho refleja, contiene o traduce los intereses y movimientos económicos de la sociedad.

Esto parte de lo que considero el otro mérito indiscutible de esa percepción, que es precisamente constatar que el Derecho expresa siempre o es siempre voluntad de clase. Y digo así, voluntad de clase porque es sabido que a partir del texto del Manifiesto Comunista antes citado se volvió un lugar común en la literatura oficial marxizante de Europa del este, afirmar simplemente que el Derecho es la *voluntad de la clase dominante*, erigida en forma de ley. Como quisiera poner de relieve, en estas afirmaciones muchas veces se ha introducido un serio *reduccionismo* y un franco *esquematismo* del pensamiento marxiano.

Ese esquematismo se manifiesta como visión formal, en esencia esquemática de lo que podemos y debemos admitir como voluntad de la clase dominante. En este sentido se suele exponer el derecho como simple síntesis de los intereses comunes de la “clase dominante”. Sin embargo, claro está que las cosas no son tan simples, ni los clásicos del marxismo supusieron jamás que fueran así de simples, esquemáticas y reducidas. Ante todo, la voluntad que se manifiesta en el orden jurídico es, directa y realmente la voluntad estatal, es decir, una voluntad política.

Pero esto ya supone la existencia de una compleja red de mediaciones y pasos intermedios entre la existencia de los hechos económicos, entre las condiciones materiales de vida de la sociedad, incluida su clase más dominante en la economía y la *traducción* de esos intereses a valores y voluntad política.

El mismo Marx, en el conocido **Prólogo a la Contribución a la crítica de la Economía Política** indica que “Como el Estado es la forma bajo la que los individuos de una clase dominante hacen valer sus intereses comunes y en la que se condensa toda la sociedad civil de una época, se sigue de aquí que todas las

---

<sup>34</sup> Marx, Carlos, Engels, Federico. **Manifiesto del Partido Comunista**. En *Obras Escogidas* en dos tomos, Tomo I. Editorial Progreso, Moscú, 1971, Pág. 120.

instituciones comunes tienen como mediador al Estado y adquieren a través de él una forma política.”<sup>35</sup>

Más adelante todavía Marx expresa que, “Como consecuencia de ello el Estado es la concentración de la sociedad, todos los postulados jurídicos generales son sancionados por el Estado y reciben forma política.”<sup>36</sup>

Quiero entonces significar que la llamada clase dominante no es tan fácil de identificar, ni de concentrar como organización política coherente y menos sintetizar sus intereses y alcanzar una medida que pudiéramos calificar de “intereses comunes”. De hecho, toda clase social es heterogénea, contradictoria, lejos de homogénea y unívoca. La determinación de esos llamados “*intereses comunes*” casi nunca puede conseguirse. De hecho lo que se impone casi siempre no es tal grupo de intereses que todos aceptan (lo cual es impensable, o reducido a pequeños espacios históricos y valorativos) sino que lo que se logra imponer es el conjunto de los intereses del sector o segmento más influyente o determinante de la clase que ejerce el poder en cuanto tiene establecidas sus relaciones sociales de producción.

Pero peor todavía, como quiera que tal cual lo expusieron los mismos clásicos, el Estado es la *condensación de la sociedad civil de una época* o es la que también llamaron “*concentración de la sociedad*”, lo que suele ser sancionado jurídicamente por el Estado y recibir su protección y su forma política, es precisamente el conjunto de valores e intereses que se fraguan en el ardor de la lucha de clases, que se concentran y se condensan en esa lucha y que pueden llegar a ser contradictorios e incluso en ocasiones nada favorables o aceptables para la clase o las clases dominantes. Por ello es preferible o he preferido siempre decir, con muchos marxistas consecuentes, que el Derecho, por eso mismo, expresa las luchas de clase en una época histórica y, por supuesto, dentro de esas luchas de clase suele defender los marcos esenciales de subsistencia de la clase dominante y casi siempre incluso los detalles de sus intereses, siempre *convertidos, traducidos o transformados* en intereses políticos.

Además, vuelvo a repetir que la conversión de los intereses o exigencias económicas de una clase en su traducción a intereses, o valores políticos, es algo que no siempre se consigue fácilmente y en cuyo proceso hay un conjunto complejísimo de mediaciones que no pueden ser olvidadas y que los clásicos del marxismo jamás desestimaron cuando pretendieron hacer el análisis de determinadas situaciones históricas o políticas concretas.

Por demás, el *contenido* de la voluntad política misma, aun cuando hayamos admitido que ella es lo más parecido a una síntesis de intereses económicos, se ofrece como valoración compleja. En efecto, *el contenido* de la voluntad política suele ser, sobre todo en las sociedades modernas –y con otros

<sup>35</sup> Marx, Carlos. **Prólogo a Contribución a la crítica de la Economía Política**. Ed. Citada.

<sup>36</sup> Marx, Carlos. Y Engels, Federico. **La ideología alemana**. Editora Revolucionaria. La Habana, 1966.



matices también en las sociedades precapitalistas-- de un innegable sentido axiológico, es decir, suele expresarse normalmente como contenido de valor, de y confirmación de valores, no sólo políticos como tales, sino también espirituales en el sentido más general, además de culturales, históricos y hasta éticos o incluso religiosos.

Cuando hablo entonces de que los intereses económicos se tienen que convertir en valores para ser transfundidos al mundo de las expresiones jurídicas, me estoy refiriendo a un proceso complejo que es muy estudiado en la psicología aplicada a la determinación de los valores. Como lo ha puesto de manifiesto J. Nicasio Barrera, y también mencionaba un poco más arriba, los valores se expresan, en un momento dado, casi como una *exigencia* psicobiológico, casi como una necesidad física “con predominio del área del cuerpo”<sup>37</sup> Ortega calificó esta manifestación original de los valores-intereses como “conveniencia vital y subjetiva”. En esta etapa los intereses de la clase dominante (aceptando que es la voluntad de esa clase la que determina casi exclusivamente en la formación de las principales soluciones jurídicas) se manifiesta como “adecuación, no tanto del intelecto, sino de la conducta integral—predominantemente emotiva en esta faz—con las tendencias y necesidades capitales de la vida individual y de la especie.”<sup>38</sup>

En un segundo momento esos valores-intereses *se elevan* hasta convertirse en “ideas” en “ideario” aunque no pierdan del todo su cariz emocional y su base material de sustentación. Esos intereses se expresan entonces como juicios simbólicos portadores de valores de cierta abstracción. Como señala Barrera, “Para concretizarse en la realidad, como objetos valiosos o bienes de conducta valiosa, reclaman algún *contenido*. El mismo es puesto por la razón, la imaginación, la voluntad, etcétera, concordantemente con la situación de existencia personal y social y el contorno cultural”.

De tal modo, los intereses materiales de la clase dominante dentro de la lucha de clases de la sociedad, pasan por mediaciones complejísimas: ante todo, de simples requerimientos materiales, más o menos sintetizables (hay que recordar las afirmaciones de Engels sobre lo que él llamó paralelogramo de fuerzas distintas que se producen en la formación de la conducta humana) que obedecen a las condiciones materiales de vida de la clase y de la lucha de las demás clases, tienen esas exigencias que convertirse en apreciaciones, ideas, en valores políticos en una palabra.

Sólo entonces, cuando se han elevado a formar ideas, apreciaciones y juicios de valor político es que pueden arribar a ser voluntad política o estatal. De ello se infiere que el proceso es no sólo complejo, sino que su comprensión ha sido muchas veces simplificada y reducida y se infiere además que cuando se toman las cosas en toda su profundidad se pone de manifiesto que el Derecho ha tenido

---

<sup>37</sup> Barrera J. Nicasio. **La verdad y los valores**. En *Revista de la Facultad de Derecho del Rosario*. Nro. 4/6, noviembre de 1986, Pág. 51.

<sup>38</sup> Ídem.

y no puede dejar de tener un fundamental contenido axiológico. Reducirlo sólo a intereses económicos o voluntad política demiúrgicamente salida de los intereses económicos, sin previa conversión en valores, es un absurdo que se da de bruces con la realidad y con las aplicaciones que del materialismo dialéctico hicieron los mismos clásicos del marxismo.

Además, como he indicado en otras oportunidades, la clase dominante no es homogénea.

Poulantzas ha sido muy profundo y claro al respecto. En una obra importante señalaba: “El Estado capitalista, con dirección homogénea de clase, no representa directamente los intereses económicos de las clases dominantes, sino sus intereses políticos: es el centro del poder política de las clases dominantes al ser el factor de organización de su lucha política.”<sup>39</sup>

Asimismo puso de manifiesto que no sólo se convierte en Derecho el resultado convulso de la lucha de clases, y con ello intereses a veces opuestos a los de los dominantes, sino que también las clases hegemónicas juegan con la obligada observancia de determinados límites políticos dentro de los cuales se admiten valores y la virtualidad de algunos intereses de los dominados, para que el papel hegemónico se revista justamente de la cobertura de ser, o aparecer, de alguna manera, como representante de toda la sociedad. En ocasiones es tal la fuerza de la tradición o de otros elementos culturales que esos *límites políticos* o espirituales no pueden ser transgredidos si no es a riesgo de que se pierda el consenso político.

Es el propio Poulantzas quien dice claramente que:

“...el Estado capitalista lleva inscripto en sus estructuras mismas un juego que permite en los límites del sistema, cierta garantía de intereses económicos de ciertas clases dominadas. Esto forma parte de su función, en la medida en que esa garantía está conforme con el predominio hegemónico de las clases dominantes, es decir, con la constitución política de las clases dominantes, en relación con ese Estado, como representación de un interés general del pueblo... Esa garantía de intereses económicos de ciertas clases dominadas por parte del Estado capitalismo no puede concebirse sin más como limitación del poder político de las clases dominantes. Es cierto que se la impone al Estado la lucha política y económica de las clases dominadas: esto, sin embargo, significa simplemente que el Estado no es un instrumento de una clase, *que es el Estado de una sociedad dividida en clases...*”<sup>40</sup>

Esa situación es la que precisamente algunos autores como David Gold, Clarence Lo y Eric Olin Wright han calificado de autonomía relativa del Estado en relación con los intereses económicos de la clase dominante, lo cual no significa admitir la ingenua posición idealista y burguesa de que el Estado es un

<sup>39</sup> Poulantzas, Nicos. **Poder político y clases sociales en el Estado capitalista**. Ed. Siglo XXI, México, 1985, Pág. 241 y siguientes.

<sup>40</sup> Poulantzas, Nicos. Ob. Cit. Pág. 372 y siguiente.

simple mediador entre los intereses de clase, sino por el contrario, la profunda consideración marxista, de que el Estado defiende y consagra un modo de producción y una hegemonía económica determinada, pero lo hace dentro del marco condicionante de la lucha de clases y de importantes mediaciones sobre las cuales no puede saltar, so pena de perder la hegemonía política de la sociedad.<sup>41</sup>

Eso explica que en ocasiones el Estado burgués se ve obligado a intervenir y actuar contra los intereses inmediatos de tal o más cual sector o fracción de la clase dominante. A veces tiene que imponer sacrificios a ciertas fracciones para realizar un cierto interés público, el llamado interés general que es también importante para la clase dominante y lo que es más significativo: el interés cuya defensa permite mantener el consenso político sobre toda la sociedad.

El mismo Marx nos ofrece los ejemplos notables del empleo del método dialéctico en la comprensión del contenido del Derecho, cuando analiza en **El Capital** las luchas por la reducción de la jornada laboral en Inglaterra y a cuyas consideraciones ya me refería un poco antes.

Ahora bien, Marx señala en esa ocasión que “además, por mucho que el fabricante individual quisiese dar rienda suelta a su vieja codicia, se encontraba con que los portavoces y dirigentes políticos de la clase patronal ordenaban un cambio de actitud y de lenguaje frente a los obreros. Acababa de abrirse la campaña abolicionista de esas leyes arancelarias de protección del trigo, y los patrones necesitaban la ayuda de los obreros para vencer. Por eso le prometieron, no sólo doblarles el pan, sino incluso aceptar la ley de 10 horas, siempre y cuando triunfase el reino milenarista del libre cambio.”<sup>42</sup>

A todo ello habría que agregar todavía que el Derecho acumula determinados depósitos científicos, determinados condicionantes técnicos que no pueden ser vulnerados fácilmente, tanto porque no lo admite la conciencia jurídica de la población y, sobre todo de los profesionales del Derecho, cuanto porque hacerlo pondría en peligro la estabilidad del sistema jurídico apreciado integralmente.

En consecuencia, *el Derecho expresa y es traducción jurídica* de la voluntad política que se fragua en luchas ardorosas de clase dentro de cada sociedad y cada momento histórico determinado y ello no excluye su relativa independencia por todas las razones antes aducidas.

### **Las relaciones del Derecho con la Moral.**

En realidad, cuando se aborda el problema enunciado creo que es indispensable hacer alusión a dos planos posibles del análisis: de un lado, las diferencias de contenido o las semejanzas o identidades entre Derecho y Moral y, en otro plano, las posibles relaciones o conexiones existentes entre ambos fenómenos de la vida social.

<sup>41</sup> Sonntag H. R. Y otros. **El Estado en el capitalismo contemporáneo**. Ed. Siglo XXI, México 1976.

<sup>42</sup> Ídem.

En ese sentido, ante todo sería bueno elucidar si existe diferencia, identidad o semejanza entre Derecho y Moral y pretender encontrar entonces las conexiones entre ambos, pero tomando de Henkel los que él califica de tres sectores dentro de la moral: la moral de la conciencia individual, la moral de los sistemas religiosos o filosóficos y la moral social o positiva.<sup>43</sup>

El plano de la moral individual se asienta en la conciencia individual y de allí se integran las consiguientes normas de conducta. Por supuesto que es la que menos importancia absoluta tiene en cuanto a la confusión o interinfluencia entre el Derecho y la moral, pero ello no significa que carezca totalmente de importancia. De hecho, “actúa como instancia juzgadora acerca del cumplimiento o incumplimiento de la norma y como instancia sancionadora a través del remordimiento en caso de violación.”<sup>44</sup>

La moral de los sistemas religiosos o filosóficos tiene sin duda una influencia mayor en el análisis que nos ocupa, en tanto se trata de concepciones que adoptan, acerca de sus patrones morales, grupos más o menos amplios de personas que se declaran creyentes o partidarias de una doctrina filosófica determinada y se someten a ella con voluntariedad.

Como indica Encarnación Fernández, “la moral social o positiva consiste en el conjunto de preceptos de carácter moral que cada grupo social considera e impone como tales y que gozan de efectividad en el grupo social en cuestión en un momento histórico concreto. La moral (o, más exactamente, las morales)sociales o positivas se expresan a través de usos sociales.”<sup>45</sup>

Es evidente que los tres planos de posible análisis de la moral se intercomunican y existen en absoluta relación más o menos unívoca, pero metodológicamente el que más nos interesa cuando analizamos tanto las posibles diferencias o semejanzas entre la moral y el derecho, cuanto cuando examinamos sus relaciones, es sin dudas el plano de la moral social, sin menoscabo de la moral de los sistemas religiosos o filosóficos, que tuvo especial significación en determinados momentos históricos, particularmente en el mundo del Oriente Antiguo.

De tal manera, cuando pretendemos abordar las relaciones del Derecho con la Moral en cuanto posibles identidades o diferencias absolutas, debemos recordar que quien por primera vez puso de relieve la imbricación original entre el Derecho y la moral fue Sir. Henry Sumner Maine en su obra clásica **El antiguo derecho**. En esa obra, Sumner Maine demuestra que las primeras manifestaciones del **Derecho**, en todos los pueblos antiguos, estaban íntimamente vinculadas con apreciaciones morales, con rituales y reglas de conducta en que existían los tabúes y otras consideraciones mágicas o religiosas.

---

<sup>43</sup> Al respecto puede verse a Encarnación Fernández en el Capítulo 2 de **Introducción a la Teoría del Derecho**. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

<sup>44</sup> Ídem. Pág. 45.

<sup>45</sup> Ídem. Pág. 45.

En otras palabras, ningún derecho primitivo fue un conjunto normativo dictado como norma de puro contenido político, como norma técnica pura en absoluto; por el contrario, todos esos derechos primitivos estuvieron investidos, para ganar autoridad, de una gran mediación de fuerza moral, de una tremenda formulación religiosa, de mito o de tabú.

Esas normas jurídicas de los pueblos primitivos,--que el mismo Sumner Maine pone de manifiesto que fue siempre originalmente consuetudinaria—hacía valer su poder no sólo porque fuera dictada por los órganos correspondientes y tuviera un importante respaldo coactivo; en los momentos iniciales del derecho eso no era lo más importante, lo que amparaba la coercibilidad de la norma legal. Esa coercibilidad no dependía de que estuviera investida de autoridad estatal. En realidad el Estado apenas estaba tan poco dibujado como el mismo derecho. La fuerza de aquellas normas tenían una enorme apoyatura moral, representada en consenso y aprobación dados por la educación, los principios de la moral media o de la moral que ya era impuesta por las clases que empezaban a descollar como dominantes económicamente.

Con ello quiero decir y revelar que el Derecho y la Moral se iniciaron en la Historia con una gran unicidad. Sin embargo, pronto los pueblos fueron separando estos dos elementos de la superestructura social, en un proceso histórico largo y tortuoso, a través del cual el Derecho fue despojándose de sus atributos religiosos y, para muchos, también de sus atributos y contenidos morales.

Ahora bien, en la misma medida en que el aparato estatal fue perfeccionado sus instrumentos y completando sus estructuras asumió sus funciones directrices en la sociedad de modo más rotundo y contundente y ello significó que, en el plano de su voluntad política fue exponiéndola cada vez con más nitidez y claridad como voluntad política estatal, sin tener que acompañarla en cada paso con la fuerza de convicción de los tabúes mágicos, la religión y la moral social contenida en los viejos usos de la vida gentilicia anterior.

En todos los pueblos antiguos vamos presenciando entonces un lento y a veces imperceptible movimiento hacia lo que algunos llaman la laicización del Derecho, es decir, su depuración de otros elementos ajenos a su contenido político directo. En el pueblo romano, paradigma de la organización jurídica antigua, presencié la lenta separación entre el que llamaban *jus* y el aun calificaban de *fas*.<sup>46</sup> Cuando se promulgaron las leyes de las XII Tablas, aproximadamente en el año 450 a.n.e., es evidente que ya el *ius* y el *fas* estaban notablemente desligados y el *ius* se consideraba como derecho humano absolutamente y como el verdadero derecho. Esta conquista no es aislada, sino que formaba parte de una larga cadena de luchas entre el patriciado y el plebeyado en el curso de las cuales el último va desmistificando el *fas* en la misma medida en que liquida el poder absoluto y místico del patriciado. Así, por

---

<sup>46</sup> Los romanos llamaban *ius* al Derecho humano y *fas* al que calificaban de derecho divino. Al respecto puede consultarse el Libro Primero. Capítulo I. Del Digesto justiniano.

ejemplo, logra la publicación de las acciones procesales que eran absolutamente esotéricas y también los días fastos y nefastos; posteriormente alcanzan la promulgación de las aludidas leyes de las XII Tablas, con lo cual arrebataron al patriciado el secreto absoluto sobre la ley y conquistan su público conocimiento. Posteriormente alcanzan el acceso a todas las magistraturas y de hecho se adueñan de la vida política y jurídica. En ese proceso el Derecho no sólo se ha desmistificado sino que se ha ido aislando de la moral y va apareciendo como producto puro de la voluntad política.

En el medioevo el Derecho sufre algunas recaídas en su vinculación con elementos místicos y fuerte confusión con la moral pura. Todo ello está vinculado con la fuerza que logra la iglesia católica en los siglos del alto feudalismo. Así por ejemplo, en los juramentos de fidelidad por los cuales se entregaba el vasallaje, las fórmulas puramente jurídicas, como eran o podían ser el contrato de encomendación o el acta de constancia, fueron amparadas muchas veces por elementos puramente rituales, anejos como el juramento religioso de fidelidad, brindado comúnmente ante las reliquias de un santo o incluso mediante la constancia que proporcionaba el llamado ósculo de fe.

La influencia del Derecho Canónico durante siglos del medioevo no supuso necesariamente la mezcla absoluta de los mecanismos jurídicos y morales, por el contrario, es sabido que el Derecho Canónico no tuvo apoyatura mística sino que se consideró siempre, y sigue entendiéndose, como derecho creado por los hombres, por autoridades humanas, sea el Papa, un concilio, el colegio cardenalicio etc. Sin embargo, hay que reconocer que bajo la escolástica predominante en el medioevo, el Derecho también estuvo impregnado de la moral cristiana.

Cuando se producen las revoluciones burguesas, que casi siempre comenzaron con ataques a los cimientos ideológicos y religioso del sistema feudal, el Derecho sufrió una de las más grandes desmistificaciones de su historia. Nunca como bajo el imperio del poder burgués el Derecho parece como producto supremo de la razón humana y como expresión de intereses humanos. Se desliga totalmente de lo religioso y hasta de lo moral. Marx puso de manifiesto que el capitalismo desgarró los velos tras los cuales se escondía, hasta entonces, la explotación del hombre por el hombre; suprime los linajes, los valores de la herencia de sangre, los mitos religiosos, y queda brutal y simple la única diferencia que proporciona la economía. Entonces el derecho aparece como dictado político crudo, que expresa intereses estatales, supuesto que el Estado sea a su vez el equilibrio social. Jamás antes el Estado y el Derecho habían cobrado una independencia tan perfectas y brutales. De ahí que sea necesario replantearse ahora, aunque ya desde un plano teórico y doctrinal, qué relaciones existen en realidad entre el Derecho y la Moral. Primero, por supuesto, el pensamiento teórico en torno al Derecho indaga: ¿Qué diferencias y semejanzas hay entre el derecho y la moral?

Para una corriente teórica bien extendida la diferencia esencial entre el Derecho y la Moral estriba en que el Derecho es esencialmente bilateral, esto es, expresa y contiene la regulación de relaciones sociales; en tanto que la moral es fundamentalmente unilateral, intimista, y su alcance no trasciende al campo de la relación social sino que se circunscribe al dominio de lo individual en la conciencia humana. La concepción hegeliana sobre la autovaloración propia de la conciencia individual subyace en un buen número de los autores afiliados a la antes indicada consideración.

Sin embargo, no hizo falta que el marxismo-leninismo viniera a formular la crítica final sobre tales ideas. Desde mucho antes otros autores burgueses habían puesto de relieve el carácter social e histórico de la moral y su íntima vinculación con las relaciones sociales en las cuales crece y se desenvuelve. Posteriormente el marxismo evidenció la naturaleza clasista de la moral y develó que las normas y principios morales surgen en los contextos sociales y son también bilaterales.

Otra de las posiciones sostenidas al respecto de las relaciones entre el Derecho y la Moral es la de Jellinek, que ha tenido una gran difusión y quién afirmó que la moral era el todo y el Derecho una parte; ambos como axiología social, como normación deontológica de una cultura dada. En 1911 Jellinek sostenía que el Derecho contenía o debía contener la mínima moral exigible en la sociedad.

Para otro grupo de autores no menos importante la diferencia estriba en el grado de coercibilidad de ambos normadores sociales. Según ellos, el Derecho está amparado en la coercibilidad de la Ley, en tanto que la Moral es sólo un conjunto de dictados de conducta que quedan circunscriptos al mundo intimista, autovalorativo y desiderativo del sujeto, sin ninguna coerción exterior. Por supuesto que no es necesario hacer una refutación exhaustiva de estas posiciones. Es evidente que la moral social implica para todos los ciudadanos la obligación y prescripción de conductas cuyo cumplimiento implica un cierto grado —mayor o menor— de coerción social. Nadie escapa al repudio social que lleva implícito el incumplimiento de la moral media de una sociedad en una época determinada.

Otros teóricos como Enrico Ferri, uno de los fundadores de la Escuela del Positivismo Penal italiano, defendió que el Derecho consagraba las relaciones sociales que se corresponden con la moral media aceptada en una sociedad y, de esa manera estableció un vínculo singular y esencial entre el Derecho y la Moral y, sobre todo, estableció el análisis funcional de la mayor eficacia del Derecho en torno coinciden sus normas más directamente con los cánones morales de una época y lugar.

Es un lugar común que para el marxismo las diferencias entre el Derecho y la Moral no es posible encontrarlas en esferas ontológicas diferentes, ni en contenidos separados de una normatividad u otra. Tanto el Derecho como la Moral tienen el mismo contenido; uno y otra poseen la coercibilidad que impone la fuerza de la cultura y de la violencia estatal que ampara al Derecho. La

diferencia esencial estriba entonces en que el Derecho está amparado por la fuerza del Estado, por la coacción estatal, en tanto que la moral queda bajo la protección y tutela del consenso social. Sin embargo, con esto no estoy diciendo, ni mucho menos, que el Derecho tenga por eso más fuerza coercitiva que la moral. Cualquiera sabe que en ciertas circunstancias y en determinados contextos, los determinantes morales son más acuciantes y apremiantes que las compulsiones jurídicas. Cualquiera sabe también que en condiciones de una mayor conciencia ciudadana y una cultura superior las compulsiones morales desempeñan un papel más conductor que las intimidaciones que proceden de la ley jurídica. Lo que es evidente es que el Derecho recoge y consagra aquellas normas que constituyen dictados de conducta esenciales para el sostenimiento y reproducción de una sociedad determinada; aquellas que sostienen a una sociedad de clases históricamente condicionada.

De lo anterior se explica la dialéctica que existe entre las normas jurídicas y las morales, en cuanto principios y reglas morales pueden, en determinadas circunstancias, convertirse en jurídicas, del mismo modo que normas jurídicas pueden dejar de serlo, pueden ser abrogadas y quedar como simples dictados de conducta moral.

Lo que sí creo indispensable subrayar es que en esta vieja polémica acerca de semejanzas y diferencias entre el Derecho y la Moral, y en torno a las relaciones entre ambas esferas de la normatividad cultural, a un pensamiento marxista rejuvenecido debe quedarle claro que si de algo está urgida una percepción iusfilosófica marxista es precisamente de levantar con toda fuerza el contenido axiológico del Derecho, su riqueza como normatividad que consagra con fuerza política superior un conjunto de principios morales. Quizás poco hayamos examinado el daño que ha producido al pensamiento marxista movilizador esa pragmática definición que se ciñe a afirmar que el Derecho es sólo la voluntad de la clase dominante erigida en forma de ley, sin pretender de inmediato establecer que el Derecho alternativo al capitalismo neoliberal, el Derecho de la alternativa socialista, por ser representante o querer ser representante de los altos intereses y puntos de vista de las clases populares y humildes está dotado de un aparato ético rico y capaz de afrontar los imperativos del nuevo milenio.

El Derecho debe ser orden paradigmático, convincente, movilizador y respetable. Esas cualidades sólo pueden derivar de su contenido axiológico superior, lo cual es tanto como decir que sólo pueden derivar de su alto contenido ético.

Para nuestro país esto es especialmente importante, si no perdemos de vista que somos herederos y desembocadura de un proceso liberador más que centenario, que está iluminado por el pensamiento ético de hombres como Varela, Luz y Martí, a los cuales se sumó la realización ética superior también del Che Guevara. Nuestro Derecho ha sido reservorio del ideario libertador, ha sido canal y continente de la riqueza ética libertaria más concreta de nuestra historia desde el siglo XVIII. De ello derivo la necesidad de formular, enriquecer y



esclarecer el contenido ético de nuestro Derecho alternativo. Creo que ese es uno de los grandes imperativos del pensamiento marxista en el ámbito del Derecho después del derrumbe del campo socialista de Europa del Este.

### **Aproximación al problema de los fines y funciones del Derecho.**

Normalmente es imposible, cuando estudiamos el fenómeno jurídico en su generalidad, eludir el examen de los fines del Derecho, que se vincula a su vez estrechamente con la cuestión referida a cuáles son sus funciones esenciales.

Por supuesto que este interrogante ha sido asumido en toda la historia del pensamiento jurídico de la humanidad en distintos planos, y muchas veces ha sido afrontada directamente, en tanto en otras muchas ocasiones se ha sesgado su planteamiento, pero de hecho se ha debatido para qué sirve el Derecho, qué fines singulares tiene.

El gran jurisconsulto norteamericano Roscoe Pound decía en una ocasión que el Derecho, tratando de armonizar su propósito de ser estable y sin embargo asumir las transformaciones de la vida, ha seguido tres grandes direcciones principales: la autoridad, la posición de la filosofía y la posición histórica. Por supuesto que Pound no hablaba de los fines del Derecho, pero aludía sin embargo a que desde sus más remotos orígenes los ordenamientos jurídicos, según su perspectiva, se habían apoyado, primero en una autoridad superior, casi siempre divina, de lo cual fue ejemplo notable el derecho de los pueblos del Antiguo Oriente; posteriormente, según él, la razón de ser del Derecho se apoyó en la racionalidad, en el *ius natural*. Más tarde, seguía analizando con su sutileza conocida, la concepción histórica portada por Savigny y las escuelas históricas ulteriores introdujeron una nueva razón de ser o un nuevo sustentáculo al Derecho.<sup>47</sup> En el fondo, tras esa visión perspectiva y filosófica del Derecho estaba implícito también el problema de sus fines. De hecho, cuando el Derecho se sustenta sólo en la autoridad está admitiendo que su único fin o el principal es sostener el poder; cuando avanza hacia fines racionales, apoyándose en la especulación que deriva del Derecho Natural, está significando que pretende un cierto contenido ético al cual deben subordinarse incluso los que lo crean en los órganos legislativos y, finalmente, cuando admite la fuerza de la historia está también aceptando que el Derecho recoge eso que Savigny llamaba “el espíritu del pueblo”, el *wolgeist*. Desde esa perspectiva histórica el Derecho debe asumir la orden o el mandato de convivencia de los hombres condicionados en un momento determinado de la historia. En ese sentido Pound recordaba a Jefferson, quien escribiendo a Madison en 1789 le había dicho que la tierra pertenecía en usufructo a los vivos y por consiguiente, toda constitución y toda

---

<sup>47</sup> Pound Roscoe. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Traducción y estudio preliminar de José Puig Brutau. Ediciones Ariel. Barcelona, 1950.

ley debían caducar al cabo de 19 años, para evitar que su vigencia pasara de ser un acto de derecho a un acto de fuerza.<sup>48</sup>

Pero ya en términos más concretos, refiriéndonos a cada ordenamiento jurídico en cada momento histórico determinado la pregunta se replantea siempre con fuerza y con un especial significado para los juristas: ¿Para qué sirve el Derecho? ¿Cuáles son sus fines? Debo significar que muchas veces se habla de la o las funciones del Derecho y no precisamente de sus fines, pero de hecho se está aludiendo al mismo problema esencial.

También debo señalar que la misma noción de función, en las ciencias sociales, tiene diversos significados, de modo que cuando vamos a hablar de las funciones del Derecho debemos indicar, de inicio, que estamos asumiendo el término en su sentido más simple, como objetivos y fines que cumple el Derecho, respondiendo de ese modo a la pregunta que antes formulaba: ¿Para qué sirve el Derecho?

Son diversas las posiciones y orientaciones que han tratado de brindar un punto de vista en torno a las funciones del Derecho. Agrupándolas de algún modo podemos indicar las siguientes:

La que considera que la misión principal del Derecho es justamente la de **integración**, considerando como tal que el Derecho viene a establecer, esencialmente, el orden social o, como dijera María José Añón, “el Derecho se caracterizaría porque sus normas servirían para resolver los conflictos una vez que se hayan producido”.<sup>49</sup> Pero sin duda que en la concepción de que el Derecho tiene como función esencial la de integrar la sociedad, está, a mi juicio, el entendido de que su objetivo no es tanto resolver los conflictos, como preverlos y orientar a la sociedad de modo que no surjan tales conflictos.

De hecho ha existido otra corriente teórica calificada como “*subjetivista*” que ha postulado como función central del derecho **el tratamiento de los conflictos o la regulación** de los mismos. Como dice Añón, “De acuerdo con esta posición, a través del Derecho se proponen o se imponen modelos de comportamiento que constriñen a las partes a adecuar sus relaciones en la evolución del conflicto.”<sup>50</sup>

A mi juicio ambas posiciones, ignorando el papel del Derecho como expresión de la lucha de clases y manifestación legal de la misma, deja de lado que cuando hablamos de conflictos, latentes, posibles o ya existentes, tendríamos que asumirlos en su expresión más grave y significativa socialmente, es decir, como

---

<sup>48</sup> Jefferson escribió exactamente: “Parto de este principio que me parece evidente, que la tierra pertenece en usufructo a los que viven; aun los muertos no tienen sobre ella ni derechos ni poderes... Con principios semejantes puede demostrarse que ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni tan siquiera un Derecho que lo sea. La tierra siempre pertenece a la generación viviente. Esta es la que puede administrarla y aprovecharse de sus productos durante el plazo de su usufructo. También son dueños de sus propias personas y pueden, por consiguiente, regirlas de la manera que les plazca.” De la carta a James Madison, del 6 de septiembre de 1789. Citado por Pound Roscoe en Ob. cit. Pág. 20

<sup>49</sup> Añón María José. **Funciones del Derecho**. En **Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág. 120 y siguiente.

<sup>50</sup> Idem.

conflictos de clases. En ese sentido, ambas teorías son considerables y pueden ser tomadas en cuenta en la conclusión final a que arribemos en cuanto a cuáles son las verdaderas y básicas funciones del Derecho.

Para otros autores, como Rehbinder, el derecho cumple una función de **orientación de comportamientos**, en cuanto dirige y regula la conducta de los miembros de una sociedad determinada. Es evidente que el Derecho, en cuanto sistema normativo contiene dictados de conducta que pueden resumirse en cuanto ordenan hacer algo, no hacer algo o dejan la posibilidad de escogencia entre distintas alternativas de hacer. De ese modo, el Derecho es una guía de conducta y suele ser un regulador conductual.

Se habla también, como una función del Derecho, de su papel como **legitimador del poder**. Es que, como señala Añón citando a De Lucas, “la legitimación hace referencia al hecho de la aceptación o del rechazo social de una pretendida legitimidad y, en consecuencia, está íntimamente relacionado con los mecanismos de mantenimiento del poder, es decir, con aquellos valores y normas que socialmente poseen una legitimidad.”<sup>51</sup>

Algunos autores como Glastra van Loon hablan de que el Derecho desempeña la función esencial de **distribuir valores en la sociedad**, tanto económicos como culturales o espirituales. En ese sentido el mismo Bobbio se ha referido a que el Estado y junto a él el Derecho, tienen no sólo una función de represión y mediación en conflictos, sino de distribución de los valores. Es evidente que esa consideración surgió de modo especial con el llamado Estado social y el Derecho que se integró a su calor. Sin embargo, no cabe duda de que cualquier estado y cualquier ordenamiento jurídico consagra los principios y fundamentos básicos del sistema económico social que se protege y, con ello, contribuye a brindar una connotación y una consagración jurídica a la distribución de valores que corresponde a cada sistema o modo de producción determinado.

También se habla de la **función educativa** como una de las más importantes del Derecho. En realidad este objetivo del ordenamiento jurídico ha sido sostenido y defendido desde el pensamiento antiguo, particularmente con la prédica cristiana y más tarde con el pensamiento de los Iluministas, particularmente Rousseau y de los sostenedores de la Filosofía Clásica Alemana, en especial Kant y Hegel. Y es curioso que igual función se ha atribuido al Derecho que se promulgaba en los países del campo socialista. Entonces se hablaba, en la literatura oficial de Europa Oriental, en que el derecho socialista tenía una alta función educativa, lo cual evidentemente no es falso, sólo que entiendo, junto con toda la historia del pensamiento jurídico anterior, que esa función no ha sido exclusiva del Derecho socialista, sino que ha estado presente, con mayor o menor eficacia, en toda la historia del Derecho. Evan habló de las características que debía cumplir el Derecho para poder desenvolver eficazmente su función educativa, y sin duda en algunas de sus consideraciones tuvo absoluta razón porque es preciso que se cumplan determinados requisitos que permitan que realmente el Derecho pueda

---

<sup>51</sup> Idem. Pág. 123.

realizar su misión educativa. En la literatura burguesa esos requisitos se exploran normalmente en el campo de la funcionalidad del orden jurídico y de la psicología social, lo cual no es desechable, pero considero que esencialmente esa posibilidad de eficacia hay que encontrarla en que las normativas jurídicas cuenten con el consenso de las grandes mayorías, lo que es bien difícil en una sociedad de clases, a menos que esas normativas jurídicas procedan de regímenes populares.

Sin embargo, quisiera insistir en que ese concepto del Derecho en función educativa, encaminado a modelar una personalidad ciudadana o humana en su más alta dimensión ética la encontramos incluso en esa obra clásica del Derecho Romano que es el *Corpus Iuris* y particularmente el *Digesto* de Justiniano. En el libro I se encuentra un párrafo que es extraordinariamente significativo, a mi manera de ver. Se trata del párrafo que sigue al 1. Del Título I, del Libro I, en que Ulpiano dice de dónde procede la palabra *ius* (derecho), y que ya citaba al inicio de este capítulo. Sin embargo, quisiera recordarlo: en el párrafo siguiente, en realidad § 1 dice literalmente: “Por cuya razón alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y lo equitativo, separando lo equitativo de lo inicuo, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el miedo de las penas, sino también por el estímulo de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente.”<sup>52</sup>

Quisiera subrayar esa sorprendente y gratificante declaración: el derecho y sus sacerdotes, persigue, anhela, hacer buenos a los hombres, pero no sólo por razón del miedo, a través de la función represiva de la cual hablaré de inmediato, sino por el estímulo de los premios. Buscando con ansia la verdadera filosofía, no la aparente. Y no se olvide que filosofía tenía el justo significado del vocablo griego, amor a la sabiduría, es decir, buscando el premio de la sabiduría, que es la verdadera libertad.

Por último se habla de la **función represiva** del Derecho y, paralelamente, de su **función promocional**. Se entiende entre los teóricos que han postulado estas funciones que cuando se habla de la función represiva se está haciendo alusión a que el Derecho suele crear normativas que reprimen los comportamientos sociales no deseados y de ese modo trata de impedir su realización. En ese sentido Bobbio habla de la acción “desalentadora” del Derecho. En tanto que se habla de la función promocional cuando por el contrario, el sistema jurídico alienta determinadas conductas, las favorece y promueve. En realidad uno de los inspiradores de la existencia de estas funciones ha sido el mismo Norberto Bobbio, que las consideró vinculadas a la sustitución del Estado liberal por el Estado social que por su propia naturaleza es intervencionista y asistencial.

Desde nuestra percepción es innegable que el Derecho, en cualquier circunstancia y en cualquier momento histórico ha tenido o ha cumplido la

---

<sup>52</sup> **Digesto del emperador Justiniano.** Ulpiano. I.I. § 1. Editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1990.

mayoría de las funciones a que antes hemos aludido. Sin embargo, no las ha cumplido ingenuamente. Se trata de que, ante cada una de ellas, podría hacerse otra pregunta: ¿El Derecho realiza una función promocional, o represiva, o distributiva, o educativa incluso, a favor de qué intereses, para beneficio de qué fuerzas?

Porque lo que ocurre es que en ninguna de esas proposiciones está presente el sentido, la naturaleza y la esencia del Derecho. En otras palabras, de lo que se trata es de que nunca se percibe el Derecho como normativa que expresa la voluntad estatal y al hacerlo refleja y contiene el nivel de las luchas de clases de cada momento histórico; se encierra dentro de los límites conceptuales, e incluso funcionales y técnicos de cada modo de producción y cada formación económico social. Al despojar al Derecho de esa apreciación se le hace perder su nervio y su sangre, y suele entonces vérselo como una normativa aséptica, y entonces no se alcanza a comprender por qué se dicta ni en función de qué intereses, ni a favor de qué razones y qué grupos sociales.

Cuando se le entiende, por el contrario, a partir de su naturaleza social y su esencia clasista, resulta evidente que el Derecho cumple con mayor o menor simultaneidad todas las funciones aludidas: siempre orienta los comportamientos, siempre legitima o trata de legitimar al poder Estatal en el cual, sin embargo, se apoya para alcanzar su obligatoriedad, siempre cumple una función distributiva y educativa y por supuesto una función represiva que actúa también de consuno con la función promocional. Ahora bien, todas esas funciones se mezclan dialécticamente en la serie sincrónica de la evolución histórica de los ordenamientos jurídicos y también en la serie policrónica, es decir, en los diferentes sistemas y ordenamientos jurídicos en un momento histórico determinado. De esa relación dialéctica se deriva que, en algunos momentos históricos, haya predominado una o varias funciones sobre las demás. Para sólo mencionar un ejemplo, basta tomar en consideración que en los antiguos derechos consuetudinarios de los Estados Despóticos Orientales, no tenía fuerza ni importancia la función educativa; es probable que la misma función distributiva tampoco lo tuviera puesto que las reglas de distribución más que jurídicas se derivaban de concepciones místicas y de la coacción y la represión extrajurídicas. Es evidente que la función preponderante era la represiva, con ciertos elementos de la promocional. Las cosas no son iguales en otros momentos históricos.

De igual modo, en un mismo momento histórico se advierten marcadas diferencias en el sistema de funciones del Derecho en países distintos, con diferentes sistemas políticos y niveles culturales y de desarrollo científico y técnico.

Sin embargo, no obstante esa relatividad del papel y la importancia de unas funciones sobre otras, según circunstancias epocales diferentes y circunstancias políticas y culturales distintas, concedo una altísima significación a la

determinación de las funciones del Derecho y, sobre todo, en nuestro proyecto político alternativo al capitalismo.

La concepción marxista que adherimos nos exige asumir la herencia cultural de la humanidad y en ese sentido no perder los aportes más significativos que se han producido a través de todo el proceso civilizatorio en las distintas actividades humanas y en sus consideraciones teóricas o filosóficas. Cuando hablamos del Derecho, creo por ejemplo que no podemos desechar la orientación que brindaron sobre sus fines y funciones hombres como Kant y Hegel, que colocaron como primer objetivo y función del Derecho —aunque lo hubieran hecho desde una perspectiva metafísica e idealista— la consagración y defensa de la libertad de cada uno en medio de la libertad de todos. Al respecto siempre he repetido que la obra grandiosa de la revolución francesa está inconclusa: de hecho triunfó sólo como sustitución del modo de producción feudal por el capitalismo moderno, pero su ideal humanista, consagrado y sintetizado en su consigna central de *liberté, égalité y fraternité*, aún no ha sido conseguido por el hombre. En ese sentido, el sistema económico triunfante traicionó su sustento espiritual y humanista y frustró el objetivo básico de aquel enorme proceso revolucionario.

En nuestro caso particular he defendido, contra algunas tendencias reduccionistas y mecanicistas sobre el derecho y su significado social, que éste es una fuerza viva y no un pasivo reflejo inofensivo de la base económica; he defendido que en las circunstancias concretas de nuestra patria, el Derecho es un modelo conductual paradigmático, que ofrece o debe ofrecer un conjunto de dictados de conducta que sean efectivamente modélicos del mundo éticamente superior por el que luchamos. En ese sentido brindo al Derecho un papel y una función deontológica y de altísimo contenido axiológico que puede ser la alternativa ética al mundo individualista y egoísta del capitalismo y particularmente del neoliberalismo. El Derecho, según mi manera de percibirlo, tiene entonces una esencial función promocional y educativa, sin menoscabar, por supuesto, su función represiva o, mejor, “desalentadora”. Su papel promocional se tiene que apoyar en que al cumplir su programa distributivo, como fuerza paradigmática de una normativa distributiva superior, es que realiza entonces su alta misión promocional y educativa. Y, por supuesto, si alguien me preguntara cuál es el objetivo final de nuestro Derecho no vacilaría en afirmar que es y tiene aun ser el de obtener y consagrar la desalienación y la plena libertad de cada uno en la libertad de todos.

Insisto en que en nuestro caso todo esto adquiere una fuerza especial, si no perdemos de vista que el pensamiento libertario cubano ha encontrado asiento y reflejo esencial en el Derecho o en el pensamiento iusfilosófico esencialmente. Si no perdemos de vista que la historia de esa línea libertaria puede seguirse a través de la historia de nuestro derecho progresista y del pensamiento iusfilosófico avanzado. Ese pensamiento ha estado cargado de un contenido ético que lo ha hecho no sólo un instrumento regulador en forma normativa, sino

un modelo paradigmático del deber ser ético. Lo que acabo de decir puede corroborarse siguiendo el pensamiento libertario y jurídico de hombres como Félix Varela, José de la Luz y Caballero y, sobre todo, en el ideario ético y político jurídico de José Martí.

## **CAPÍTULO II.**

### **TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO.**

#### **Concepto de fuentes del Derecho. Clasificación de las fuentes.**

El término fuentes del Derecho tiene diversas connotaciones. Se habla así de fuentes del conocimiento jurídico; de fuentes materiales del derecho; fuentes formales, fuentes de validez e incluso, algunos autores, con verdadera exquisitez, hablan de fuentes racionales del Derecho y de las fuentes según la autoridad creadora.

Sin embargo, para orientarnos adecuadamente dentro de ese verdadero fárrago de acepciones diferentes, es bueno recordar lo que significaba Cañizares cuando afirmaba que fuente es sinónima de origen de algo, de lugar de surgimiento, agrego, de dónde emana cierta cosa.

Cañizares cita la poética afirmación de Claude Du Pasquier, para quien el término fuente “crea una metáfora bastante feliz, pues remontar la fuente de un río es buscar el lugar donde sus aguas brotan de la tierra, del mismo modo, inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del Derecho.”<sup>53</sup>

Con otro sentido, no exactamente igual, aludiendo a las fuentes formales del Derecho, Norberto Bobbio decía que son aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.

En esas condiciones me parece que se impone la necesidad de ordenar tan disímiles clasificaciones y agruparlas debidamente para que no corramos el riesgo de hablar de cosas diferentes bajo los mismo términos.

Creo que debemos distinguir, ante todo, las fuentes del conocimiento.

---

<sup>53</sup> Cañizares Fernando. **Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág. 60-

### **Fuentes del conocimiento.**

Identificamos de ese modo a aquellos lugares a los cuales se va a buscar el conocimiento de un determinado ordenamiento jurídico, de ciertos sistemas de derecho. Por ejemplo, si me preguntaran cuál es la fuente principal del conocimiento del Derecho Romano respondería sin vacilar que se encuentra en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, en el cual se agrupan las soluciones jurídicas romanas más importantes, al extremo que fuera del Corpus hay pocas fuentes que agreguen nuevo saber sobre el Derecho Romano. Si me preguntaran sobre la fuente del conocimiento del Derecho mesopotámico aconsejaría que fuéramos, sin duda, al Código de Hammurabi, aunque hubiera otros cuerpos legales anteriores y posteriores, pero ninguno como el de Hammurabi resume las soluciones y la cultura jurídica de Babilonia, en Mesopotamia.

### **Fuente material del Derecho.**

Cuando se alude a las fuentes materiales del Derecho se hace referencia a aquellas circunstancias materiales, objetivas, de las que emana el Derecho, de las cuales surgen las soluciones jurídicas en cada ordenamiento jurídico. Por supuesto que la determinación de las fuentes materiales del Derecho es algo que está en íntima relación con la posición iusfilosófica y hasta política de cada cual. En efecto, si se trata de un neokantiano nos dirá que las fuentes materiales del Derecho son los juicios inmanentes, apriorísticos, de los cuales emanan las soluciones jurídicas concretas, positivas. Si se le pregunta a un escolástico puro nos contestará que el Derecho emana de la voluntad de dios, esencialmente, porque aunque puede ser dictado por los hombres, o éstos lo hacen bajo la inspiración divina, asumida racionalmente o por revelación, o, sencillamente, hacen un derecho defectuoso e injusto. Y de ese modo, cada cual, según filiación política, ideológica y iusfilosófica aludirá a una u otra fuente material.

Para nosotros, desde la percepción marxista, la fuente material del Derecho es la sociedad viva, en lucha, levantada sobre las relaciones sociales de producción y las fuerzas productivas, con todos sus matices de lucha económica, cultural, política, social en sentido general. De ese horno en que se cuecen las existencias y las vidas; de esa caldera especial en que el hombre lucha, ama, ríe, sufre y muere; de la vida misma, sale el Derecho. Esa es su fuente material. En ocasiones hemos leído a marxistas que reducen las fuentes materiales del Derecho a las relaciones sociales de producción. Creo que es inadmisibile. Es, como lo he indicado, toda la vida, con todos sus atributos y matices, incluidas sus tradiciones espirituales, sus prejuicios, su ciencia e inteligencia y sus heroísmos e injusticias. De todo ello sale el Derecho, con todas las contradicciones de la vida.

### **Fuentes de autoridad creadora.**



Se habla también de **fuentes de autoridad creadora**, aludiéndose a la procedencia de la autoridad y, con ello de validez y legitimidad de una norma jurídica. En ese sentido se dice, por ejemplo, que la fuente de autoridad creadora de tal disposición jurídica es que ella fue adoptada por el Parlamento, es decir, el órgano legislativo, o por el Ejecutivo en uso de las facultades que tiene al respecto.

En este sentido, en la doctrina jurídica española contemporánea se emplea mucho significar que la fuente jurídica de nivel más alto es la Constitución y que las demás normas son **fuentes subordinadas**.

Todavía es interesante que, en relación con esas fuentes subordinadas (que pueden ser, por ejemplo, incluso una Ley del parlamento) esa subordinación puede producirse **por recepción** o **por delegación**. Esto es tanto como decir, que se trata de distinguir las también llamadas *fuentes reconocidas* de las que se conocen como *fuentes delegadas*.

La delegación no es más que el otorgamiento a ciertos órganos, de la capacidad o facultad para producir determinadas normas. De ese modo, el órgano constituyente, representante máximo de la supuesta soberanía nacional, dicta la Constitución, en uso de esa soberanía, y ésta es la fuente de nivel más alto. Entonces la Constitución delega en el parlamento la función de hacer leyes y en el ejecutivo, digamos por ejemplo, la de hacer reglamentos. Esas normas entonces, leyes, reglamentos, serían fuentes de Derecho por delegación.

*Las fuentes por recepción* serían aquellas que la fuente principal admite, ya existentes, generalmente propias de otro ordenamiento jurídico, y a las cuales se les concede valor o eficacia jurídica, como pueden ser a las llamadas *normas de reenvío* que se estudian en el Derecho Internacional Privado o, de manera más clara, a los Tratados internacionales que se recepcionan como fuente de Derecho del país.

### **Fuentes formales del derecho.**

Ahora bien, cuando hablamos de las **fuentes formales del Derecho**, **normalmente nos referimos a los procedimientos, métodos, mecanismos, y también a los organismos o autoridades que dan nacimiento al Derecho, o que legitiman su existencia, siempre que esos actos, procedimientos y autoridades estén a su vez debidamente facultados y legitimados por las normas de reconocimiento y, sobre todo, por las de adjudicación y cambio.**

De una forma semejante se ha pronunciado Pizzorruso cuando definió las fuentes del Derecho como “los actos o hechos normativos a los que, en virtud de las normas sobre la producción jurídica, deriva la creación, la modificación o la extinción de disposiciones y normas susceptibles de valer como tales en el ámbito del ordenamiento jurídico de que se trate.”<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Pizzorruso A. **Lecciones de Derecho Constitucional**. (Traducción de J. Jiménez Campos) 2 vols. Ed. C.E.C. Madrid, 1984.

Tanto en mi definición como en la de Pizzorruo se destaca que aludimos al concepto de fuente formal significando, tanto los medios, mecanismos, procedimientos para crear normas jurídicas, para Pizzorruo sólo eso: los actos o hechos normativos, como dice, y para mí, además, las autoridades que pueden producir esos mecanismos, actos o hechos normativos. Pero para ambos, se destaca la consideración de que las aludidas normas, según Pizzorruo es importante que se hagan “en virtud de las normas sobre la producción jurídica”, frase en la que engloba la que Hart llama norma de reconocimiento, normas de adjudicación y normas de cambio, que yo menciono directamente, poniendo de relieve que ese conjunto de pasos, dados por una debida autoridad, todavía no serían fuente de derecho si no se ampararan en la norma que reconoce como tales a las normas de un sistema jurídico, si no se hicieran por y dentro de los mecanismos de cambio que deben seguirse para cambiar normas y no se hicieran por las autoridades a las que se adjudicó esa facultad.

En esta definición asumo viejas y tradicionales nociones sobre las fuentes formales del Derecho, pero agrego consideraciones de orden técnico que han sido introducidas en la moderna Teoría del Derecho por A. Hart, a las cuales me referiré con más detalle en el capítulo referido a las normas jurídicas y en el que se dedica al estudio del sistema de Derecho. Ahora, para la inmediata comprensión del valor y limitación en que considero a las fuentes del Derecho, me limito a una elemental explicación de esos conceptos.

Para el que fuera uno de los más grandes juristas del sistema del Common Law, hay normas primarias, que establecen las conductas que se ordenan, o se prohíben, o se permiten, y las normas secundarias, que rigen la producción de las anteriores normas. En ese sentido Hart llama secundarias, a las normas que especifican y establecen los criterios que determinan qué reglas o normas pertenecen al sistema (*reglas de reconocimiento*), qué otras normas o procedimientos autorizan la introducción de nuevas normas y la eliminación de reglas anteriores (*reglas o normas de cambio*) y como se identifica a los individuos u órganos que pueden juzgar a los que infrinjan la reglas que regulan la conducta y establecen el procedimiento a seguir en estos casos (*reglas de adjudicación*).

No se piense que en un ordenamiento jurídico aparecen así, simplemente denominadas estas que Hart llama reglas esenciales de las normas secundarias. Por el contrario, se trata de que un sistema de Derecho, para ser coherente y orgánico, no puede ser un conjunto amorfo de normas jurídicas. Dichas normas tienen que tener jerarquía y relacionarse sobre esa base, y tienen que tener armonía entre todas ellas. Por eso se señala que, ante todo, las normas tienen que estar justificadas, legalizadas y admitidas, por lo que convencionalmente Hart llama la regla de reconocimiento, que es casi siempre un principio o un mecanismo o un valor, normalmente constitucional, a la luz del cual se puede entender que una norma es, efectivamente, parte de ese sistema y no es una falsificación o una adulteración dentro del mismo.

Asimismo, todo sistema tiene normas que indican cómo se pueden cambiar las normas jurídicas y quienes pueden hacerlo, lo cual es lo antes llamado, regla de cambio y de adjudicación.

En razón de ello, cuando defino las fuentes formales del Derecho no me contento con decir que es el conjunto de actos o hechos jurídicos por los cuales se crean las normas, sino que declaro además, que esos actos, hechos, y procedimientos, deben ajustarse a las normas de reconocimiento, es decir, ser legítimos en un determinado ordenamiento jurídico y, eventualmente, si se trata de normas que cambian a otras, tiene que hacerse el cambio según la regla de cambio y por la autoridad que puede hacerlo, según la regla de adjudicación.

De hecho, todo proceso de creación del Derecho, de creación de normas jurídicas, se inspira en la legitimidad que le confiere la Constitución, la cual confiere a determinados órganos la capacidad para crear normas jurídicas y confiere a las normas creadas, cuando se hacen en obediencia a su letra y espíritu, la debida legitimidad. En ese sentido esa es, sin duda, la primera y más importante norma de reconocimiento de un ordenamiento jurídico.

Sin embargo, existen otras normas, que no son constitucionales, y las cuales conceden legitimidad a las nuevas normas que se dictan. En ese sentido habría que mencionar, para sólo dar algunos ejemplos, los reglamentos de los órganos legislativos, a los cuales deben ajustarse los actos legisferantes, leyes de procedimientos, casi siempre administrativos y, en cierta medida, algunas disposiciones del título preliminar de los códigos civiles. Así por ejemplo, el Art. 8 del Código civil cubano vigente, Ley 59/87, establece que “Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales” con lo cual está confiriendo valor a las normas del Código, o las está reconociendo (como regla de reconocimiento) para resolver cuestiones de materia civil que no encuentren solución en otras leyes especiales.

En ese sentido, la mayoría de las normas son las que crean derechos, los modifican o los extinguen, es decir, las que Hart llamó normas primarias. Pero hay otras normas, que Hart llamó secundarias, que son normas de normas o normas para normas. Son disposiciones jurídicas que establecen el valor de otras normas. Por ejemplo, el Art. 21 del mismo Código Civil dice que “La ley extranjera no se aplica en la medida en que sus efectos sean contrarios a los principios del régimen político, social y económico de la República de Cuba.”

De tal manera, como señalan Angela Aparisi y Francisco López, la creación de normas jurídicas se sujeta, al menos a dos tipos de normas secundarias: a) primero que todo a aquellas de competencia, es decir, que establecen qué órgano es facultado para dictar normas y b) las normas de procedimiento, que indican cómo se debe proceder por el órgano facultado para crear una nueva disposición.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Aparisi Angela y López Francisco. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Edición Cit. Pág. 300

## **Las fuentes formales del Derecho en la evolución histórica y en el presente.**

En general, a través de la evolución histórica del Derecho se admite que en el mismo, grosso modo, han regido como fuentes formales principales, la costumbre, el precedente judicial y el acto normativo, es decir, el acto que hace nacer una nueva disposición jurídica.

### **La costumbre como fuente histórica del derecho.**

Ante todo debe quedar claro que no toda actuación reiterada en la sociedad, no toda costumbre en el sentido sociológico es fuente de derecho. En realidad acostumbramos a hacer muchas cosas que carecen de relevancia jurídica y que, por tanto, son absolutamente indiferentes para el Derecho. Sin embargo, otra cosa diferente es la llamada costumbre jurídica, es decir, aquellos actos reiterados en el tiempo pero que tienen que ver con soluciones jurídicas, que afectan derechos, creándolos, modificándolos o extinguiéndolos o, incluso, usándolos de determinadas maneras y aún dentro de ciertos límites que impone precisamente la costumbre. Entonces estamos ante la costumbre jurídica; ante el derecho consuetudinario, que es el que ha sido fuente de Derecho y expresión del Derecho desde la antigüedad y no ha dejado de serlo en las sociedades del mundo que nos rodea.

Como se sabe, la costumbre fue la primera fuente del Derecho en todos los derechos antiguos, primitivos. En ellos, en su inicial manifestación, el derecho se expresó como maneras de actuar reiteradas, hábitos que fue imponiendo la clase o clases económicamente dominantes en aquellas sociedades primitivas.

Gracias a las investigaciones de Sir Henri Sumner Maine se conoció perfectamente este rasgo de todos los derechos primitivos o antiguos y se conoció que el derecho pasó a ser escrito muchos siglos después, en medio de violentas luchas en que nuevas fuerzas sociales se enfrentaron en cada región o estado a las capas dominantes que imponían el derecho consuetudinario y exigieron que se escribiera el derecho, como forma de hacerlo asequible a todos, sin manipulaciones y sin mistificaciones.

En el Derecho romano, orden jurídico paradigmático en la antigüedad y raíz de nuestro sistema de derecho, la costumbre también fue la fuente inicialmente única del Derecho, conocida, como es sabido, como *mores maiores consuetudo* o más generalmente, *ius non scriptum*, es decir, derecho no escrito. Posteriormente empezaron a aparecer algunas disposiciones escritas, quizás

algunas *leges regias* que fueron recogidas en el famoso **Ius Civiles Papinianum**,<sup>56</sup> pero en realidad la ley y el Derecho siguieron siendo patrimonio de los sacerdotes y los intérpretes exclusivos del patriciado, hasta que en el 451 a.n.e. se escribieron las diez primeras tablas de un documento histórico, que fue completado en 450 a.n.e. y que se conoce con el nombre de **Ley de las Doce Tablas** o **Código Decenviral**.<sup>57</sup>

Para los romanos la costumbre fue fuente esencial del Derecho, a la cual incluso dieron igual valor que a la ley escrita. De hecho, en la concepción iuspublicística romana, la fuerza de la ley y su legitimidad proceden, exclusivamente, de que son aprobadas por el pueblo, reunido entonces en los Comicios Curiados, Tribales o más tarde los Centuriados. De ello se deriva la doctrina tremendamente revolucionaria de que tanto valor tiene lo que el pueblo aprueba en forma de ley, como lo que aprueba por sus actos repetidos y usuales, es decir, por medio de la costumbre. En ese sentido es notabilísimo el texto del Digesto sobre ese particular debido a Juliano, en el que se dice que: “No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada y este es el derecho que se dice constituido por las costumbres (mores). Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron recibidas por el juicio del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con el sufragio, o con las mismas cosas y con hechos?. Por lo cual está también muy correctamente recibido que las leyes se deroguen no sólo por el sufragio del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso.”<sup>58</sup>

A la luz de ese texto, queda claro que al menos en el momento de la jurisprudencia clásica en Roma, la costumbre era fuente de derecho, no sólo cuando se tratara de la llamada costumbre *extra legem*, es decir, la que se mantiene sin que haya una norma que regule expresamente esas conductas, sino también que se admitía la costumbre *contra legem*, es decir, aquella que se

<sup>56</sup> Esta información procede de un texto de Pomponio en el Digesto, en el cual se menciona a un pontífice llamado Sexto Papilio, que redactó una obra conocida como **Ius Civiles Papinianum**. Antes Dionisio de Halicarnaso atribuye a Servio Tulio una recopilación de viejas leyes regias o leyes aprobadas en los comicios Curiados durante la monarquía y cuya recopilación se ha conocido como las **Quincuaginta Decisiones**. Debo significar que romanistas rigurosos como Ferrini, Niebhur y Voigt han aceptado la existencia de esas leyes compiladas por Sexto Papilio, pero otros igualmente serios, como Dirksen, Mommsen y Giraldo, las han negado absolutamente.

<sup>57</sup> Se le conoce también como Código Decenviral porque no fue aprobado por los órganos usuales de la república, sino que lo fue por los *decenviros legibus scribundis*, diez funcionarios que fueron designados para escribir la ley y gobernar a Roma durante un año. Esto fue el resultado de los violentos enfrentamientos entre patricios y plebeyos, y de hecho constituyó un enorme triunfo del plebeyado, que logró quebrar temporalmente el aparato del estado patricio y, al paralelo, alcanzar la vieja demanda de que se escribiera el Derecho.

<sup>58</sup> **Digesto**. L.I. I. 32. § 1. Juliano. **Digesto**. Libro Primero. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1990.

opone a la ley, puesto que nadie tiene dudas de que tiene pleno valor la conocida como costumbre *cum legem*, lo que es tanto como aquella que se ajusta a la disposición de la ley.

La costumbre jurídica o derecho consuetudinario siempre ha tenido determinados requisitos que podríamos considerar como internos y externos. En ese sentido se ha considerado por la doctrina como requisito externo, formal, el que se esté ante la llamada **longeva consuetudo**, es decir, que se trate de actos, conductas, hechos y procederes de verdadera reiteración en el tiempo; usos antiguos, constantes e inalterables. Por supuesto que ese requisito externo ha tendido a asegurar la estabilidad de la norma jurídica asentada en la costumbre, evitando volubilidades e inestabilidades, pero por ello mismo la exagerada exigencia de ese requisito externo ha sido objeto de críticas, que se han apoyado en que en las dinámicas actuales, en ocasiones se abren paso costumbres o hábitos de fuerza jurídica incuestionable y que no pueden exhibir esa enorme antigüedad, lo cual ocurre con frecuencia en la esfera, por ejemplo, del Derecho Marítimo.

El requisito interno es la exigencia que se ha conocido como **opinio iuris**, es decir, una suerte de aceptación pública de la connotación y fuerza jurídica de esos actos repetidos, de esas costumbres, que dejaría clara la voluntad pública de que esa regla reiterada debe tener validez para todos; en otras palabras, es una especie de exigencia de consenso que guarda un fuerte sabor del iuspublicismo romano puesto que en aquel sistema de derecho, el valor de la costumbre, como el de la ley, según vimos del texto de Juliano derivan de que ambas expresan, sin dudas, la voluntad popular, el interés y el deseo del pueblo que, de esa manera, quiere que todos queden obligados, tanto por la ley cuanto por esa costumbre, sea cual sea su duración.

### **Evolución histórica de la costumbre jurídica después de la antigüedad.**

Las costumbres o derecho consuetudinario no sólo fueron la fuente primigenia de todos los derechos antiguos, sino que ulteriormente convivieron con otras formas de normación jurídica, como fue en el caso de Roma, en que aun cuando durante toda la república se extendieron diversas fuentes formales del Derecho, entre ellas las *leges comiciales* o los edictos de los magistrados, ello no significó que las *mores maiores consuetudo* perdieron su valor normativo. El mismo se extendió incluso durante el Principado y posiblemente en cierta medida dentro del domiciado. Como vimos, Justiniano santificó en su Digesto, el ya citado párrafo de Juliano que exalta a la costumbre jurídica y la coloca incluso en ocasiones por encima de la ley, en tanto que admite que una ley deje de tener fuerza obligatoria por el simple desuso.

En el feudalismo subsistieron grandes espacios de derecho consuetudinario, tanto dentro de los feudos, como en los intersticios que quedaban entre las legislaciones insuficientes.

Al advenir la revolución francesa y abrirse paso con la modernidad la sociedad capitalista, el derecho consuetudinario no perdió absolutamente su importancia y presencia dentro del sistema de Derecho romano francés. En otros sistemas es todavía más fuerte. Bastaría considerar que en el sistema del Common Law la costumbre desempeñó y sigue desempeñando un papel singular e incluso en el sistema del Islam, no obstante la existencia del Corán y otras fuentes escritas, se encuentran los Hadices del profeta Mahoma, que no son más que hechos o dichos del profeta, formas veladas de existencia del Derecho consuetudinario, lo cual ocurre también en las llamadas escuelas de ese sistema musulmán.

En esa sociedad burguesa, orientada por el racionalismo filosófico y el correspondiente iusracionalismo que rendía culto a la razón augusta capaz de hacer la ley justa y racional en sí misma, apareció, sin embargo, a finales mismos del siglo XVIII, pero sobre todo en los principios del XIX una fuerte tendencia de renacimiento al reconocimiento de la costumbre jurídica.

Esas ideas fueron portadas, especialmente por la Escuela Histórica del Derecho, de Alemania, cuya figura principal fue Jorge Federico Von Puchta, quien defendió el valor jurídico de la costumbre en una obra paradigmática: **Derecho Consuetudinario**, que data de 1828 y dentro de esa escuela formaron fila, con relieve especial y sobresaliente, Gustavo Hugo y, sobre todo, Carlos Federico Savigny, quien llevaba en sus ideas los aires del romanticismo jurídico y, con ello, cierto apego a la irracionalidad, al historicismo y, por todo eso, al valor jurídico de la costumbre, que opuso con fuerza especial a la codificación, como veremos en el capítulo referido al sistema de Derecho en que haremos referencia a su famosa polémica con Justus Thibaut.

Esa polémica, referida a lo beneficioso o no que fuera una codificación para Alemania, quedó sin visibles vencedores, pero la historia, globalmente, dio la victoria al movimiento codificador, el cual desde el Código Civil Napoleónico de 1804 regó un casi febril movimiento codificador por toda Europa y de rebote colonial, también por la América, y bajo cuyo poderoso impulso codificador la Ley ganaba la primacía como fuente del Derecho y reducía a la costumbre, al menos a un segundo lugar.

De tal modo, la costumbre quedó, en la doctrina y en la mayoría de las codificaciones burguesas reducida a ser fuente supletoria y, lo que es peor aún, admitida sólo como costumbre *sine legem*, porque esas legislaciones, consagrando con toda fuerza a la Ley con la absoluta primacía dentro de las fuentes, declararon con rara unanimidad que contra la ley no prevalece ni el desuso ni la costumbre en contrario, como rezaba el viejo Código Civil español. Sin embargo, el Código Civil español actual, tal como quedó reformado por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974, dispone en su Artículo 1.1 que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Pero queda claro que la costumbre sólo se aplica a falta de la ley o por difícil interpretación de ella, y para llevar más lejos esas consideraciones, el Art. 2.2 dispone que “Las

leyes sólo se derogan por otras posteriores” de donde es evidente que una costumbre no podrá restar eficacia a la ley o, dicho en viejos términos, el desuso ni la costumbre en contrario podrán contra la vigencia de la ley.

Además, ese nuevo Código Civil español exige que la costumbre sea probada. Con ello entraba o tomaba posición dentro de una vieja polémica más doctrinal que de derecho positivo. En el sentido puro, más tradicional e incluso más conservador, se defendió por la vieja doctrina que la costumbre debía probarse en cada caso, puesto que los jueces no podían conocerlas todas, evaluarlas y dar cuenta de ellas con la misma claridad y celeridad con que podían hacerlo en relación con las leyes. Más modernas y dinámicas posiciones doctrinales han defendido que si los jueces conocen las costumbres, no se requieren pruebas especiales de las que se aleguen. En caso de que no se tengan noticias exactas de ellas, bastaría que se acreditaran con una convincente prueba testifical, por ejemplo.

### **La costumbre como fuente de Derecho dentro de los sistemas jurídicos socialistas.**

Con el triunfo de la Revolución Socialista de Octubre primero y la formación del campo socialista de Europa del Este después, se extendió, dentro de la Teoría del Derecho socialista, y especialmente en la soviética, la consideración de que la costumbre era una fuente jurídica obsoleta, que consagraba viejas relaciones humanas, todas necesariamente vinculadas a la dominación y explotación del hombre por el hombre y, en consecuencia, la formación del sistema de derecho socialista debía rechazar a la costumbre como fuente jurídica, para algunos incluso como fuente supletoria, pero siempre debía ser rechazada como fuente aplicable sine legem y, menos aún, contra legem.

A estas argumentaciones se unían otras más importantes, como la consideración de que el contenido del derecho socialista no podía dejarse a la espontaneidad que está presente en las costumbres, incluso en las costumbres jurídicas. Se ha defendido que el sistema jurídico socialista exige la certeza que sólo se obtiene a través del acto normativo, legítimamente producido, en el cual se contenga de modo directo, sin matices ni pasos indirectos, la voluntad política de la clase dominante en nuestras sociedades, es decir, la voluntad de las clases populares.

En este sentido, Cañizares citaba al jurista soviético Branderbuski quien decía que la admisión de la costumbre como fuente legal, inmiscuiría en la actividad de los jueces, preceptos contradictorios al régimen jurídico que es la esencia orgánica del sistema socialista.<sup>59</sup>

Zhidkov, Chirkin y Yudin, escribiendo en años más recientes, asumían con reserva también a la costumbre jurídica, aunque sin los tonos extremos en que se consideró en las décadas de los sesenta y los setenta. En ese sentido afirman que

---

<sup>59</sup> Citado por Cañizares, Fernando. En Ob. Cit. **Teoría del Estado**. Pág.71.



“Al crecer la complejidad de la sociedad clasista, y acelerarse el ritmo del desarrollo social, el papel del Derecho consuetudinario, incapaz de reaccionar rápidamente a las cambiantes condiciones sociales, disminuye, ocupando un lugar cada vez menos importante en el sistema general del Derecho.”<sup>60</sup> Más adelante reconocen, sin embargo, que hay una cierta extensión de la costumbre jurídica sobre todo en la esfera de los llamados “hábitos comerciales”. De cualquier manera, podrá observarse que no se hacen exclusiones ideológicas, sino sólo operativas, considerándose que la costumbre jurídica carece de dinamismo para afrontar y regular al complejo mundo de hoy, lo cual, sin embargo, no se concilia con el hecho de que en una de las esferas más dinámicas como es la del comercio capitalista, se hayan extendido las costumbres comerciales.

Por mi parte creo que no puede perderse de vista, cuando se trata este asunto, que el sistema socialista también puede generar costumbres, hábitos, maneras de proceder sumamente humanas, paradigmáticamente solidarias y altruistas y que, en consecuencia, no todas las costumbres de la sociedad en que vivimos son rezagos conductuales de un pasado que debemos rechazar. Diría que, por el contrario, las nuevas fuerzas sociales, con su cultura y sus valores espirituales diferentes, deben ir constituyendo, y de hecho han ido constituyendo una manera diferente de vivir y de conducirse en sociedad y han ido asentando nuevas costumbres que son exclusivas de nuestras sociedades socialistas. Entonces cabría que nos preguntáramos: ¿Por qué estigmatizar esas conductas y por qué confundirlas con el pasado, con el cual no tienen nada que ver? En esa línea de pensamiento me pregunto: ¿Por qué satanizar a la costumbre pensando únicamente en las costumbres de la sociedad capitalista, llena de maneras de justificar u ocultar la explotación, con su egoísmo y su individualismo, sin tomar en cuenta que cada sociedad crea sus costumbres y nuestra sociedad ha ido decantando nuevas costumbres llenas de la más pura grandeza humana?

No ver así las cosas sería tanto como afirmar que la sociedad civil no se transforma en el socialismo; que la cultura y la vida espiritual no se transforman y siguen atadas a las vejas costumbres. Sería tanto como decir que el socialismo sólo puede derrotar políticamente y económicamente al capitalismo, pero éste nos vence siempre, al final, en las costumbres, en la vida espiritual. Frente a esa manera derrotista de ver la historia definiendo con mirada despejada a la nueva costumbre de nuestras nuevas sociedades y reitero que sobre esto tenemos mucho que pensar y aun examinar sin prejuicios, sin tonos panfletarios, con serenidad y mirada profunda. Entonces quizás lleguemos a la conclusión de que lo más revolucionario, después del triunfo de nuestras revoluciones y del establecimiento de nuestras culturas alternativas, desde el poder auténtico del pueblo, quizás sea restaurar aquel viejo pensamiento romano que concedía a la ley su valor sólo porque emanaba del pueblo y entonces se preguntaba por qué

---

<sup>60</sup> Zhidkov Z. Chirkin V., y Yudin Yu. **Fundamentos de la Teoría socialista del Estado y del Derecho**. Editorial Progreso, Moscú, 1980. Pág. 252.

restar valor entonces a lo que el pueblo decide con su hacer cotidiano, reiterado y consciente en forma de costumbre con valor jurídico.

### **El Derecho precedente como segunda fuente histórica del Derecho.**

El Derecho precedente, como segunda manera o fuente histórica de creación del Derecho, consiste en que éste se derive, no de la ley aprobada por los órganos legislativos, sino por las soluciones que adoptan, ante determinados casos, sobre todo los tribunales, de forma que constituyen una suerte de doctrina, un paradigma de solución, justamente un precedente, al cual deben ajustarse en lo adelante, todos o algunos otros órganos jurisdiccionales.

Se trata de asumir como ley, como norma jurídica, la solución que brinda un tribunal ante ciertos casos, de forma que otros semejantes, -- porque en realidad no existen casos idénticos en la vida,-- deben resolverse según esa doctrina o solución anterior de un tribunal.

En realidad existen distintas formas de precedente, según emanen de órganos jurisdiccionales o de órganos de la administración, de suerte que suele hablarse del precedente judicial --que es el más usual y el que ocupará esencialmente nuestra atención-- y el precedente administrativo, que se establece por órganos de la administración, pero siempre en función jurisdiccional.

Normalmente el precedente como fuente creadora de Derecho se encuentra de dos formas y con matices diferentes el en llamado sistema de Common Law o sistema anglosajón y en el sistema conocido por muchos como continental y que nosotros preferimos calificar como romano francés.

### **El precedente en el sistema jurídico del Common Law o sistema anglosajón.**

El sistema del Common Law tiene mucha importancia para el conocimiento cabal del derecho en el mundo en que vivimos. Ese sistema, fundado esencialmente en el precedente judicial, tiene una singular extensión. Surgió originalmente en Inglaterra, donde se conserva aún como la forma más pura y auténtica del Common Law, pero posteriormente, bajo el sistema colonial se extendió a las que entonces fueron colonias británicas y en la gran mayoría de ellas, al obtener más tarde su independencia, se conservó el mismo sistema de Common Law, que en términos generales rige hoy en Inglaterra, por supuesto, en Irlanda, en Gales, con excepción de Escocia; en Canadá salvo en Quebec, en Australia, nueva Zelania, en la mayor parte de la India y Estados Unidos de Norteamérica, menos la Luisiana, que se rige por el sistema romano francés.

El nombre del sistema de Derecho anglosajón se deriva de la concepción del Derecho medieval inglés que era exclusivamente administrado por los tribunales del reino, los cuales, por falta de amplias legislaciones escritas, aplicaban las costumbres comunes (del inglés, '*Common*') que eran más conocidas, o aceptadas en todo el reino.

El principio en el que se basa el *Common Law*, como ya antes dijimos, es que los asuntos sometidos a los tribunales se deben resolver tomando como referencia las sentencias antes dictadas, en casos semejantes, por otros tribunales superiores, en vez de atenerse, al menos absolutamente, a las leyes escritas promulgadas por el órgano legislativo. Este principio es el que distingue el *Common Law* del sistema del Derecho romano francés y, de hecho de casi todos los demás sistemas jurídicos contemporáneos. En tanto que, como se sabe, en el sistema romano francés y demás sistemas jurídicos, los jueces dictan sentencia ateniéndose a la ley. En el *Common Law*, los jueces se centran más en los hechos del caso concreto para llegar a lo que consideran un resultado más justo y equitativo para los litigantes.

En este sentido, Ronald Dworkin decía " A un abogado se le enseña a analizar las leyes y las opiniones judiciales para extraer de esas fuentes oficiales la doctrina jurídica. Se le enseña a analizar situaciones fácticas complejas a fin de resumir con precisión los hechos esenciales. Y se le enseña a pensar en términos tácticos, a diseñar leyes e instituciones legales que produzcan determinados cambios sociales decididos de antemano." <sup>61</sup>

En estas afirmaciones de Dworkin se aprecia ya como el sistema de Common Law, en los Estados Unidos, como explicaremos un poco más adelante, ha unido ya el precedente con la ley escrita. Sin embargo, en el sistema puro, propio de la Gran Bretaña, no se piense que se trata de algo simplón y empírico, de resultados de lo cual todas las sentencias judiciales crean precedentes. Por el contrario, cuando se reúne un número de sentencias judiciales sobre una serie concreta de respuestas semejantes, se extraen reglas generales o precedentes, que se convierten en guías orientadoras para los jueces que tengan que resolver casos análogos en el futuro. Sin embargo, los casos posteriores pueden contener distintos hechos, o pueden dar lugar a otras consideraciones, derivadas, por ejemplo, de particularidades factuales, circunstancias específicas del nuevo caso o, incluso la existencia de cambios sociales o la concurrencia de otros elementos psicológicos o espirituales en general.

Esto antes dicho determina cierta libertad en los jueces del Common Law, los cuales son, en realidad, relativamente libres, para desmarcarse o disentir de la doctrina establecida por el precedente y disponer una nueva regla al adoptar

---

<sup>61</sup> Dworkin, Ronald **Los derechos en serio**. Editorial Ariel Derecho. España 1995. Título original en inglés: *Taking Rights Seriously*. Artículo. **La Jurisprudencia**. Pág. 44.

una decisión parcialmente diferente o totalmente distinta a la del precedente y, con ello, crear un nuevo precedente, sólo si esa solución es aceptada y usada por otros jueces. De esta manera el Common Law mantiene una continua dinámica de cambio. Como el juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes escribió en su libro **The Common Law** (1881), y nosotros recordábamos en una de las mesas redondas efectuadas con motivo del secuestro de Elián González: “la vida del Common Law no ha sido lógica, sino que ha sido experimental”.

En todos los países en que rige el sistema del Common Law se estructura, como en casi todos los del mundo, una estructura piramidal de tribunales para impartir justicia y llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. En los países en que rige el Common Law, en la base de la pirámide se halla el *trial court*, que son los tribunales de primera instancia. Por encima de los tribunales de primera instancia se encuentran los tribunales de apelación que, como todos los tribunales de esa naturaleza, conocen las controversias suscitadas por incorfomidad con las sentencias dictadas en primera instancia. Estas discusiones se centran, esencialmente, en determinar si los tribunales de primera instancia han aplicado los principios legales correctos y si han extraído las conclusiones adecuadas de los datos de hecho probados. Estas interpretaciones de los tribunales de apelación son las que se constituyen en precedentes y, de hecho, en el Derecho que rige en esos países.

No obstante que el Common Law, por lo que llevamos dicho ha sido conocido como derecho no escrito, porque no está recogido en una ley escrita, en realidad se han ido formando, desde muy antiguo, compilaciones de las principales sentencias en los casos más reiterados. En este sentido se conocen compilaciones, que quizás fueron usadas en forma ocasional, pero que ya existían o circulaban entre el siglo XII y el XVI. A principios del siglo XVII, aparecieron también, en Inglaterra, compilaciones privadas de las principales sentencias judiciales. Estas compilaciones o colecciones tempranas fueron complementadas por algunos tratados académicos, que resumían importantes partes del Common Law, como el de Sir Edward Coke (publicado en 1628) y el de Sir Williams Blackstone (publicado entre 1765 y 1769).. En el siglo XIX empezó a hacerse práctica que los mismos tribunales asumieran la responsabilidad de, primero revisar y después confeccionar las publicaciones de las sentencias, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos.

En Inglaterra, donde surgió y tiene su forma más auténtica, el Common Law se distingue en la práctica, incluso de otros países en que rige ese sistema.

En Inglaterra, en la Edad Media, los tribunales del Common Law que eran siempre laicos, a diferencia de los tribunales eclesiásticos de la Iglesia católica, que predominaron en Europa, tuvieron un sentido más práctico que el

pensamiento dogmático que por lo regular dominó a los tribunales en que predominaba la concepción católica escolástica.

Pero además, no todos los litigios eran resueltos, aún en la antigua Inglaterra por vía del sistema puro de Common Law. Junto a ese sistema o a ese procedimiento judicial y sus principios se abrió paso, desde muy temprano el llamado *Statute Law*, que se atenía a leyes emanadas del Parlamento Inglés, en forma de bills, acts o cualquier otra expresión formal valedera. En los Estados Unidos, el Statute Law también se abrió camino temprano y en ese país se empezó a atener a las normas emanadas del Congreso, sin que la existencia de ese Statute Law, en ninguno de ambos países significara la ruptura absoluta con los principios y los procedimientos del Common Law.

En Inglaterra, además, el Common Law no asumía los asuntos del Derecho mercantil, los cuales eran conocidos por los *mercantile courts*, es decir, las cortes mercantiles. Tampoco se llevaron al Common Law los asuntos puros de Derecho Marítimo, los que se consideraban bajo la competencia del *admiralty court*, es decir, la Corte del Almirantazgo.

En esos países bajo el sistema de Common Law se ha formado también otra vía de administrar justicia, en cierta forma paralela, conocida como el *Equity*, o el sistema de la equidad. Este otro nivel jurisdiccional de la equidad se originó temprano en el Derecho inglés mediante la práctica de que los súbditos se presentaran al monarca para pedir justicia. Más tarde esas reclamaciones fueron delegadas al lord Canciller y más tarde aún a una corte que se llamó Tribunal de la Cancillería. El sistema judicial paralelo de equidad dio nacimiento a un conjunto de normas a las que se les reconoció siempre valor superior al de las establecidas por otros tribunales legales del reino. Al principio, los tribunales del Common Law estaban más vinculados por los precedentes que los tribunales de equidad, que supuestamente dictaban sentencia con más apego a la justicia, exactamente la equidad y, con ello, con más mansedumbre y hasta misericordia.

Con el avance de la Edad Media, el Common Law y el sistema de equidad constituían los componentes esenciales del sistema jurídico de Inglaterra, pero el Common Law fue abandonando sus viejos formalismos y al paralelo la jurisdicción de equidad fue conociendo cada vez menos casos y de esa manera de hecho empezaron a fundirse ambas instancias judiciales, hasta que, finalmente, mediante la Ley de la Judicatura de 1873, se abolió la distinción entre Common Law y jurisdicción de equidad en Inglaterra.

El desarrollo del capitalismo en Inglaterra, incluso desde la misma revolución industrial, fue exigiendo más asentamiento y seguridad en la vida jurídica de Inglaterra, en consecuencia de lo cual, el Parlamento británico se convirtió, con su actuación legisferante, en la fuente principal del Derecho, no obstante lo cual el sistema de Common Law ha mantenido su importancia y sigue

siendo un mecanismo completamente válido en Inglaterra y ex colonias británicas.

Cada vez que abordamos el problema del sistema de Derecho del Common Law surge la duda o la pregunta de si ese sistema es, al fin y al cabo más eficiente o asegura mejor la justicia que el del derecho romano francés, con sus leyes escritas e incluso sus codificaciones.

El Derecho precedente pone la administración de justicia en manos de los jueces, y esa es la clave de la mayor crítica política que puede hacerse al mismo y la cual se hace más firmemente por todos los juristas de formación romanista. En la esencia del pensamiento político jurídico que emana de los principios del Derecho Romano la creación jurídica es facultad soberana absolutamente vinculada con el ejercicio del poder por parte del pueblo; es medularmente la expresión más directa de la existencia o no de la democracia, como veremos en el capítulo en que examinamos la legalidad. A la luz de esa concepción, entonces la creación de las leyes sólo puede depender del pueblo, directamente o, al menos, a través de sus mandatarios que reciben su orden, su mandato expreso. Eso es democracia. En el mundo burgués los mandatarios han sido sustituidos por los representantes, que se colocan en el lugar del pueblo y asumen su voluntad política, con lo cual anulan el sentido soberano del acto de legislar. Pero, de cualquier manera, bajo la visión rigurosa del ejercicio directo de la democracia o bajo el cándido encanto de la representación burguesa, lo cierto es que la ley sólo puede proceder del pueblo, en tanto en el sistema del Common Law son los jueces, nombrados por alguna instancia del Estado, los que hacen el Derecho, al establecerlo mediante sus sentencias que se convierten en precedente y el Derecho es sólo o esencialmente el precedente.

Normalmente se traban discusiones, a veces incluso virulentas, acerca de la mayor o menor capacidad de aproximarse a la justicia del sistema Common Law y el Romano Francés, en función de la mayor o menor estabilidad y seguridad del Derecho en ambos sistemas. Creo en realidad, como apasionado romanista, que esa discusión es de segundo nivel. La clave está en lo que antes dejé expuesto. Sin embargo, si pasamos a esta segunda polémica, tendremos que llegar a la conclusión de que ninguno es, en esto, superior al otro, sino que se trata sólo de que son dos sistemas distintos, diferentes, con sus méritos y sus defectos. La ley legislada y escrita revela y porta estabilidad, seguridad, claridad en su aplicación, pero los defensores del Common Law afirman de inmediato que es descabellado petrificar el Derecho en códigos que, algunos de ellos tienen o han tenido casi o más de cien años de vigencia. Eso es, más o menos, como poner nuevamente en vigor aquella vieja Constitución del 426 de NE. en que se estableció que para cualquier decisión jurídica se consultaran cinco juristas clásicos; la llamada Ley de Citas y el famoso Tribunal de los Muertos que se dice que creó.

Los defensores del Common Law sostienen entonces que, como la vida es cambiante, con una dinámica enorme, el Derecho debe ajustarse a ella y ser también cambiante y dinámico, lo cual se asegura mucho mejor desde ese sistema que desde el legislado y codificado. Los defensores de la ley escrita y la codificación saltan entonces y dicen que al amparo de la actualización y la dinamización del Derecho se quiebra su seguridad, su estabilidad indispensable y, quizás también, su esencial justicia.

Es curioso que en esto sea Ronald Dworkin, connotado jurista norteamericano, quien nos aproxime más a la verdad esencial. Decía el profesor de Harvard: "Podemos sostener (como hicieron algunos autores) que el derecho será económicamente más eficiente si da margen para que los jueces tengan en cuenta el influjo económico de su decisión; pero con eso no se responderá la cuestión de si es justo que así lo hagan, o de si podemos considerar los estándares económicos como parte del derecho existente, o de si las decisiones basadas en el influjo económico, son por esa razón, portadoras de mayor o menor peso moral."<sup>62</sup>

Es que Dworkin, enfrentándose al positivismo de Hart ha defendido un sentido axiológico del Derecho, ha sostenido que el mismo debe estar dotado de ciertos valores esenciales que lo hagan, efectivamente, justo. Ahora aquí vemos que, como ocurre en la realidad, esos valores no dependen de que el derecho se dicte por los jueces o provenga de leyes escritas. Si los jueces piensan según los grandes valores e intereses de la justicia y del pueblo, entonces sus sentencias serían justas. Pero tristemente no es así. Si los parlamentarios, en todas partes pensarán y legislarán según la justicia y los intereses populares, entonces sus leyes serían justas. Pero tristemente, tampoco es así. De donde se deriva que la justicia de un sistema no deriva de sus formas técnicas, sino de su esencia política, y de las fuerzas sociales que lo dominan y dictan sus rumbos esenciales.

### **La jurisprudencia como forma del precedente judicial en el sistema romano francés.**

En los sistemas de base romano francesa, como casi todos los de Europa occidental y los que en América proceden del colonialismo español, portugués y francés, el Derecho se fundamenta en la ley, normalmente escrita e incluso en las codificaciones. En esos sistemas, en consecuencia, el precedente judicial ha sido asumido siempre con mucha cautela o ha sido absolutamente rechazado.

En realidad, desde la óptica del iuspublicismo romanista más puro, la creación del Derecho es sólo facultad y atributo del pueblo (que en Roma se identificaba, con un sentido restrictivo, como *populus*), pero nunca puede quedar en manos

---

<sup>62</sup> Dworkin Ronald. **Los derechos en serio**. Editorial Ariel Derecho. España 1995. Artículo **La Jurisprudencia**. Pág. 50

del juez, por muy investido de sentido de justicia y equidad que el mismo se encuentre.

Sin embargo, en ese sistema de Derecho romano francés, se ha admitido, en determinados momentos y circunstancias, una variante del precedente judicial que es la llamada **jurisprudencia o doctrina legal**.

El vocablo jurisprudencia procede de las voces latinas *juris* (Derecho) y *prudentia* o *prudents*, que hace alusión a la virtud de la prudencia, de la sabiduría. De tal modo, en el Derecho romano clásico la jurisprudencia era asociada o sinónima de la ciencia del Derecho, del arte de lo bueno y lo equitativo o, como también dijera Ulpiano en el Digesto, del “conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo que es justo e injusto.”

Posteriormente, con el desarrollo del pensamiento modernista en el orden jurídico, la jurisprudencia se identifica con la doctrina que sientan los tribunales cuando interpretan de una manera, varias veces, con reiteración, una norma jurídica.

Quisiera aclarar que la jurisprudencia, en ese sentido propio del sistema jurídico romano francés, se diferencia del precedente puro del Common Law porque, primero que todo, la jurisprudencia se deriva de la interpretación de normas, leyes y disposiciones que están escritas o son conocidas, a contrario sensu del Common Law en que todo el Derecho deriva de asumir las soluciones semejantes brindadas en otros casos por otros tribunales de apelación.

Aquí, en el sistema de jurisprudencia, los tribunales cuentan con normas, pero las mismas deben ser interpretadas. Entonces ocurre que en ocasiones la interpretación de una disposición jurídica es difícil y, ésta es la segunda característica distintiva de la jurisprudencia en el sistema romano francés, cuando el máximo tribunal, es decir, cuando el Tribunal Supremo y sólo el Tribunal Supremo, reitera la misma interpretación de un precepto, se dice que sienta jurisprudencia, que crea una doctrina jurídica.

Sin embargo, queda subsistente determinar si la jurisprudencia, la doctrina legal, en los países de sistema romano francés constituye siempre o suele constituir una fuente oficial del Derecho.

En muchos países de dicho sistema jurídico existen enormes ambigüedades en torno al nivel de exigibilidad de la jurisprudencia como fuente de Derecho.

En el caso de Cuba, antes del triunfo revolucionario, la situación era verdaderamente curiosa: de hecho, en el Art. 6 del viejo Código Civil español, en que se establecían las fuentes jurídicas aceptadas por el sistema, no se hacía ninguna mención a la jurisprudencia como fuente de Derecho. Desde ese punto de vista habría podido afirmarse que, técnicamente, a la luz del Código Civil, la jurisprudencia no era ni nunca tuvo valor como fuente ni siquiera supletoria. Sin embargo, las cosas anduvieron por otros caminos. Resulta que la Orden Militar No. 92, de 26 de julio de 1899, del gobierno interventor norteamericano, que estableció las regulaciones del llamado Recurso de Casación que se interpone ante el Tribunal Supremo, tanto por infracción de la ley, cuanto por



quebrantamiento de las formas procesales exigidas, otorgó el Recurso de Casación por lo que llamó *infracción de doctrina legal* y entonces explicó que “*una doctrina legal perdura y es de obligatoria observancia*, siempre que de la aplicación del precepto legislativo se trate y los accidentes y circunstancias del interior del caso que deba juzgarse sean sustancialmente idénticos a los de las anteriores controversias.”<sup>63</sup>

Entonces, pasada literalmente por debajo de la mesa, en franco contrabando jurídico, la jurisprudencia se asentó, con fuerza indiscutida como una real fuente formal del Derecho cubano. Baste recordar que en varias sentencias, el Tribunal Supremo cubano de entonces insistió en ese valor. De ellas merece citarse la No. 122, de 15 de septiembre de 1926, de la Sala de lo Civil, en la cual se declaró que “cuando en materia civil existe una doctrina legal establecida, la concurrencia de condiciones propias *de esta fuente de Derecho...*”<sup>64</sup>

De tal manera, en la vida jurídica prerevolucionaria, aunque no lo era oficialmente, porque así no lo declaraba el precepto legal que establecía las fuentes formales válidas, como hemos visto, de hecho se había abierto paso con fuerza especial en el sistema jurídico.

Sin embargo, pese a esa fuerza especial, en el Derecho Penal, aunque muy influyente, siempre fue asumida con cautela. Cañizares cita al gran maestro penalista Jiménez de Asúa quien afirmaba que los tribunales podían apartarse en los casos concretos de las doctrinas legales afirmadas mediante la jurisprudencia y ponía de relieve que, sobre todo, no existió nunca una sanción para el juez o tribunal que no se atuviera a los límites de la reiterada doctrina legal.

En la Cuba de la Revolución está absolutamente dirimido que la jurisprudencia o la doctrina legal no es fuente formal del Derecho; no obliga a los jueces, no impone su imperio sobre sentencias posteriores. Los tribunales están vinculados exclusivamente a la Ley y a ella se deben, con plena capacidad de libre y responsable interpretación. Ahora bien, sin perjuicio de ello, siempre sostengo que una posición inteligente en el ejercicio profesional exige estar muy al tanto de las consideraciones doctrinales que se van estableciendo por las distintas salas del Tribunal Supremo, aunque sólo fuere por la sencilla razón de que cualquier juicio, llevado hasta sus últimas consecuencias, concluye o debe concluir con un Recurso de Casación en una de dichas salas y, por supuesto, nada podrá evitar que en los mismos se reiteren los criterios doctrinales que han sido sostenidos frecuente o reiteradamente.

### **El acto normativo como fuente histórica del Derecho.**

La que ha sido históricamente la tercera fuente del Derecho, pero al mismo tiempo la que ha devenido más extendida e importante es el conocido como acto

<sup>63</sup> Citado por Fernando Cañizares. **Teoría del Estado**. Ed. Cit. Pag. 76.

<sup>64</sup> *Ibídem*.

normativo, es decir, el conjunto de pasos, procedimientos, mecanismos y autoridades u órganos que crean el Derecho, que establecen preceptos jurídicos como un acto consciente del aparato Estatal.

Dentro de la Teoría del Derecho, en ocasiones el acto normativo se estudia con cierta independencia, como algo más que fuente formal del Derecho y, en consecuencia, se le brinda un espacio particular, identificándose como la teoría del acto normativo, en la cual no sólo se estudia como fuente del Derecho, sino que se examinan sus mas usuales expresiones y, en íntima relación con ello, se estudia también la vigencia y derogación de los actos normativos.

Nosotros queremos concebirlo ahora como fuente del Derecho, como manera de crear el Derecho y, posteriormente haremos unas brevísimas alusiones a las formas de derogación general de los actos normativos. Por supuesto, la mejor y más detallada consideración sobre todo esto se debe hacer y se hará desde la perspectiva del estudio del Derecho Constitucional.

### **La ley como acto normativo por excelencia.**

Cuando se habla del acto normativo, puede hacerse en sentido lato, general, aludiendo a todas las formas jurídicas, de cualquier jerarquía, mediante las cuales se crean, por diferentes autoridades estatales, normas de carácter legal. Sin embargo, en esencia, el acto normativo en sentido estricto suele reducirse a la ley, técnica y exclusivamente entendida, como norma legal del rango mayor, debajo de la Constitución y con fundamentación y formalidades que la colocan por encima del resto de la normatividad jurídica de un país, cualquiera que ésta sea.

Si nos referimos al modelo iuspublicístico más acabado de la antigüedad, es decir, a la República romana, encontramos que las *leges comiciales*, la *lex*, siempre tuvo un significado diferente y se le reconoció investida de un nivel de autoridad que no podía ser igualado.

En la vieja Roma, desde la época monárquica existían distintas fuentes del Derecho y la primera, más antigua e incluso absoluta en los primeros tiempos, posiblemente en gran parte de la monarquía, fueron las *mores maiores consuetudo*, es decir, las costumbres.

Sin embargo, muchos sostienen que aún bajo la misma Monarquía existió una dudosa y pálida producción jurídica de los Comicios, Curiados y Tribales primero y Centuriados después de la reforma de Servio Tulio.

La tradición se refiere a la existencia de unas *Leges Regias*, es decir, leyes reales que fueron sancionadas por los Comicios Curiados. En ese sentido, Dionisio de Halicarnaso atribuye a Servio Tulio cincuenta de esas leyes, que se han conocido como las **Quincuaginta Decisiones**. Por otra parte, Pomponio, en el Digesto habla de leyes curiadas desde Rómulo, que fueron compiladas por un Pontífice llamado Sexto Papirio, en una obra que se ha conocido como *Ius Civiles Papinianum*.

Sin embargo, todo parece indicar que esas disposiciones, más que normativas jurídicas eran un conjunto manual de ritos sacros. La crítica romanista se dividió profundamente en cuanto a la existencia de las *leges regias*: por un lado Ferrini, Niebuhr y Voigt entre otros, aceptan la existencia de esas leyes, en tanto Dirksen, Mommsen y Giraldo, las niegan absolutamente.

Ahora bien, desde el perfeccionamiento estructural de la República, que se completa con la elección del Tribunado, no cabe duda de que la Ley, la *Lex* romana pasa a ser la fuente principal del Derecho, que compite directamente con la costumbre, como se deriva del texto conocido de Juliano en el *Digesto Justiniano*.

La *Lex* parece ser que era el resultado jurídico de diferentes Comicios, de modo que podían dictar *leges*, tanto los Curiados, como los Tribales y los Centuriados, cada uno de ellos dentro de una cierta especialización que se fue imponiendo lentamente, hasta que los Centuriados absorbieron, de hecho, la labor legislativa. Antes de que Roma se deshiciera plenamente de su vida gentilicia, cuando aún no había cobrado plena forma la organización política de aquella sociedad, la *Lex* era el acuerdo de las asambleas en las cuales el Rex, que era un verdadero basileus, un igual entre iguales, desempeñaba un papel de escasa prevalencia. Posteriormente la *lex* fue siendo cada vez más instrumento jurídico pleno, el principal, durante un largo período y entonces surgieron los conceptos y las definiciones que sobre la *Lex* se dio el romano, llenos los mismos de verdadera altura, sobre el valor y el contenido de las leyes.

Entonces para el romano la ley era, valía y derivaba su supremacía, exclusivamente de que expresaba la voluntad del pueblo. Gayo decía al respecto que “La Ley es lo que el pueblo ordena y establece.” D.I.1.3.

Por supuesto, no me canso de insistir en ello, el concepto de pueblo no existía entonces, el mismo es obra ficticia del movimiento revolucionario burgués del XVIII. Los romanos hablaban del *populus*, que era, también lo sabemos, no un concepto incluyente, sino, por el contrario, absolutamente excluyente: originalmente eran parte del *populus* sólo los patricios, ulteriormente pudieron ser considerados tales también los plebeyos, pero nunca llegaron a serlo, ni los esclavos, tardíamente los libertos y jamás los *hostes* o extranjeros y, menos todavía, los *dediticios*.

Es por eso que Papiniano dice que la “Ley es precepto común, consulta de varones prudentes, coerción de los delitos que se cometen por voluntad o ignorancia, y promesa solemne común de la República.”<sup>65</sup>

En ese mismo sentido, Marciano, en el *Digesto* atribuye al orador Demóstenes afirmar, entre otros particulares, que la ley es “pacto común de la ciudad, (*civitas*)” y en el mismo Título III. Del Libro I. Del *Digesto*, se atribuye a Modestino, de su libro Reglas, Libro I, la afirmación de que “La virtud de la ley es esta: mandar, vedar, permitir, castigar.”<sup>66</sup>

<sup>65</sup> *Digesto*. Papiniano. Definiciones. Libro I. T.III.1. Edición citada del *Digesto*. Pág. 61.

<sup>66</sup> *Digesto*. Modestino. Reglas, Libro I. D. 1.3.7. Edición cit. Pág. 63.

Los romanos distinguieron pronto la ley, por su origen y sentido, del plebiscito que era el resultado legislativo o el que ahora llamaríamos acto normativo emanado de los Concilios de la Plebe, que mediante una sucesión de leyes llegaron a tener casi igual jerarquía práctica que las leyes comiciales, pero sólo tardíamente. De hecho, creo que nunca llegó a subsumirse absolutamente, al menos en la más fina doctrina romana, el plebiscito dentro de la *lex*.

Asimismo se distinguió pronto la ley de las normas que se dictaban para reglamentar casos particulares. Fue aspiración muy clara, desde tiempos bien remotos, de brindar a la ley el contenido más general y abstracto, es decir, proveerla de uno de los atributos que ulteriormente, en la doctrina jurídica moderna, se consideran consustanciales con ese alto acto normativo: su generalidad y abstracción. En ese mismo sentido, el Digesto, tantas veces citado, recoge las extraordinarias afirmaciones de Pomponio, (*Comentarios*) a Sabino. Libro XXV. “Conviene que los derechos se constituyan, según dijo Teofrasto, sobre lo que sucede las más de las veces, no sobre lo inopinado.”<sup>67</sup>

Por eso mismo, desde los primeros momentos la forma de aprobación y antes discusión de las leyes, es decir, el acto normativo mismo, el procedimiento para la creación legal, estuvo investido de ciertas solemnidades.

En el seno de los comicios en que se aprobaban las leyes, los funcionarios o magistrados de más alto rango, investidos del llamado **ius agendi cum populo** (derecho de actuar con el pueblo) y que sólo disponían del mismo los Cónsules, Pretores y Dictadores, presentaban a la asamblea el proyecto de Ley (la rogatio). Ese proyecto era dado a conocer por el magistrado postulante, mediante la conocida como **promulgatio** y se le fijaba en tablas de bronce o madera, dejándolo expuesto al conocimiento del comicio por un lapso que, normalmente

---

<sup>67</sup> Digesto. Pomponio. Comentario a Sabino Libro XXV. D.1.3.3. Edición cit. Pág. 61.

era de 24 días. Durante ese tiempo, el pueblo celebraba reuniones informales sin formación de tribus o centurias y discutía a viva voz el proyecto. Hay que tener presente que los Tribunos de la Plebe, provistos del **ius intercesiones**, derecho de veto, podían en este estado impedir la discusión y aprobación ulterior de la rogatio. Llegado el momento de la votación, se reunía el pueblo, ahora en **comitium**, es decir, por tribus, curias o centurias, según fuera el Comicio de que se tratara y, si los auspicios eran favorables, se procedía a la votación que era escrita y secreta desde la Lex Papiria del 131 a.n.e.

Hay que advertir que tantas eran las presiones políticas sobre los ciudadanos según fue avanzando la república, que los romanos, sinceramente cuidadosos de que no se empañara la libertad de votar sus leyes, adoptaron el hábito de escribir dos tablillas de votación: En una escribían **U.T. Uti rogas**, es decir, como pides, doy mi beneplácito. En la otra escribían lo contrario, **A**, que equivalía a **antiquo**, es decir, no. Entonces escondían ambas bajo la toga y echaban en la urna la que habían decidido, sin que nadie pudiera saber cuál de ambas fue.

Si la votación era favorable, el magistrado anunciaba la aprobación de la rogatio y su elevación al rango de lex.

Vale la pena todavía decir que toda Lex comicial tenía varias partes: a) la **praescriptio**, o preámbulo en que se contenía el nombre del magistrado ponente, la fecha en que era sometida a Comicio, ya cual de ellos lo había sido, así como la Centuria o Tribu que había votado primero; b) el texto de la lex o **rogatio** y c) **las sanctio** o disposiciones sancionadoras para los infractores del mandato legal, con lo cual se advierte subyacente la estructura lógica que tiene que tener toda norma jurídica, como veremos en la teoría de la norma.

Con lo anterior he querido poner de relieve, que desde el Derecho Público Romano, la Ley es considerada el acto normativo por excelencia, apoyando esa consideración en determinaciones tales como: es el que emana absoluta y directamente de la voluntad popular, emitida directamente como en los viejos comicios romanos, o en los actuales plebiscitos, o bien indirectamente a través de los representantes o mandatarios, en la lógica de la democracia representativa burguesa. De otro lado, la Ley es superior, por su contenido y alcance. En ella se recogen prescripciones generales, abstractas, lo más universales posible; la ley no se limita o se pierde en particularidades y, finalmente, la Ley persigue siempre un cierto sentido de permanencia, de salir del tiempo y valer durante largos trechos epocales; no nace, por lo regular, circunscrita a un momento determinado.

Existen otros actos normativos de menor rango en todos los sistemas jurídicos de cualquier país del mundo, de manera que podemos hablar de los actos normativos, como fuentes de Derecho, en sentido lato, aludiéndolos a todos, es decir, Leyes, Decretos, Resoluciones, Decretos Leyes, etc.; o en sentido estricto, referido sólo a la Ley.

## Las fases del acto normativo.

El desarrollo del constitucionalismo burgués, sobre todo a partir del siglo XIX fue conduciendo a que casi todas las constituciones establecieran, con mayor o menor minuciosidad, los pasos indispensables en el proceso de formación del acto normativo o, dicho en otros términos, el procedimiento requerido para asegurar la legitimidad de la función legisferante.

En cada una de las fases del acto normativo entran en juego, de manera evidente, cuestiones que atañen al sentido democrático del proceso legislativo y a las garantías de limpieza y participación a que debe responder.

En esencia, con mayor o menor detalles, suelen admitirse seis fases esenciales en el proceso del acto normativo cuando se trata, insisto siempre en ello, del mayor nivel, es decir, del acto normativo de la ley o acto normativo en sentido estricto.

Esas fases o etapas esenciales del proceso del acto normativo son, en sentido casi general: a) la iniciativa legislativa; b) el proceso de discusión del proyecto legislativo; c) la votación y aprobación del proyecto; d) la promulgación del acto normativo; e) la publicación y f) la entrada en vigor.

En cada una de estas fases existen cuestiones de orden teórico y práctico que deben ocupar brevemente nuestra atención.

### *La fase de la iniciativa legislativa.*

Es evidente que tratándose el acto normativo de un proceso complejo, vinculado a la esencia misma del poder soberano del pueblo, que corre por cuenta de un órgano especial y esencial dentro del mecanismo estatal, como es el órgano legislativo, al cual se atribuyen determinadas formalidades constitutivas y se supone depositario de la voluntad popular; dando por supuesto todo esto, repito, resulta evidente que el inicio de un proceso de examen de un acto normativo no puede ser caprichoso ni puede quedar por cuenta de cualquiera que irresponsablemente pretenda mover, incluso a cada instante, los esfuerzos de ese delicado órgano legislativo.

De ello se desprende que desde los más remotos tiempos, la posibilidad de promover el examen de un acto normativo ha sido limitada, ha estado en manos de algunos individuos dentro de la sociedad o incluso del mismo mecanismo estatal y además ha estado sujeto a ciertos requisitos formales.

Es por eso que en casi todos los cuerpos constitucionales contemporáneos y en la doctrina jurídica usual, se han establecido claramente cuáles son las personas, órganos, autoridades o instancias, particulares, sociales, es decir, de la sociedad civil, o del mecanismo estatal, que están provistos de **iniciativa legislativa**.

En ese sentido suele hablarse de: a) **la iniciativa legislativa**, propiamente dicha, es decir, procedente de los mismos integrantes del órgano legislativo; b) **iniciativa ejecutiva**, procedente del órgano ejecutivo; c) **iniciativa judicial**, que

competen, no a todo el sistema de administración de justicia, lo cual no ocurre en ningún lugar, sino a las más altas autoridades de ese sistema y, d) finalmente, la **iniciativa popular**, que se ha incorporado recientemente en las constituciones de corte social, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial.

#### **a) La iniciativa legislativa.**

Es la que compete a los miembros de los órganos legislativos. Sin embargo, en ciertos marcos constitucionales los congresistas o legisladores no pueden, personalmente, presentar proyectos de leyes, sino que tienen que hacerlo a través de comités a los cuales pertenecen dentro del Legislativo, o en bloques partidistas o cualquier otra forma que, en definitiva, exige una cierta concertación más o menos complicada para que el legislador, diputado o parlamentario, pueda presentar un proyecto de acto normativo. Por supuesto que en casi todos los casos los presidentes de las cámaras, cuando hay bicameralismo, o de la Asamblea cuando es unicameral el cuerpo legislativo, suelen tener esa facultad de iniciativa.

Si miramos nuestro texto constitucional, reformado en 1992, encontramos que la iniciativa legislativa abarca todo el espectro teórico antes indicado y que, en cuanto a la iniciativa legislativa propiamente dicha, es absolutamente amplia y sin cortapisas. En ese sentido, el Art. 88 de la Constitución declara que la iniciativa de las leyes compete: a) a los diputados de la Asamblea Nacional del Poder Popular, sin aludir limitaciones ni otros requisitos de concertación; b) al Consejo de Estado, que es, constitucionalmente, el órgano que representa a la Asamblea Nacional entre período y período de sesiones. Ahora bien, a nuestra manera de ver, como quiera que el Consejo de Estado es, por definición también constitucional, un órgano colegiado, cuando aquí en el Art. 88 se dice que puede ejercer la iniciativa legislativa, se está refiriendo al órgano tal como debe ser y funcionar, es decir, como órgano colegiado, y no a cada uno de los miembros del Consejo individualmente. Claro que podría señalarse que esa aclaración es inocua o fútil, porque los miembros del Consejo de Estado son, todos, diputados, y por tanto, como tales siempre podrían proponer proyectos de leyes. De ello no caben dudas, pero tampoco de que una cosa es un proyecto promovido por un diputado aislado, dentro de 601 que constituyen hoy el máximo órgano de poder y con capacidad jurisferente en Cuba, a un proyecto presentado bajo la autoridad orgánica del Consejo de Estado, como cuerpo esencial de la misma Asamblea.

Del mismo modo, el inciso ch) del mismo Art. 88 concede la iniciativa para presentar proyectos de leyes a las comisiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, lo cual también es, sin duda, una variante dinámica de iniciativa otorgada al órgano legislativo mismo, pero ejercido ahora, no aisladamente por un diputado, ni por el Consejo de Estado, sino por una de las múltiples comisiones de la ANPP que, a mi juicio, tendría que hacerlo también como

órgano, es decir, contando al menos con la mitad más uno de los legisladores que integran esa comisión.<sup>68</sup>

### **b) La iniciativa ejecutiva.**

Es la posibilidad que en algunos cuerpos constitucionales se confiere al órgano ejecutivo para que, directamente, sin tener que acudir a intermediarios, puedan promover la confección de actos normativos en el órgano legislativo. Creo que no sería exagerado decir que en el constitucionalismo moderno se ha hecho ya un lugar común conceder esa forma de iniciativa, como expresión indudable de la fuerza que han venido asumiendo los ejecutivos en los contextos, no sólo del llamado estado social, sino en general en las nuevas correlaciones de fuerzas políticas mundiales. Esta iniciativa, en los sistemas presidencialistas se concede al Presidente y a los ministros, y en los sistemas parlamentarios, al Primer Ministro o al Presidente del gobierno, como en el caso de España.

Nuestra Constitución, en el reiterado Art. 88 la concede también, cuando en su inciso c) la otorga al Consejo de Ministros, que en el Art. 95 del mismo cuerpo constitucional se define como “... el máximo órgano ejecutivo y administrativo y constituye el Gobierno de la República.”

### **c) La iniciativa judicial.**

Es la que suele concederse a los más altos órganos del sistema jurisdiccional de cada país, es decir, al más alto Tribunal dentro del mecanismo de órganos de administración de Justicia. En general, esta iniciativa no suele ser absoluta, sino casi siempre referida a cuestiones que tengan que ver con la misma administración de justicia.

En Cuba también el precitado Art. 88 del texto constitucional la concede en el acápite e) al Tribunal Supremo Popular, en materia relativa a la administración de Justicia, y por si fuera poco la extiende también en el inciso f) a la Fiscalía General de la República, en materia de su competencia.

Sobre ese tipo de iniciativa y sin inundar el terreno del Derecho constitucional quisiera sólo hacer dos observaciones: ante todo me queda claro que esa iniciativa no se concede a los magistrados del Tribunal Supremo, sino a ese cuerpo jurisdiccional de superior nivel y, por tanto, en rigor interpretativo habría que entender que dicha iniciativa sólo corresponde, a nombre del mismo, a su Consejo de Gobierno. En cuanto a la Fiscalía digo otro tanto: no podría pretenderse que esa iniciativa alcanza a todo el cuerpo de fiscales, sino única y exclusivamente al Fiscal General de la República, pero cuando se dice que será en materia de su competencia, se alude a algo bien impreciso, puesto que resulta que la Fiscalía, también por mandato constitucional, es garante de la legalidad

---

<sup>68</sup> Cada vez que en este texto citemos la **Constitución de la República de Cuba** lo haremos según el texto modificado en 1992 y editado por Editora Política. La Habana, 1992.



socialista y, en consecuencia, tendría competencia para promover cualquier proyecto de acto normativo, por la sencilla razón de que en todo caso siempre sería alegable una directa o indirecta afectación de la aludida legalidad socialista.

#### **d) La iniciativa popular.**

La práctica de asumir en muchos o casi todos los textos constitucionales la llamada iniciativa popular es, evidentemente, una muestra del fehaciente reconocimiento del Estado burgués contemporáneo de que sus mecanismos de representación son inoperantes y de que la voluntad popular no se deja escuchar en los órganos legislativos de manera auténtica.

No otra interpretación puede brindarse al hecho de que las constituciones del presente siglo hayan incorporado todas, con curiosa unanimidad, la fórmula de que el pueblo pueda, de modo más o menos directo, cumpliendo determinados requisitos, llegar al órgano legislativo y proponer ante el mismo el análisis de un acto normativo.

En las fórmulas doctrinales del demoliberalismo decimonónico, los parlamentos u órganos legislativos eran representantes de la población, primero, y después, por curioso malabar político, de ese ente abstracto e inasible que se dio en llamar, *la nación*. Supuestamente los legisladores llevaban, en esos órganos legislativos o parlamentarios, la voz del pueblo, de sus electores. Poco a poco se fue viendo claro que no eran mandatarios de esos electores; que no obedecían sus mandatos, ni expresos ni tácitos, sino que eran, nada más y nada menos, que sus representantes, pero ese sentido de representación, aunque con un cierto oropel iuspublicístico, se inspiraba, absolutamente, en la representación privatista y, en consecuencia, suponía y supone la enajenación de la voluntad del elector, que la cede cándidamente al elegido y éste se desliga de ella, no da cuenta, hace lo que considera pertinente, no consulta al pueblo “ignorante”, lo abandona y, en el fondo, lo desprecia.

Entonces empezaron los esfuerzos por lograr que ese pueblo se aproximara a aquellos augustos hemisferios donde algunos ungidos, usurpando su voluntad y soberanía política, dictaban las leyes que interesaban únicamente a los poderosos y, el pueblo fue obteniendo la fórmula de la iniciativa popular.

En realidad, lo señalo sin duda alguna, esa iniciativa popular, tal cual suele recogerse en los textos constitucionales contemporáneos parece ser de poca factibilidad. En la mayoría de los casos se exige que concurren, a solicitar el inicio de la discusión de un acto normativo, no menos de 50 mil o 100 mil habitantes, electores, con todos los requisitos formales. En ocasiones no sólo se exigen esas firmas, sino otros elementos probatorios de identidad que hacen prácticamente imposible conseguir tales caminos para advenir a las puertas de los parlamentos burgueses.

Nuestra Constitución, para no separarse de las prácticas constitucionales contemporáneas también recogió la fórmula de la iniciativa popular, pero a mi manera de ver le incorporó variantes muy superiores, verdaderas y prácticas. En ese sentido, el repetido Art. 88 señala en su acápite g) que corresponde también la iniciativa legislativa “ a los ciudadanos. En este caso será requisito indispensable que ejerciten la iniciativa 10 mil ciudadanos, por lo menos, que tengan la condición de electores.” Quiero significar que la cifra exigida, como puede verse es, sin duda, muy inferior a las ordinarias en otras constituciones. Pero lo que considero más trascendental es que en el inciso d) del mismo Art. 88 se confiere la iniciativa legislativa al Comité Nacional de la Central de Trabajadores de Cuba y a las Direcciones Nacionales de los demás organizaciones sociales y de masas.

De tal modo, con esa redacción y esa práctica, se pone en marcha un mecanismo de fluir dinámico entre la sociedad civil cubana y su sistema jurisferante en el cual, de forma verdaderamente realizable, las bases sociales, la ciudadanía reunida en sus distintas organizaciones puede elevar, a través de ellas, hasta el cuerpo legislativo, sus proyectos de actos normativos, como se ha hecho con cierta frecuencia, sobre todo por la Federación de Mujeres Cubanas, la Central de Trabajadores o la organización del campesinado cubano.

### ***La fase de la discusión del proyecto.***

Es la fase o etapa en que el proyecto, ya en el interior del cuerpo legislativo, entra en debate, en examen, en análisis y discusión.

Esta fase presenta múltiples problemas, todos ellos sugestivos y significativos desde el punto de vista de la Teoría del Estado y del Derecho, pero también y sobre todo desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

Ante todo quisiera dejar claro que las problemáticas del debate difieren sustancialmente según se trate de legislativos unicamerales o bicamerales y, como es fácil suponer, se complican mucho más cuando los proyectos deben pasar no por una cámara legislativa, sino por dos.

En la historia del bicameralismo y de sus complicaciones operativas abundan ejemplos que son casi asombrosos. Tal es el caso del régimen legislativo implantado por el gobierno del Consulado, encabezado por Napoleón Bonaparte a partir del golpe de estado del 19 Brumario del año VIII (10 de noviembre de 1799) y que se ajustó a las normativas de la Constitución del año VIII. El proceso legislativo adquirió en esas condiciones una de sus más diabólicas expresiones de complejidad: los proyectos de leyes, de actos normativos, debían ser aprobados por el Consejo de Estado, que era una suerte de cuerpo colateral del ejecutivo constituido por los tres Cónsules. El Tribunado, que estaba compuesto por cien miembros, debía discutir esos proyectos, pero no los votaba; entonces el Cuerpo Legislativo, que se conocía como asamblea de los 300 mudos, los aceptaba o rechazaba, pero sin poder discutirlos. Finalmente, el

Senado, cuerpo vitalicio compuesto por ochenta miembros, constituía un cuerpo encargado de vetar la Constitución y los proyectos legislativos.

No es difícil advertir que en la mayoría de los Estados modernos se ha ido imponiendo la práctica de pasar al bicameralismo. En esos casos, la llamada cámara baja se elige de forma habitual mediante elecciones directas y suele tener más dinamismo en los procesos de iniciativa legislativa, además que la discusión de los proyectos, ya abiertos a debate, suele comenzar por ella; la cámara alta se forma por representación indirecta, o por representación directa pero restringida a ciertas categorías ocupacionales, territoriales o hereditarias. Éste no es el caso en España ni en América Latina, en donde ambas cámaras se eligen directamente por sufragio universal. La justificación teórica tradicional para la existencia de la cámara alta ha sido, precisamente, que influye en la moderación y el retraso de los debates de nuevos actos normativos, de la legislación que procede de la cámara baja, limitando así los efectos de una opinión pública impulsiva o demasiado volátil. Unos cuantos Estados, sin embargo, tienen legislaturas unicamerales.

Los diferentes cuerpos del aparato legislativo tienen distintos nombres en todo el mundo como Congreso, Parlamento, Dieta, Asamblea o Asamblea Legislativa y Cortes.

Una cuestión presente en la fase de la discusión, con independencia del sistema unicameral o bicameral, es el requerimiento del debido quórum, es decir, del número de legisladores requerido para iniciar los debates. Al respecto es bueno tener en cuenta que suelen solicitarse, normalmente, los llamados quórum ordinarios, es decir, la mitad más uno de los legisladores, pero en circunstancias especiales los textos constitucionales o los reglamentos legislativos exigen quórum cualificados, de una proporción mayor de legisladores presentes.

El mismo proceso de debate se ha complicado extraordinariamente, en tanto intervienen comités, subcomités, minorías congresionales, idas y vueltas que en ocasiones hacen casi eterno el tratamiento de los proyectos.

En nuestra patria, algunos se sorprenden de que el órgano legislativo, la Asamblea Nacional del Poder Popular se reúna sólo dos veces al año en sesiones ordinarias. Se preguntan cómo puede cumplir su función legisferante en tan poco tiempo. La respuesta hay que encontrarla en el papel que desempeñan las Comisiones Permanentes entre período y período de sesiones, que se asisten o pueden asistirse de otras ad hoc y que, de hecho, mantienen una labor permanente de estudio, debate, consulta y preparación del análisis final que hace el plenario de la Asamblea cuando se constituye como tal.

Mención especial creo que merecen algunos momentos, pasos o trabajos dentro del proceso o fase misma del debate del acto normativo. Me refiero a necesarios trabajos sobre la depuración del estilo; el tratamiento de las

ponencias adjuntas, los reglamentos sobre la forma de discutir y votar el cuerpo del proyecto y sus enmiendas, etc. Además, signifíco especialmente el papel que desempeñan en esa etapa algunas comisiones especializadas, como en nuestro caso, la de Asuntos Constitucionales y Jurídicos, que realiza una suerte de depuración o control constitucional previo, verificando, ante cada nuevo proyecto de acto normativo, si el mismo se aviene, en términos generales, a la letra y el espíritu de la Constitución.

***c) La fase de la aprobación del proyecto.***

La aprobación de un acto normativo se deriva, por supuesto, del voto favorable otorgado al mismo por el número de legisladores que en cada caso, según la constitución y el acto normativo de que se trate, se establezca en las constituciones, las leyes o los reglamentos legislativos.

Con la aprobación del acto normativo queda dado el beneplácito jurisferante al proyecto; se convierte de simple documento en discusión en un documento que ha sido reconocido por el cuerpo legislativo.

En relación con esta fase está presente el problema del voto legislativo. El mismo, según el país y la naturaleza de los actos normativos que se discuten, puede ser, o bien simple o público, que se produce levantando las manos los legisladores, casi siempre llevando en ella sus credenciales y efectuándose el conteo manual; o puede ser nominal, cuando los legisladores son llamados por la presidencia, para que uno a uno, respondiendo por su nombre, expresen públicamente si están conformes con una u otra cuestión en debate y, finalmente, el voto puede ser, en determinadas circunstancias, secreto, cuando los legisladores hacen uso de boletas en que, de forma personal y secreta, dan cuenta de su posición frente al asunto en discusión.

Las diferencias de votos, según los casos, dependen no sólo de las prescripciones que suelen ser constitucionales, o reglamentarias, sino que muchas veces se derivan de la misma virulencia de los debates y, en tanto que los reglamentos lo permiten, conducen a que algún o algunos legisladores, para querer hacer más comprometedor, comprometida y pública la posición de todos, pida el voto nominal, por ejemplo o, por el contrario, para precisamente ocultar las posiciones individuales y romper presiones o compromisos, solicite la votación secreta.

***e) La fase de la promulgación del acto normativo.***

La promulgación es el acto, casi siempre solemne por el cual se confiere ejecutividad y fuerza legal a un proyecto de acto normativo que ya ha sido votado y aprobado. Es la consagración oficial del mismo, su confirmación para de inmediato publicarlo y darlo a conocer como ley, como norma superior del sistema jurídico.

Sin embargo, el mecanismo de la promulgación de los actos normativos es importante en los países en que se establece el esquema de la supuesta tripartición de poderes, porque en ellos la promulgación deviene, casi siempre, un instrumento en manos de los órganos ejecutivos para alcanzar alguna influencia mayor sobre los órganos legislativos.

Se trata de que en esos países la promulgación corre siempre por cuenta del Ejecutivo, sea éste el Presidente de la república, en las repúblicas presidencialistas como Estados Unidos, o el Presidente del gobierno, en monarquías parlamentarias como España o el Primer Ministro como en Inglaterra. De cualquier forma, cuando el Legislativo (unicameral o bicameral) aprueba ya un proyecto de acto normativo debe elevarlo al Ejecutivo para que éste lo promulgue. Ahora bien, normalmente las constituciones otorgan al ejecutivo algunas prerrogativas al respecto: no se trata de que tenga necesariamente que aprobar todos los proyectos que le son elevados por el Legislativo. Por el contrario, el ejecutivo puede hacerles o proponerles enmiendas, hacer reservas e incluso negarse a promulgarlo, es decir, de hecho vetarlos. En esos casos el proyecto es devuelto al órgano legislativo quien tiene que proceder a la reconsideración de las enmiendas propuestas o reservas hechas y, aceptarlas o no. En caso de negativa absoluta tendría entonces que proceder a una nueva votación. Pero lo importante, y lo que inclina la balanza a favor de los ejecutivos en esta puja de fuerzas en torno a las promulgaciones de los actos normativos es que, siempre, cuando se trata de rechazar una enmienda propuesta por el ejecutivo o incluso cuando se trata de reafirmar un proyecto que éste ha negado su promulgación, la nueva votación reiterativa no puede ser de simple mayoría, sino que tiene que tener una cualificación especial que se recoge en los textos constitucionales, usualmente dos tercios del órgano legislativo o hasta 3 quintos etc.

Como puede verse, ese mecanismo de promulgación por el ejecutivo introduce un elemento más de equilibrio entre ambos sistemas de órganos pero, de hecho, deviene una palanca de poder del ejecutivo sobre el legislativo.

En nuestro país, donde existe unidad de poder centrado en la Asamblea Nacional del Poder Popular que es, además de órgano legislativo máximo órgano del poder del Estado tal cual se expresa en el Art.69 de la Constitución, no tiene nada que ver con esos rejuegos de enfrentamientos de poderes. Según nuestro sistema, el mecanismo de promulgación corre por cuenta del mismo Presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular, porque en virtud del inciso ch) del Art. 81 de la Constitución se le otorga la responsabilidad de

“firmar y disponer la publicación en la Gaceta Oficial de la República de las leyes y acuerdos adoptados por la Asamblea Nacional.”

*d) La fase de la publicación del acto normativo.*

Una vez que un acto normativo ha sido promulgado por el Ejecutivo o, como en Cuba, por el mismo órgano legislativo o su presidente, debe darse a conocer, debe hacerse público a fin de que la población y todos sus depositarios especialmente tengan cabal conocimiento del nuevo acto normativo.

En relación con la publicación de los actos normativos se establecen interesantísimas cuestiones teóricas y prácticas que son objeto de polémicas, algunas verdaderamente apasionadas y hasta con cierto sabor político.

En primer lugar es preciso señalar que desde épocas inmemoriales la publicación del Derecho, de las normas, es algo consustancial con la labor de dirigir a la sociedad según una normativa jurídica. En efecto, si se quiere que la ciudadanía acomode su conducta a los dictados jurídicos, es elemental que esos dictados, esas normas, tienen que ser absolutamente conocidos. De ahí que, como ya decía, desde los primeros momentos en que el Derecho se escribió, se instrumentaron procedimientos para hacerlo conocer.

En la vieja Roma republicana, a la que siempre hay que volver en busca de las raíces, no sólo las normas ya aprobadas por los comicios, sino incluso las **rogatios**, eran publicadas o exhibidas en el templo de Saturno, conocido como Erario de Saturno, que hacía de este modo las veces de centro de divulgación y consulta de las normas, expuestas allí en forma de tablas de madera o de arcilla. Esta práctica original, quizás espontánea se convirtió en obligatoria desde la promulgación de la Ley Licinia Junia del 692 a.n.e.

Más tarde, en otros momentos del desarrollo europeo, particularmente durante los siglos del feudalismo se acudió con mucha frecuencia al sistema de los llamados *pregoneros*, que no eran más que empleados del estado, la región o la localidad que recorrían las angostas callejas de las villas y se situaban al pie de las murallas de los castillos feudales, y acompañados de tambores y metales llamaban a conocer los **bandos**, es decir, los pregones mediante los cuales se daba a conocer la nueva disposición, aviso, llamada o norma legal recién aprobada. De esa forma, a viva voz, entre redobles de tambores, se daban a conocer aquellos rudimentarios actos normativos.

Más tarde todavía, cuando ya se dispuso de algunos elementos que permitían alguna forma de publicación, empezó a utilizarse la inserción de los nuevos actos normativos en publicaciones, casi siempre locales, con el mismo objetivo de que toda la población, y especialmente sus depositarios, tuvieran claro conocimiento del contenido de las nuevas disposiciones.

El mundo moderno, calificado por algunos como el de la informática y de las comunicaciones, parece echar por el suelo tan viejos y lentos procesos de difusión de los nuevos actos normativos. En lugar de aquellos pregones, o

inserción en tablillas, o publicación en gacetas o periódicos de difícil acceso, hoy se dispone de los medios masivos de comunicación, de la cibernética y de las redes de información internacional de las cuales Internet es sólo un botón de muestra. Por sus caminos podrían volar las nuevas disposiciones y ponerse al alcance de millones de seres, en todo el planeta, en sólo cuestión de minutos.

Sin embargo, el desarrollo no es para todos. En tanto las cosas son de ese modo, de los 6 mil millones de habitantes del globo terráqueo, mil millones no saben ni leer ni escribir. En el mundo de hoy, utilizando Internet, por medio de los sofisticados mecanismos de la informática actual, pueden hacerse sorprendentes juegos de bolsa, a distancias extraordinarias; con el simple teléfono o la computación se constituyen y disuelven empresas; se trasladan capitales, se mueven mecanismos financieros verdaderamente escalofriantes y, sin embargo, el Derecho se arrastra detrás de esos juegos de vertiginosidad con sus ya obsoletos mecanismos de información y divulgación de los actos normativos.

Realmente, en casi todos los países, esos mecanismos siguen siendo un simple periódico, revista, órgano oficial en el cual se asientan las nuevas disposiciones normativas. Insisto en que no vale de nada que sobre ellas se hagan, por cualquier circunstancia, grandes divulgaciones por medios muy modernos y dinámicos, tan siquiera tiene importancia jurídica que esos nuevos actos normativos se publiquen en la prensa escrita usual o se divulguen por los llamados medios masivos de comunicación. Lo que les confiere oficial publicación es, sencillamente, que sean insertados en esos órganos oficiales, que entre nosotros es la Gaceta Oficial de la República. Sólo entonces puede afirmarse que, jurídicamente, formalmente, el acto normativo ha sido publicado. Ahora bien, la publicación introduce un elemento sumamente importante en la validez jurídica de los actos normativos y, en general, en la sistematicidad del Derecho.

Se trata de la existencia de la presunción o el principio jurídico de que **la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento.**

En efecto, antes he dicho que contra lo que suelen creer muchas personas, el Derecho no es sólo un conjunto normativo. Por el contrario, el Derecho, el ordenamiento jurídico, que no puede ser confundido con el sistema legislativo, está compuesto, además y de modo importante y sobresaliente, por principios, por, presunciones y por reglas que adquieren un sentido determinante.

Más adelante tendremos oportunidad de abordar algunas consideraciones en torno a los llamados principios generales del Derecho, pero ahora bastaría indicar que constituyen reglas, aforismos, determinaciones esenciales en torno a los cuales se anuda el sentido de justicia de cualquier ordenamiento jurídico.

En ese mismo sentido actúan las llamadas presunciones jurídicas, es decir, supuestos de derecho sobre los cuales se monta la lógica del sistema.

Existen dos tipos de presunciones jurídicas: las llamadas **jure et de jure**, es decir, **de pleno derecho**, que no admiten prueba en contrario y las llamadas

**iuris tantum**, es decir, que si admiten la prueba contraria, que pueden ser objeto de controversia.

En lo que estamos analizando, se ha considerado que el principio de **ignorantia iuris non excusat**, es decir, que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento es, justamente, una presunción **jure et de jure** porque se apoya en que habiéndose publicado en el órgano oficial para dar a la publicidad las disposiciones jurídicas, entonces éstas ya tienen que ser absolutamente conocidas por todos. Insisto en que la doctrina más tradicional se trata, justamente, de una presunción *jure et de jure*, que no permite ni admite la prueba en contrario. Quiere decir, que si un acto normativo se publicó, en el caso de Cuba, en la Gaceta Oficial de la república, nadie puede alegar que lo ignoraba; ni decir que no compra la Gaceta, ni siquiera asegurar o probar que es analfabeto y, en consecuencia, no pudo leer esa publicación. Se está ante la presunción *jure de jure* y la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento.

Por mi parte comparto absolutamente el punto de vista sostenido por Cañizares en su obra tantas veces citada, en el sentido de que en lo que se refiere a la ignorancia del Derecho no deberíamos hablar de una presunción, cuya racionalidad es remota, sino sencillamente de un principio jurídico inviolable, porque de lo contrario la sociedad caería en el caos más absoluto. Imaginemos que alguien pudiera disculparse del cumplimiento de la ley alegando ignorarla. Eso llevaría o podría llevar incluso a que se cometieran hasta crímenes y el culpable asumiera una posición de candidez y alegara ignorar que esos actos estaban prohibidos, jurando entonces que jamás volverá a repetirlos.

De tal modo, asumo que la publicación de los actos normativos, en los órganos oficiales establecidos al efecto, constituye un momento de la formación de esos actos normativos, absolutamente trascendental, no sólo porque en esa publicación puede estar y suele estar la publicación real del acto, la difusión de su existencia, sino porque dicha publicación sostiene la presunción o, mejor todavía, el principio jurídico de que ya es conocido y que la **ignorantia jure non excusat**.

Sería bueno señalar que el Código Civil cubano dispone en su artículo 2, que “La ignorancia de los preceptos de este Código no excusa de su cumplimiento.”

Esa afirmación, que es reiteración del principio de **ignorantia jure non excusat**, parece que se limita, en el indicado precepto, sólo al alcance del Código Civil, cuando en realidad es un precepto que afecta a todo el sistema jurídico, a todo el ordenamiento jurídico, es decir, rige y funciona no sólo para el Código Civil, sino para todas las disposiciones legales del sistema. Claro que podría alegarse que eso queda salvado en el Art. 8 del mismo Código Civil, donde se dice que “Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales.” Personalmente considero que se trata, caso de querer interpretarse de ese modo, de andar un camino lleno de vericuetos. Lo correcto y sencillo hubiera sido indicar en el Art. 2 el principio de **ignorantia**



jure non excusat, sin limitarlo al Código Civil, sino extendiéndolo a principio del sistema jurídico cubano.

Finalmente, no quiero terminar este capítulo sin hacer alusión a una aberración del mundo capitalista contemporáneo. Me refiero a las llamadas leyes secretas, disposiciones adoptadas por los órganos legislativos en pleno sigilo, ocultos, en absoluto secreto, sin que las mismas sean jamás dadas a conocer a la población, y con respecto a las cuales incluso se forman expedientes igualmente secretos.

Esta monstruosidad del mundo capitalista actual, burla de la más elemental democracia, mentís de la supuesta representación, brutalidad de un sistema caduco, sin embargo, ha adquirido o adquirió en América, en los tiempos de las dictaduras militares una difusión asombrosa.

Y no se trata de una situación excepcional. En Argentina, para sólo señalar uno de los más dolorosos ejemplos de esta práctica, durante los varios gobiernos militares, el número de leyes secretas alcanzó cifras escalofriantes. En sentido general existen allí más de 120 leyes secretas, algunas aprobadas bajo los regímenes dictatoriales, como he dicho, pero otras promulgadas bajo gobiernos supuestamente constitucionales, en sesiones secretas del órgano legislativo, con inscripciones también secretas en libros reservados. Ulteriormente se empezó a dictar decretos secretos. Se ha estudiado que entre 1973 y 1974, bajo gobiernos de facto, pero también de jure, el 25% de los Decretos del Ejecutivo fueron secretos, es decir, nada más y nada menos que uno de cada cuatro decretos. Y a todo eso algunos han seguido llamándolos procesos democráticos.

#### *e) La fase de la entrada en vigor o de la obligatoriedad del acto normativo.*

Cuando un acto normativo ha sido ya además de promulgado, debidamente publicado, queda todavía por responder una pregunta esencial: ¿Cuándo comienza a regir o, de otro modo, desde cuándo adquiere plena obligatoriedad?

En este sentido la práctica y la teoría han recogido soluciones diferentes. En general se admite que todo acto normativo debe declarar, en su mismo cuerpo, la fecha de su entrada en vigor, es decir, del comienzo de su obligatoriedad.

Sin embargo, no siempre es así y entonces surge la pregunta sobre el momento de aparición de esa obligatoriedad.

Además, esto anterior se complica con lo referido a la forma en que se hace obligatoria una ley, es decir, si esa obligatoriedad se produce simultáneamente en todo el territorio de un Estado o se va imponiendo paulatinamente desde sus centros de cultura y vida cívica hacia el interior del mismo. En general ambos sistemas suelen encontrarse y la prevalencia de uno u otro ha dependido, esencialmente, de la mayor o menor extensión de cada país o de la naturaleza de la disposición jurídica de que se trate.

Ahora bien, si la ley fija la fecha de su entrada en vigor no hay dudas, sólo a partir de ese momento es exigible su observancia. Mientras tanto se dice que la ley está en el período de la **vacatio legis**, es decir, las vacaciones de la ley. Por

supuesto esas **vacatios leges** están en función de asegurar el dominio práctico de la misma, de implementar mecanismos o dispositivos o incluso recursos que pueden ser indispensables para el éxito de la vigencia de la nueva ley. Esto ocurre especialmente cuando se trata de códigos grandes y de aplicación complejas, los cuales usualmente disfrutaban de relativamente largos períodos de *vacatio legis*, para asegurar su nueva aplicación de forma correcta, con pleno dominio de los mismos por parte de sus operadores y con el montaje de los recursos que requiera su correcta vigencia.

Así por ejemplo, los nuevos códigos penales suelen disponer hasta de seis meses de *vacatio legis*.

En el caso de nuestro país el Art. 77 de la Constitución no resuelve este delicado problema, puesto que se reduce a afirmar que “Las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular entran en vigor en la fecha que en cada caso determine la propia ley.” Para decir, a renglón seguido algo que ya conocemos: “Las leyes, decretos-leyes, decretos y resoluciones, reglamentos y demás disposiciones generales de los órganos nacionales del Estado, se publican en la Gaceta Oficial de la República.”

De tal modo, si la ley no dice, incluso por descuido, cuándo entra en vigor, nada nos responde el texto constitucional. En esos casos se ha entendido siempre que su vigencia se produce, en caso de silencio de la ley sobre ello, al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial.

### **Sobre la derogación de los actos normativos.**

Como ya he señalado, el autoritarismo estatal que se adueñó de las consideraciones sobre el alcance de su voluntad legal, ha llevado a que se haya extendido el criterio, para algunos ya incluso un principio, de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores, y contra las mismas no puede valer ni el desuso, ni la costumbre en contrario, tal cual decía el viejo Código Civil español.

Ya vimos que los romanos, por el contrario, concedían fuerza derogatoria a la costumbre **contra legem**, pero, insisto en que en los ordenamientos jurídicos actuales la ley, el acto normativo, una vez que entra en vigor mantiene su vigencia hasta que otra ley o acto normativo viene a derogarlo.

He utilizado el término derogar con un sentido lato, general y casi popular, que alude a que una disposición normativa, un acto normativo pierde toda, o parte de su eficacia y vigencia, o sufre modificaciones, por imperio de otro acto normativo posterior.

Ahora bien, en puridad jurídica, utilizando estrictamente el lenguaje técnico, podríamos decir que un acto normativo pierde su vigencia cuando es a) abrogado; b) subrogado; c) derogado propiamente o, d) modificado por otro acto.

**La abrogación** consiste en dejar sin efecto un acto jurídico, es decir, una ley, sin que haya otra que venga a ocupar su lugar. En ocasiones cuando se alude a la abrogación se dice que se ha producido una derogación total.

Es el caso de la Ley Hipotecaria, que fue dejada sin efecto en Cuba, sin que otros preceptos, normas o disposiciones vinieran a regular de modo diferente este tipo de garantía real.

**La subrogación** consiste en la sustitución de una ley o acto normativo por otra, que se coloca en su lugar, que la subroga. Es el caso de la Segunda Ley de la Reforma Agraria, que subrogó a la primera o, más recientemente, la Segunda Ley General de la Vivienda vino a subrogar a la primera.

**La derogación propiamente dicha, o derogación en sentido exacto**, consiste en dejar parcialmente sin efecto una ley o acto normativo. El resto del anterior cuerpo legal permanece vigente y, entonces, en técnica pura, se dice que el viejo ha sido derogado (parcialmente cambiado) por el nuevo. Abundan los ejemplos: el Código de Familia, en su día, derogó al Código Civil español entonces vigente entre nosotros, por cuanto le modificó todos los preceptos correspondientes al nuevo tratamiento de la Familia pero, por supuesto, dejó intactos los demás del Código español.

**Finalmente, se dice que un nuevo cuerpo legal modifica a otro** cuando se hacen arreglos, modificaciones o reformas parciales, en algunos de sus preceptos. Es el caso de una nueva ley que dice: El artículo tal de la ley tal queda modificado y se entenderá redactado del modo siguiente, y brinda entonces una nueva redacción de ese o esos artículos modificados o reformados. En este asunto de la derogación, en sentido lato, de los actos normativos hay otras cuestiones de alto interés teórico y práctico. Uno de esos problemas es el relativo a la forma de derogación.

Se puede producir la derogación expresa o directa, cuando la nueva disposición dice concretamente, por lo regular en la llamada cláusula derogatoria, que la misma viene a derogar, o a subrogar o a abrogar tales o mas cuales otras disposiciones.

Sin embargo, en ocasiones no se hace esa aclaración y se está entonces ante la conocida como derogación tácita o indirecta. Esa forma de derogación se fundamenta en el principio de evitación de antinomias y en que la ley nueva se impone sobre la anterior. De manera que si una ley vieja decía que A debía entenderse de tal modo, y otra nueva dice que A debe entenderse de un modo diferente, como no puede haber dos soluciones legales contrapuestas, es decir, como no puede haber antinomias legales, entonces se entenderá que la vieja disposición ha sido tácitamente derogada.

En realidad, una buena técnica jurídica exige que al final de los actos normativos se incluya esa antes aludida cláusula de derogación, en que se expresa directamente cuáles normas legales anteriores quedan afectadas por la nueva y, además, se incluya una afirmación que resuelve todo el problema que estamos examinando, que no es más que decir que esa nueva ley deroga a tales y a

cuantas otras se opongan a lo dispuesto en la misma. De ese modo, se produce una derogación que aunque no llega a ser expresa, se escapa de la imprecisión que puede producir la tácita pura.

Ahora bien, todavía en relación con este asunto de la derogación, en sentido lato, de los actos normativos por otros posteriores vale la pena no perder de vista que esta afirmación puede ser relativizada si pensamos en el carácter de cada una de ambas leyes en juego. En efecto, las leyes generales no derogan a las leyes especiales, lo cual constituye un principio jurídico inalterable que está vinculado a la más elemental lógica. Si pensamos que en cualquier país la legislación laboral general vigente establece la duración de la jornada laboral en ocho horas, pero existe una ley especial que regula la jornada laboral de los mineros que trabajan en medio de determinadas condiciones, entonces quedará claro que si otra ley general posterior viene a enmendar la duración de la jornada laboral, precisamente a favor de los trabajadores y la reduce a siete horas, en vez de ocho, es claro que esa norma general no deroga a la especial de los mineros que ya disfrutaban de una jornada de seis horas.

Finalmente quisiera significar que en estrecha relación con este asunto de las fuentes del Derecho se encuentra uno de los tópicos teóricos y prácticos más interesantes, el de la llamada integración del Derecho, es decir, la manera de poder solucionar jurídicamente situaciones materiales cuando la ley es oscura u omisa, lo cual también supone la estrecha relación entre este problema y el conocido como de las lagunas del Derecho o la aspirada plenitud del ordenamiento jurídico.

En realidad, en algunos tratados jurídicos este asunto se examina desde el punto de vista de las fuentes del Derecho, en tanto en otros se lo hace cuando se considera al ordenamiento jurídico como un sistema integral y, con ello, cuando se pone en tela de juicio su real plenitud, la no existencia de lagunas. En esos casos, se tiene que atender a las formas de integración.

Nosotros ahora aquí sólo queremos anunciar este apasionante asunto que será estudiado en el capítulo correspondiente a la Realización del Derecho, como un asunto que atañe de cerca de la interpretación y aplicación del Derecho.

## **TEORÍA DEL DERECHO.**

### **CAPÍTULO III.**

#### **TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA.**

**La norma jurídica: su concepto; diferencia con otros sistemas normativos de la sociedad.**

En el Capítulo Primero veíamos que el Derecho, aunque con distintas dimensiones, era primero que todo un sistema normativo. Por ser entonces un sistema de normas, eso nos obliga a detenernos en ese elemento del que está compuesto el Derecho, es decir, las normas jurídicas.

En principio debemos admitir que una norma, dentro de su significado en la vida social, es una regla de conducta, una determinación de lo que se debe hacer, o no hacer o, en otra variante, lo que puede ser hecho alternativamente. En ese sentido, es bueno distinguir la norma en su dimensión social de la ley natural. Uno de los que más enfáticamente mostró esa diferencia fue el jurista austríaco Hans Kelsen, que en su búsqueda de una teoría pura del Derecho trató de encontrar, primero que todo, el espacio específico de la normatividad jurídica y comenzó por distinguir lo que él llamó el *Sein*, o mundo de las relaciones causales, regido por las leyes inflexibles de la causalidad, y el *Sollen*, que llamaba mundo de la cultura, del deber ser y que no está aprisionado dentro de esa causalidad indeclinable.

Las normas jurídicas, por supuesto que forman parte de ese mundo del *Sollen* de que hablaba Kelsen, es decir, son dictados de conducta encaminados a regir la vida de las personas y de la sociedad, pero que no suponen una relación causal y por ello no es de obligada relación causa a efecto, su cumplimiento. En otras palabras, las normas jurídicas, imperativas como son, pueden ser acatadas o infringidas, según la voluntad de sus depositarios.

Ahora bien, este es el menor de los problemas que enfrentamos cuando iniciamos cualquier reflexión en relación con las normas jurídicas. El más importante es sin dudas, el que se refiere al contenido y objetivos de las normas jurídicas, y a su naturaleza y fines.

Ante todo, quiero significar que es evidente que las normas jurídicas, son normas sociales, es decir, normas que están encaminadas, en principio, a regular la conducta de los hombres en sociedad. Sin embargo, es evidente que en la vida social los hombres están guiados y dirigidos por muy diferentes tipos de normas que actúan sobre su conducta y conciencia con diferente intensidad y distintos matices, según circunstancias específicas. Entre esas normas podríamos mencionar, para sólo señalar algunos ejemplos, las normas morales, las de convivencia y cortesía, las normas de diferentes organizaciones sociales a las que los hombres suelen inscribirse; las normas de diferentes agrupaciones religiosas, para los que pertenecen a ellas, etc.

Lo cierto es que en ningún momento de la vida de cada individuo o de la historia humana, los hombres han vivido en estado de **anomia**, es decir, sin normas que guíen y regulen su conducta.<sup>69</sup> Desde que nacemos las exigencias de la vida natural se convierten en normas de civilización que el hombre independiza como tales, impone y trasmite de generación en generación como patrimonio cultural sin el cual la especie perecería. En este sentido imponemos a nuestros hijos ciertas normas en relación con su alimentación, su aseo, en condiciones de la civilización actual, en función de sus estudios, su sueño y distracciones etc. Si el niño fuera dejado a su libre arbitrio, a la manera en que los liberales burgueses conciben la libertad, perecería irremisiblemente. De hecho ningún niño cesaría de jugar para asearse, ni tendría reglas para alimentarse correctamente, y muy pronto sería víctima de todo género de enfermedades que rápidamente acabarían con él; menos dejaría sus juegos para estudiar, y la humanidad se sumiría en la oscuridad cultural de la prehistoria. En fin, es preciso que sobre todos y cada uno de nosotros se ciernen normas y reglas que, repito, inspiradas o exigidas por los

---

<sup>69</sup> El término **anomia**, como falta o ausencia de normas, es utilizado por primera vez por el sociólogo Emile Durkheim. En su obra *La división del trabajo social* (1893), Durkheim postuló que la anomia o anomía es el mal que sufre una **sociedad** a causa de la ausencia de reglas morales y jurídicas, ausencia que se debe al desequilibrio económico o al debilitamiento de sus instituciones, y que implica un bajo grado de integración. En *El suicidio: un estudio sociológico* (1897), analizó la relación del individuo con las normas y valores de la sociedad en la que vive, y su aceptación e interiorización. Para Durkheim, la anomia es mayor cuando los vínculos que unen a los individuos con los grupos sociales o colectividades no son fuertes ni constantes.

Estas consideraciones de Durkheim sobre los espacios no normados en la sociedad moderna, que es en realidad a lo que se refirió su reflexión sobre la anomia, influyeron en la sociología estadounidense, especialmente en Robert K. Merton, quien identificó la anomia con el conflicto que sufre el individuo ante la contradicción que surge entre los fines o metas que se ha propuesto y los medios existentes, en función del lugar que ocupe en la organización social.

El sociólogo italo-argentino Gino Germani ha estudiado el fenómeno de la anomia, que dividió en objetiva (anomia psicológica) y subjetiva (anomia estructural), que sería la que nos interesa desde el punto de vista de la normativa jurídica.

determinantes de la naturaleza y la herencia de la civilización se trasmutan en normas culturales que el hombre incorpora al caudal del milenarismo proceso civilizatorio.

Ulteriormente, cuando la sociedad se escinde en clases antagónicas y comienzan las luchas políticas, surgen normas sociales que están estrechamente condicionadas por esas luchas y, de alguna manera las expresan y sintetizan. Esto ocurre no sólo con las normas jurídicas, sino también con las normas morales, dictados de conducta ciudadana de buena convivencia etc.

Por ello es importante que distingamos a las normas jurídicas de los demás sistemas normativos con los que convive en la sociedad. En general las mayores dificultades suelen presentarse en la distinción entre las normas jurídicas y las morales, por cuanto sus contenidos suelen ser muy semejantes y en ocasiones idénticos. Eso me obliga a comenzar por señalar que, a mi juicio, no se podrá nunca encontrar diferencias significativas entre las normas morales y las jurídicas en atención a supuestos contenidos diferentes. Tanto unas como otras regulan las mismas conductas y suelen abarcar ámbitos muy semejantes del quehacer social y la conducta humana y, además, suelen proteger sistemas de valores casi siempre idénticos o, al menos extraordinariamente parecidos. Esto anterior se explica, entre otros particulares, en razón de que la moral de una sociedad determinada se inscribe en los principios de cultura esenciales de ésta, que suelen predominar e imponerse en el consenso social y que es difícil que no sean recogidos también en la normativa jurídica. Por lo regular suele ocurrir que ésta última, de contenido mucho más determinado por los intereses políticos y los requerimientos de clase y de sus luchas, pueden referirse a espacios o detalles que no sean objeto de la normativa moral, pero por el contrario es difícil que determinados requerimientos morales de alta estima queden desamparados jurídicamente. Es que, como lo han reiterado muchos tratadistas, el Derecho y sus normas recogen, y diría que tienen que recoger y plasmar la moral media de la sociedad, para que sus contenidos sean eficientes, movilizadores y alcancen consenso en la sociedad.

Entonces algunos autores pretenden encontrar las diferencias en el postulado francamente idealista de que las normas morales constituyen reglas que se imponen a la conciencia íntima e individual de cada persona, en tanto las normas jurídicas se caracterizan por su bilateralidad, por cuanto —siguen diciendo los defensores de esta consideración— regulan relaciones sociales y se realizan siempre en la vida de sociedad.

A nuestra mirada marxista, esta afirmación es totalmente infundada: de hecho tanto las normas jurídicas como las morales son de dimensión social y tienen implícita, cuando menos, un sentido de bilateralidad. Lo cierto es que la regla moral, por muy aparentemente dirigida que esté a la conciencia interior de cada cual, lo que hace es establecer un deber ser que el individuo tiene que contrastar contra la valoración de sí mismo en la sociedad; implica y supone la entrada en juego de la autovaloración y del juicio social sobre cada persona. De hecho nadie vive como Robinson Crusoe en una isla deshabitada. Todos convivimos y lo hacemos bajo la mirada de todos y nuestra propia mirada, que en cierta forma refleja y está condicionada por la mirada de todos. Dicho en otros términos, nuestra imagen de nosotros mismos, nuestro esquema de conducta moral, está impuesto por la sociedad y el papel que en ella desempeñamos. Por muy íntima que pueda parecer la regla moral y personalísimo su acatamiento, tras ella y su verdadera realización está nuestra propia valoración o autoestima y la de toda la sociedad que mira a través de nuestros ojos y juzga por ellos, como seres sociales que somos.

Por último algunos afirman que las diferencias hay que encontrarlas en que las normas morales no tienen coactividad ni coercibilidad y las normas jurídicas sí disponen de dicha coactividad. Evidentemente, apenas tomamos en consideración las realidades sociales, advertimos la endeblez de esas afirmaciones: de hecho las normas morales pueden disponer de tanta o más fuerza de coerción que las normas jurídicas. En determinados contextos sociales o para determinados individuos, la regla moral es más movilizadora e impone mayor obediencia que la regla jurídica. Pensemos solamente en algunas comunidades campesinas o colectividades incluso urbanas, en que la estrecha convivencia genera reglas del convivir y actualiza principios o normas morales, cuyo incumplimiento sería verdaderamente desastroso para el infractor, puesto que sobre él caería el peso de un repudio social verdaderamente severo, lo cual hace que esas normas dispongan de un extraordinario alcance coercitivo. En ese sentido, hasta el refrán popular ha consagrado aquello de que “pueblo chiquito infierno grande”, aludiendo al alto grado de control social que existe en esas comunidades. De otro lado, como ya indicaba, para algunos individuos, con altos valores morales, éstos son más imperativos que la coyuntural norma jurídica, que muchas veces incluso ignora.

En realidad la débil diferencia se encuentra en que la norma de Derecho está amparada por la coacción estatal, en tanto la norma moral sólo se ampara en la coerción social. Por su contenido y por su capacidad movilizadora o inhibitoria, no podrían distinguirse seriamente.

Repito que el Derecho y sus normas son dictadas por los órganos estatales competentes, lo cual estudiaremos más adelante, y disponen entonces de toda la fuerza de protección y de imposición coactiva que brinda el aparato estatal. Es tanto como decir que en función de su validez y plena realización se ponen a contribución procesos punitivos, sanciones en ocasiones severas y hasta muy severas y todo el aparato de fuerza del Estado.

Entonces podríamos intentar aproximarnos a una definición o al menos caracterización valedera de la norma jurídica.

En esa caracterización es imposible olvidar que las normas jurídicas, como contenido del Derecho, manifiestan y contienen el sentido político de éste y se derivan de la traducción de los intereses y conflictos de clase a intereses o valores de orden político, que ahora se manifiestan como normativas o reglas jurídicas. No será entonces necesario volver sobre las consideraciones que hicimos en el Capítulo primero sobre las relaciones del Derecho con la Economía y con la Política. Tomando especialmente en cuenta esa relación muy estrecha del Derecho y su normativa con la voluntad estatal y que ésta a su vez suele estar sumamente condicionada por los intereses e imperativos de la clase dominante, Fernando Cañizares formula una definición de norma jurídica, en los términos siguientes: “formas de comportamiento de carácter general o particular, establecidas obligatoriamente por el Estado, para la regulación de un determinado sistema de relaciones sociales cuya permanencia y desarrollo constituye la garantía de los intereses sociales de la clase dominante.”<sup>70</sup>

Por mi parte me parece interesante asumir lo afirmado por el gran jurista argentino Carlos Cossio, quien señalaba que la norma es la conceptualización de un juicio de valor; realmente la conceptualización de un juicio de valor positivo y ello en consideración de que antes había sostenido que toda norma es un juicio, puesto que ese juicio es la conceptualización de una conducta deseada.

Entonces comenzaría por definir la norma jurídica como *la regla de conducta, o el dictado de conducta que se conceptualiza y formaliza por el Estado mediante sus órganos competentes, e impone a toda la sociedad con su coacción, y que regula la vida social, consagrando normalmente la tradición cultural general y jurídica en particular y los principios de la moral media y por ello mismo reflejando las luchas de clases que se desarrollan en cada sociedad en cada momento histórico, en consecuencia de lo cual suelen expresar los intereses políticos y económicos de las clases económicamente preponderantes.*

Con la anterior caracterización, que no pretende constituir una definición acabada, he tratado de introducir la noción de que la norma jurídica es ante todo un dictado de conducta, una regla deontológica que es impuesta por el Estado con toda su coactividad pero ampliando la noción a la perspectiva de que las normas jurídicas no sólo reflejan simple y directamente los intereses de las clases dominantes, sino que no pueden deshacerse de la carga hereditaria de la cultura técnico-jurídica y espiritual general de la sociedad, y de hecho, con esa carga de la herencia cultural, requerimientos técnicos insoslayables y presión de la moral media de la sociedad, vienen a plasmar la turbulencia de las luchas de clases, en el conjunto de las cuales suelen imponer la voluntad y los intereses de las clases económicamente dominantes.

## Origen y contenido de las normas jurídicas.

<sup>70</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. Pág. 110 de **Teoría del Estado**.

Como quiera que hemos dejado esclarecido cuál es la naturaleza de las normas jurídicas y qué lugar ocupan dentro de los distintos sistemas normativos de la sociedad, sería interesante analizar rápidamente su origen y, con ello, su contenido esencial.

Será bueno reiterar que las normas jurídicas, como el Derecho del cual forman parte, surgen únicamente cuando surge el Estado, lo que es tanto como decir, cuando surge la división de la sociedad en clases con antagonismos insalvables.

No puede haber, ni nunca hubo derecho sin Estado, por la sencilla razón de que el sistema normativo jurídico se caracteriza, precisamente, porque es el único sistema normativo de la sociedad que se apoya en la fuerza coactiva del Estado, que cuenta con su poder de coacción para imponer su obligatoriedad. De tal modo, si no hay Estado tampoco puede haber derecho. Antes de que existiera la sociedad política, en la comunidad gentilicia, tal como se ha estudiado en Historia del Estado y del Derecho, la sociedad tampoco vivía en estado de anomia, sino que estaba conducida por normas que, precisamente por no ampararse en la coacción estatal, sino en la autoridad moral de los jefes gentilicios, eran, como las hemos llamado otras veces, ***normas sociales***. Esas normas se trasmutan en normas de sentido jurídico justamente cuando ya no son representativas de los intereses de la totalidad del grupo y, en consecuencia, tienen que ser de alguna manera impuestas a ciertos sectores a los cuales dichas normas no apoyan ni protegen. Su coactividad se les va imponiendo la maquinaria de dominio, represión y fuerza que, lenta e insensiblemente se va constituyendo: el Estado. Pero a su vez el mismo Estado no existe sin la normativa jurídica. Ante todo, el Estado al nacer se vertebra y estructura según un orden de jerarquías, dependencias, autoridades y funciones que se estructuran en forma jurídica y, por demás, el Estado surge para ordenar, para imponer, para mandar, para organizar. Y casi todas esas funciones, como lo vimos en la Teoría del Estado, las cumple de manera jurídica. De hecho podría ahora decir que la parte más importante y sustancial de la voluntad estatal está emitida en forma de orden jurídica.

De tal modo el origen de la norma jurídica, como el origen del Derecho hay que encontrarlo en la división de la sociedad en clases, en la salida del hombre de la prehistoria; en la existencia de una sociedad en que desigualdades, diversidad de intereses y de requerimientos sociales se enfrentan y colisionan, lo cual exige que se imponga un orden de dominación que cumple al Estado y a su normativa jurídica.

Quisiera señalar algo que muchas veces no ha sido subrayado por las concepciones marxistas simplistas o reduccionistas: me refiero a que como el Estado y el Derecho han surgido con la aparición de la sociedad de clases, es fácil asociarlos al advenimiento del hombre a su verdadera esencia civilizada, es fácil asumir la interpretación de que *ubi societas ibi ius*, o más aún, es fácil comprender que para la visión de muchos el Estado y el Derecho signifiquen la



consagración de un nuevo estadio de civilización y humanización de la vida de los seres humanos.

Esto, repito, es muy comprensible si no perdemos de vista que, en efecto, la entrada del hombre en la sociedad de clases se produce, paradójicamente, cuando el hombre se deshace de las limitaciones materiales de la prehistoria, cuando el hombre produce saltos importantes en las fuerzas productivas, realiza revoluciones tan significativas como el descubrimiento del fuego, invención del arco y la flecha, etc. En ese proceso el hombre deja detrás la condición semianimal de la prehistoria y entra en la historia, caracterizada, sin embargo, por formas de dominio y explotación económica y espiritual. Pero el deslumbrante ingreso de la humanidad en lo que solemos llamar vida histórica, civilizada, con todos sus atributos, incluidos el Estado y el Derecho, hacen que éstos aparezcan para muchos como parte de la civilización y la humanización de la especie.

Y cuando hablamos entonces del contenido de la norma de Derecho, en su sentido más general y omnicomprendivo, sin pretender implicar a la norma de cada rama jurídica, con sus contenidos diferentes, sino a la normativa jurídica en una dimensión ontológica, podríamos decir que la norma jurídica tiene siempre, ante todo, un contenido social en que se expresan las particularidades de las luchas sociales, de las determinaciones y urgencias económicas; que condensa y puede resumir la cultura espiritual de una época, que es depositaria de valores que resultan paradigmáticos para cada sociedad.

### **Características o rasgos de las normas jurídicas.**

La caracterización de las normas jurídicas está estrechamente vinculada a la caracterización del Derecho en general, que ya tuvimos oportunidad de analizar en el capítulo anterior.

Cuando expusimos los rasgos del Derecho aludimos, en primer lugar, a que era un sistema normativo, es decir, una estructura con pretensiones de organicidad, constituida por normas jurídicas precisamente. Ahora que examinamos a esas normas jurídicas por supuesto que su primer rasgo tiene que ser diferente. En esencia sostenemos, con la mayoría de los autores, que la primera característica de las normas jurídicas es su **bilateralidad**.

La bilateralidad de las normas jurídicas está relacionada con su sentido de ser dictados de conducta que establecen derechos y deberes para los individuos de la sociedad. En general, toda norma, en cuanto obliga, prohíbe o permite, supone que para ciertos individuos nace el deber de hacer algo, o la prohibición de hacer determinadas cosas o la permisión de hacer esto o lo otro, desiderativamente. Sin embargo, ello mismo supone que otros individuos reciben así mismo, de la norma jurídica, determinados derechos. Son aquellos a favor de los cuales se establece a otros una prohibición, o a favor de los cuales se impone a otros una

obligación. Por supuesto, este problema de la bilateralidad de las normas jurídicas ha provocado y sigue provocando ardorosas polémicas.

Para algunos juristas existen normas que no imponen derechos y deberes, al menos con inmediatez y que, por tanto, no gozan de esa característica. En esos casos estamos ante los que sostienen, por ejemplo, que las normas constitucionales consagran, por ejemplo, derechos de los ciudadanos, sin contrapartida inmediata, es decir, sin la existencia de otro sujeto que esté obligado en correspondencia con aquellos derechos. En nuestra opinión, en esos casos el sujeto obligado es precisamente el Estado como sujeto de Derecho, según la posición de Jellinek, que debe observar y cumplir y hacer cumplir esos derechos de los ciudadanos.

La otra característica de las normas jurídicas es idéntica a la del Derecho, es decir, consiste en la **obligatoriedad** de dichas normas. Esa obligatoriedad se apoya en la fuerza del Estado que no sólo las dicta, sino que las impone con toda la fuerza de sus aparatos de coacción y represión.

Se menciona también como otra característica o rasgo de las normas jurídicas su **imperatividad**. Sin embargo, en general no me parece relevante esa característica como para considerarla general y esencial para la determinación de las normas jurídicas. De hecho dicha característica se refiere a la forma de expresión externa, a la manera en que se manifiestan o al lenguaje que las expresa. En ese sentido se sostiene por los que defienden que esa es una característica esencial de la norma, que en ella los mandatos y deberes se expresan imperativamente. Sin embargo, a más de lo puramente formal de ese rasgo, considero que existen muchas normas que no se exponen imperativamente. Hay, de inicio, normas puramente declarativas, especialmente en el Derecho constitucional; existen además normas permisivas, que admiten la conducta desiderativa y que sólo abren la posibilidad o el derecho de actuar de una u otra forma, y en consecuencia, no tienen ningún lenguaje imperativo.

Cuando hablábamos de las características del Derecho se hacía mención a su sentido coactivo, es decir, a que el mismo, apoyándose en la fuerza del Estado puede imponerse violentamente y obligar a un individuo a hacer algo, o no hacerlo. Ahora, cuando me refiero a las normas jurídicas señalo su carácter de **coercibilidad**. Para algunos tanto coacción como coerción hacen referencia al mismo fenómeno o rasgo, a saber, que tanto la norma como el Derecho obligan mediante la fuerza. A mi manera de ver hay una diferencia sutil que se expresa en la también sutil diferencia entre el vocablo coacción y el vocablo coerción. Si acudimos directamente al diccionario encontraremos que la coacción se define como la fuerza o la violencia que se ejerce contra alguien para obligarlo a realizar una determinada conducta. Sin embargo, la coerción, de coercer, se define como contener, detener, sujetar; pero con un sutil sentido de que esa detención, contención y sujeción se hacen en el ámbito psicológico y no mediante la fuerza física, que correspondería entonces a la coacción. Desde esa perspectiva, la norma es una voz que habla a la conciencia del sujeto; dicta un

deber ser, un actuar determinado y con ello detiene la intención de emprender cualquier otra actuación, contiene ese propósito, sujeta el ánimo de tomar otro rumbo conductual. Sin embargo, eso es sólo lo que hace la norma. Como dictado de conducta, como regla de deber ser no puede compulsar ni forzar físicamente a cumplir su mandato. Sin embargo, en caso de incumplimiento de esa regla que ha coaccionado nuestra conciencia, entonces viene el Derecho con todo su aparato de dominación y fuerza y coacciona el cumplimiento de lo que está establecido en la norma. La norma dice que debemos pagar nuestra deuda, nos coacciona a ello, es decir, nos detiene en el propósito de gastar ese dinero que debemos, nos llama o sujeta a cumplir el deber. Pero si finalmente se impone nuestra irresponsabilidad y no pagamos, y la norma jurídica es violada, entonces el acreedor defraudado nos demandará, obtendrá, a la luz y al amparo del Derecho una sentencia favorable y el Derecho puede entonces coaccionarnos, e incluso puede imponer el embargo de parte de nuestro salario o de otros bienes para satisfacer el deber jurídico incumplido.

Es bueno señalar que muchos autores utilizan indistintamente y como sinónimos los términos de coactividad y coercibilidad, pero me parece más importante significar que algunos, como Ramón Soriano aluden a la existencia de normas que se encuentran desprovistas de una coercibilidad expresa o directa. Al respecto dice el citado autor que “la mayoría de las normas de comportamiento están dotadas de esta protección, pero no las normas secundarias o de organización.”<sup>71</sup> Explica entonces ese autor que en esos casos la coercibilidad es refleja, porque la poseen reflejándola de otras normas.

Un rasgo que casi todos los autores consideran como importante en la caracterización de las normas jurídicas es su *legitimidad*. Por la legitimidad de la norma entendemos que la misma tiene que ser dictada por los órganos estatales facultados y correspondientes, dentro de sus correctas esferas de atribuciones, sin vicios en la formalidad de su aprobación y promulgación etc. Es decir, que la norma debe ser legítima, debe ajustarse a las prescripciones de otras normas, fundamentalmente constitucionales o de otras normas de rango superior, que brindan los requisitos para dictarse correcta y legítimamente las normas jurídicas; quiénes son facultados para dictar cada una de ellas etc. De nada valdría que cualquiera elaborara una norma que, desde el punto de vista jurídico formal de su redacción y contenido fuera casi irreprochable. Esa norma carecería de absoluta validez, porque para tener tal validez jurídica tiene que ser legítima.

El problema de la legitimidad de las normas está íntimamente vinculado a un principio del sistema jurídico al cual aludiremos más adelante que exige que las normas inferiores, dentro del sistema, se subordinen o al menos no contravengan a las normas superiores, y que todas las normas del ordenamiento jurídico de que se trate se elaboren e interpreten dentro de los marcos de las normas

---

<sup>71</sup> Soriano, Ramón. *Compendio de Teoría General del Derecho*. Ed. Ariel. S.A. Barcelona, España, 1986. Capítulo IV.

constitucionales, bajo el principio sagrado jurídicamente, de que la Constitución es ley de leyes, ley suprema y sobre ella o contra ella no puede ir ninguna otra disposición jurídica.<sup>72</sup>

Hay autores, sin embargo, que distinguen la legitimidad de la validez y señalan ésta última como un rasgo independiente y distinto. Para esa perspectiva, sostenida, por ejemplo por Ramón Soriano, la validez de la norma alude a su idoneidad en lo que él llama aspectos formales, es decir, en lo que nosotros hemos calificado de legitimidad y reserva la noción de legitimidad a la consideración valorativa, de fondo, de la calidad de justicia de la norma, de modo que es válida la que ha sido dictada por las autoridades competentes y dentro de los requisitos formales de la acción jurisferente, pero “ la legitimidad de la norma se refiere a la concordancia entre el contenido prescriptivo de la norma y los valores jurídicos predominantes en la sociedad a la que se aplica.”<sup>73</sup>

Algunos autores señalan además, como otra característica de las normas su permanencia, aludiendo a que las normas jurídicas se dictan para regir por siempre o por largos plazos de tiempo. Eso no quiere decir que alguien piense que las normas tengan que durar para la eternidad, lo cual es absurdo, sino que tienen una larga permanencia o, como dijera el prof. Cañizares, las normas se dictan con la pretensión de que no duren sólo la vida de los que la aprobaron, sino que se extiendan más allá, con ese cierto afán de perpetuidad. Sin embargo, es curioso que el mismo Jefferson, escribiendo a Madison en 1789, le decía que la tierra pertenecía en usufructo a los vivos y que, por consiguiente, toda constitución y toda ley caducaban al cabo de 19 años, de manera que su imposición durante más tiempo se convertiría en un acto de fuerza, en lugar de ser un acto de derecho.<sup>74</sup>

Sin asumir absolutamente la antes indicada posición de Jefferson, que puede ser discutida, quisiera sin embargo connotar que existen muchas normas jurídicas

<sup>72</sup> Todo esto está íntimamente vinculado con la supremacía constitucional, que para algunas doctrinas se fundamenta en el contenido de las constituciones, que ordenan la estructura del Estado y del resto del ordenamiento jurídico; para otras posiciones, esa supremacía se inspira en el carácter del órgano que prepara y aprueba la Constitución, que es el órgano constituyente, que se encuentra, por su naturaleza y composición, por encima de los demás órganos del Estado. De cualquier manera, la supremacía constitucional es un principio generalmente admitido y su obediencia es importante para la legitimación de las normas. Hay múltiples sistemas de protección de la supremacía constitucional, que serán estudiados en Derecho Constitucional, pero adelantemos ahora que el llamado sistema difuso o del Judicial Review, propio de los Estados Unidos se fundamenta en que todos los tribunales deben hacer valer la Constitución por encima de cualquier otra normativa del Estado. Esa determinación se deriva de la famosa sentencia dictada por el Juez Marshall en el famoso juicio *Marbury vs. Madison*. Ese conocido caso se produjo cuando el presidente Adams, que entregaba el poder el 3 de marzo de 1801, amparado en una ley del Congreso de los Estados Unidos, designó 23 jueces de paz. El nuevo presidente electo Thomas Jefferson, al tomar posesión advirtió que aún no se habían entregado los nombramientos y anuló cuatro de ellos. Entonces uno de los jueces afectados, Mr. Marbury pidió al Tribunal Supremo que ordenara a Madison, Secretario de Estado, que al amparo de la Judiciary Act de 1789, se le entregara su nombramiento. Entonces el juez Marshall redactó la sentencia que se convirtió en histórica en que estableció la doctrina de que la Constitución debe primar sobre cualquier norma menor y, en consecuencia, anuló la Judiciary Act de 1789.

<sup>73</sup> Soriano, Ramón. **Compendio de Teoría General del Derecho**. Ed. Ariel. S.A. Barcelona, España, 1986. Cap. IV.

<sup>74</sup> Citado por Roscoe Pound en **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Editorial Ariel, Barcelona, 1950. Pág. 20.

que son dictadas dentro de un marco temporal bien limitado, como es el caso de las normas que se dictan para regular situaciones excepcionales, o las normas que rigen determinados procesos electorales concretos, y cuyas normas una vez concluidos esos procesos, pierden su efectividad.

Finalmente hay algunos autores que atribuyen a las normas jurídicas los rasgos de generalidad y abstracción. Cuando se habla de la supuesta generalidad de las normas legales, se hace alusión a que la norma jurídica se impone y rige para toda la sociedad, y no para determinadas personas en particular, es decir, tiene un sentido de aplicación general y no particular. Hay autores que defienden ese rasgo, como Planiol, en tanto Del Vecchio, Kelsen y Cossio se oponen a que sea un rasgo absolutamente válido para todas las normas jurídicas. Por mi parte soy de la misma opinión, por cuanto creo que salta a la vista que existen normas generales, en tanto hay otras que se imponen y se promulgan ya para determinadas personas, como es el caso de las que regulan la jubilación de sectores especiales, o las que establecen condiciones laborales especiales para, por ejemplo, los mineros u otros grupos laborales singulares. Por su parte, el carácter de abstracción de las normas jurídicas se considera tomando en cuenta que en ellas se norman y regulan situaciones abstractas, generalidades que se condensan en grandes conceptos, situaciones tipo, y no casos reales y concretos. En este sentido soy también de la opinión de que la mayoría de las normas legales suelen ser abstractas, pero las hay muy concretas, encaminadas a regular las situaciones jurídicas, incluso de una persona en particular. Por lo regular las normas de más alto rango dentro de la estructura normativa de un país son absolutamente generales y hasta abstractas, pero según se desciende en la escala jerárquica de esa estructura normativa, es más fácil encontrar normas que puedan ser particulares y concretas. Esto quiere decir que en nuestro país, por ejemplo, es normal que las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular suelen ser generales y abstractas. Pero hay otras normas legales, de menor rango, pero también normas legales en las que ya no encontramos ese sentido de abstracción y generalidad. Como ejemplo señalo el siguiente: una ley de la Asamblea Nacional o un Decreto Ley del Consejo de Estado pueden regular los casos tipos, universales y abstractos, en que es aconsejable otorgar una medalla o una distinción, sin aludir a particularidades y menos a individuo. Sin embargo, posteriormente puede promulgarse un Acuerdo del Consejo de Estado o una Resolución de un Ministerio, en su caso, que al amparo de esa Ley o Decreto Ley anterior, considerando que el individuo fulano de tal reúne esos requisitos y méritos para el otorgamiento de la medalla en cuestión, dispone de forma particular, personal y específica, el otorgamiento a él exclusivamente de dicha medalla.

#### **Clasificación de las normas jurídicas.**

Existen innumerables propuestas de clasificaciones de las normas jurídicas; las mismas dependen del enfoque metodológico con que se aborde la clasificación, de la posición ontológica con que se afronte el sentido y significado absoluto de la norma y de otros muchos elementos que pueden conducir a una u otra configuración clasificadora.

Nosotros trataremos de indicar las principales clasificaciones destacando, para mejor entendimiento del alumno, los fundamentos de cada una:

Preferiría empezar por significar el punto de vista del gran jurista mexicano Eduardo García Maynez, quien decía como lo han sostenido todos los teóricos del derecho: “Derecho subjetivo y deber jurídico son complementarios. Al derecho otorgado por la norma atributiva corresponde el deber impuesto por la prescriptiva, y al revés.”<sup>75</sup>

En esa afirmación se encierra un profundo concepto que alcanza, no sólo a la clasificación de las normas, sino también a la esencia misma del sentido de la normatividad jurídica. En efecto, Maynez pone de manifiesto que existen **normas atributivas**, que son las que otorgan determinados derechos, pero a ellas se corresponde, inevitablemente, la **norma prescriptiva**, que impone deberes correspondientes o correlacionados con los derechos que se han otorgado.

Esta clasificación, por abordar precisamente la esencia misma de la normatividad legal y de sus fines, puede ser más sutil y difícil de entender. En efecto, no se trata de que ambos tipos de normas, según la terminología de Maynez, se encuentren necesariamente separadas, de modo que encontremos, en un lugar, normas atributivas, y en otro las correspondientes normas prescriptivas. Por el contrario, interpreto esa clasificación de Maynez dirigida esencialmente a entender lo que él mismo señala, la complementariedad de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos, de manera que en una misma norma, que atribuye determinados derechos subjetivos, está implícita su otra faceta, su cara prescriptiva porque en ella está contenido también el mandato de obligación al sujeto que debe cumplir la acción que satisface el derecho subjetivo proclamado.

Otra clasificación interesante es la que propone Von Wright y que se deriva no directamente de un propósito clasificador, sino de su interés en estudiar la estructura de las normas jurídicas. En esa intención, de soslayo aborda lo que de hecho deviene o es realmente una singular clasificación de las normas. En ese sentido habla, primero que todo de las normas **imperativas** y las **permisivas**.

Según Wright las normas imperativas imponen obligaciones de hacer algo o no hacerlo, en tanto que las normas permisivas dejan abierto que algo pueda ser o no ser hecho. Esta clasificación lleva a Von Wright a hablar de normas de obligación y de normas permisivas o facultativas. Eso lo conduce a traducir entonces que las normas de obligación son normas imperativas que se distinguen

---

<sup>75</sup> García Maynez, Eduardo. **Filosofía del Derecho**. México 1974, pág. 358.

de las permisivas o facultativas que confieren facultades, poderes. Aunque esta clasificación parezca elemental, es bueno significar que en torno a ella ha habido una significativa polémica conceptual. El gran jurista Thomasius sostenía que el Derecho, al contrario de la Moral, sólo contiene normas negativas, que prohíben conductas. Esta posición de Thomasius fue ya negada por Leibniz y más tarde, de forma más orgánica, por Norberto Bobbio, entre otros muchos, que significaron que el Derecho y sus normas pueden ser negativos, en cuanto prohíben conductas, pero también muy positivos en cuanto las obligan o incluso desiderativamente permiten una u otra de varias posibles.<sup>76</sup>

Considero que también debe merecernos la atención especial, la clasificación de las normas propuesta por el gran maestro austríaco Hans Kelsen, aunque la misma tenga un marcado sabor de dirigirse fundamentalmente a las normas penales. Kelsen hablaba de **normas jurídicas primarias** y **normas secundarias**. Kelsen llama norma primaria a aquella que expresa en forma negativa o de prohibición lo que es un deseo de que se exprese como conducta positiva, es decir, como norma secundaria. Dicho de forma más simple, el derecho dice, el que mate tendrá tal sanción, y esa es la norma positiva, que se entiende y adquiere su significado porque existe otra norma jurídica, la secundaria, que está, o suele estar implícita, y que proclama que no se debe matar. Como dice el maestro Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro, “Esta norma jurídica secundaria, en los casos en que no está expresamente redactada, tiene que darse como supuesta, y al realizar la conducta concordante con la solidaridad, téngase o no conciencia de ello, se está cumpliendo la norma secundaria correspondiente a toda norma jurídica primaria.”<sup>77</sup>

Kelsen, al elaborar desde el concepto de norma jurídica el más completo de ordenamiento jurídico defendió que cada norma derivaba su validez de la superior, en una pirámide jerárquica que tenía en su cúspide a la norma básica o norma fundamental, que es la norma constitucional.<sup>78</sup> Hay que significar que Kelsen hablaba también de la supuesta diferencia entre la regla de Derecho, que expresa el conocimiento y el pensamiento del jurista, y por ello puede ser verdadera o falsa; y la norma jurídica que es la formulación del legislador (o del

---

<sup>76</sup> Norberto Bobbio ha sido uno de los más grandes juristas, politólogos y publicistas de la contemporaneidad. Nacido en Turín en 1909, tanto en sus enseñanzas como en sus muchas obras, tales como *Política e cultura* (*Política y cultura*, 1955), *Da Hobbes a Marx* (*De Hobbes a Marx*, 1965) y *Quale socialismo?* (*¿Qué socialismo?*, 1977), Bobbio ha analizado las ventajas y desventajas del **liberalismo** y del **socialismo**, tratando de mostrar que quienes defienden ambas ideologías basan sus actividades en el respeto al orden constitucional y en el rechazo a los métodos antidemocráticos, incluyendo, como es obvio, el análisis y la crítica a la corrupción que ha caracterizado la vida política italiana de los últimos años y el **terrorismo** al que se opuso con energía durante las décadas de los años 1960 y 1970.

<sup>77</sup> Sánchez de Bustamante y Montoro. **Teoría general del Derecho**. Cultural S.A. La Habana, 1953. Pág. 85

<sup>78</sup> En el capítulo correspondiente al ordenamiento jurídico me referiré nuevamente a esa norma fundamental de Kelsen y el cambio que dio en 1962 con respecto a la misma.

juez) y es una valoración subjetiva, puede ser justa o injusta, valedera o no, pero nunca verdadera o falsa.

Empleando la misma terminología de Kelsen nos encontramos con la clasificación de las normas jurídicas que propone el renombrado y significativo jurista norteamericano H.L.A. Hart, quien sostenía que en un sistema de derecho desarrollado habría que distinguir dos tipos fundamentales de normas distintas, aunque sumamente relacionadas entre sí: las **normas primarias** y las **secundarias**, pero ahora otorgando a estos vocablos un significado distinto al que ya vimos que les confiriera Kelsen. Según Hart las normas primarias son las que prescriben conductas a observar, y las normas secundarias, íntimamente vinculadas con las primeras, lo que hacen, sin embargo, es especificar “la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.”<sup>79</sup>

Lo más significativo de esta clasificación del profesor Hart es que la misma servía para introducir su noción de **regla de reconocimiento** y lo que él también llamó **regla de reconocimiento última**. La cuestión es que para Hart las normas secundarias pueden ser de tres tipos:

El primer grupo de las normas secundarias está integrado por las **llamadas normas de reconocimiento** que son las que identifican qué normas pertenecen a un sistema jurídico en cuestión, es decir, qué normas son legítimas dentro de un sistema jurídico específico.

Esa regla de reconocimiento, ha devenido conceptualización esencial en los debates jurídicos contemporáneos, en relación con la legitimidad de las normas y del sistema en su conjunto y esas reglas de reconocimiento, repito, brindan certeza y validez de contenido a las normas primarias, a las que establecen conductas a seguir. En los sistemas jurídicos contemporáneos, las reglas de reconocimiento no se limitan a distinguir taxativamente que ésta o aquella regla es legal y las otras no, sino que identifican cuáles son las características generales que tienen que tener las normas para ser legales.

El segundo grupo de normas secundarias, según Hart, está constituido por las **normas o reglas de cambio**, que son las que establecen quiénes, cómo y cuándo se pueden cambiar las normas primarias sin alterar la legitimidad de las mismas. Es algo como preguntarnos si es legítimo que el Consejo de Estado cambie o modifique una Ley de la Asamblea Nacional del Poder Popular. En sentido global, con una percepción integral del sistema político y jurídico cubano afirmamos categóricamente que como el Consejo de Estado es el órgano que representa a la Asamblea Nacional entre período y período de sesiones, puede absolutamente modificar sus decisiones jurídicas, cumpliendo sólo el deber posterior de, en próximo período de sesiones de la Asamblea, llevar a que sea refrendada o derogada esa modificación. Pero por si fuera poco, la misma Asamblea Nacional adoptó un acuerdo estableciendo explícitamente que el

<sup>79</sup> Hart, H.L.A. **El concepto de Derecho**. Trad. G. Carrió. Buenos Aires. Aabeledo-Perros. 1968.



Consejo de Estado tenía tales facultades. Entonces, a la luz del pensamiento de Hart, advertimos la importancia de la llamada regla de cambio como segundo tipo de normas secundarias. De ahí derivamos que todo lo antes razonado establece la regla de cambio de que el Consejo de Estado está legítimamente facultado para modificar leyes de la Asamblea Nacional.

El tercer grupo de normas secundarias está integrado por las llamadas **normas de adjudicación**, que son las que “facultan a ciertos órganos para determinar si en una ocasión particular se ha transgredido o no una regla primaria. Además, establecen el procedimiento que hay que seguir para juzgar.”<sup>80</sup>

Como puede verse, esta clasificación del eminente profesor de Harvard penetra en la profundidad del papel sistémico de las normas jurídicas y en su valor esencial dentro de la dimensión mayor de la legitimidad de las normas.

También se han elaborado otras clasificaciones más simples, más prácticas y usuales, que tienen menos vuelo y consecuencias esenciales que las ya vistas, como aquellas que distinguen las normas jurídicas:

- a) Por el ámbito de su validez se dividen en **normas nacionales o territoriales** (provinciales, municipales) no porque que sean dictadas, por órganos de rango nacional, provincial o municipal, sino porque se encaminan a ser válidas en esos ámbitos territoriales. Por supuesto, esto se entrelaza con la jerarquía de los órganos jurisferentes (que crean la ley) puesto que un órgano provincial no puede dictar normas de rango o acción nacional o un órgano legislativo municipal menos puede hacerlo.
- b) Por la dimensión ontológica de su validez pueden considerarse **normas de carácter general y normas concretas o individualizadoras**. Las normas generales o abstractas son las que se refieren a circunstancias generales, universales, abstractas; situaciones tipo dentro de las cuales caben diferentes tipos de personas y circunstancias, en tanto las individualizadoras se dictan para determinadas personas o situaciones especiales.
- c) Por su jerarquía constitutiva las normas se clasifican en **normas Constitucionales y normas derivadas**. Las normas constitucionales no sólo son las contenidas en el texto constitucional, es decir, en la Constitución del país, sino que puede haber determinadas leyes a las cuales el órgano constituyente les otorgue el rango de leyes constitucionales. En nuestro país, al triunfar la Revolución y promulgarse en febrero de 1959 la Ley Suprema, nueva Constitución del país, la función constituyente quedó, junto con la función legislativa, en manos del Consejo de Ministro. Al amparo de esas facultades excepcionales, ese Consejo de Ministros atribuyó rango constitucional a la ley de Reforma Agraria. Por supuesto que las normas derivadas son las que constituyen todo el tejido legislativo que se establece a partir de, y en obediencia de la Constitución. Así, entre nosotros normas derivadas serían las Leyes dictadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular; los Decretos Leyes aprobados por el Consejo de Estado; los

---

<sup>80</sup> Fernández, Encarnación. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág. 145.

Decretos, dictados por el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo y las Resoluciones dictadas por los jefes de Organismos estatales o de dependencias estatales facultadas para ello.

- d) Por la fuente de que emana una norma jurídica éstas pueden ser bien **legisladas**, o **consuetudinarias**, o contenidas en el **precedente judicial**. De hecho la fuente principal del Derecho y de las normas jurídicas hoy es, el Acto Normativo, es decir, aquel conjunto de pasos y procesos mediante los cuales los órganos con facultad jurisferante, es decir, legislativa, ponen en vigor las normas legales, normalmente las leyes. Sin embargo, las normas emanadas del acto normativo no son las únicas que existen. También hay normas jurídicas que se derivan del llamado precedente judicial. De hecho en el sistema de *Common Law*, sistema propio de Inglaterra y países que fueron colonias de Gran Bretaña, el sistema legal es ese Common Law, en el cual, más que leyes escritas y menos codificadas, el Derecho emerge de las doctrinas que establecen los tribunales cuando dictan sentencias. Esos precedentes devienen de hecho el cuerpo normativo del sistema y en algunos casos han sido incluso escritos posteriormente. Creo que sería bueno decir que en los países de Europa Occidental y de América del Sur, atentos al sistema llamado continental o Romano Francés, en que se impone la norma escrita y casi siempre codificada, sin embargo puede existir la forma de precedente limitado, constituido por la **jurisprudencia** que es la doctrina que sienta el Tribunal Supremo o Corte Suprema del país de que se trate, en el camino de interpretar alguna norma jurídica y esa interpretación, convertida en doctrina legal, adquiere fuerza de ley o de norma legal. A su vez la costumbre es fuente de derecho en muchos ordenamientos jurídicos y lo fue particularmente en largos períodos históricos. Recuérdese que el derecho tuvo originalmente en todos los pueblos antiguos forma de norma consuetudinaria, recogida en la costumbre que ya contenía los hábitos y concepciones de los sectores cultural y económicamente dominantes en aquellas sociedades. Ulteriormente en muchos otros momentos históricos la costumbre volvió a ser fuente principal del Derecho, aunque en realidad nunca dejó de serlo absolutamente. Más tarde aún, en los Códigos civiles burgueses suele admitirse la costumbre como fuente supletoria cuando la ley escrita es omisa u oscura. Así por ejemplo, el viejo Código Civil español de 1888, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889, disponía en su artículo 6, que ningún tribunal podía rehusar fallar aludiendo silencio u oscuridad de la ley, y agregaba 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.”<sup>81</sup>
- e) Las normas también pueden ser clasificadas tomando en cuenta la extensión de su validez jurídica. Desde ese punto de vista hay normas de **vigencia indeterminada** y normas con **vigencia determinada**. Esta forma de división

<sup>81</sup> **Código Civil**. Publicación oficial del Ministerio de Justicia. La Habana, 1975.

es, sin duda, mucho más consecuente que la que habla de normas permanentes y normas no permanentes, por las razones que ya antes aludimos. Sin embargo, ahora estamos indicando que existen normas que se promulgan con miras de una vigencia que no está determinada en el tiempo, es decir, con evidente indeterminación temporal, pero otras, por el contrario, se dictan para regir exclusivamente en determinados lapsos, por ejemplo, en tiempos de procesos electorales, en estados de excepción o ante circunstancias especiales originadas en catástrofes nacionales, etc.

- f) También se habla de **normas sustantivas** y **normas adjetivas**. Las **sustantivas** o de fondo son las normas que crean, modifican o extinguen derechos, establecen o modifican o extinguen relaciones jurídicas o determinan conductas a seguir, a no asumir o aquellas que se permiten. Sin embargo, las **normas adjetivas** o de forma, o procesales, son aquellas que establecen las maneras de proceder para el cumplimiento o reclamación del cumplimiento de las normas sustantivas. Desde ese punto de vista, el Código Civil es, por supuesto, una normativa sustantiva, en tanto la ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral es una normativa adjetiva.
- g) Se utiliza también con mucha fuerza, en el entorno jurídico en que estamos inscriptos, la división entre **normas de Derecho Privado** y **Normas de Derecho Público**. El conjunto de normas de Derecho público se identifica, según una vieja y clásica definición del profesor Guerra López, como aquellas que regulan las relaciones de los Estados entre sí o del Estado con otros entes políticos menores o con los ciudadanos, pero siempre que en esa relación el Estado concorra como ente de poder público o de soberanía. Por el contrario, el Derecho Privado sería el conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí o con el Estado, pero siempre que este último concorra como un particular.<sup>82</sup>
- h) Por supuesto, es evidente que una clasificación elemental es la que toma en cuenta el territorio para el cual va a regir, de donde hay normas de carácter nacional o de vigencia territorial y otras de derecho internacional o de vigencia extraterritorial, de lo cual hablaremos más adelante.

#### **Diferencia entre norma jurídica y disposición normativa.**

Para algunos tratadistas la diferencia entre la norma jurídica pura y su expresión en forma de disposición normativa jurídica, no es tomada en cuenta. Ello se debe a que evidentemente algunos consideran superflua la diferencia y, de hecho, subsumen la norma jurídica dentro de la disposición normativa. Se trata de algo bien simple pero que puede tener resonancia, sobre todo cuando se trata de encontrar en su momento todos los elementos de la estructura lógica de la norma jurídica.

---

<sup>82</sup> Al respecto puede verse las **Conferencias de Derecho Civil** del Dr. José Guerra López. Editadas por la Editora Universitaria, La Habana, 1950.

Los que defienden la distinción entre norma jurídica y disposición normativa, como el Prof. Cañizares en su tantas veces citada obra, aluden a que la norma es sólo el dictado o la regla de conducta y la disposición normativa es la expresión legislativa de las normas jurídicas, dicho en otros términos, es el continente dentro del cual se vierte el dictado de conducta que constituye la norma jurídica. La norma ordena, prohíbe o permite, pero debe hacerlo dentro de un instrumento legislativo adecuado, sea éste una Ley, un Decreto, una Resolución u otro instrumento legal válido.

Claro que la norma jurídica tiene como uno de sus requisitos disponer o gozar de legitimidad, lo cual supone que haya sido adoptada por autoridad competente y además que esté contenida y expresada mediante la forma legislativa adecuada. Una norma jurídica no es tal si está expresada en el editorial de un periódico, o en una alocución radial de un líder político. La norma jurídica es tal cuando se promulga debidamente, es decir, cuando está contenida en una forma legislativa válida.

Evidentemente es tan sutil esa diferencia que el mismo Cañizares tiene que expresar que “Constituyen las disposiciones normativas formas de expresión de las normas jurídicas, representando con ellas una unidad.”<sup>83</sup>

Como antes decía, considero que la importancia y utilidad exclusiva de esa distinción estriba en que la misma nos permite distinguir, cuando estudiemos la estructura lógica de la norma jurídica, que la norma, como regla o dictado de conducta, tiene una estructura lógica que no se encuentra exclusivamente en los límites de una disposición normativa, sino que puede ocurrir que una norma jurídica esté contenida en varias disposiciones normativas o, al revés, que una disposición normativa contenga varias normas jurídicas y, del mismo modo, que una norma jurídica no tenga la hipótesis, la disposición y la sanción, (de las cuales hablaremos de inmediato) dentro de la misma disposición normativa, sino en varias diferentes.

### **La estructura lógica de la norma jurídica.**

Toda norma jurídica que esté debidamente concebida y redactada debe ajustarse a una lógica interna, a una estructura orgánica que está presidida por esa lógica. La obediencia a esa lógica hace que una norma jurídica quede debidamente estructurada y sea, en consecuencia, fácil de interpretar y aplicar. La violación por el contrario de dicha lógica genera normas ineficientes, incompletas, defectuosas, cuya interpretación y aplicación casi siempre son incorrectas y generan arbitrariedad, puesto que cuando hablamos de las normas no estamos aludiendo a un problema estructural simplemente, sino a un mecanismo técnico y funcional que, lejos de reducirse a esa dimensión estructural, tiende a lograr la justicia en las relaciones sociales que regula; o está encaminada a hacer surgir derechos subjetivos o a protegerlos adecuadamente.

---

<sup>83</sup> Cañizares, Fernando. *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Estado*. Ed. Cit. Pág. 115.

El mejor entendido de la lógica interna de la norma jurídica lo brindó, a mi juicio, la insuperable explicación pedagógica que de ella brindó el tantas veces citado Prof. Cañizares, quien decía que en realidad ante cualquier norma de derecho debíamos o podíamos hacernos tres preguntas esenciales:

- ❖ ¿Cuáles son las circunstancias hipotéticas que deben darse, que tienen que producirse para que se justifique la aplicación de la norma? Esto podría expresarse también de otro modo: ¿Para qué circunstancias o situaciones se dicta la norma?
- ❖ La segunda pregunta sería: ¿Qué ordena, o prohíbe o permite la norma? Dicho también de otro modo: ¿Qué dispone?
- ❖ Y por fin una tercera cuestión: ¿Qué sanción tendrá la persona o personas a las cuales esté dirigida la norma con su disposición y, sin embargo, no la cumplan? Dicho de otro modo más simple: ¿Qué sanciona o prescribe la norma para quien la incumple?

Del hilo conductor de esas preguntas y sus respuestas emerge la que antes se aludió y llamamos “lógica interior de la norma jurídica.”

Entonces podríamos indicar que la primera pregunta debe responderla la llamada **hipótesis jurídica**; la segunda pregunta se respondería con el otro elemento de la estructura lógica de la norma jurídica que es la llamada **disposición**, en la cual se establece el mandato jurídico, el imperativo que contiene la norma, es decir, se ordena hacer algo, o se prohíbe hacerlo o se permite hacer algo o no hacerlo.

Y la tercera pregunta quedaría respondida por el tercer elemento de la estructura lógica de la norma jurídica, a saber, **la sanción**, que no es más que la medida de castigo o reprensión que se impone al que estando en la situación prevista en la hipótesis, no cumple, sin embargo, lo dispuesto en la disposición.

### La hipótesis jurídica.

Las normas vienen a regular situaciones hipotéticas, es decir, situaciones abstractas, que constituyen construcciones ideales del legislador dentro de las cuales debe entrar en función la norma jurídica. La hipótesis de una norma es el conjunto de situaciones que tienen que darse para que una norma afecte o no a una persona o a un grupo de personas. El clásico teórico del Derecho soviético Alexandrov, muy leído y considerado en Cuba en los años de la década de los 60 y los 70 decía que la Hipótesis o supuesto jurídico es la parte de la norma que indica las circunstancias reales que deben producirse para que la norma entre en función. Literalmente decía Alexandrov: “La hipótesis señala en qué circunstancias las partes de la relación social que se regula, adquieren los derechos y las obligaciones contenidos en la norma.”<sup>84</sup>

Entonces la hipótesis es el marco factual o jurídico para el cual se va a hacer alguna regulación que se contendrá en la disposición.

<sup>84</sup> Citado por Cañizares. Ob. Cit. Pág. 122.

La norma penal, por ejemplo, dice que comete el delito de Atentado, según el Art. 142.1. “El que emplee violencia o intimidación contra una autoridad o funcionario público, o sus agentes o auxiliares, para impedirles realizar un acto propio de sus funciones o para exigirles que lo ejecuten...” La situación hipotética que debe darse para que se configure entonces el delito de Atentado, no es sólo que haya violencia o intimidación contra una autoridad o un funcionario público, o uno de sus agentes o auxiliares, sino que esa violencia o intimidación obedezcan al dolo específico, es decir, a la intención criminal concreta y específica de impedirles realizar un acto propio de sus funciones o exigirles que lo realicen. Quiere decir, que si una persona violenta o intimidada a un funcionario público o agente de este funcionario, para robarle determinados bienes, sin más intención que esa, no está ante la situación hipotética prevista en el Art. 142.1 del Código Penal. Puede entonces que esté configurando otra situación hipotética, por ejemplo, el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, pero no el Atentado.

Así que la hipótesis, que en el plano penal suele coincidir con la tipificación del delito, es el marco de situaciones de hecho o de derecho que deben darse para que se esté ante la obligación de cumplir la disposición.

Suelo decir en mis clases que si el Rector dicta una Resolución en que dice que los estudiantes de Física, del tercer año de la carrera en adelante, del Curso Regular Diurno, deben presentar antes de tal fecha, tres nuevas fotos de tamaño carné, so pena de que de no hacerlo sus matrículas quedarán canceladas, entonces.

En ese caso, un estudiante de tercer año de Derecho, del Curso Regular Diurno, al leer esa Resolución piensa de inmediato que la misma no se refiere a él puesto que se contrae a los alumnos de la Facultad de Física y que, por tanto, no está en la obligación de presentar las fotos solicitadas. Del mismo modo, si al leer la Resolución se sobresalta por verse comprendido en ella, en cuanto alumno del Curso Regular Diurno y de Física, pero advierte que él es alumno del segundo año de la carrera, y la Resolución alude a los alumnos del tercer año. En ese caso el alumno se sentirá tranquilo y no obligado, porque no está comprendido en la hipótesis de la norma rectoral, y por ello, lo que se dispone en esa Resolución, a él no le afecta.

Si por el contrario fuera efectivamente un alumno de la carrera de Física, del tercer año y del Curso Regular Diurno entonces comprobaría que está absolutamente incluido en la hipótesis de la norma y, por tanto, debe cumplir lo que se dispone. ¿Qué es lo que se dispone? ¿Cuál es la disposición? Simplemente que deben entregar tres fotos de carné dentro de tal término. ¿Y si no lo hace, qué sanción tendría que afrontar? Pues queda claro: su matrícula le sería cancelada.

De tal modo, la hipótesis de la norma es la parte de ésta en que se definen los marcos de su aplicación, sus límites, los supuestos para los cuales se va a disponer algo de valor jurídico.

Antes mencionamos un ejemplo extraído del Derecho Penal, quisiera ahora mostrar un ejemplo dentro del Derecho Civil. Dice el Artículo 195.1 del Código Civil vigente, Ley 59 de 1987, que “El dinero, alhajas u otros bienes de valor, ocultos en la tierra, en el mar o en otros lugares, cuya legítima pertenencia no conste, son propiedad del Estado.”

¿Cuál es la hipótesis jurídica? Sin dudas que es la siguiente: “En el supuesto de que aparezca dinero, o alhajas u otros bienes de valor, siempre que estén ocultos en la tierra, en el mar o en otros lugares, (¿Qué lugares?. Cualquiera) y cuya pertenencia no conste”. Allí se está diciendo que para cualquier caso en que aparezcan o se encuentren bienes de valor, bien sea en forma de dinero, o de alhajas, cuando éstos están ocultos, tanto en la tierra como en el mar y, que es muy importante, que su legítima pertenencia no conste. Además, una interpretación estrecha del precepto podría llevar a decir que sea objetos que hayan sido ocultados, en tanto que la interpretación gramatical determinaría que se refiere a que simplemente estén ocultos, con intención o no. Esa es la hipótesis. Ante tales circunstancias. ¿Qué pasa? ¿Qué se dispone legalmente? Entonces el mismo precepto dice: Entonces esos bienes son propiedad del Estado. Un poco más adelante, en el 195.3 se señala o se dispone que “El descubridor debe ser recompensado en una cantidad ascendente al veinticinco por ciento del valor de los bienes.” Todavía se hace una aclaración a lo que se dispuso sobre la recompensa, y en el inciso 4, del mismo artículo se dice que esa recompensa no se paga a la persona que encontró los bienes en el cumplimiento de las obligaciones específicas de su puesto de trabajo. Quiere decir, que si por ejemplo, es un arqueólogo de un centro de investigaciones, o de una universidad, y encuentra un tesoro antiguo, no puede reclamar esa recompensa porque el descubrimiento se produjo en cumplimiento de sus deberes laborales.

Por lo antes visto, debe quedar claro que la hipótesis de una norma jurídica es la parte de su estructura lógica más importante y determinante en su efectividad legal. Cuando las hipótesis están claramente establecidas; cuando los marcos de aplicación y los supuestos para los cuales la norma ha sido dictada, han quedado precisamente esclarecidos y determinados, entonces la interpretación y, en consecuencia la aplicación de la norma se hacen sumamente más fácil. Por el contrario, cuando la hipótesis es imprecisa, abierta, ambigua, cuando sus bordes no quedan claramente visibles y comprensibles, entonces no es fácil descubrir para qué supuestos se ha dictado esa norma y, en consecuencia, su interpretación se hace poco diáfana, se torna escabrosa y brinda lugar a muchos errores y, con ello, quizás hasta a una torcida aplicación de dicha norma.

Cañizares citaba en su obra de Teoría del Derecho al ya mencionado Alexandrov quien citaba un ejemplo de hipótesis jurídica indefinida, oscura, imprecisa: la contenida en uno de los artículos de la Ley Mc. Carran Wood de 1950, cuando la cacería de brujas en Estados Unidos la emprendió no sólo contra los militantes del movimiento comunista, sino contra cualquier persona progresista y eso quedó facilitado por la redacción ambigua de la hipótesis de ese precepto

enunciado, en el cual se imponían sanciones de privación de libertad, verdaderamente severas, para cualquier persona que, “se supone, según todas las probabilidades van a realizar o se preparan en secreto a cometer actos de espionaje o de sabotaje.” Como puede verse, el supuesto hipotético es bien impreciso: no hay que probar que se está ante una persona que ha realizado o realiza actos de espionaje o sabotaje, sino que *bastaba suponerlo*, bastaba considerar que había *probabilidades*.

Ese es un ejemplo claro de norma en que la hipótesis se ha hecho oscura, imprecisa, defectuosa y ambigua de manera intencional, pero ello puede y suele ocurrir muchas veces por la impericia del redactor, de modo que en la hipótesis, por imprecisión de ésta pueden quedar incluidas situaciones que no se quería que estuvieran en lo dispuesto y, por el contrario, quedan excluidas situaciones que sí se quería regular de alguna manera.

Ahora bien siempre se conviene en que las hipótesis jurídicas pueden ser de dos tipos: hipótesis de hecho, de facto, e hipótesis de orden jurídico.

Las hipótesis de hecho o de facto son las más simples y las más usuales al mismo tiempo. Se refieren a aquellas situaciones en que la situación hipotética hace referencia a un hecho o un acaecer de la vida. Como señalaba, son las más usuales, especialmente en el Derecho Penal. Como ejemplos se podrían enumerar infinitos casos. Cuando se dice “el que matare” o “el que con violencia e intimidación” o para poner ejemplos de otras ramas del Derecho: “El que permanezca trabajando más de 25 años”. Los ejemplos serían infinitos. Se trata, reitero, de que la situación hipotética es un hecho, un acaecer material.

La hipótesis jurídica es más compleja y menos usual. Se refiere a situaciones en que el supuesto para la disposición o, en otras palabras, en que la situación hipotética es un instrumento jurídico o la calificación jurídica de un hecho o un ente jurídico.

Al contrario de las hipótesis de hecho, los ejemplos no abundan, pero sería bueno citar algunos para que el lector se percate de lo que estamos indicando. El Art. 229 del Código Civil, contenido en la antes citada Ley 59 de 1987 dispone “El derecho de retracto no puede utilizarse por quien, oportunamente modificado de la proposición de venta, no ejerció el derecho de tanteo.” ¿Cuál es la situación hipotética? La existencia de un derecho de tanteo que no fue ejercitado oportunamente por la persona que podía hacerlo y a la cual se le anunció la pretensión de venta del objeto del caso. ¿Qué es lo que se dispone? Se dice que entonces, en ese supuesto jurídico, véase bien, supuesto jurídico, esa persona no podrá ejercer el derecho de retracto. La hipótesis, el marco determinante para la aplicación de lo dispuesto, la situación hipotética, es justamente un derecho real preexistente: el derecho de tanteo no empleado oportunamente.

En el Código Civil abundan los ejemplos. Un poco antes del artículo que hemos comentado, se encuentra el 225 en que se dice que “Al extinguirse el derecho de superficie, las construcciones e instalaciones se revertirán al propietario del terreno.” ¿Cuál es la hipótesis? Siempre que estemos ante un derecho de



superficie, que es un derecho real en cosa ajena, que se extinga. ¿Qué se ordena, qué se dispone? Que las construcciones que haya hecho el pobre superficiario pasarán a las manos del propietario.

El segundo elemento de la estructura lógica de la norma jurídica es, como ya vimos, la disposición jurídica.

### **La disposición jurídica.**

La disposición es la parte de la estructura lógica de la norma jurídica menos compleja y que, en consecuencia, resulta más fácil de entender.

La disposición es la parte en que se contiene el mandato jurídico, la orden de derecho; la prohibición, la orden o la permisibilidad a que se refiere la norma.

Una vez esclarecido que se está ante una situación subsumida en la situación hipotética a que se refiere justamente la hipótesis, entonces la norma entra en plena acción y se hace cierto e imperativo lo ordenado, lo prohibido o, en ciertas circunstancias, lo permitido por la norma jurídica.

Sería bueno significar que en el terreno del Derecho Penal los penalistas suelen llamar disposición, a la parte de la norma penal en que se encuentra la tipificación del delito, que para una consideración general sería, en puridad de verdad, la hipótesis. A mi manera de entender este asunto, lo que los penalistas suelen llamar la disposición la considero, como ya he dicho, realmente la hipótesis, y la falta de la disposición se explica porque el Derecho penal suele tenerla normalmente implícita, dado que es normativa punitiva y no un decálogo de virtudes. De ahí que el código o la ley penal no digan: “se prohíbe matar. El que matare en tales circunstancias tendrá tal sanción.” En esa estructura la disposición quedaría bien explicitada: se prohíbe matar. Pero ocurre que como he dicho, el Derecho Penal no hace esos predicados sino que directamente tipifica, es decir, describe las situaciones que hipotéticamente tipifican una figura delictiva y la prohibición, la disposición de no cometer tal delito, evidentemente está implícita.

De cualquier manera, advertimos a los lectores que, de conformidad con lo señalado, no deben sorprenderse de encontrar en cualquier texto de Derecho Penal, llamar disposición a lo que nosotros hemos aquí caracterizado como hipótesis.

### **La sanción jurídica; sus clases.**

La sanción, finalmente, es la parte de la estructura lógica de la norma jurídica en la que se dispone que, para el caso de estarse ante la situación prevista en la hipótesis, es decir, ante una conducta que quede subsumida dentro de los marcos de la hipótesis y, en consecuencia, deba cumplirse lo establecido en la disposición y, no haberse cumplido, es decir, habiéndose desacatado dicha

disposición, entonces corresponde el castigo, el quebranto, la medida de represión, que impone el Derecho y que conocemos como la sanción jurídica.

Sobre la sanción jurídica, su carácter, su naturaleza y sus clasificaciones hay una larga literatura jurídica.

De hecho una primera cuestión que se ha discutido al respecto es la diferencia entre la sanción jurídica y otras sanciones derivadas de otros sistemas normativos, verbi gratia, la sanción moral. Algunos autores han llegado a asumir al respecto posiciones extremas y han afirmado que “La sanción es lo característico de la norma jurídica, es lo que diferencia la norma jurídica de la técnica, de la moral y la religiosa.”<sup>85</sup>

Quiere decir, que para este autor, la única norma con contenido sancionador es la jurídica. Sin embargo, la vida parece demostrar todo lo contrario. Existen sanciones morales, y sanciones religiosas. En el segundo caso son bien evidentes y conocidas: basta pensar que cuando al católico, por ejemplo, cuando se confiesa, es decir, cuando ejerce o realiza el sacramento de la confesión, se le suelen imponer por el confesor determinados castigos e incluso penitencias, que también en ocasiones se las impone el mismo individuo como muestra de arrepentimiento ante sus propios pecados.

En el ámbito moral operan también importantes y en ocasiones severas sanciones. Según sea el medio social, las circunstancias concurrentes y el momento histórico, esas represiones morales han alcanzado y alcanzan diferentes niveles de intensidad, pero es evidente que existen y actúan con fuerza dentro del conglomerado social. Lo que produce confusión con respecto a la verdadera dimensión de la sanción es, a mi juicio, asumir que sanción es únicamente la que aplica el Estado a través de sus órganos represivos. Es evidente entonces que ese tipo de sanción, como lo hemos venido repitiendo desde el capítulo anterior, es exclusivo del sistema jurídico; sólo el derecho está amparado por la fuerza represiva del Estado y, en consecuencia, sólo la norma jurídica, cuando es violada, acarrea una sanción en la que puede intervenir, circunstancialmente, porque no siempre interviene, la fuerza coactiva del Estado.

Ocurre también con demasiada frecuencia que cuando se piensa en términos de la sanción, ya considerando exclusivamente la sanción jurídica, el razonamiento suele circunscribirse a la sanción penal. Dicho en otros términos: cuando se habla de sanción normalmente imaginamos sólo las sanciones penales y ello no es cierto ni ayuda a adquirir un claro concepto de la sanción jurídica. Si apelamos al simple diccionario, advertiremos que se define como sanción el mal que se deriva de algo mal hecho; o, cuando se refiere ya a una definición absolutamente jurídica, el castigo que se impone por el quebrantamiento de una ley.

En realidad cada rama del Derecho, con sus respectivas normas tiene sus correspondientes sanciones. Existen normas civiles, administrativas, laborales,

---

<sup>85</sup> Cutuolo, Vicente O. del **Introducción al Estudio Derecho**. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1955. Capítulo V.

financieras, de derecho económico, etc. Asimismo existen sanciones de todos esos tipos, por cuanto cada norma tiene, si está correctamente estructurada, una sanción para su eventual incumplimiento.

No es difícil encontrar ejemplos de esas diversas sanciones: en el ámbito administrativo suele imponerse mucho como sanción la multa administrativa; en derecho civil la indemnización, el pago de daños y perjuicios, el embargo de bienes; en Derecho Laboral, la suspensión del descanso, la democión en el puesto de trabajo, la separación del cargo, etc. Y, por supuesto, están las sanciones penales que son las que más fácilmente se piensan cuando se trata de sanciones y, sin embargo, son bastante difíciles de conceptuar y diferenciar de otros sistemas de sanciones.

De hecho, si tomamos el Código Penal poco nos dirá sobre qué es esencialmente la sanción penal y cómo se diferencia de la sanción administrativa, por ejemplo, o de la laboral. En los por Cuantos del Código Penal se nos dice cuáles son los fines de la punición y el sentido que se atribuye a las penas, pero de ninguna manera se la define y menos se la diferencia de otras sanciones. Cuando acudimos concretamente al Art. 27 que se refiere a los fines de las sanciones nos encontramos con que nos aclara que la sanción penal no tiene sólo por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados y otros fines constructivos. Algunos dirán que es imposible confundir una sanción penal con otra de otra rama del Derecho. Son los que sólo piensan en las sanciones penales más severas, exclusivas de la Ley Penal, como la pena capital o la de privación de libertad, pero olvidan que el Derecho Penal impone, por ejemplo, multas, y el Derecho Administrativo y el Financiero también conciben y aplican sanciones de multa, y no precisamente por la comisión de delitos, sino por la infracción de normas administrativas o financieras. En ese mismo sentido, el Derecho Laboral, por ejemplo, aplica la sanción de amonestación pública y ésta también es una sanción penal.

De tal modo, tenemos que admitir que las diferentes sanciones sólo se diferencian por la rama a la cual pertenecen las normas que las imponen, amén de otras más sutiles e imprecisas diferenciaciones.

Finalmente quisiera señalar una consideración de las normas y el cumplimiento de su disposición y, al mismo tiempo, la imposición de la sanción establecida. En este sentido, Torr   sealaba que en la vida jur  dica advertimos diferentes variaciones de relaci  n entre el cumplimiento de lo dispuesto y la sanci  n, a saber:

- ❖ Cuando se impone el cumplimiento y adem  s se impone la sanci  n establecida.
- ❖ Cuando se impone el cumplimiento y s  lo una indemnizaci  n por ese incumplimiento.
- ❖ Cuando se establece la indemnizaci  n y se impone la sanci  n, pero no se exige el cumplimiento

❖ Cuando, finalmente, la norma o la relación perfecta establece el cumplimiento, la indemnización y el castigo o sanción correspondiente.<sup>86</sup>

Finalmente creo que sería conveniente que mencionáramos una clasificación de las sanciones que merece alguna reflexión en el plano de la Teoría del Derecho. Me refiero a las **sanciones determinadas** y **las sanciones indeterminadas**. Por las primeras se entiende aquellas que la ley dice expresamente en qué consisten, cuándo proceden y cuál es su extensión o magnitud; por sanción indeterminada, por el contrario, se entiende aquella en que la ley no le dice al que ha de aplicarla, exactamente cuál es la extensión ni los matices de su aplicación y, en consecuencia, deja todo ello al arbitrio del juzgador.

Por supuesto que en torno a estos dos tipos de sanciones se establece una polémica muy importante e incluso ardorosa. Los defensores de la legalidad o imperio absoluto de la ley defienden, por supuesto, que ésta debe establecer taxativamente las sanciones e incluso decidir su aplicación y su extensión. Los que defienden el arbitrio judicial defienden una mayor indeterminación, alegando quede esa manera el juez puede apreciar las singularidades, puede aproximar la decisión a lo justo, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso y procediendo a una saludable individualización de la sanción.

Nuestro sistema penal adopta una línea intermedia, ecléctica, que pudiéramos llamar de sanciones **relativamente determinadas**, por cuanto establece para cada delito un marco sancionador del cual no puede salirse el juzgador, y con ello está imponiendo la fuerza de la legalidad, pero dentro de ese marco, el juzgador puede moverse según criterios de adecuación que también la ley le proporciona, y eso permite la individualización de la sanción.

### **La dialéctica entre los distintos elementos de la estructura lógica de la norma jurídica.**

Cuando exponemos la estructura lógica de la norma jurídica reiteramos que esa estructura debe estar presente en la norma para que ésta se encuentre completa y técnicamente acabada y correcta. En ese sentido los tres elementos de esa lógica interna de la norma proporcionan a ésta funcionalidad, rigor técnico, precisión y armonía lógica. Sin embargo, ello no implica que exista entre ellos una relación de causalidad. La dialéctica de esos tres elementos, que existe y el buen jurista conoce y utiliza en su profesión, tanto como intérprete cuanto como legislador, no implica, como lo suponía un jurista alemán citado por Cañizares, el idealista Fritz Schreier, que exista una causalidad jurídica que vincule de ese modo causal las consecuencias jurídicas y los supuestos de derecho.

Realmente no es así. Como antes decíamos, la norma legal pertenece al campo de lo que Kelsen llamó *el sollen*, el mundo de la cultura en que no hay causalidad.

Pero ello no obsta a la existencia de esa dialéctica a que antes aludíamos, que existe entre los tres elementos de la lógica de la norma.

<sup>86</sup> Torr  A. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires, 1957.

La norma no existe con coherencia y sentido si no tiene claramente establecida su hipótesis. Ella le brinda a la norma el marco exacto de su dimensión, sus límites y su alcance, sus fronteras y en ocasiones hasta sus objetivos; la hipótesis permite que la norma pueda adquirir presencia y vida en el conjunto armónico de los demás preceptos del sistema de derecho.

Pero algo más, la hipótesis condiciona la disposición y ésta a su vez condiciona la sanción. Pero nuevamente hay que decir que es un condicionamiento inscripto en el deber ser, en ese mundo del *sollen* de que hablara Kelsen. Piénsese que estamos refiriéndonos en todo momento a una lógica interna de la norma que tiene que ver con su mejor interpretación y aplicación, pero ello no excluye que exista la ignorancia o la impericia, tanto para la correcta creación de la norma, cuanto para su interpretación.

Salvadas esas particularidades debemos entonces insistir en que la disposición sólo puede entrar en función, sólo puede surtir efectos o ser exigido su cumplimiento cuando se está, absolutamente, dentro de las circunstancias previstas en la hipótesis, de lo contrario, lo dispuesto en la norma no atañe a quien no está dentro de lo concebido y determinado en la hipótesis. Y de igual modo hay una relación lógica y causal dentro de esa lógica del deber ser, entre la disposición y la sanción. Sólo puede sufrir la sanción quien infringe la disposición, si está dentro de lo previsto en la hipótesis. En esas relaciones hay una armonía dialéctica que, insisto, se mueve dentro del deber ser, pero que en la vida y sus arbitrariedades e imperfecciones, puede ser violada.

### **TEORÍA DEL DERECHO.**

#### **CAPITULO IV.**

#### **TEORÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA Y EL DERECHO SUBJETIVO.**

##### **Las relaciones jurídicas. Su concepto.**

Una vez que hemos estudiado el Derecho en su sentido más general, y las fuentes de las que ha emanado históricamente, y con posterioridad hemos estudiado la norma jurídica como el contenido de ese orden normativo que es el ordenamiento jurídico, debemos pasar a estudiar al derecho y a la norma en su dinámica, cuando cobran vida y actúan en la sociedad; cuando se convierten en realidad reguladora de la sociedad. Y eso sólo ocurre cuando la norma jurídica —parte del Derecho que es el todo— se realiza y materializa dando lugar a una relación jurídica y brindándole su contenido jurídico.

Debemos entonces entrar a considerar la relación jurídica como la materialización social de la norma y del Derecho.

Por supuesto, la vida humana y las relaciones entre los hombres son muy anteriores al Derecho y a las normas jurídicas. Bastaría recordar que en la comunidad primitiva los hombres no se guiaban por el Derecho aunque todo parece indicar que obedecían a un estricto orden y una rigurosa disciplina.

Los hombres en su vida, que sólo puede ser y es de carácter social, establecen múltiples y complejas relaciones. Son las relaciones sociales. Su carácter y naturaleza, así como sus rasgos y caracteres son sumamente diferentes en algunos casos y en otros casi coincidentes. Así podemos encontrar relaciones familiares; amorosas; amistosas; laborales; políticas; religiosas; propias de determinadas organizaciones; de simple convivencia o vecindad y, sobre todo, relaciones sociales de producción, que son evidentemente más determinantes de todas las relaciones sociales. Ahora bien, dentro de todas esas relaciones sociales, destacan entonces, con fuerza y rasgos singulares, las relaciones jurídicas.

¿ Qué relaciones de la sociedad se convierten en relaciones jurídicas, es decir, reciben la sanción estatal y son amparadas por su fuerza coactiva? Esta es, evidentemente una pregunta fundamental, porque no todas las relaciones sociales se consagran como relaciones jurídicas.

Cuando se mira con profundidad este problema tenemos que arribar a la conclusión de que el Estado convierte en relaciones jurídicas brindándole su consagración, aquellas relaciones sociales que son de alta importancia a los fines de la reproducción del sistema y con él, del mismo Estado. Entonces podemos comprender cómo existen relaciones sociales de alta significación, de nobles contenidos que, sin embargo, no son objeto de tratamiento jurídico, y otras que podrían parecernos menos empapadas de alteza humanística o de altruismo, no reciben la protección jurídica.

La amistad, por ejemplo, que es una singular y hermosa relación de los hombres en sociedad, y que no puede ser sustituida y es portadora ella misma de altísimos valores humanísticos, no tiene consagración jurídica; el Derecho no sanciona ni atiende la situación de inconsecuencia en la amistad, ni siquiera la traición entre amigos. Sin embargo, el Derecho presta toda su consideración y brinda todo su apoyo a la relación que establecen dos personas que no se conocen, a las cuales no une ningún vínculo ético, y que han suscrito un contrato de compraventa, y uno de ellos defrauda al otro. Ahí el Derecho llega con toda su fuerza a proteger al comprador o vendedor defraudado, pero no mira siquiera al amigo que ha abandonado en su desgracia, con ingratitud reprochable, al que fuera su mejor amigo.? Por qué esa inconsistencia ética? Porque lamentablemente el Derecho no protege las relaciones sociales más hermosas, o más llenas de humanismo o de contenido ético más alto y noble, sino aquellas relaciones que son importantes para la reproducción del sistema, en su dimensión económica, política y espiritual también. Por eso consagra primero que todo, en varias ramas jurídicas y con diferentes ángulos de consideración, las relaciones sociales de producción, que son aquellas que establecen los hombres durante el proceso productivo y en gracia de las cuales unos hombres dirigen ese proceso y otros son dirigidos en él; unos hombres reciben la mayor parte del resultado de la producción, en forma de ganancia, y otros apenas una simple y raquíta tajada, en forma de salario u otra manera de remuneración.

Esas relaciones, repito, el Derecho las consagra desde el punto de vista del Derecho Civil, del Laboral, del Administrativo, del Penal y de cuantos ángulos considere necesarios para asegurar la inalterabilidad del orden económico establecido y su segura reproducción, sin obstáculos.

Entonces, teniendo clara esa consideración podríamos decir que la relación jurídica no es más que una relación social que está amparada por el Derecho, que está prevista en la hipótesis de una norma jurídica y con respecto a la cual se establecen y disponen determinados contenidos jurídicos, bajo conminación de una sanción jurídica, en consecuencia de lo cual para alguno o algunos surgen, se modifican o extinguen determinados derechos subjetivos y para otro u otros, los correspondientes deberes jurídicos.

A esa definición nuestra quisiera agregar, para la mayor riqueza del pensamiento de los alumnos y lectores, que Pugliatti, por ejemplo, la define como una relación social o de hecho que produce consecuencias jurídicas. Esta definición es, a mi juicio, omisa porque no explica por qué esa relación social viene de pronto a producir consecuencias jurídicas. Du Pasquier dice que es el vínculo entre dos personas, en razón del cual una de ellas tiene el derecho de exigir a la otra el cumplimiento de un deber jurídico. Aquí también, tengo la impresión de que Du Pasquier no explica por qué esa persona o esas personas pueden exigir a otras el cumplimiento de un deber jurídico. El Prof. Cañizares la definió como el “vínculo de Derecho existente entre dos o más sujetos en virtud del cual uno o unos de ellos tienen la facultad de exigir algo que el otro u otros deben cumplir.”<sup>87</sup>

### **Requisitos de las relaciones jurídicas.**

En consecuencia de lo que ya hemos visto, podemos ahora dejar claro que para que surja una relación jurídica deben cumplirse determinados requisitos. Entre ellos:

- ❖ Que exista una relación social material, cultural o espiritual, que tenga una entidad social de tal naturaleza que sea importante para la reproducción del sistema y, por tanto, que deba ser amparada por el ordenamiento jurídico.
- ❖ Que, en consecuencia, esa relación material esté recogida en una norma, lo cual es tanto como decir, constituya la hipótesis de una norma jurídica y, por tanto, en relación con la misma se disponga algo de contenido jurídico, se establezca el surgimiento, la modificación o la extinción de derechos subjetivos y deberes jurídicos.
- ❖ Finalmente, que se establezcan las sanciones que cumplan para el caso de que lo dispuesto en Derecho sobre esa relación social devenida jurídica, sea incumplida por las partes.

---

<sup>87</sup> Ver a Fernando Cañizares. **Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Estado.** Ed. Cit. Pág. 132.

## Origen y naturaleza de las relaciones jurídicas.

Cuando queremos precisar el origen de las relaciones jurídicas debemos deslindar dos campos bien precisos: de un lado el origen político, social, que constituye la determinación real de por qué una relación social se convierte en jurídica y, en segundo plano, el origen jurídico de las relaciones jurídicas, o dicho en otros términos, cuando o cómo jurídicamente puede surgir una relación jurídica legítima y, en consecuencia, válida legalmente.

En cuanto al primer plano del análisis ya hemos apuntado lo esencial: las relaciones sociales se convierten en jurídicas cuando adquieren una importancia singular para la protección o reproducción del sistema, en su más amplia dimensión, es decir, el sistema político, el económico y todo su cosmos cultural. Ahora bien, si ponemos atención y tratamos de precisar cuáles son las formas jurídicas de validación de una relación social o, dicho en términos más exactos, en qué casos jurídicos una relación social se convierte en jurídica, entonces encontramos que entre los autores se habla de que la relación jurídica se origina en uno o más hechos jurídicos, de forma que como dijera Cañizares, el “hecho jurídico es el puente entre la capacidad de la persona para ser sujeto de derecho y la situación real y concreta de ser titular de un derecho subjetivo.”

Si tomamos el Código Civil vigente entre nosotros, es decir, la Ley 59 de 1987, entonces encontramos que se señala como Causas de la Relación Jurídica, según su artículo 47, a) los acontecimientos naturales; b) los actos jurídicos; c) los actos ilícitos; ch) el enriquecimiento indebido y d) las actividades que generan riesgos.

Claro que cuando el Código habla de acontecimientos naturales y de actos jurídicos está empleando una terminología que no se compadece del verdadero rigor científico jurídico. En efecto, los *acontecimientos naturales* no producen relaciones jurídicas al menos que sean de aquellos que son considerados, en puridad, **hechos jurídicos**, es decir, acontecimientos que obedecen a las leyes de la naturaleza, acontecimientos naturales que, sin embargo, por su significación, tienen consecuencias jurídicas. En realidad sólo algunos hechos o acontecimientos naturales, como dice el Código, tienen consecuencias jurídicas. Que llueva o escampe no tienen consecuencias jurídicas; tampoco lo tiene que la jovencita cumpla quince años, aunque eso signifique que la familia deba gastar casi una fortuna en una fiesta descomunal. No obstante eso, nada cambia legalmente. Sin embargo, nacer, morir, cumplir 16 años a los efectos penales, o 21 a los efectos civiles, etc. si son hechos o acontecimientos naturales que acarrear consecuencias jurídicas, de modo tal que debían haberse identificado más adecuadamente como hechos jurídicos.

De otro lado, cuando en la letra b) del Art. 47 del Código Civil se señalan como causas de las relaciones jurídicas, los **actos jurídicos**, se está haciendo alusión, ahora sí, a aquellos hechos que no obedecen a las leyes de la naturaleza y son



ajenos a la voluntad humana, sino, por el contrario, a actos humanos, actos emanados de la voluntad humana.

El mismo Código define como actos ilícitos, en su Art. 81, los hechos que causan daño o perjuicio a otro, con lo cual hace una definición verdaderamente lamentable porque por supuesto que no basta que algo cause daño o perjuicio a otro, sino que tiene que hacerlo contraviniendo la ley, quebrantando la norma jurídica, de manera ilegal y, entonces es que surge una relación jurídica en que el quebrantador viene con el deber de resarcir el daño ilícitamente causado.

El enriquecimiento indebido se define entonces como el traspaso de valores de un patrimonio a otro, sin causa legítima, y las actividades que generan riesgo se definen, con mucha laxitud, como aquellas que por su propia naturaleza implican la posibilidad de producir daño o perjuicio.

### **Carácter superestructural de las relaciones jurídicas.**

En la Teoría del Derecho cubana se ha incorporado desde la década de los 70 la consideración de que las relaciones jurídicas tienen carácter superestructural. Esta apreciación probablemente dimanó de las reflexiones teóricas del Prof. Cañizares, a las cuales dio plasmación en su texto de Teoría del Derecho tantas veces mencionado. En esa obra el aludido profesor argumenta que las relaciones jurídicas se establecen entre los hombres después de haber pasado por su conciencia. A continuación hace una afirmación muy categórica, cuando dice que “Sin la existencia de la conciencia jurídica no pueden establecerse determinadas relaciones jurídicas por cuanto las ideas, conceptos y teorías jurídicas correspondientes a una etapa social determinada, sirven de guía para la acción y de orientación para los hombres en el campo de la regulación normativa de la vida social, es decir, en el campo del Derecho.”<sup>88</sup>

Cuando he reflexionado sobre el particular me he inclinado más a explicar el carácter superestructural de las relaciones jurídicas sobre la base de que éstas no son más que relaciones sociales, que suelen asentarse en la base material de la sociedad y que se convierten en jurídicas cuando precisamente son reguladas por el Derecho, es decir, cuando son normadas por un elemento principal de la superestructura social, de lo cual se deriva, a mi juicio, ese carácter superestructural, más que de su adscripción o tránsito por la conciencia de los hombres.

### **Estructura de las relaciones jurídicas.**

La relación jurídica tiene elementos que la integran y sin la cual o no es tal relación jurídica o adolece de defectos de tal naturaleza que se pierde la eficacia jurídica de la misma.

---

<sup>88</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. Pág. 134.

Si nos atenemos nuevamente al Código Civil contenido en la Ley 59 de 1987 encontraremos que en su Art. 22 se alude solamente a tres elementos de la relación jurídica, a saber, los sujetos que intervienen en ella; el objeto y la causa que la genera, según dice literalmente el Código.

Sin embargo, la mayoría de los tratadistas habla de los sujetos del derecho, del objeto de la relación jurídica; del vínculo jurídico, que es la que el Código llama causa de la relación jurídica, pero se agrega comúnmente, un cuarto elemento constitutivo, a saber, los derechos y deberes que constituyen la relación jurídica, lo cual no queda agotado con la simple alusión a la causa de ésta. Veamos estos distintos elementos componentes:

1. **Los sujetos**, que son las partes o personas que intervienen en la relación jurídica de que se trate. Para ello tienen que ser sujetos de derecho, o lo que es lo mismo, tienen que tener capacidad jurídica, es decir, que el ordenamiento jurídico les reconozca capacidad para tener derechos y contraer obligaciones.

Los sujetos de la relación jurídica son dos: el sujeto activo, o acreedor, o *reus creditoris* o *reus estipulandi*, como se decía en el Derecho Romano, que puede ser uno o varios; persona natural o persona jurídica o artificial. En todo caso es el que tiene atribuidos los derechos, las facultades para exigir al otro el cumplimiento de determinadas obligaciones. Es el titular de los derechos subjetivos.

El otro sujeto es el sujeto pasivo o deudor o *debitoris*, *reus promitendi* en el Derecho Romano, que también puede ser una persona natural o una persona jurídica y es el que está obligado según la relación jurídica. También, por supuesto, los sujetos pasivos pueden ser uno varios.

2. El segundo elemento es el **objeto de la relación jurídica**. Sobre el objeto de la relación jurídica el tantas veces citado Código Civil vigente (Ley 59/87) dice en su Art. 45.1, con términos un poco vagos que “es un bien, una prestación o un patrimonio, que eran de lícita apropiación y recepción.” De tal modo, el Código parece no caer en el error de confundir el objeto de la relación con los objetos materiales que puedan estar presentes en el contenido de dicha relación jurídica, puesto que dice que son los bienes, pero también las prestaciones. Cañizares dice que es el elemento de la relación jurídica sobre el cual convergen los derechos y obligaciones de las partes. En ese sentido, debe quedar claro que si en una relación jurídica determinada A y B han convenido que A le pinte a B el domicilio de este último, el objeto de la relación jurídica es precisamente esa prestación: pintar el domicilio y no, como alguien puede creer la pintura y la brocha o la escalera que utilizará en ese propósito.

3. El otro elemento es **el conjunto de derechos y deberes que las partes deben cumplir** que pueden ser muy variados, en algún caso es el cobro de dinero, en otro el traspaso de la propiedad de un bien; en un tercer supuesto es que alguien se abstenga de hacer algo a favor de mi libertad de acción etc. Está claro que el contenido jurídico de esa relación jurídica, el conjunto de los derechos y deberes que ella implica suele estar predeterminado por la naturaleza y sentido del vínculo legal en que se apoya, pero a veces, sobre todo cuando se trata de relaciones jurídicas convenciones, es decir, que emanan de acuerdos entre los sujetos, como en los casos de contratos, la extensión y naturaleza de los derechos y deberes es puesto por las partes dentro de los marcos legales establecidos.
  
4. Finalmente los tratadistas suelen aludir al vínculo jurídico, es decir, el nexo legal que une a las partes en la relación jurídica y que puede ser, por ejemplo, la ley, un contrato, un delito, etc. Como antes decía, el Código Civil muchas veces citado dice que son causas de la relación jurídica, las que enumera en su Art. ya mencionado 47, con lo cual atribuye la denominación de causa a lo que en la doctrina teórica universal se identifica como vínculo jurídico, lo cual en puridad de verdad no es una imperfección puesto que el Código lo que está es regulando o estableciendo los supuestos de establecimiento de relaciones jurídicas. Entonces, como ya vimos, habla de los acontecimientos naturales; los actos jurídicos; los actos ilícitos; el enriquecimiento indebido y las actividades que generan riesgo. Evidentemente se trata de una enumeración muy polémica y cuestionable. A simple vista se diría que falta la ley como fuente o vínculo jurídico que permite el establecimiento de las relaciones jurídicas. Imagino que los redactores del Código digan que en los casos establecidos están todos los supuestos en que la ley puede determinar el surgimiento de una relación jurídica, lo cual también puede ser sumamente polémico. Pongo el ejemplo de la relación jurídica que se puede establecer entre dos excónyuges con motivo de su divorcio, en relación con la guarda y custodia, ejercicio de la patria potestad y mantenimiento económico de un hijo común. Es una relación jurídica que emana de la Ley y que, a mi juicio, no se debe, al menos directamente, a un hecho jurídico, que en este caso sería el divorcio, sino que es sólo un corolario de ese hecho jurídico o, mejor expresado, acto jurídico, pero que, además, puede resultar de conformidad con la voluntad de uno de los cónyuges, es decir, de una de las partes, pero contrariando absolutamente la voluntad del otro.

#### **Clasificación de las relaciones jurídicas.**

Las clasificaciones de las relaciones jurídicas no han sido tantas ni de variado capricho entre los tratadistas. En realidad se han establecido en atención a la

diversidad de los sujetos que intervienen en una relación jurídica y, en otro sentido, en atención a la naturaleza del hecho jurídico causal de la relación.

En cuanto a los sujetos las clasificaciones suelen ser las siguientes:

- ❖ Relaciones jurídicas existentes **entre personas jurídicas naturales** o individuales, o físicas, a las cuales el Derecho otorga capacidad jurídica, es decir, capacidad para tener derechos y contraer obligaciones.
- ❖ Relaciones contraídas **entre personas jurídicas colectivas**, también llamadas personas morales, o personas ficticias, como pueden ser las corporaciones, los organismos, las asociaciones, el mismo Estado, etc.
- ❖ Las relaciones jurídicas **mixtas**, que son las contraídas entre personas jurídicas o colectivas con personas naturales o individuales.
- ❖ Relaciones jurídicas con **un sujeto singular**, sea éste una persona natural o individual o una persona jurídica o sea mixta.
- ❖ Relaciones jurídicas **contraídas por sujetos colectivos**, es decir, aquellas en que hay varios acreedores o varios deudores, con igual situaciones si se trata de personas naturales o ficticias.

Como se estudiará con más detalle cuando se estudien las obligaciones, en los casos de relaciones jurídicas con varios deudores o varios acreedores, la posición de ellos puede ser de mancomunidad o de solidaridad. Los acreedores o deudores son mancomunados cuando todos tienen derecho a exigir, o están obligados a pagar, sólo una parte alícuota de la obligación. Son solidarias las relaciones cuando todos los acreedores o todos los deudores están obligados al total de la obligación, con independencia de la liquidación ulterior entre los deudos o los acreedores.

Desde el punto de vista del hecho jurídico que les da nacimiento, se clasifican las relaciones jurídicas en:

Relaciones convencionales, cuando resultan de la convención o el acuerdo entre los sujetos de la relación, es decir, cuando emergen de un acto de voluntad, de un acto jurídico, como ocurre en los casos de los contratos.

Relaciones jurídicas extracontractuales, son aquellas que no se derivan del acuerdo o la voluntad de las partes, sino que resultan de hechos o situaciones jurídicas independientes de la voluntad de los sujetos de la relación, como son los casos de relaciones nacidas de delitos, que según el Código Civil serían hechos ilícitos, o de situaciones que generan riesgo, etc.

### **La teoría de los Derechos subjetivos. Cuestiones generales.**

Como hemos repetido, en el ámbito de la relación jurídica surgen, para el sujeto activo o acreedor, los llamados derechos subjetivos, facultad, prerrogativa o poder de imponer al otro sujeto de la relación, al sujeto pasivo o deudor, la obligación de hacer, no hacer o dar a favor del titular del derecho subjetivo.

Como han indicado un grupo muy sagaz de juristas españoles, el problema del derecho o los derechos subjetivos está ya contenido en lo que podríamos llamar la más simple intuición popular sobre el Derecho.<sup>89</sup> En efecto, todos decimos o hemos dicho en alguna ocasión: yo tengo derecho a esto o aquello otro, o por el contrario, hemos clamado: usted no tiene derecho a eso o nadie, óigase bien, nadie tiene derecho a eso.

Pero sin dudas no es una cuestión popular ingenua. De hecho toda la doctrina y la polémica en torno a los derechos subjetivos está teñida de posiciones políticas e ideológicas. Los citados autores españoles decían con toda razón que “detrás de la noción de derecho subjetivo, además de un problema de técnica jurídica (cómo construir una modalidad jurídica para traducir determinada situación normativa) encontramos una propuesta de orden social (es decir, un modo de dar solución a determinadas relaciones surgidas en el tráfico económico y de obtener legitimidad política)”<sup>90</sup>

Ese contenido ideológico es bien claro desde mediados del siglo XIX en que surge, precisamente, la doctrina de los derechos subjetivos, primero en el ámbito del llamado Derecho Privado, con la obra de pensadores como Savigny, Puchta o Windscheid, y más tarde en la base del Derecho Público, alimentado la teoría de los derechos fundamentales o las libertades públicas, según el pensamiento de los iuspublicistas Jellinek, Laband y Mayer. Esa aludida determinación ideológica es la que hizo decir a Ferrajoli que en la doctrina de los derechos subjetivos está la base de la mixtificación liberal de la propiedad.

#### **Breve noción sobre la evolución histórica de los llamados Derechos subjetivos y las distintas doctrinas teóricas sobre los mismos.**

Creo que uno de los problemas principales que han influido en las dificultades de caracterización, determinación e incluso definición de los Derechos subjetivos ha consistido en lo que sagazmente señalaba La Torre cuando ponía de relieve que el derecho subjetivo ha sido una **categoría fundante**, es decir, la supuesta razón o explicación de la razón esencial de los derechos individuales e incluso de la legitimidad del Estado en vez de apreciarse, como ha empezado a serlo más recientemente, como **categoría fundada**, es decir, basada en el sistema de normas jurídicas existentes, derivada del derecho positivo.<sup>91</sup>

De ahí que considere que es muy importante hacer, al menos un elemental recorrido por la evolución histórica de ese concepto tan relacionado con los grandes giros ideológicos de la humanidad y con los soportes y consideraciones medulares sobre el Derecho en general.

<sup>89</sup> Aparisi A.; López F.; de Lucas, J. Y Vidal E. **Personalidad jurídica y capacidad de obrar**. En **Introducción a la Teoría del Derecho**. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992. Pág. 220

<sup>90</sup> *Ibidem*. Pág. 221.

<sup>91</sup> Sobre el particular puede verse a M. La Torre y K. Larenz. **La lotta contro il diritto soggettivo**. Giuffrè. Milano, 1990.

Realmente la noción del derecho subjetivo surge como atributo esencial e inmanente de la naturaleza humana, por demás soberbiamente individual, que le hace acreedora de determinados derechos y facultades, más allá de éste o aquel otro ordenamiento jurídico. De tal manera, esa concepción no se encuentra en la antigüedad grecorromana. En realidad, es absolutamente propia del individualismo o, como dicen algunos autores españoles, del atomismo y del nominalismo, que desembocarán en el contractualismo. Objetivamente sus primeras apariciones se encuentran en los teólogos del siglo XIV como Duns Scoto y sobre todo, Guillermo de Occam, que es quien en realidad formula por primera vez la tesis o concepción del derecho subjetivo como facultad inherente e intocable del individuo. No importa que esas posiciones de Occam se sostengan en su lucha contra el Papa; las mismas servirán para que un poco después, en los siglos XVII y XVIII sean retomadas o redescubiertas por la tendencia racionalista del Derecho Natural, y que se expresa –sobre todo en Wolff—como facultad o poder innato del hombre, anterior incluso al Derecho objetivo o positivo. Y nada extraño tiene entonces que esa consideración se imbrique con las ideas del contractualismo que están surgiendo con fuerza indetenible en los aludidos siglos. De ahí que la configuración de los derechos subjetivos esté imantada al individualismo burgués, al contractualismo, referido no sólo a la explicación de la formación de la sociedad civil, sino como base y fundamento de toda la vida del hombre en sociedad; y que en consecuencia esa doctrina de los derechos subjetivos está también estrechamente vinculada a los más altos valores de la sociedad burguesa, como son, especialmente, no sólo el individualismo, sino la apreciación de la falsa libertad personal, que se encuentra en la base de la desafortunada consideración sobre la libertad contractual y la ilimitada propiedad personal. De tal manera, los derechos subjetivos constituyen, a partir de esa historia, el desembocar natural del liberalismo burgués, tanto económico como en su explicación y fundamentación jurídica. Así, por ejemplo, para Kant, todo el Derecho no sería más que el sistema de los derechos subjetivos y todo ello en función de la libertad entendida a la ingenua manera del liberalismo.

Esa concepción liberal de los derechos subjetivos, fomentada de forma incipiente ya por Savigny y elevada rotundamente por Kant, alcanza el despliegue de esas tendencias en que se imponen los criterios de la autonomía de la voluntad, la libertad de acción y de ahí la consagración del derecho de libre comercio y propiedad individual, que generan lo que se ha conocido como *individualismo posesivo* y que introducen en el escenario de la ciencia jurídica, bajo una aparente universalidad, a un sujeto de derecho estrecho y reducido: el propietario burgués, varón, adulto y blanco.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Al respecto puede verse la magnífica interpretación de este proceso en **Introducción a la Teoría del Derecho**. Colectivo de autores. Ed. Citada. Pág. 221 y 222.

A partir de esa primera aclaración sobre el origen y evolución esencial del concepto estamos en condiciones de entender las distintas concepciones doctrinales sobre su naturaleza y esencia.

De tal manera, hundiéndose sus raíces en el nominalismo y el racionalismo, constituye un resultado lógico del contractualismo de los siglos VII y XVIII y del iusnaturalismo racionalista de esos siglos. En consecuencia, los derechos subjetivos se despliegan en esos momentos como la fundamentación y la razón de ser de todos los derechos y se identifican con facultades y prerrogativas innatas del hombre. Esa teoría, más que tomar fundamento, se expresó en la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano** de 1789.

Por eso, creo que tuvo razón Cañizares cuando afirmó que “La teoría de los derechos naturales o innatos o individuales, fue un arma de lucha de la clase burguesa contra el poder feudal y a pesar de su base anticientífica, desde el punto de vista social significaba una idea de progreso frente a las concepciones teológicas que pretendían someter a los hombres a la impotencia y anular los rasgos esenciales de la personalidad humana.”<sup>93</sup>

Todo ello puede explicar la diversidad de teorías que han pretendido justificar la existencia de los derechos subjetivos. Algunos autores han llegado incluso a dividirlas entre teorías tradicionales y teorías modernas.

De cualquier modo, **entre las llamadas teorías tradicionales**, la primera apreciable es la llamada **Teoría de la voluntad**.

La teoría de la voluntad es la primera que aparece, y se debe al pandectista alemán Windscheid, que alegó que los derechos subjetivos se derivaban de la voluntad individual y como expresión de tal voluntad son reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico.

Por supuesto que esta teoría recibió el ataque inmediato incluso de otros teóricos burgueses que apuntaron con elemental suspicacia que, a la luz de ella, sólo tendrían derechos subjetivos los sujetos que poseyeran voluntad, y eso evidentemente no es así, puesto que incluso los menores o incapacitados son titulares de determinados derechos subjetivos. Además, los derechos subjetivos desaparecerían con la muerte y el cese de la voluntad individual, y tampoco es así, puesto que algunos derechos subjetivos sobreviven a su titular.

La teoría de la voluntad fue sustituida en el tiempo por la conocida como teoría del interés, que se debe al gran jurista alemán Rudolf Von Ihering.

Ihering sostuvo que los derechos subjetivos no eran resultado de la voluntad del sujeto, sino que constituían intereses jurídicamente protegidos. Esa concepción es coherente con toda la cosmovisión jurídica de Ihering que consideró al Derecho en general, y no sólo a los derechos subjetivos, el resultado de intereses que hacían méritos para ser protegidos por la fuerza coactiva del Derecho y el Estado. Al igual que en el caso de la teoría de la voluntad, en ésta del interés protegido por el derecho, se ha señalado que ella no sirve para justificar todos

---

<sup>93</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. Pág. 135.

los derechos subjetivos, porque algunos existen sin que haya interés conocido de sus titulares.

Por ello surge la teoría ecléctica de Jellinek quien sostuvo que los derechos subjetivos eran intereses tutelados por la ley mediante el reconocimiento de una voluntad individual a la que se le confería rango de persona jurídica, con derechos y deberes. Esta posición ecléctica, por su propia naturaleza arrastró las insuficiencias e inconsecuencias de las dos anteriores y no satisfizo absolutamente a una explicación acabada de los derechos subjetivos, aún desde una perspectiva iusfilosófica burguesa.

Ante las limitaciones de las teorías tradicionales aparecieron otras que se han identificado como **teorías modernas**, y entre las que descuella, primero que todo, la llamada **teoría formalista**.

La teoría formalista es hija del pensamiento y la consideración del jurista austríaco Han Kelsen y se concilia absolutamente con los elementos básicos de su teoría pura del Derecho. Para Kelsen, derecho subjetivo y derecho objetivo son iguales e idénticos, coinciden y no pueden distinguirse, de donde en realidad y en última instancia, niega toda entidad propia a los derechos subjetivos. Por supuesto que, como dice Cañizares, esta consideración, aparentemente muy materialista y práctica, incurre en un serio error, confundir la norma jurídica (derecho positivo) con la facultad jurídica (derecho subjetivo). Como señala Cañizares, “Si bien el derecho no puede concebirse fuera de la norma jurídica, no equivale por ello a la norma misma. El derecho subjetivo es facultad que concede la norma al sujeto activo de la relación jurídica que regula, pero la misma norma entraña un deber correlativo a esa facultad.”<sup>94</sup>

Más tarde apareció también, la concepción de que el derecho subjetivo es facultad personal jurídicamente normada. En realidad, aunque esa apreciación ha sido hija de los positivistas y de otras escuelas derivadas o seguidoras del positivismo filosófico y jurídico, creo que se mueve dentro de los mismos límites teóricos idealistas y convencionales del pensamiento iusnaturalista racionalista del siglo XVII.

Ulteriormente, después de las críticas desde una izquierda consecuente, que han brotado desde las posiciones del pensamiento marxista e incluso a partir de revisiones que se producen desde las perspectivas del positivismo jurídico y de la Sociología del Derecho, la teoría de los derechos subjetivos se ha colocado en nuevas posiciones e incluso ha servido como instrumento de lucha de las fuerzas populares, precisamente contra ese liberalismo burgués, con su individualismo, su egoísmo y su exacerbación del derecho de propiedad. Resumiendo en cierto sentido ese sano viraje, Vidal, siguiendo y sintetizando el pensamiento de Hohfeld, de Ross y de Paniagua, que “el derecho subjetivo, pues, constituye poderes, define facultades, otorga potestades, y confiere inmunidades; unifica técnicamente distintas situaciones, las agrupa y les confiere un tratamiento

---

<sup>94</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. Pág. 317.



unitario, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el derecho en cuestión.”<sup>95</sup>

Por un sendero paralelo, el pensamiento positivista del Derecho también llegó a brindar un sentido menos individualista y abstracto a los derechos subjetivos y particularmente al derecho de propiedad. León Duguit afirmó que “El Derecho de propiedad ya no puede existir contra los demás hombres, como no puede existir sobre una cosa. Solamente hay una situación subjetiva del propietario.” Pero de inmediato significa que “esa situación es digna de respeto únicamente porque la explotación de la propiedad lo es conforme a la solidaridad social y útil a la comunidad.”<sup>96</sup>

La concepción marxista sobre los derechos subjetivos tuvo un desarrollo contradictorio en la literatura oficial del extinguido campo socialista de Europa del Este. Sin embargo, las dos grandes tendencias diferenciadas han partido de un criterio común: el derecho subjetivo es una simple derivación o subjetivización del derecho positivo.

Para una corriente de teóricos, como correctamente lo recuerda Cañizares, los derechos subjetivos existen sólo dentro de la relación jurídica y, en consecuencia, emanan de las normas jurídicas que al regular y dar vida a las relaciones jurídicas establecen los derechos subjetivos y los deberes correspondientes.

Otra posición, sin embargo, partió de la consideración de que en la regulación jurídica de la actividad productiva y económica de las empresas estatales, existían derechos subjetivos absolutos, independientes de cualquier relación jurídica. Sin embargo, como puede verse, en ambas posiciones doctrinales el derecho subjetivo aparece sólo como la subjetivización, la interiorización personal de un derecho consagrado objetivamente en la legislación positiva y, en consecuencia, según ese mismo discurso, de un derecho que expresa siempre los intereses de la clase dominante.

Moviéndose en cierta medida dentro de esas consideraciones, el tantas veces citado Cañizares decía que el derecho subjetivo es sólo una categoría jurídica que unida a la de obligación jurídica expresan posiciones diferentes de distintos sujetos en el interior de la relación jurídica.

En ese sentido decía expresamente: “El derecho subjetivo, pues, no es algo que pertenece al individuo fuera de sus relaciones con otro. El derecho subjetivo se posee únicamente en relación con una persona obligada.”<sup>97</sup>

Desde mi punto de vista, la teoría marxista de los derechos subjetivos ha tenido el mérito de despojar a éstos de falsos apriorismos y de las viejas sombras idealistas del iusnaturalismo, tanto religioso como racionalista, pero ha tenido el defecto de despojar a la categoría “derecho subjetivo” de todo elemento o fuerza

<sup>95</sup> Aparisi A.; López F; De Lucas, J. y Vidal E. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág. 223.

<sup>96</sup> Citado por Fernando Cañizares en Ob. Cit. Pág. 320.

<sup>97</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. Pág. 323.

fundante si se toman dentro de la perspectiva de la ontología jurídica. Pienso que efectivamente los derechos subjetivos emanan y son realidad sólo en cuanto se encuentran reconocidos, plasmados, constituidos en las normas jurídicas y, en consecuencia, se realizan en determinadas relaciones jurídicas. Pero, por otro lado, no pierdo de vista que existen valores que se han venido absolutizando en la milenaria historia del proceso civilizatorio y que ningún régimen político puede soslayar, debilitar o alterar. Me refiero a valores tales como el respeto a la vida; la protección de la niñez; de los desvalidos; el derecho de todo ser humano a la salud y la educación y, en esa dirección, los principales derechos conocidos hoy como derechos humanos. Considero entonces que esa absolutización de los valores, lograda precisamente en el fragoroso batallar del hombre en todas sus luchas históricas, que son luchas de clases, ha consagrado la naturaleza, de hecho devenida inmanente, de esos derechos, y su violación es, por ello mismo, un atentado esencial a la naturaleza humana. Dicho en otras palabras y de forma bien clara: si bien los derechos subjetivos se sustancian y cobran realidad sólo cuando están plasmados en el derecho positivo y se materializan en las relaciones jurídicas, de ello no se puede derivar resignadamente, que si un régimen cualquiera decidiera suprimir jurídicamente el derecho a la vida o se decidiera a imponer el trabajo obligatorio a menores de edad, habría que entender que como regulación jurídica positiva esa es la única que puede ser de referencia para entender el catálogo de los derechos subjetivos. Afirmino que en las puertas o en el interior ya del siglo XXI, vencidos trechos muy largos y dolorosos del proceso civilizatorio, sin alusión a visiones idealistas, sino con firme materialismo combativo, tenemos derecho a decir que frente a cualquier capricho legislativo e incluso frente a la arbitrariedad de eventuales regímenes, los hombres hemos consagrado ya determinados derechos subjetivos y los alegamos como derechos inmanentes a la naturaleza humana.

### **La clasificación de los derechos subjetivos.**

En realidad existen múltiples propuestas teóricas de clasificaciones de los derechos subjetivos, según diferentes ángulos o criterios de clasificación y, por supuesto, en dependencia también de la conceptualización general que cada autor haga de los derechos subjetivos.

Cañizares habla de derechos subjetivos personales, como derechos directos de los individuos, tutelados como tales por el Estado, cual es el caso de los derechos civiles, los familiares, laborales, etc.

Junto a ellos Cañizares habla de los derechos subjetivos en que se defiende un interés directo del Estado como interés colectivo como son los derechos propios del Estado como órgano de poder y soberanía, los de sus órganos; es decir, derechos administrativos, los correspondientes a los órganos estatales como personas jurídicas colectivas etc.

En sentido más general se inscribe la clasificación entre derechos subjetivos reales y derechos subjetivos de obligación. Los derechos reales son los que se relacionan con la propiedad y demás derechos reales, como, para sólo citar algún ejemplo, el usufructo, las servidumbres, la posesión y otros. En tanto que los derechos subjetivos de obligación son los que emanan de las obligaciones jurídicas, cuyas fuentes suelen ser los contratos, los delitos y la ley. En esos derechos, el titular no hace valer sus facultades ante toda la sociedad, como ocurre con el derecho de propiedad, sino que sólo puede hacerlo en relación con el otro sujeto obligado, el deudor. Ese deudor en general puede estar obligado a dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del sujeto acreedor. Por supuesto que en relación con esos derechos subjetivos de obligación hay que considerar jurídicamente tanto su nacimiento, como sus modificaciones o su extinción.

Finalmente suele admitirse mucho la clasificación entre derechos subjetivos patrimoniales y derechos subjetivos extrapatrimoniales. Los patrimoniales son los que tienen un determinado contenido económico y los segundos son los que consagran valores humanos esenciales que, al convertirse en derechos subjetivos, devienen así valores jurídicamente protegidos y, en consecuencia, derechos subjetivos no patrimoniales, como pueden ser el derecho al nombre, a la honra, a la privacidad, etc. En ese sentido, el Código Civil vigente (Ley 59 de 1987) establece en su Art. 1 que “El Código Civil regula relaciones patrimoniales y otras no patrimoniales vinculadas a ellas, entre personas situadas en plano de igualdad, al objeto de satisfacer necesidades materiales y espirituales.”

Todo lo referente al estudio del nacimiento, la pérdida, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos es objeto de estudio en el Derecho Civil.

## **TEORÍA DEL DERECHO.**

### **CAPÍTULO V.**

## **TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.**

### **El ordenamiento jurídico. Concepto y carácter sistemático.**

Desde el primer capítulo hemos repetido que las normas jurídicas no se encuentran yuxtapuestas, ni organizadas como simple ringlera, como vulgar sumatoria de normas que se memorizan y se aplican con independencia e individualidad. Por el contrario, las normas jurídicas forman parte de un sistema.

Norberto Bobbio decía que “solamente se puede hablar de Derecho cuando exista un complejo de normas que forman un ordenamiento... el Derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas...”

una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras normas con las cuales forma un sistema normativo.”<sup>98</sup>

Cuando hablamos de que el ordenamiento jurídico es un sistema, se parte de que ese concepto supone que un sistema constituye, según algunos autores, el soporte científico que sustenta el estudio de los datos de una determinada agrupación de elementos dentro de la **sociedad**, ya que lo primero que es preciso definir es la naturaleza de los componentes de ese grupo de importancia social y la relación que éstos mantienen, es decir, lo que tienen en común.

Por supuesto que caracterizar la noción de sistema, particularmente en las Ciencias Sociales, es algo bien difícil y que ha dado origen a una verdadera especialidad, conocida como Teoría de los Sistemas. Sin embargo, quisiéramos tomar en cuenta algunos elementos insoslayables de esas concepciones científicas para adentrarnos en el análisis del ordenamiento jurídico como sistema. Ante todo, hay que significar que estamos abordando la problemática de un sistema lógico formal. Quiere decir, estamos hablando del funcionamiento sistémico de las normas jurídicas desde una visión lógica y formal, como arquitectura estructural de esas normas, como hechumbre formal de la mismas. Sin embargo, nosotros trataremos de introducir cuando fuere posible, sin romper la esencia científica del examen sistémico desde el punto de vista formal, trataremos de introducir, repito, algunos elementos, también sistémicos y que consideramos esenciales en el ordenamiento jurídico pero que se refieren no a su expresión lógico formal, sino más allá, a su contenido social y axiológico en particular, incluido, por ello, su contenido político e ideológico.

Como se ha señalado con acierto, la primera condición para alcanzar una apreciación adecuada sobre un sistema cualquiera, es identificar cuáles son los elementos que se incluyen en ese sistema o que son admitidos en él y, por tanto, cuáles son los que quedan excluidos. Esta simple noción, aplicada al ordenamiento jurídico nos exige determinar cuáles son las normas que integran un determinado sistema jurídico. Además, será preciso establecer el carácter de las relaciones que existen entre los componentes del sistema, que es tanto como decir, cómo se vinculan entre sí las normas jurídicas dentro de un sistema de derecho; supone también asumir en cierto sentido los puntos de vista de Hart sobre la regla de reconocimiento y constatar entonces cuáles son las normas secundarias de ese sistema y, en fin, determinar entonces en qué pivotes estriba su unidad. Ahora bien, a contrario sensu de lo predicado por Kelsen, para nosotros la unidad del ordenamiento jurídico tiene que ser explicable no exclusivamente en atención a su estructura formal, normativa, lo cual identificaríamos como su unidad externa, sino atendiendo también y sobre todo a su esencia constitutiva y su contenido social, político e ideológico, es decir, en función de su unidad interna.

Aunque parezca elemental, sin embargo hay que reconocer que en la historia del pensamiento jurídico y en consecuencia, de la embrionaria Teoría del Derecho, éste no se concibió de inicio como un sistema, como un conjunto normativo orgánico. En realidad, existieron los atisbos geniales de Savigny y de Ihering, estudiando el sistema de Derecho Romano, pero sólo lo hicieron desde el punto de vista histórico, aunque al hacerlo introdujeron nociones esenciales sobre los requisitos mínimos de un sistema de Derecho.

Sin embargo, es evidente que el viraje esencial en cuanto a considerar al Derecho como algo más que sumatoria de normas, se produce con la obra de los llamados institucionalistas o del institucionalismo jurídico, que tuvo su cabecera descollante en el francés Hauriou. No es esta la oportunidad de examinar el institucionalismo jurídico pero sí debemos consignar que fue el institucionalista Santi Romano quien por primera vez, en su obra de 1917 titulada **El ordenamiento jurídico**, introdujo la concepción institucionalista en el estudio del Derecho como sistema, y sostuvo que el Derecho no era norma, sino institución. Para sostener esta posición, los institucionalistas adujeron que el Derecho no estaba integrado sólo por normas, sino que en el mismo había instituciones y principios de organización.

Hauriou, por ejemplo, sostenía que no son las normas las que hacen las instituciones, sino las instituciones las que crea y consagran a las normas jurídicas.

Los institucionalistas, al defender la prioridad de las instituciones sobre las normas en la constitución de las regulaciones jurídicas, admitieron, de soslayo

<sup>98</sup> Citado por Fernández Encarnación, en **Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág.154.

primero y después expresamente, el conocido como pluralismo jurídico, que se opone al monismo jurídico y sobre el cual diremos algo más adelante.

Asimismo, es justo consignar que los institucionalistas advirtieron y defendieron el carácter sistémico del Derecho, partiendo de que el mismo es más una institución que una norma, o un producto institucional que normativo, pero no fueron los primeros o los únicos que concedieron y entendieron al Derecho como sistema. Hay que reconocer que incluso los normativistas más consecuentes, como el mismo fundador de la teoría normativista, Hans Kelsen, consideran al Derecho como sistema, pero como sistema de normas, haciendo prevalecer en el mismo y en su montaje la estructura normativa y sin tomar en cuenta la institucional.

Para Kelsen el sistema jurídico y su unidad estructural, dependen de la armonía y coherencia formal del mismo. Con fuerte influencia de Merkl, elabora las nociones de estructura vertical, de subordinación, y horizontal, de coordinación del sistema de normas que integran el ordenamiento jurídico. Para Kelsen la validez y legitimidad de las normas no depende de su sentido o valores internos, sino del correcto ajuste y subordinación de la norma superior. De tal modo, cada norma brinda legitimidad a la inferior. Sin embargo, en esa línea de pensamiento Kelsen encontró que el edificio de su sistema jurídico e incluso el edificio de su sistema normativo quedaba con el techo descubierto en tanto que las normas constitucionales no podían derivar su validez de otras superiores. Entonces Kelsen elabora la noción de norma fundamental, como cumbre del sistema normativo. Con un marcado sentido kantiano, apriorístico o inmanente, el mismo Kelsen afirma que “En mi doctrina la norma fundamental fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición, sino que estaba presupuesta en nuestro pensamiento.”<sup>99</sup>

Para Kelsen era esencial despojar a la norma y al ordenamiento jurídico de toda significación de fondo, de todo contenido político, social, económico o incluso ético. Las normas se estructuraban como un esqueleto normativo sin sangre ni nervio. Sin embargo, en un Simposio efectuado en Salzburgo en 1963, del cual apenas hablan los kelsenianos, para rendir homenaje al maestro en su 82 aniversario, Kelsen reconoció con valor autocrítico que había cometido un serio error filosófico con respecto a la falta de contenido material de la llamada norma fundamental. Dijo en esa ocasión: “En mi doctrina la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición sino que estaba presupuesta en nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir sosteniendo esa doctrina que tengo que abandonarla. Pueden creer e, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas.”<sup>100</sup> Y entonces Kelsen tiene que admitir que efectivamente en la norma fundamental hay un contenido volitivo, una voluntad, que debe ser política.

Posteriormente han aparecido criterios conciliadores, como los de Lombardi que habla del sistema de derecho como un sistema de normas, pero que organiza un cuerpo social. Lombardi no identifica al Derecho con el cuerpo social pero considera que la característica principal de un sistema normativo jurídico es organizar al cuerpo social.

Quisiera sumarme absolutamente a Encarnación Fernández cuando afirma que “aunque el ordenamiento jurídico constituya un sistema normativo, ello no significa que esté integrado sólo por normas.”<sup>101</sup> La mencionada autora aduce que el sistema jurídico en efecto no sólo está integrado por normas, sino que en él existen y desempeñan importante papel los principios y las definiciones. Como ejemplos menciona algunos casos de definiciones del Código Penal y Civil españoles, y como principios menciona varios ejemplos también extraídos de la Constitución española. En nuestro caso quiero significar que también en nuestra legislación abundan las definiciones. El Código Penal dice, en su Art. 8.1. que “Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal.” Este precepto, indudablemente, contiene sólo una definición aunque la misma esté cargada de conceptos y criterios doctrinales sumamente importantes. Por su parte el Código Civil también tiene abundantes preceptos puramente definidores, como es el caso del Art. 22, en que dice que “Tiene carácter de jurídica la relación entre personas a la que la ley le atribuye

<sup>99</sup> Kelsen, Hans, **En el simposio de Salsburgo**, 1963. Actos del Simposio, transcritas por Alf Rose en su obra **Lógica de las normas**. Págs. 146-147. Traducción castellana de Editorial Tecnos, Madrid, 1971.

<sup>100</sup> Kelsen, Hans, **En el Simposio de Salzburgo**. Ed. Cit.

<sup>101</sup> Fernández Encarnación. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág. 155.

efectos.” Y sólo eso. Es decir, que se contenta con definir cuándo, para el criterio del Código, estamos ante una relación jurídica.

Y existen principios absolutos en el Derecho, algunos plasmados jurídicamente, otros siquiera recogidos en normas, pero que en puridad científica y política no pueden ser soslayados. Recuerdo sólo aquel que declara que *Nullum crimen et nulla poena sine previa lege pénale*, es decir, que no hay delito ni puede haber sanción si no hay una ley penal anterior. Ese principio es sagrado para la ciencia penal civilizada y el mismo se encuentra reproducido en casi todas las legislaciones penales del mundo, pero considero que tiene plena validez reguladora, con independencia de que sea o no incorporado a la legislación. Existen, además, las presunciones, sobre cuya lógica se montan también importantes soluciones jurídicas, con independencia igualmente de que las mismas estén o no recogidas en forma de normas positivas. Quiero sólo mencionar, por ejemplo, la presunción *jure de jure*, de que la norma jurídica, una vez publicada oficialmente es conocida por todos, porque sobre esa presunción se monta otro principio cardinal del Derecho, a saber, la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento. Quiero señalar que esa comprensión del Derecho como algo más que solo normas por incluir en el mismo los principios es un elemento que ha ganado fuerza en el pensamiento contemporáneo y que es, para sólo mencionar un ejemplo importante, una cuestión defendida con mucha fuerza por el gran jurista norteamericano Ronald Dworkin.

### La unidad interna y la unidad externa del sistema de Derecho.

La organicidad, coherencia y unidad del sistema jurídico tiene que expresarse tanto en un plano formal, en cuanto a su estructura normativa y funcional y, también y sobre todo, en el plano interno, esencial, de contenido, que tiene que ser él mismo también orgánico, coherente y consecuente.

En este análisis creo que es esencial recordar las esclarecedoras afirmaciones de Engels quien dijera en relación con el Derecho Público y el Privado, que ambos se consideran como dos campos independientes, pero lo importante es que, entendía que como consecuencia de su desarrollo histórico propios esos derechos “permiten y exigen por sí mismos una construcción sistemática, mediante la extirpación consecuente de todas las contradicciones internas.”<sup>102</sup>

La literatura soviética, en su día, dio un tratamiento muy elemental del concepto y las problemáticas relacionadas con la unidad interna y la unidad externa del Derecho. En esencia se limitó casi a distinguir como unidad interna lo que también casi siempre llamó **forma interna** del Derecho y que son, según notables autores soviéticos “primero la organización interna del Derecho, a la que son propias cualidades tales como la unidad y la coordinación, que se manifiestan en el marco de todo Estado en forma de sistema de Derecho y, a un nivel inferior, consecutivamente en forma de ramas del Derecho, sus instituciones, normas concretas y, por último, elementos de la norma jurídica.”<sup>103</sup>

Y los mismos autores definen como forma externa sólo el orden de las fuentes del Derecho y la jerarquización de las normas según sean emitidas por distintos órganos estatales.

Ahora bien, cuando pretendemos ganar un poco de claridad en cuanto a la unidad interna y externa del sistema de Derecho, es imprescindible, ante todo, que convengamos que el Derecho de un Estado no está integrado únicamente por el sistema legislativo, es decir, las distintas disposiciones normativas dictadas por los órganos competentes, sino que el sistema de derecho o el Derecho está integrado por los productos de todas las formas generadoras de Derecho, como son, por ejemplo, los contratos celebrados entre las partes; los actos notariales, las sentencias de los Tribunales, es decir, todo el conjunto sistémico que integra esa dimensión orgánica que es el Derecho, el cual incluye, además, como ya antes indicábamos, los principios jurídicos, las presunciones etc.

Por ello, a mi manera de entender lo que vamos analizando, la unidad interna del ordenamiento jurídico está dada por la coherencia esencial de sus dictados de conducta y sus normas de adjudicación, reconocimiento y de cambio y, sobre todo por la coherencia y homogeneidad de las

<sup>102</sup> Engels, Federico. **Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana**. En **Obras Escogidas de Marx y Engels**, en dos Tomos. Tomo II. Editorial Progreso, Moscú 1971. Pág. 395.

<sup>103</sup> Zhidkov V. Chirkin V. Y Yudin Yu. **Fundamentos de la Teoría Socialista del Estado y del Derecho**. Editorial Progreso, Moscú 1980. Pág.230

normas de conducta que se establecen y cómo se establecen. En ese sentido, la unidad interna viene dada, sobre todo, por la unidad de intención política, social, económica y ética. Si encontramos que en el ordenamiento jurídico todas sus normas, primarias y secundarias, sustantivas y adjetivas y de todos los rangos, expresan las mismas intenciones políticas; protegen semejantes intereses económicos o trazan líneas visiblemente homogéneas en esos terrenos, y que son a su vez concordante con sus postulados sociales e ideológicos, y se compadecen adecuadamente de sus principios éticos, entonces afirmamos que existe unidad interna en ese sistema de Derecho. Si, por el contrario, encontramos normas que se desdican entre sí en cuanto a su contenido social y su mensaje político o su medular solución económica y que rompen los esquemas éticos que se propugnan en otras principales o que desarmonizan en la interacción necesaria que debe haber entre la política, la economía, los problemas generales de la sociedad y la ética que postula el sistema, entonces decimos que ese ordenamiento jurídico no es armónico; que carece de unidad interna.

Cuando nos referimos entonces a la unidad externa del sistema jurídico hacemos alusión primero que todo a que haya orden y armonía en la jerarquización de las normas, es decir, que las inferiores se atengan a las superiores y todas al dictado constitucional. Pero además aludo a que las normas sustantivas tengan su correspondiente correlato adjetivo en normas procesales adecuadas; a que las distintas instituciones jurídicas se correlacionen correctamente, sin antinomias ni desajustes funcionales; que a su vez las normas de diferentes ramas del Derecho presenten también armonía funcional y no tengan contradicciones en su contenido o en las dinámicas funcionales que establecen.

### **El significado del concepto de Sistema de Derecho y los principales sistemas históricos y actuales.**

Al igual que cuando refiriéndonos al Estado significábamos por el tipo de Estado el carácter de las relaciones sociales de producción que la organización política protegía y consagraba, del mismo modo podemos hablar del tipo de Derecho y al hacerlo nos reducimos a subrayar la base económica esencial de ese Derecho, las fuerzas sociales predominantes o que imponen su predominancia a través de él y, finalmente, las relaciones sociales que consagra, protege y desarrolla. De ese modo hablamos del tipo de Derecho esclavista, del feudal, del capitalista y del socialista.

Sin embargo, otra cosa distinta es cuando hacemos alusión al sistema de Derecho. En ese caso, sin olvido de la base económica en que se sustenta un Derecho determinado y las relaciones sociales de producción que protege, es decir, sin menoscabo de considerar el tipo de Derecho a que pertenece, aludimos, además, a los grandes principios informadores de una determinada estructura jurídica y hacemos referencia a su unidad interna y externa, a su coherencia sustancial y a los moldes técnicos e históricos sobre los cuales elabora sus distintas soluciones jurídicas, dentro de cada rama del ordenamiento jurídico; la naturaleza de sus fuentes, sus métodos de aplicación y otros particulares que identifican y distinguen distintos ordenamientos jurídicos, en la evolución histórica y en cada momento en particular.

Esa posibilidad de agrupar y clasificar al Derecho en distintos sistemas es uno de los elementos básico de toda empresa dirigida a formular algunas conclusiones en materia de Derecho Comparado y, por demás, es una realidad objetiva que posibilita la existencia misma de dicho Derecho Comparado.

El término sistema jurídico, como es sabido, es de vieja prosapia, pues era ya usado en el siglo XIX, particularmente por Rudolf Von Ihering y ulteriormente por Carlos Savigny y demás seguidores de la Escuela Histórica Alemana.<sup>104</sup>

<sup>104</sup> La escuela histórica alemana, fundada por Carlos V. Savigny y Puchta, habló y estudió al Derecho romano como un sistema jurídico o como base de un sistema mundial. Sin embargo, la consideración sobre los sistemas jurídicos era diferente en esos orígenes a la que se ha impuesto durante el siglo XIX y el presente siglo. Al respecto puede verse a T. Sampaio Ferraz, jr. **Conceito de sistema no direito**, Sao Paulo, 1976 o a J. L. de los

Pero ese concepto también ha ido evolucionando y adquiriendo una redimensión en que cada vez más se vincula no sólo a consideraciones técnico- jurídicas, sino además, lingüísticas y culturales, en su más amplia dimensión. En ese sentido se habla crecientemente de las relaciones entre las áreas jurídicas, (el *Rechtskreise* de los alemanes) y las áreas culturales, (el *Kulturskreise*).<sup>105</sup>

Es por eso que en la caracterización de los sistemas jurídicos mundiales se ha ido estableciendo un aparato categorial que tampoco puede ser soslayado. Así se ha extendido el uso de conceptos tales como “**difusión**”; “**penetración**”; “**recepción**” y “**resistencia**”<sup>106</sup>

Sin embargo, no es fácil encontrar puntos de coincidencia entre los distintos autores en cuanto a la clasificación de los sistemas jurídicos existentes, incluso dentro de los mismos países capitalistas, ni es fácil siquiera encontrar concordancia en cuanto a los criterios de clasificación.

Así por ejemplo M. Esmein, propone una clasificación que, grosso modo sería la siguiente: países latinos, que sumarían a Francia, Bélgica, Italia, España, Portugal, Rumania y las repúblicas latinas de América Central y Meridional; un segundo grupo o sistema integrado por los pueblos germánicos, en el cual los escandinavos constituirían un sector importante, dentro del que a su vez sería preciso destacar al sistema austríaco y asimismo al sistema húngaro. El grupo anglosajón constituiría para dicho autor el tercer grupo, comprendiendo a Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica y las excolonias inglesas y, finalmente, un grupo eslavo. El mencionado autor señala tranquilamente que “puede ser necesario un quinto grupo de derecho musulmán.”

Es evidente que en el momento en que el citado autor formuló su propuesta de clasificación, cuando todavía existía el campo socialista de Europa del Este, fue verdaderamente inconsecuente con este fenómeno englobador de enormes problemáticas y diferenciaciones, puesto que mezcló en grupos iguales a países capitalistas y otros que entonces eran socialistas. Wolf, Armijón y Boris Nolde hicieron una implacable crítica a la clasificación de Esmein y advirtieron que en la misma no se toman en cuenta factores comunes para la separación de grupos jurídicos.

Sin embargo, no faltaron otros autores que hicieron agrupaciones más burdas, como el caso de Levy Ullmann, que preconizó el agrupamiento “racional de legislaciones por familias.” En ese intento separó entonces el Derecho de los países continentales, que distinguió del de Inglaterra y la América en general, no sólo la anglófona, y además separó a los países de Derecho islámico. Levy Ullmann señala que los países continentales son esencialmente de derecho escrito que se contiene en sus codificaciones que datan de los siglos entre el XVII y el XIX, mientras que los anglosajones son por el contrario países de derecho de costumbre o de precedente judicial y el sistema del Islam, por su singularidad, según el mismo autor, merece un lugar aparte.

Los ya citados Wolf, Armijón y Nolde hicieron una crítica severa de esa clasificación, cuando señalaron que “No vale la pena admitir que los códigos sudamericanos y el derecho escrito o de costumbre de la América del Norte figuren en la misma familia porque ellos estén en vigor en el mismo lado del Atlántico.”<sup>107</sup> Resulta evidente que mezclar en una misma “familia” a los derechos

---

Mozos, en **Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico**. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, 1970.

<sup>105</sup> En los momentos actuales el sentido multidisciplinario de los estudios sociales aboca a una interdependencia inexcusable entre la Antropología, la Historiografía, la Lingüística y la Literatura, con la Sociología y las Ciencias Jurídicas. Por supuesto que en esa interconexión el pensamiento científico sobre el Derecho, lejos de perder espacios, avanza en posibilidades de precisión y comprensión cabal de sus objetivos.

<sup>106</sup> Estos conceptos pueden verse en el trabajo **Sistemas jurídicos, sistema jurídico latinoamericano y Derecho Romano**, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Tomo LXXXV, de la segunda época, No. 3, Madrid, 1982, de Pierángelo Catalano.

<sup>107</sup> Wolf, Martín; Armijón Pierre; Nolde, Boris. **Traité du Droit Comparé**. París, 1920.



continentales es una simpleza, si pensamos en las diferencias estructurales y esenciales existentes entre el Derecho de Europa, de Africa o de Asia.

Peor aún es el caso de Sause Hall quien propuso una clasificación ateniéndose al criterios de las razas y señaló que las razas “era un fenómeno natural que se forma bajo la acción del suelo y el clima.”. Con criterios tan reaccionarios distinguió el Derecho de los pueblos de raza aria e indoeuropea; el Derecho de la raza semita; el de la mongola y el de “los pueblos bárbaros” entre los que incluía a los negros sudafricanos, los melanesios, indonesios, australianos, polinesios y otros de Asia.

Sin embargo, un criterio más riguroso tuvo en su día Ernest Glasson quien distinguió tres grupos de sistemas jurídicos: el de los países de Derecho Romano, lo de Derecho bárbaro y, finalmente uno mixto.<sup>108</sup>

Los ya citados Wolf, Armijón y Nolde, a principios de siglo brindaron una clasificación que, no obstante, ha resistido la prueba del tiempo. Hablaron de siete grandes sistemas jurídicos: el francés, el alemán, escandinavo, inglés, soviético, islámico e hindú. Esta clasificación, quizás muy minuciosa y con algunos defectos formales, fue en su día y lo siguió siendo mucho tiempo, la paradigmática. Todavía hoy nos parece aceptable en términos generales, pese a las consideraciones que más adelante haremos sobre el sistema de Derecho soviético.

En términos generales y tomando en consideración todos los elementos que pueden servir para caracterizar sistemas jurídicos diferentes, es evidente la marcada diferencia entre el sistema romano-francés y el anglosajón, el islámico y el hindú, éste último, sin embargo, con fuertes elementos de penetración de los grandes sistemas. Considero que el escandinavo y el alemán se han incorporado esencialmente, aunque conservando algunos rasgos tipificantes, al modelo románico, en oposición esencial con el del Common Law.

### **Algunas consideraciones sobre el sistema de derecho socialista.**

Por supuesto que el primer problema que se afronta cuando se pretende hacer algunas precisiones sobre el sistema de Derecho Socialista es, precisamente, la delimitación del alcance de lo que podíamos entender como **Sistema de Derecho Socialista**. Ciertamente, autores en el mundo, que nada tenían que ver con el llamado “socialismo real ” admitían la presencia y singularidad de dicho sistema.<sup>109</sup>

En relación con este asunto, la literatura procedente del campo socialista, especialmente de Europa del Este, estaba casi siempre cargada de una retórica apologética y con pocos elementos de rigor científico. De hecho, los atisbos al respecto se limitaban a las indagaciones valederas, y aun rigurosas, sobre el pensamiento de los clásicos del marxismo, especialmente de Lenin, sobre este problema de la existencia, connotación y alcance de la noción *Sistema de Derecho Socialista*.

De hecho la supuesta singularidad de tal sistema de Derecho estaba dependiendo más de un determinado contenido, de una particular axiología que subyaciera en

<sup>108</sup> Glasson, Ernest. **Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de L'Europe**. París. 1880. Págs de la 3 a la 129.

<sup>109</sup> A nadie cabrá duda de que la mayoría de los comparativistas contemporáneos admiten la existencia de un llamado sistema de Derecho Socialista. Algunos como Boris Nolde, como ya lo vimos, hablaban del sistema que llamaron soviético. Autores nada sospechosos de izquierdismo marxista como Pierángelo Catalano, en varios trabajos sobre los sistemas de derecho y el sistema romano o latino, han insistido en considerar al sistema socialista como un sistema per se, al cual incluso, en uno de sus mejores trabajos al respecto, llegó a calificar como *sistema en desarrollo o ampliación*.

sus regulaciones, que de los propios elementos técnico-formales e incluso históricos que inspiraban al sistema.

Realmente, a las dificultades naturales para caracterizar un sistema jurídico, se suman, cuando se trata del sistema socialista, otras especiales, derivadas de varios factores, entre ellos: a) el hecho incuestionable de que el sistema jurídico socialista es de muy reciente surgimiento, entendido en su dimensión mundial, y se mantuvo siempre en constante proceso de configuración y completamiento, lo cual hacía y hace muy difícil hablar del mismo como un fenómeno social y técnico terminado y completo; b) la extraordinaria diferencia observable entre los ordenamientos jurídicos de los distintos países socialistas de Europa del este, resultantes algunos de diferentes tradiciones jurídicas y, c) las más extraordinarias diferencias entre esos países socialistas de Europa y los de Asia.

Quizás por esa razón, algunos autores hayan preferido hablar del **sistema soviético** y no del sistema socialista, asumiendo al soviético como matriz de lo que se dibujó como, o pretendió ser, un sistema de derecho *per se*.

Ahora bien, tanto el sistema soviético como el de otros países socialistas europeos y el nuestro mismo, tenían, como ya he dicho, una indeleble marca de estructuración romano-francesa. El problema entonces de la caracterización del sistema de derecho socialista, se plantea en los términos siguientes: ¿Qué variación sustancial introdujo el proceso revolucionario como para permitirnos asegurar que estábamos o estamos ante un nuevo sistema jurídico? o ¿En qué se separó ese proceso de la médula estructural y doctrinal del sistema romano? Esas preguntas, por demás, pueden formularse en una dimensión mundial o referidas exclusivamente a Cuba.

Por supuesto que la empresa de construcción de una nueva sociedad, el montaje de nuevas relaciones sociales de producción, la liquidación de las relaciones económicas capitalistas y su paso a relaciones de fundamento socialista, originó lo que en la literatura socialista de Europa del este se ha denominado siempre como un nuevo **tipo de Derecho**. Pero esta categoría alude, como ya lo he señalado y lo saben los familiarizados con la doctrina socialista de Europa, a la raíz de clase que predomina en un ordenamiento jurídico; define e identifica las relaciones sociales de producción que ese ordenamiento jurídico protege e impulsa, pero ello, por supuesto que no resulta suficiente para caracterizar en toda su integridad a un **sistema de Derecho**.

Doy por descontado que la caracterización clasista, o política, o político-económica a que se refiere la categoría tipo de Derecho, no puede ser ni remotamente desechada. El profesor yugoslavo Bojislav Blagojevic afirmaba que para la justa conceptualización de un sistema jurídico, desde un punto de vista marxista, era preciso tener en cuenta al tipo de derecho de que se trataba, esto es que, “El derecho debe ser considerado en relación y en dependencia con la organización económica y social de los diferentes estados.” Pero reducir la caracterización de un sistema de Derecho sólo al ámbito de la definición a que alude el llamado tipo de derecho, nada nos adelantaría científicamente, puesto

que nos llevaría a la admisión de que en el mundo antes de la caída del campo socialista --o incluso después--sólo ha habido dos tipos de derecho: el derecho capitalista y el derecho socialista y, evidentemente, aunque esta afirmación sea verdad, está muy lejos de ser toda la verdad, y no arroja ninguna luz sobre la diversidad de sistemas jurídicos que existen o existieron recientemente en el mundo.

En relación con nuestra experiencia particular, vale la pena formularnos algunas interrogantes en cuanto a la formación del sistema de derecho socialista entre nosotros. En primer lugar sería importante preguntarnos: ¿Cuánto fue impactado de la estructura técnico-formal del sistema romano como consecuencia del proceso revolucionario? ¿Cuánto pervivió del sistema romano y, hasta qué punto las grandes transformaciones sociales, cuando se manifestaron jurídicamente, significaron apenas simples adecuaciones dentro del mismo sistema jurídico? Son éstas, a mi juicio, las grandes interrogantes que no han sido rigurosamente afrontadas por la ciencia jurídica actual, ni en la óptica histórica ni en la de los comparativistas.

Quiero dejar claro que durante las primeras décadas revolucionarias se produjeron visibles transformaciones en distintas ramas del Derecho, y de modo desigual entre ellas; que hubo cambios esenciales en las nociones fundamentales de lo que suele llamarse el Derecho Político; que se afectaron puntos de vista incluso sobre las fuentes del Derecho y que llegaron a surgir nuevas ramas del Derecho, en tanto otras desaparecían o enflaquecían hasta el punto de ser desestimables.

Sin embargo, nada de esto ocurrió a través de un proceso rectilíneo, sino todo lo contrario: en ocasiones se avanzó hacia una verdadera absorción estatal de toda la vida jurídica, es decir, hacia un exacerbado iuspublicismo, como ocurrió de modo patente en los primeros años de la década de los sesenta. Fueron éstos momentos en los que, incluso en el plano doctrinal, llegó a defenderse que el mismo Derecho Laboral fuera sólo parte del Derecho Administrativo, en tanto se pretendió que las relaciones jurídicas del Estado absorbente, frente a los particulares, constituían el centro y casi la única dimensión del Derecho. Es el momento en que surgen nuevas ramas jurídicas como el llamado Derecho Económico, que viene a suplantarse en gran medida al Derecho Mercantil y, paralelamente, enflaquecen o desaparecen ramas completas como el aludido Derecho Mercantil, o Comercial, el Derecho Financiero, el Derecho Fiscal, el Hipotecario, etc.

Ante ese proceso que, repito, lejos de ser rectilíneo y homogéneo, fue contradictorio y zigzagueante, es muy difícil encontrar una brújula seria para lograr precisiones científicas en función de constantes técnicas, estructurales y de orientación formal del ordenamiento jurídico hacia nuevos rumbos.

Hay que decir con toda sinceridad que en ocasiones se impusieron y predominaron posiciones doctrinales y técnicas que lejos de ser avanzadas y progresistas quedaron muy rezagadas de las antes contenidas en el sistema

romano-francés. De hecho el desarrollo técnico-doctrinal alcanzado por nuestro Derecho, a la sombra de los modelos hispánicos y francés, era mucho más orgánico, avanzado y riguroso que el que disponía la técnica y la tradición jurídica soviética y de otros países del campo socialista. En esas condiciones, inevitables mimetismos e influencias procedentes de Europa del Este, lejos de impulsar nuestras soluciones jurídicas a niveles más elevados, lo que hacían era retrasarlas y minorizarlas.

Por ello he sostenido la necesidad de indagar en matrices ordenadoras correspondientes a espacios mayores que el ofrecido por los elementos técnico-jurídico formalmente entendidos. Ha faltado, a mi juicio --y ello obliga a encaminar hacia ese costado las indagaciones--la comprensión multívoca del Derecho, apreciándolo como componente del proceso societario, en íntima vinculación con la esfera ideológica, ética y cultural en general, es decir, ampliando la consideración de los elementos clasificadores del sistema más allá de las áreas jurídicas, de la ya mencionada *Rechtskreise*, para indagar en el espacio mayor de lo cultural, en el ámbito del *Kulturkreise*. Normalmente no se ha considerado, a mi juicio, con todo énfasis, el contenido ético como factor caracterizante del sistema, dentro del amplio sentido de lo cultural.

Por supuesto que no se me escapa que la primera y mayor dificultad para la integración de un aparato ético completo, dentro del ordenamiento jurídico socialista, estriba en lo que advirtiera el mismo Carlos Marx en la **Crítica al Programa de Gotha**, cuando significara que, en lo que él llamó la primera fase de la sociedad comunista, lo que hoy calificamos de socialismo, reina la desigualdad y declara que, por eso, "... el **derecho igual** sigue siendo aquí en principio, **el derecho burgués**... En el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad... 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."<sup>110</sup>

Sin embargo, creo que si no abandonamos el contenido no sólo deontológico que debe tener el Derecho, sino además su necesario contenido teleológico, podemos asumir que no obstante esa limitación apuntada por el mismo Marx, el derecho de la llamada etapa socialista debía estar integrado en torno a un aparato ético que sirva de alternativa radical al egoísmo, al individualismo y al patrimonialismo con que siempre hemos caracterizado al Derecho burgués

Quisiera además significar que la eficacia de ese sentido ético transformador del ordenamiento jurídico, con su carga inevitable de coactividad y represión estatal, es sólo alcanzable mediante su inserción consecuente en una base de cultura concomitante. Al respecto quisiera recordar la atinada y agudísima observación del compañero Armando Hart, quien afirmó que "Cuando se impone una línea política sin un fundamento cultural (y podría agregar ahora que cuando se

---

<sup>110</sup> Marx, Carlos. **Crítica al programa de Gotha**. En Obras Escogidas de Carlos Marx, Federico Engels, Ediciones en Lenguas Extranjeras. Tomo 11. Págs. 15 y 16.

impone una normativa jurídica sin ese fundamento cultural) por muy justa que sea teóricamente, el resultado no es revolucionario sino, precisamente, lo opuesto a lo que se decía pretender.”<sup>111</sup>

En esa línea de reflexión quisiera apuntar que basta la más rápida indagación sobre la evolución del pensamiento político cubano y las ideas jurídicas que han alentado en todo el proceso revolucionario para advertir que, en medio de asechanzas y tendencias de desviación, por encima de mimetismos e influencias foráneas, ha predominado la esencia de un fuerte núcleo ético que hunde sus raíces en la tradición revolucionaria cubana más auténtica. En efecto, desde los primeros conatos de integración de nuestra nación, a partir de la configuración de la nacionalidad cubana, el pensamiento político se caracterizó, de modo muy fuerte, por su búsqueda de consagración y legitimación jurídica. No me estoy refiriendo exclusivamente a las Constituciones y legislaciones mambisas, que son elocuentísima expresión de esa voluntad y esa concepción, sino incluso, más atrás, al pensamiento germinador de hombres como el Padre José Agustín Caballero y más específicamente el Presbítero Félix Varela.

Medardo Vitier apunta atinadamente que sin perder realismo y sin abandonar una posición pragmática, en Varela se descubre un vuelo que salta por encima de lo circunstancial que aconseja el interés inmediato, para sostener un modelo abstracto y paradigmático que se asienta en una valoración global de la política y del hombre, en torno a un claro entendido ético irrenunciable.<sup>112</sup>

Los que han visto en el pensamiento de Varela sólo la impronta del liberalismo y el individualismo dieciochesco, sin atinar a calcular su dimensión epocal, han mutilado el juicio que merece ese gran fundador. Lo cierto es que el liberalismo original era, en aquellos momentos, la expresión de la corriente más avanzada y progresista, alzada contra las viejas trabas y consideraciones feudales. El individualismo de hondo sentido kantiano, era a su vez la manifestación más pura de un núcleo ético que estaba en la base de todo el pensamiento iluminista. El individualismo de aquellos momentos no puede confundirse con el egoísmo ulterior, propio del desarrollo del sistema capitalista, sino que aquel descansa en la racionalidad del hombre, en la doctrina de los derechos naturales, inmanentes al ser humano, y en la virtud como expresión de esa individualidad que se integra en la sociedad civilizada y armónica.

Quiero entonces subrayar que fueron esas ideas éticas, humanistas e Iluministas las que alentaron, con mayor o menor exageración, en la obra constitucional de Guáimaro y hasta en la más realista y sopesada de Jimaguayú y la Yaya, y que están presentes, como *leit motiv* absoluto, en la filosofía de la vida y de la

---

<sup>111</sup> Hart Dávalos, Armando. Artículo titulado, **¿Qué es un intelectual?** En Diario Juventud Rebelde. La Habana, 15 de septiembre de 1996.

<sup>112</sup> Ver a Medardo Vitier, **Las ideas y la filosofía en Cuba**. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1970, especialmente págs. 71 y ss.

sociedad de nuestro José Martí. Siempre he insistido en la existencia de un cierto hilo conductor, en la cultura cubana, entre esas ideas y ese aparato ético que se reacomoda, se completa y se perfecciona, pero que nunca desaparece. Como juego de la casualidad, Varela muere en el mismo año en que nace Martí. Y el segundo es esencialmente el continuador, perfeccionador y completador del núcleo ético del primero.

La revolución victoriosa el 1 de enero de 1959 --se ha repetido hasta el cansancio--resultó entonces la culminación de un proceso centenario, y se montó en un aparato ideológico y ético que también era natural continuación de esa lucha centenaria y se inspiraba en esa tradición profundamente humanista.

Esto determinó algo importante para la comprensión del sistema jurídico e incluso del sistema político cubano: que el proceso histórico de avance hacia la configuración de una sociedad socialista se apoyó, no tanto en fórmulas librescas y en importadas consideraciones prácticas propias de Europa del Este, sino que fue, en la mayoría de las soluciones, natural desembocadura de ansias populares, de ancestrales exigencias y conquista de derechos que se asentaban en una escala de valores que tenía una profunda raigambre humanista.

Por eso creo que no es exagerado decir que en toda la legislación dictada por la Revolución se fue brindando forma al pretendido nuevo sistema de Derecho socialista, y por ello se impuso, sustancialmente, no tanto una nueva raíz técnica, ni nuevos principios doctrinales, sino un nuevo ideario humanista, un núcleo ético que era paradigmáticamente alternativo al egoísmo, individualismo y patrimonialismo que habían dominado el contenido del derecho anterior. Se fue abriendo paso un contenido legislativo y una práctica jurídica encaminada a la consagración de la justicia social y, al paralelo, a la dignificación del hombre; reivindicación de la soberanía popular; preservación de la nacionalidad; búsqueda y plasmación de lo que exalta la solidaridad humana, incluso a escala internacional, y se fue levantando en todo el contenido jurídico un internacionalismo, no sólo “proletario”, sino particularmente tercermundista; se articula, en varias ramas del Derecho, una clara tendencia de legitimación del trabajo como mérito y valor principal y redimensión social del hombre.

En tal sentido y con tal significado creo que se ha ido construyendo el nuevo sistema de derecho socialista.

### **La estructura formal del ordenamiento jurídico cubano.**

Cuando nos referimos a la estructura formal del ordenamiento jurídico en Cuba, hacemos referencia, como en cualquier parte, primero que todo a la organización jerárquica de la pirámide normativa del país.

En ese sentido debemos significar que en la cúspide de la pirámide se encuentra la norma constitucional, la cual se impone sobre toda la estructura jurídica y además, establece la forma del Estado, su funcionamiento y los Derechos, Deberes y Garantías de los ciudadanos. Para Cuba, como para la mayoría de los

países, la Constitución es norma suprema, tanto por su contenido, en tanto ordenadora del Estado y del resto de la normativa jurídica, cuanto porque su contenido deriva de la voluntad constituyente de la Asamblea Nacional del Poder popular, que es el único órgano con esa capacidad excepcional, según el mismo Art. 70 de la Constitución. Si lo fuéramos a ver desde el punto de vista de la estructura lógico formal del sistema, a la manera kelseniana, también tendríamos que hacer constar la supremacía constitucional.

En consecuencia de ello, todas las normas jurídicas del país y todos los actos estatales deben subordinarse a la letra y al espíritu de la constitución socialista. Su supremacía se garantiza por diferentes vías, pero entre ellas destaca la defensa formal que se expresa en la rigidez de su modificación eventual, dado que el Art. 137, del Capítulo XV, bajo el rubro de la Defensa Constitucional establece la conocida como Cláusula de Reforma y de manera categórica dispone que la Constitución sólo puede ser reformada total o parcialmente por la Asamblea Nacional del Poder Popular, pero ello mediante acuerdo adoptado en singular votación nominal y con una mayoría cualificada de no menos de las dos terceras partes del número total, no de los diputados asistentes, sino de todos los integrantes del cuerpo. Pero además agrega que si la reforma es total, o afecta a la integración y facultades de la misma Asamblea Nacional o de su Consejo de Estado, o a los derechos y deberes consagrados en la Constitución, se requerirá, además, el voto favorable de la ciudadanía con capacidad electoral, consultada mediante referendo convocado al efecto. Pero además, la supremacía constitucional depende de notables protecciones políticas, que corren por cuenta de la acción vigilante del Partido Comunista y consciente de la ciudadanía, y llega a los límites excepcionales, previstos en el Art. 3 de la misma Constitución, donde se dispone que “Todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden político social y económico establecido por esta Constitución.”

Debajo de la Constitución, en la jerarquía jurídica del país se encuentra la Ley. La Ley, en este caso entendido en su sentido restrictivo, es el resultado de la voluntad jurisferante de la misma Asamblea Nacional del Poder Popular, en gracia a que el citado Art. 870 establece que “La Asamblea Nacional del Poder Popular es el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República.”

Cuando hablamos aquí de la ley, lo hacemos en sentido estricto, dado que muchas veces se emplea calificar como “ley” cualquier normativa jurídica, aunque no tenga ni el rango ni el valor de la ley en sentido especial y estricto. En ese sentido estricto la ley es la norma de mayor rango y tiene superioridad normativa tanto en su valor formal, como en su contenido material. En su valor formal es superior porque es emanada del máximo órgano legislativo del país y mediante procedimientos y pasos legisferantes que son rigurosos y no pueden ser violados. Es superior desde el punto de vista material porque su contenido no

es de segundo rango, ni particularizado, sino que en ella se contienen prescripciones esenciales, generales, universales y que sintetizan la más alta voluntad jurídica del Estado a través de su órgano legislativo. Aunque algunos autores identifican todavía el sentido normativo como otro elemento de superioridad, me inclino a significar que por todo lo anterior la ley precisamente adquiere superioridad normativa.

Le siguen en rango a la Ley, los Decretos Leyes del Consejo de Estado. Según la misma Constitución, en su Art. 89, “El Consejo de Estado es el órgano de la Asamblea Nacional del Poder Popular que la representa entre uno y otro periodo de sesiones, ejecuta los acuerdos de ésta y cumple las demás funciones que la Constitución le atribuye.”

Sin embargo, el Consejo de Estado no dicta leyes, sino Decretos Leyes. Esto ha provocado importante cuestionamiento y hasta alguna que otra polémica. Algunos se preguntan si el Consejo de Estado y la Asamblea Nacional son órganos idénticos en jerarquía, son asimilables uno al otro. Los de más allá se preguntan además, si los Decretos Leyes tienen igual jerarquía que la Ley y, en consecuencia, si los Decretos Leyes pueden modificar o derogar las leyes.

Al respecto quisiera brindar nuestro punto de vista, desde la perspectiva de la Teoría del Derecho y del Estado, y con todo respeto de los puntos de vista, quizás diferentes que puedan tener los colegas constitucionalistas. A nuestro juicio, en tanto que el Consejo de Estado es un órgano de la Asamblea Nacional que la representa entre uno y otro período de sesiones de dicha Asamblea, no es posible pensar en identidad de órganos y, al mismo tiempo, me queda claro que el Consejo de Estado se subordina estructuralmente a la Asamblea; sencillamente es un órgano suyo y, además, la representa, ejecuta sus acuerdos y le rinde cuenta de los mismos en cada período de sesiones de la Asamblea.

Ahora bien, por ser el Consejo de Estado un órgano de la Asamblea y, en consecuencia, lógicamente subordinado a ella, sus producciones jurídicas, los Decretos Leyes, deben ser considerados de rango menor que la ley, subordinados a ella. Sin embargo, como quiera que el Consejo de Estado representa a la Asamblea entre sus distintos períodos de sesiones, como es la Asamblea cuando ésta no está reunida, puede, a mi juicio con toda razón lógico formal, modificar disposiciones, es decir, leyes, de la Asamblea Nacional. Si no pudiera hacerlo su representación sería incompleta y en puridad de verdad no sería la Asamblea cuando ella no está reunida. Por si estos argumentos fueran poco, la misma Asamblea Nacional adoptó un acuerdo mediante el cual explicitó que efectivamente el Consejo de Estado podía modificar o derogar Leyes dictadas por ella, si fuere necesario.

Una duda diferente sería examinar si cualquier Decreto Ley del Consejo de Estado puede modificar a una Ley de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Al respecto considero que el Consejo de Estado puede, desempeñándose como Asamblea, modificar o derogar una Ley de ésta de modo consciente, inequívoco, expreso y, en consecuencia, someterá esa decisión a la Asamblea Nacional en su



próximo período de sesiones. Pero otra cosa bien distinta es que de manera impensada, por simple error, por inadvertencia, un Decreto Ley contravenga la letra de una Ley. Considero que en esos casos, sin duda de ningún tipo, el Decreto Ley debe subordinarse a la Ley, no puede contravenirla y debe ser derogado.

Quisiera hacer mención a los también llamados Decretos Leyes o Leyes Decretos en el sistema burgués. Esas normas han sido siempre, formas aviesas de burlar la ley y la Constitución; normativas dictadas por los órganos ejecutivos, casi siempre en gobiernos de facto, mediante las cuales se ha pretendido sustituir las facultades legislativas de los parlamentos, y no pueden ser confundidos con nuestros Decretos Leyes, de apoyo y valor absolutamente constitucionales.

Debemos consignar también los Acuerdos del Consejo de Estado, que son normativas casi siempre de aplicación personalizada, de soluciones casuísticas, que implementan o realizan el mandato de Leyes o Decretos Leyes del mismo Consejo de Estado, como es el caso del nombramiento de Embajadores o el otorgamiento de medallas y distinciones etc.

Por debajo de los Decretos Leyes están los Decretos, dictados por el Consejo de Ministros y su Comité Ejecutivo. Según la letra de la misma Constitución, en su Art. 95, “El Consejo de Ministros es el máximo órgano ejecutivo y administrativo y constituye el Gobierno de la República”. Como tal gobierno y, en consecuencia, órgano ejecutivo y de administración, tiene que dictar disposiciones jurídicas y estas son los Decretos, mediante los cuales se establecen y disponen los dictados de conducta que, en su esfera determinada, dicta el Consejo de Ministros o dicta su Comité Ejecutivo.

Un tratamiento especial requieren los Reglamentos que pueden dictar tanto el Consejo de Ministros o, lo que es más usual, el Comité Ejecutivo de éste. El reglamento es, sustancialmente, una normativa que amplía o desarrolla el contenido de una norma superior, en el caso de Cuba, una Ley o un Decreto Ley y, por ello mismo, no puede desbordar los límites de la normativa a la cual pretende reglamentar. Hay diversos tipos de reglamentos y, en distintos sistemas jurídicos en el mundo diferentes prácticas en cuanto a los órganos con capacidad reglamentaria. Usualmente esa capacidad reglamentaria corre por cuenta del mismo legislativo o, en forma expresamente delegada, al ejecutivo o algunos de sus ministerios. Entre nosotros se ha hecho usual que los principales reglamentos los dicte el Consejo de Ministros o, como antes decía, de manera más frecuente, su Comité Ejecutivo. En el orden de cosas referido a la naturaleza de los reglamentos se habla de los reglamentos ejecutivos, que tienen simple pretensión de interpretar y facilitar la aplicación del articulado de la norma superior; se habla también de reglamentos autónomos o independientes y de reglamentos delegados.

Finalmente debajo de esos cuerpos normativos están los Acuerdos del mismo Consejo de Ministros o de su Comité Ejecutivo y las Resoluciones que pueden

dictar los ministros, en la esfera de sus respectivas competencias, las Instrucciones Ministeriales o Cartas Circulares que detallan asuntos generalmente tratados en una norma superior; las Órdenes ministeriales y, finalmente, las resoluciones dictadas por jefes de organismos centrales u otras autoridades facultadas para ello, en las que se deciden e imponen normativas casi siempre funcionales, dentro de sus dependencias.

En el lugar en que nos ocupemos de las fuentes del Derecho y veamos el acto normativo ampliaremos sobre el proceso de aprobación de la ley y otros particulares sobre ella.

### **La sistematización y sus formas: compilación y codificación.**

El interés de una correcta interpretación y con ello de una satisfactoria aplicación del Derecho ha llevado siempre a la exigencia de que el Derecho esté correctamente sistematizado. La dispersión de normas y la exuberancia de la normativa conduce siempre a que nadie alcance a saber exactamente qué está en vigor, qué ha sido derogado y en definitiva, qué debe o no debe aplicarse. Sin embargo, desde muy temprano los hombres han padecido del defecto de querer legislarlo todo, regularlo todo, someterlo todo o casi todo al control de la normativa jurídica. Esto es variable según diferentes ramas del Derecho, pero sobre todo en el campo de la administración, esto se ha hecho más agudo.

De ello que desde épocas remotas los hombres hayan sentido la necesidad de sistematizar las normativas jurídicas dispersas.

En ocasiones esa necesidad, cuando se explora en la Historia, suele confundirse con otra semejante, a saber, la que sienten los pueblos antiguos de que el Derecho pase de ser normativa consuetudinaria, a que se escriba y se plasme en cuerpos visibles y legibles. Esto última, la lucha por la manifestación escrita del Derecho está vinculada a otros intereses, otras pugnas y otras aspiraciones. Por lo regular se trata de batallas de segmentos sociales desposeídos del poder, ajenos a las aristocracias originalmente dominantes, que tratan de romper ese poder que se acrece con la facultad de interpretar el derecho consuetudinario. Tal es el caso de las Leyes de Dracón en Atenas, alcanzadas o impuestas por las luchas del demos; o la redacción de las leyes de las XII Tablas en Roma, que resultaron una verdadera conquista del plebeyado. Insisto en que esas ingencias no pueden confundirse con las que se suceden cuando de lo que se trata es de pretender encontrar orden en la legislación dispersa, de facilitar su interpretación y aplicación o, como en el caso de la magna obra compiladora de Justiniano, cuando se trata de querer salvar un centenario depósito jurídico que era, según la perspectiva del Emperador, la razón de la grandeza que un día alcanzara Roma.

Ante esos imperativos, históricamente los hombres trataron primero de compilar, que es algo distinto de codificar. En realidad, la codificación como tal sólo nace en el siglo XIX u es hija de una determinada concepción filosófica y por ello mismo de una singular y novedosa consideración iusfilosófica.

De tal modo fijemos de inicio las diferencias entre compilación y codificación, lo cual es más importante si no perdemos de vista que el lenguaje corriente usamos arbitrariamente ambos términos y muchas veces solemos emplearlos de modo totalmente equívoco.

Compilación es la agrupación, reunión y ordenación de textos legislativos ya antes creados, a los cuales lo único que se hace es, como se ha dicho, ordenarlos según un criterio cronológico o por materias. Muchas veces se entrelazan ambos criterios compilatorios y se ordenan las disposiciones legales, primero por materia y, dentro de cada una, por orden cronológico.

De lo antes dicho queda claro que aunque hablamos siempre del Código de Justiniano, por ejemplo, se trató absolutamente de una compilación en la que la comisión dirigida por Triboniano, lo que hizo fue ordenar, por materias y dentro de ellas por orden cronológico, las Constituciones imperiales hasta el mismo emperador Justiniano. Algo semejante podría decirse de los llamados Códigos de Eurico o Alarico II, que en realidad fueron compilaciones de leyes o normas consuetudinarias visigodas y normas jurídicas romanas prejustineanas.

Por el contrario, los códigos son normativas jurídicas nuevas, derivadas de un acto normativo, en el cual se reúnen de forma orgánica y con pretensión sistemática las principales disposiciones de una rama del Derecho o de una institución dentro de una rama del Derecho.

Con independencia de que abordemos el asunto un poco más adelante con más detención, desde ahora debo significar que los códigos resultan de un movimiento jurídico, que se ampara en el racionalismo y que tiene fuerte influencia iusnaturalista y es el resultado esencialmente del ascenso político de la burguesía revolucionaria en el siglo XIX. Quizás no sea exagerado decir que el movimiento codificador empezó con la codificación napoleónica en 1804.

Los códigos han constituido entonces, desde ese siglo XIX la expresión de organicidad y estructuración supuestamente más consecuente de la legislación, al menos en la perspectiva del sistema de Derecho romano francés. De ahí que se haya constituido toda una concepción técnica en relación con la estructura correcta o ideal que debe tener un código.

Se señala que los códigos se dividen de manera general en **Libros** en los que suelen recogerse, de manera separada, las cuestiones o elementos esenciales de la rama jurídica que se codifica. Así, si tomamos como ejemplo el Código Penal, encontramos que está dividido en dos Libros, el Libro Primero dedicado a la Parte General, en que se regulan los principios y normas esenciales para la aplicación general de los delitos que son tipificados y, un Libro Segundo, que se identifica también como Parte Especial, en que se regulan y se tipifican precisamente los delitos con sus correspondientes marcos de sanción.

Los libros se subdividen en **Títulos**, en que se contiene la regulación de los asuntos generales de una parte del Libro, en el ejemplo asumido del Código Penal, el Libro Primero se divide en varios títulos y el II se refiere a la eficacia de la Ley Penal.

Los Títulos se dividen a su vez en **Capítulos**, en que se regulan cuestiones más específicas dentro de la generalidad que supone un Título. En el ejemplo que hemos asumido, el Capítulo I del Título II es la Eficacia de la Ley Penal en el Tiempo. En ocasiones los capítulos se subdividen en **Secciones**, en que todavía se especifica más alguna particularidad de lo regulado en el Capítulo. En las secciones o capítulos están los **artículos** que son los preceptos en que se contienen las normas. Esos artículos se pueden dividir en **párrafos, incisos o números**.

Pero un buen código debe tener además, **Disposiciones Transitorias**, que son aquellas normas colocadas al final del articulado donde se dispone cómo se procede en la transición de la anterior legislación a la vigencia del Código. Debe tener también **Disposiciones Complementarias**, en las cuales se aclaran algunos particulares del Código, se brinda interpretación legal a algunos términos utilizados en el mismo código. Así por ejemplo, el Código Penal utilizado como ejemplo, tiene **Disposiciones Complementarias**, dentro de las cuales, el Artículo 342.1 define que es lo que se entiende por vivienda habitada cuando se hace alusión a ella en el código. En ocasiones los códigos tienen disposiciones especiales en que se hace alguna aclaración o se brinda alguna orden o disposición general casi siempre relacionada con su cumplimiento más efectivo y, finalmente, deben tener los buenos códigos Disposiciones finales en las cuales, como en el nuestro, se incluyen las llamadas **Cláusulas Derogatorias**, que son las disposiciones en que se significa qué otras disposiciones quedan expresa o tácitamente derogadas con la entrada en vigor del Código y, de ahí, cuáles quedarían vigentes.

### **El problema de la codificación en el Derecho.**

Hace ya algunos años, el gran jurista norteamericano Roscoe Pound decía que “El Derecho debe tener estabilidad y, sin embargo, no puede permanecer inalterable” Y entonces significaba que eso es lo que explique que en la base de las principales meditaciones sobre el Derecho haya estado siempre la necesidad contradictoria de estabilidad y transformación. Decía entonces: “Formulado más concretamente este problema de armonizar la necesidad de estabilidad con la de transformación, vemos que consiste, en cierto aspecto, en hacer compatible la regla fija con la discreción, es decir, establecer la compatibilidad entre la administración de justicia según normas rígidas o, a lo sumo mediante la deducción rigurosa basándose en premisas bien delimitadas y la administración de justicia según la intuición, más o menos adiestrada, de magistrados con experiencia.”<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> Pound Roscoe. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Ediciones Ariel. Barcelona. 1950 Págs 6 y 7.

De esta manera el formidable jurista Pound ponía sobre la mesa el problema central que ronda en la discusión sobre la codificación desde principios del siglo XIX.<sup>114</sup>

Esta es, en efecto, la esencia del debate que se traba en el gran mundo jurídico a inicios del siglo XIX. En efecto, el 19 de junio de 1814, cuando apenas habían pasado tres meses de la entrada de los aliados contra Napoleón en París, el gran jurista alemán Anton Friederich Justus Thibaut, profesor de Derecho de Heidelberg, escribió su famoso folleto **Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania**.

Si bien es cierto que la defensa de una codificación en la todavía no unificada Alemania se había esbozado desde el siglo XVII, esos pensamientos precursores se habían perdido en la memoria. Ahora había nuevas y determinantes condiciones históricas y espirituales que favorecían que cobrara renovado vigor el pensamiento codificador.

En efecto, ahí estaba exuberante y atrayente la codificación napoleónica, y aunque el viejo corso derrotado era ahora el motivo de repudio de la burguesía alemana, su obra constituía un atrayente y sugerente monumento que complacía los intereses económicos y hasta culturales de los que en la fragmentada Alemania soñaban con una nación unida y poderosa.

Thibaut aceptaba incluso la idea de que la unidad política alemana ni siquiera se consiguiera de inmediato y, sin dudas prefería una separación cuerda y racional montada sobre bases de colaboración y respeto, que una unidad asumida a partir de la dominación y la absorción despótica de unos por otros de los integrantes de lo que estaba llamado a ser Alemania. Sin embargo, Thibaut era hijo singular del pensamiento iusfilosófico predominante, que no era otro que el racionalismo.

Es sobre ese impetuoso racionalismo, sobre el que se montaba la consideración de que la razón augusta puede formular y armonizar todas las reglas jurídicas necesarias para la felicidad y la prosperidad de una nación y verterlas entonces en una obra jurídica orgánica y coherente, es decir, en un Código.

Al defender la codificación Thibaut estaba sustentando, desde el punto de vista filosófico, un inefable iusnaturalismo racionalista que no era raro en aquel momento en el clima espiritual alemán. Desde el punto de vista de las

---

<sup>114</sup> **Roscoe Pound** nació en Lincoln, Nebraska, en 1870. Era hijo del juez Esteban B. Pound que había dedicado toda su vida a la práctica del Derecho. Sin embargo, Roscoe se dedicó a los estudios de Botánica, en los cuales se graduó de Doctor en la Universidad de Nebraska en 1897. Fue tardíamente que se dedicó a los estudios de Derecho y después de estudiar en Nebraska completó estudios en Harvard. Graduado de Harvard regresó a Lincoln y allí ejerció durante catorce años como abogado y sólo en 1901, con 31 años de edad fue nombrado *Comissioner of Appeals* del Tribunal Supremo de Nebraska. En 1906 según frase de Kocourek irrumpió en el firmamento jurídico con el discurso que pronunciara en el *American Bar Association* sobre las **Causas del descontento popular por la administración de Justicia**. Desde entonces giró hacia la doctrina y la enseñanza del Derecho. Su docencia se encaminó en Harvard, donde fue decano entre 1916 y 1936. Murió en plena profesión académica. Pound subvirtió las ideas jurídicas en Estados Unidos y revolucionó las consideraciones sobre el Common Law y, a mi modesto entender, tendió singulares puentes conceptuales entre ese sistema de derecho y el romano francés. Según el también ilustre jurista Albert Kocourek “Roscoe Pound es en la actualidad —dijo a las alturas de 1947— la figura más grande en el campo del Derecho y de la Jurisprudencia, en el mundo de habla inglesa.”

perspectivas operativas del Derecho defendía la seguridad jurídica sobre la cual debía erguirse la estabilidad social que permitiera la unificación de Alemania, porque ese era, sin muchos embozos, el propósito político final del gran profesor de Heidelberg.

Sin embargo, la polémica se suscita porque en respuesta a esa obra de Thibaut, el gran romanista Carlos Savigny publica su opúsculo titulado **De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del Derecho**.

En esa pequeña obra Savigny no sólo replica a los argumentos de Thibaut, sino que levanta todos los que ulteriormente han devenido los que se esgrimen contra todo intento codificador y levanta las ideas centrales de su concepción del Derecho, propia de su inscripción en el movimiento que conocemos del romanticismo jurídico, del cual es natural producto la Escuela Histórica del Derecho de Savigny y Puchta.

Savigny defiende que las codificaciones petrifican el Derecho, lo estancan e impiden su reacomodo natural a las nuevas circunstancias económicas, sociales y culturales que se van produciendo. En contrario propugna el libre fluir del Derecho, que lejos de estable y muerto, es cuerpo vivo, en constante movimiento histórico, según los caminos extraordinarios de lo que él llama el **volgeist**, es decir, el espíritu del pueblo.

Los términos de ese debate siguen siendo, en el plano teórico, los mismos que se sustentan hoy en cualquier debate sobre la procedencia o no de una codificación, de ahí la importancia y trascendencia del mismo y lo recomendable que resulta que cualquier jurista tenga clara noticia y dominio sobre esos términos esenciales.

### **El problema del monismo o el pluralismo jurídico.**

Se entiende por monismo jurídico la existencia de un solo sistema de Derecho rigiendo en un país en un momento determinado, y por pluralismo, por el contrario, la posibilidad de que en un mismo lugar (país, región, localidad etc.) puedan regir, al mismo tiempo, más de un sistema jurídico.

En realidad hemos vivido en una sociedad bajo la preponderancia y aceptación casi exclusiva del monismo jurídico, y con mayor o menos intensidad hemos sido educados en esa noción, aparentemente sin alternativa. De ahí que nuestra generación suele asumir con cautela la posibilidad de que en una sociedad organizada y coherente puedan existir formas de pluralismo jurídico. Sin embargo, el pluralismo jurídico no es, ni remotamente, un fenómeno nuevo en la historia del Derecho. Sin embargo, la actual dimensión y significado del pluralismo jurídico; su naturaleza singular, sobre todo en las últimas décadas del siglo que acaba de terminar no sólo permiten una revisualización más clara del fenómeno, sino que le brindan una connotación y una perspectiva que merece ser analizada.

Desde la formación de los modernos estados nacionales, en un proceso que recorre los siglos entre el XVII y el XX se ha sedimentado la noción de que el Estado es el único ente político de la sociedad que puede crear el Derecho y éste es, por tanto, únicamente pensable como Derecho estatal, monista.

Esa noción,--si bien no exclusiva—ha sido sin dudas, como ya decía, predominante, específicamente en el espacio entre finales del pasado siglo y la primera mitad del XX en que culmina de forma general la configuración y apogeo del Estado Nación.

Esa perspectiva ha sido sintetizada por A. Carlos Wolmer(1991) quien dijera: “...durante mucho tiempo pensamos que el Estado era el único productor del Derecho. Bien porque “legislaba” ( a través del parlamento, del Ejecutivo o en algunos países del aparato judicial) o porque por esas vías “reconocía” los derechos preexistentes. Pensábamos que el Derecho se materializaba en propuestas abstractas y normativas formuladas por el poder centralizado, interpretado y aplicado por órganos y funcionarios estatales. Por ser en esencia un Derecho estatal deja de considerar en la tradición de sus fuentes formales las múltiples manifestaciones de exteriorizaciones normativas.(derecho espontáneo, informal, extraestatal)”<sup>115</sup>

El llamado socialismo real, en Europa del Este, lejos de debilitar esta noción la formalizó y sustanció con mayor rigor e inflexibilidad: no olvidemos que incluso en este mismo texto, caracterizamos como un rasgo del Estado el ser el único ente político que puede crear el Derecho. Este rasgo, aunque no haya sido asumido unánimemente por todos los teóricos marxistas, se extendió notablemente en la década de los setenta y para muchos se encuentra en el pensamiento leniniano.

Sin embargo, la más simple mirada por la historia del Derecho revela que no siempre se consiguió ese pretendido exclusivismo o monismo estatal.

Es que, de otra forma, la existencia del monismo jurídico se ha desenvuelto siempre dentro de los límites intelectuales y materiales de la mayor o menor fortaleza o capacidad de dominación del Estado.

No se olvide que en las primeras expresiones del Derecho en la antigüedad, cuando justamente el Estado no ha concluido su integración y está transido de elementos y formas de vida gentilicia, la costumbre no sólo fue la principal, sino que la única fuente formal del Derecho. Basta seguir el hilo conductor de la formalización del Derecho para advertir que como expresión estatal normativa se fue imponiendo muy lenta y tardíamente, casi siempre en lucha contra prácticas y normas de valor y contenido gentilicio asociadas siempre a determinados sectores de poder.

En Atenas, salvo dudosas expresiones anteriores, la primera legislación estatal escrita data, como se sabe, de Dracón; en Roma, salvo también polemizadas *Leges Regias*, esa expresión escrita se obtiene sólo con el Código Decenviral.

---

<sup>115</sup> Wolkmer C.A. **Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas**. En *El otro Derecho*, No.7 pág. 32. ILSA. Bogotá, 1991.

Los romanos, que tuvieron inicialmente como fuente jurídica principal y exclusiva a las *mores maiores consuetudo*, mantuvieron, hasta bien entrado el Principado, una clara dualidad en todo su sistema jurídico, incluido el procesal. Junto al viejo, tradicional y estricto *ius Civilis* se integró el dinámico, flexible y alternativo derecho contenido en los edictos perpetuos y repentinos de los pretores; y a la justicia administrada por los *iudices* (jueces) según el rígido *ius Civilis*, se unía la dictada por los *arbiters* (árbitros) que se atenían a ese derecho alternativo de los pretores, el *ius honorario*.

De cualquier modo, y los ejemplos sobrarían, queda claro que el Derecho fue asumido o creado por el Estado a través de un largo y contradictorio proceso histórico, plagado además de altibajos; no se olvide durante los siglos feudales se regresó en medida exorbitante no sólo a la justicia especial de las órdenes monásticas y del Derecho Canónico en general, sino a la que practicaba e imponía cada señor feudal dentro de su feudo.

El monismo jurídico fue, no parece necesario demostrarlo, un producto teórico primero y práctico después de la formación de los modernos Estados Nacionales. Pero incluso bajo la existencia del estado nacional el monismo se implantó y dominó sin luchas y contradicciones.

Recuérdese que en 1814 se produjo la polémica sobre la codificación a la que hicimos alusión en este mismo capítulo. Pero lo que quiero señalar es que ya entonces Savigny levantaba las banderas del llamado *wolkgeidt* (aunque en esa obra todavía no lo nombra de esa manera) en cuyo concepto subyacía, aun sin desarrollarse en toda su dimensión filosófica y sociológica, una evidente aspiración de dinámica pluralista.

Pluralismo y monismo se habían debatido antes, aunque bajo otros nombres, en los intentos de absorción jurídica de la vida del Nuevo Mundo por el autoritarismo colonial de España y Portugal, e incluso Inglaterra, frente a las aspiraciones de “flexibilidad” de quienes desde entonces, sin aspirar, ni rondar siquiera ideas independentistas, fomentaban ya la existencia y necesidad de un orden jurídico singular, autónomo o, al menos específico para América, que suponía, de cualquier forma, una suerte de Derecho alternativo al metropolitano. Nuestra historia jurídica, hispano-lusa es bien ilustrativa de la existencia de siglos de pluralismo jurídico: la invasión musulímica a la península ibérica en el 711, que marcó el inicio de la Guerra de Reconquista, abrió uno de los espacios de pluralismo jurídico más dilatados y complejos de la historia universal del Derecho. En la medida en que avanzaban las victorias de los reinos cristianos no se iba imponiendo el monismo en torno al viejo Fuero Juzgo, sino que se produjo una dramática fragmentación jurídica que era expresión directa de la fragmentación política: el antiguo reino visigodo de Toledo se escindió en varios reinos y condados, amén de vastas regiones de dominio feudal independiente, y se presenció entonces la vigencia simultánea, pluralista, del Fuero Juzgo conviviendo con Fueros Territoriales, Señoriales, Cartas Pueblas, Fueros



Municipales, Derecho Canónico y los Derechos de los señores feudales dentro de sus feudos inaccesibles.

Sólo cuando se produce el movimiento europeo de formación de los grandes estados nacionales, éstos se estructuran sobre la base del monismo jurídico, como herramienta fundamental de unidad y de sumisión global de toda la sociedad a la única voluntad político-jurídica de esos nuevos Estados.

Pero aún existiendo el Estado nacional, en pleno siglo XIX y principios del XX, el Estado liberal burgués, fundado en el liberalismo mercantilista, elevó la conocida fórmula del *laissez faire, laissez passer*, y en consecuencia redujo sus campos de acción, dejando marcados espacios de desregulación jurídica, para que en ellos actuara la supuesta autonomía de la voluntad dentro del amplísimo espacio del Derecho Privado, paradigmas ambos conceptos, de la libertad abstracta del liberalismo y, sobre todo, del mercantilismo.

Tuvo que entrar en crisis el estado liberal para que se presenciara el surgimiento de tendencias de publicitación del Derecho Privado y de “administrativización” del Derecho Público y se elevaran con fuerza especial las defensas del monismo jurídico.

Ese monismo jurídico, que ahora es erosionado y golpeado con gran fuerza, apareció entonces con toda su extraordinaria dimensión. Es evidente que dicho monismo no fue la consecuencia del llamado estado social, aunque la formación de éste contribuyera a fortalecer el papel del Estado como regulador y controlador, incluso como planificador, de la sociedad y de la economía y, con ello, como único ente facultado para dictar el Derecho.

Ese monismo, repito, fue el resultado de la integración del Estado nación primero y posteriormente del desenvolvimiento capitalista en el modelo de producción que se ha dado en denominar fordista Keynesiano o fordista-taylorista.

Sin embargo, el reajuste estructural que comienza a sufrir el capitalismo desde 1973, con el proceso conocido como de la “fábrica difusa” y el neoliberalismo, los cuales no son más que la trasnacionalización de la producción y de sus recursos y la liberación irresponsable del mercado; ese nuevo modelo crea situaciones singulares que afectan la esencia del monismo jurídico.

Como la economía capitalista ha sufrido un ensanchamiento a escala planetaria y de hecho no se vincula a una u otra nación, sino que se globaliza, mundializa y organiza en bloques, cada vez se hace más difícil asir, desde el punto de vista del anterior derecho dictado por el Estado, a estas nuevas y dinámicas expresiones de la economía, y se abren paso entonces, de forma creciente, las amplísimas zonas de lo que desde la década de los 70 hemos comenzado a calificar como espacios de “desregulación jurídica”

Se trata de enormes y crecientes espacios económicos, financieros, laborales y sociales en su sentido más lato, en los que el viejo derecho nacional estatal nada puede hacer. Son zonas inasibles para el aparato jurídico nacional. Por si ello fuera poco, toda la tesis o doctrina del neoliberalismo viene a apuntalar esta

situación e incluso a provocarla. De hecho se levanta como la única posibilidad del éxito económico. Cada vez más, según el discurso neoliberal, debemos abandonar el control estatal y dejar que la libre acción del demiúrgico mercado armonice lo desarmonizado, componga lo descompuesto, ordene lo desordenado y enriquezca lo empobrecido.

Por supuesto, ni que decir tengo que ya muchos abandonan el lirismo optimista del proyecto Reagan Thatcher y empiezan a advertir que el neoliberalismo y su desatada anarquía mercantil sólo provocan desarmonización, descomposición, desorden y pobreza.

Sin embargo, este pluralismo jurídico reaccionarios, antipopular y negativo, no es el único que se vislumbra en nuestra contemporaneidad. Por el contrario, a esta expresión de pluralismo por desregularización y pluralidad jurídica desde la derecha, se opone con fuerza creciente una nueva visión alternativa que podríamos calificar como pluralismo desde la izquierda, guiado por un afán y propósito emancipador, que supone el protagonismo de nuevos sujetos jurídicos, sociales y políticos y que se manifiesta como expresión de enfrentamiento al monismo que porta las formas de dominación de la sociedad explotadora.

El profesor Germán Palacio, en un trabajo preparado para un encuentro sobre pluralismo jurídico efectuado en Cuba en 1995, sintetizó las ideas de Boavista Santos y Carlos Wolmer sobre las formas de manifestación del pluralismo jurídico y en ese sentido indicaba cómo pueden producirse o se han producido expresiones del pluralismo jurídico en situaciones tales como:

- ❖ El que se produce en sociedades situación colonial, como enfrentamiento al derecho metropolitano, defendiendo una suerte de derecho autónomo.
- ❖ El pluralismo que se produce al interior de la formación social capitalista, en modalidades específicas.
- ❖ El pluralismo que se produce en pueblos en que conviven varias etnias o nacionalidades bajo un mismo estado nacional.
- ❖ El pluralismo que aparece en pueblos en que conviven subculturas y submundos que reivindican espacios de regulación propios, especiales.
- ❖ El pluralismo que se produce en fases de transición de un sistema social a otro.

Quisiera agregar el pluralismo jurídico que se abre paso, indefectiblemente, en los grandes procesos revolucionarios, como el vivido por Cuba, en los cuales colisiona el viejo ordenamiento jurídico estatal, y la anterior legalidad, con las aspiraciones, metas y proyectos transformadores del movimiento revolucionario, dado que es impensable que las revoluciones articulen instantáneamente su nueva legalidad, su nuevo ordenamiento jurídico, por lo cual se ven obligadas a imponer y articular un nuevo sistema jurídico alternativo, como el caso evidente de Cuba, amén de lo ocurrido en otros grandes procesos revolucionarios mundiales, sin excluir las grandes revoluciones burguesas de los siglos XVII, XVIII u XIX.

De tal modo, la historia y la realidad de nuestra contemporaneidad demuestran que el derecho alternativo al monismo estatal puede ser levantado y defendido desde posiciones de derecho y desde las izquierdas. Será necesario entonces elucidar de qué lado de la lucha de la humanidad de sostiene y defiende una posición jurídicamente pluralista.

Sólo así desaparecerá cualquier espejismo que ronda nociones obsoletas sobre el Estado providencial que debe resolverlo todo o, en el contrario, sobre el Estado como lo entendía Hobbes, como monstruoso Leviatán del cual hay que huir apresuradamente.

El Estado y su intervención, --incluida la jurídica—se asienta en la vida social y no admite conclusiones absolutas, atemporales y ajenas a los condicionamientos históricos y políticos. El Estado, aun en las más modernas consideraciones teóricas que pretenden tomar distancia del pensamiento marxista, existe en la compleja trama de las luchas político sociales y se integra en las mismas. Para el marxismo es instrumento de dominación en la lucha de clases, pero aun los más resistentes a esa consideración no pueden ignorar que participa de esas luchas, interviene en ellas y tiende a dirimirlas, de una u otra forma. De modo que puede ser el Estado providencial, si representa los intereses de las clases populares; y puede ser un verdadero Leviatán si es instrumento de dominación de los intereses explotadores. De igual naturaleza es entonces el Derecho estatal con su pretensión monista: puede ser regulador providencial para las capas populares, o puede ser la normación del despojo y la alienación de ellas.

Insisto en que no se requiere una filiación marxista para advenir a esa concusión. Es maravilloso constatar la coincidencia de Carlos Marx, lanzando a la cara de la burguesía decimonónica aquella frase lapidaria de que su estado no era más que un comité ejecutivo para defender los negocios de esa burguesía, con nada más y nada menos que lo declaró Woodrow Wilson, durante su campaña presidencial cuando afirmó: “Los que controlan el gobierno de los Estados Unidos son los capitalistas e industriales unidos... El gobierno de lo Estados Unidos en este momento es un hijo adoptivo de los intereses particulares.” Todavía dos décadas más tarde, Franklin Delano Roosevelt culpó de los desastres económicos a la que calificó de “monarquía económica que era dueña del gobierno norteamericano.”<sup>116</sup>

Entonces la posición frente al monismo jurídico.estatal y frente a las expresiones del pluralismo jurídico nos tiene que quedar clara: es importante, admisible, deseable, esgrimible, cuando articula intereses populares legítimos ante estados de dominación; en tanto defiende o sostiene tendencias de emancipación y reivindica proyectos de autonomía y liberación. Puede ser, y de hecho es sumamente peligroso, cuando abre espacios para la mayor libertad de la explotación, la dominación y la sujeción de los débiles; para limitar o anular sus conquistas históricas. El pluralismo desde la derecha se manifiesta como

---

<sup>116</sup> Citados ambos por Robert Reich. **El trabajo de las naciones**. Ed. Javier Vergara S.A. Ed. 1993. Hay que significar que Reich era ministro o secretario del Trabajo en el gabinete de Bill Clinton.

tendencia a la desregulación jurídica estatal, como el ensanchamiento de esos espacios en que se impone, con toda su fuerza y arbitrariedad, la relación mercantil brutal, ajena a toda normativa de Derecho Público. Al amparo de esos espacios se evaden impuestos, se compran gremios corruptos; se vulneran derechos laborales, se crean nuevos mecanismos de capitalización; se permite refinanciar o enmascarar pérdidas empresariales y, en fin, guisar todos los componentes del festín liberal.

## **CAPÍTULO VI.**

### **VIGENCIA DEL DERECHO EN EL TIEMPO, EN EL ESPACIO Y SOBRE LAS PERSONAS.**

#### **La vigencia del derecho en el tiempo; problema práctico y teórico.**

Toda norma jurídica tiene su validez encerrada en el tiempo, no existe ni actúa de forma intemporal, sino que, entra en vigor en un momento determinado, según ya vimos cuando examinamos las fuentes del Derecho y la formación del acto normativo y deja de tener validez cuando otra norma viene a abrogarla, subrogarla, derogarla o, en cierta medida, modificarla.

A la luz de tal consideración podría parecer que todo es bien sencillo, puesto que se reduciría a admitir que cualquier norma rige en el lapso que existe ente su entrada en vigor y su derogación en sentido lato, puesto que, como ya sabemos es un principio jurídico generalmente aceptado que las normas jurídicas rigen en tanto son derogadas porque contra su vigencia no vale ni el desuso ni la costumbre en contrario.

Viendo las cosas bajo esos tintes de simpleza, no habría lugar a conflictos ni interrogantes en cuanto a la vigencia temporal de cada norma jurídica: una norma sustituiría a la otra, en el tiempo, sino que se cruzaran ni hubiera interferencias entre las mismas. Sin embargo, las cosas no son tan simples. Ante todo, la dinámica legislativa es mucho mayor de que suele entenderse y conocerse en términos generales y esas dinámicas presentan entonces serios problemas si tenemos en cuenta que esas normas jurídicas rigen relaciones jurídicas, pero dichas relaciones, como acostumbro a decir en mis clases, no son hechos petrificados, no son fotografías de la vida social, que se concluyen, en tranquila inmovilización, en cada momento. Son, por el contrario, fenómenos de altísima movilidad, en realidad, más que fotografías son películas, en las cuales el conjunto de los cuadros que constituyen la cinta fotográfica corren vertiginosos en el tiempo, sucediéndose una situación tras otra; cambiando rápidamente las circunstancias originales de la relación jurídica. De hecho, en una palabra, las relaciones jurídicas suelen extenderse en el tiempo y entonces se producen con toda fuerza los problemas teóricos y prácticos relacionados con la vigencia temporal del Derecho.

Entonces ocurre que una relación jurídica que nació al amparo de una ley, subsiste, digamos mientras se suceden, con vigencia legítima, tres nuevas normas legales que regulan dicha relación. Entonces se abren interrogantes esenciales para el Derecho, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. ¿Qué ley debe regir la relación aludida, la inicial a cuya sombra nació o las que posteriormente han venido sucediéndola? Por supuesto que cualquiera advierte que no es una simpleza. Pongo un ejemplo: una pareja se casa, contrae matrimonio al amparo del viejo Código Civil español, que estuvo vigente entre nosotros, en lo que a matrimonio y divorcio se refiere, hasta que se promulgó el Código de Familia en 1975. Digamos que esa pareja contrajo matrimonio en 1936. A esas alturas lo hizo bajo prescripciones según las cuales la mujer debía obedecer al marido y seguirlo a donde quiera que éste estableciera domicilio; y peor aún, según las cuales sólo el marido tenía la patria potestad sobre los hijos que tuviera la unión conyugal.

A esa pareja le nace un hijo en 1917 y un poco después el Código Civil empieza a recibir enmiendas y modificaciones: ya no se consigna que la mujer deba obediencia al marido, pero más grave aún, en 1950 se dicta la Ley 9 de ese año, conocida como Ley de la Emancipación de la Mujer, en virtud de la cual ésta adquiere pleno derecho de ejercer arte, oficio o profesión sin tener que contar con la aquiescencia del marido y, horror de horrores, se señala que la mujer detenta la patria potestad junto con el marido. Ahí surge entonces el problema. Se traba en torno a la pregunta a que antes aludíamos: ¿A qué ley se atiene, entonces, en 1950, esta pareja que tiene plena madurez y que se casó en 1936? ¿Su matrimonio se regirá por el viejo Código o por las modificaciones que ulteriormente se le introdujeron e, incluso por la Ley 9 del 1950? Esto es tanto como decir: ¿La patria potestad sobre el hijo nacido en 1917 la detenta sólo el padre o ahora también la madre? La solución no es sencilla. El padre, que es un furibundo reaccionario, reivindicará que él contrajo matrimonio bajo tales y mas cuales reglas jurídicas y que las mismas no pueden ser alteradas y, en consecuencia, es quien único manda en la pareja y quien único detenta la patria potestad sobre el hijo nacido en 1937. Ella, que ha despertado ante los avances sociales, sostiene con fuerza que efectivamente estuvo sometida al esposo y así lo aceptó, pero que ahora la civilización arrolladora y la nueva ley, le confiere también a ella la patria potestad y, en consecuencia, ella se rige por esa nueva ley. ¿Cuál es la verdad jurídica? He aquí sencillamente planteado una de las posibles expresiones del problema de la vigencia de la ley en el tiempo, que como atinadamente señala Cañizares, se identifica también como **efecto de la ley en relación con el tiempo o conflictos de la ley en el tiempo**, o para algunos **retroactividad de la ley** o todavía para otros, **supervivencia de la ley derogada**. Como se ha visto, nosotros identificamos este encendido problema teórico y práctico, como el correspondiente a la **vigencia temporal del Derecho**.

## **Los principios fundamentales acerca de la vigencia temporal del derecho.**

Ante los problemas que se originan en relación con la vigencia temporal del Derecho se han establecido tres grandes posiciones doctrinales o de principios. Esas posiciones son las de la retroactividad de la ley; la irretroactividad y el llamado principio ecléctico.

El principio de retroactividad parte del criterio de que la ley nueva debe ser, por su propia esencia, mejor que la vieja a la cual viene a sustituir, de lo cual se deriva, para los que defienden esa doctrina, que esa ley nueva no sólo debe regir en adelante de su promulgación, regulando los hechos futuros, sino que tiene también que extenderse sobre el pasado, regulando los hechos ocurridos en el mismo.

Los defensores de esa posición teórica y práctica se basaron siempre en el criterio del interés social para sostener que la nueva ley, que ha sido promulgada precisamente por considerarse contentiva de soluciones más correctas que la vieja, en función del aludido interés social debe avanzar también hacia el pasado, corrigiendo los defectos de la vieja norma.

Sin embargo, los opositores de la retroactividad argumentaron enseguida que bajo su imperio no había seguridad jurídica ninguna para el disfrute de los derechos subjetivos. Si dispongo de un derecho subjetivo, se argumenta, amparado por supuesto en la ley positiva, mañana puede venir otra ley y desautorizar ese derecho, pero no sólo hacia el futuro, sino que podría atacar el disfrute que ya tuve de ese derecho. Por ese entendido, el principio de irretroactividad se recogió en el movimiento revolucionario francés de 1789 y en su Constitución de 1791 y del año III, como un principio cardinal del orden legal, como un derecho fundamental de los hombres. Esa proclamación fue la que determinó que ese principio fuera recogido rápidamente por las Constituciones y los códigos penales, como el de Francia, Bélgica, Argentina, Chile, Guatemala, Uruguay, Perú y en la Ley Holandesa de 1829.

También por esa firme acogida en el movimiento revolucionario burgués del siglo XVIII y el XIX, algunos han afirmado que la irretroactividad es de raigambre y radicación del liberalismo burgués. Sin embargo, creo que con el paso del tiempo sean muy pocos los que hagan esa afirmación peregrina. Si bien es cierto que nació al amparo de esos gigantescos movimientos, ello no le constriñe a los límites del pensamiento liberal burgués, del mismo modo que otros derechos y principios de aquel poderoso movimiento no pueden reducirse a la perspectiva liberal burguesa, si no olvidamos que la burguesía condensó y expresó en sus idearios los más altos intereses y aspiraciones de las grandes masas y, de ello, que su programa fuera profundamente humanista y aunque el mismo se frustró, dejó un verdadero baño de luz sobre el género humano.

Sin embargo, en la consideración de estos particulares han abundado los matices y las posiciones doctrinales diferentes. Para sólo mencionar algunos ejemplos notables al respecto, según Savigny “Las leyes de adquisición de derechos son irretroactivas; las leyes de existencia y naturaleza de instituciones jurídicas son retroactivas” Por supuesto que no obstante la sutileza de la diferencia sustentada por Savigny, saltaban a la vista las imprecisiones e inexactitudes. Bonerman sostenía que “las leyes de duración ilimitada son retroactivas y las de duración limitada o transitoria, son irretroactivas.” Es evidente que además de la imprecisión que está implícita en los términos de leyes de duración limitada o ilimitada, esta división crea más problemas en la práctica jurídica que los que pretende resolver.

Lasalle sostenía que es irretroactiva la ley cuando ataca los actos voluntarios realizados conforme a la ley vigente en el momento de la ejecución y, sin embargo, debe ser retroactiva para los actos nacidos de la ley, con abstracción de la voluntad de las partes incluidas en la relación jurídica. Otro autor como Simonelli sostuvo que la diferencia era bueno establecerla

en función de la esfera del Derecho Público, y el Derecho Privado. Según este autor, las normas del primero deben ser retroactivas y las del segundo irretroactivas.<sup>117</sup>

Como puede verse, desde muy temprano empezó a considerarse que lo más correcto no era asumir en forma absoluta, ni el criterio de retroactividad ni el de irretroactividad y, de hecho empezó a formarse un criterio ecléctico.

La solución ecléctica surge entonces, precisamente de la consideración de que no obstante admitirse el principio de irretroactividad de la ley, hay casos en que no es posible evadir la imposición de cierta retroactividad y, en consecuencia, se admite ésta por excepción en casos específicos que la ley explicita claramente.

Quiero significar y subrayar que normalmente, cuando se admite el criterio ecléctico, tanto en la doctrina como en la práctica jurídica, esa solución se adopta a partir de la admisión inicial y básica del principio de irretroactividad y entonces la retroactividad se admite excepcionalmente.

Cuando estamos hablando de las doctrinas y posiciones prácticas en relación con la eficacia temporal del Derecho, es elemental, consideramos, referirnos a una doctrina que ha tenido amplia difusión en las concepciones teóricas del mundo occidental. Me refiero a la llamada **teoría de los derechos adquiridos**.

Esta posición doctrinal ha tenido un amplio predicamento en la Teoría del Estado y del Derecho burguesa. Se afirma que la misma surgió con la obra de Blandeau y Merlín, pero lo que es absolutamente seguro es que fue plenamente desarrollada por Demelombe.

Según esa concepción, lo que se hace es elevar hasta sus últimas consecuencias el criterio de irretroactividad y, con ello, frenar cualquier acción positiva de una nueva ley, especialmente en el plano social, económico o político.

Señalan los defensores de esa teoría que la nueva ley no puede afectar derechos que se han establecido y que existen al amparo de leyes anteriores y que, en consecuencia, tienen que seguir protegidos por esas leyes anteriores. Agregan que las leyes nuevas sí pueden afectar esperanzas o expectativas que se tengan al amparo de leyes anteriores pero nunca, repito, derechos ya adquiridos bajo su protección.

Ahora que hemos visto las distintas doctrinas y soluciones jurídicas propuestas y su realización posible en la práctica jurídica mundial, podemos pasar a analizar cómo actuaría cada una de ellas a la luz del ejemplo que expusimos unos párrafos más arriba, aludiendo al supuesto matrimonio celebrado antes de la ley 9 de 1950 y al amparo del Código Civil español hecho extensivo a Cuba.

En efecto, aquel matrimonio se había celebrado al amparo del Código Civil español y, en consecuencia, bajo las reglas de que la mujer debía obediencia al marido y no podía ejercer arte, oficio o profesión sin permiso de éste, ni disfrutaba de la patria potestad sobre los hijos que tuvieran de ese matrimonio y tenía que seguir al marido a donde quiera que este estableciera su domicilio.

Bajo esas circunstancias jurídicas, en una ocasión, en el año 1939, la mujer quiso matricular en una carrera de la Universidad pero el marido no dio su consentimiento y no pudo hacerlo. Nació años más tarde un hijo de esa unión conyugal y todas las decisiones sobre el mismo que suponían el ejercicio de la patria potestad fueron adoptadas exclusivamente por el marido. Algunas contrariaban francamente el entendido de la esposa, pero nada podía hacer.

De pronto surge la Ley 9 del año 1950. A la sazón ya el matrimonio tiene varios hijos, algunos mayores, pero todavía dos menores de edad, sujetos a la patria potestad. Entonces la

---

<sup>117</sup> Para disponer de una exposición detallada sobre las distintas doctrinas relacionados con la irretroactividad y la retroactividad legal, debe verse el libro de Guerra López y de su Auxiliar de cátedra, Eduardo Leriverend, **Derecho Civil, Parte General y Persona**, del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho. La Habana, 1948

mujer decide dos cosas: primero abrir un pequeño comercio y, segundo, tomar una decisión importante en relación con los estudios del hijo menor. El marido, aferrado a sus privilegios defiende la irretroactividad y alega que él contrajo matrimonio al amparo de una legislación que no le confería derechos a su esposa y su unión conyugal sigue bajo el imperio de esa legislación. Ella defiende la retroactividad absoluta y alega que no sólo estará ahora al amparo de la nueva ley, sino que ella registrará también los hechos pasados y, en consecuencia, habrá que rehacer algunas decisiones que el marido tomó con respeto a sus hijos sin considerar la opinión de ella.

Sin embargo, bajo el principio de irretroactividad las cosas ocurrirán del modo siguiente: los actos de la relación conyugal, bajo el imperio de las viejas leyes, tienen plena validez, sin embargo, esa relación jurídica nacida bajo leyes anteriores ahora tiene que someterse a la nueva ley, y en consecuencia, el matrimonio se sujeta a las nuevas disposiciones, aunque hubiere nacido bajo otras viejas.

Si el marido esgrime la teoría de los derechos adquiridos dirá que él adquirió derechos absolutos bajo las viejas leyes y esos derechos no pueden ser afectados por las nuevas y, en consecuencia, su matrimonio se sujetará, por siempre, a las leyes bajo las cuales se estableció, con lo cual, por supuesto que anula el efecto benéfico y liberador de la Ley 9 de 1950.

### **La solución positiva cubana sobre la vigencia temporal del Derecho.**

En relación con este importante problema de la vigencia temporal del Derecho, nuestro país adopta el criterio ecléctico, lo cual se pone de manifiesto desde el mismo mandato constitucional, puesto que la Constitución cubana declara en su Art. 61 lo siguiente: “Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado. Las demás leyes no tienen efecto retroactivo a menos que en las mismas se disponga lo contrario por razón de interés social o utilidad pública.”

Como puede verse, la Constitución parte del criterio o la doctrina de la irretroactividad y en el tratamiento de la misma divide las leyes en dos grandes grupos: las penas y las que llama demás leyes, es decir, las civiles, las administrativas, laborales, fiscales, etc.

En cuanto a las primeras, es decir, las leyes penales, adopta el criterio de la irretroactividad y significa que, no obstante, sólo tendrán efecto retroactivo aquellas que sean más beneficiosas para el encausado o el sancionado. Aquí debo consignar que esta posición es consecuente con el sentido humanista de la legislación cubana y está en correspondencia con lo que se encuentra usualmente en el mundo actual.

Es asimismo importante tomar en cuenta que la ley nueva se aplica si es más beneficiosa, tanto para el encausado, que está siendo juzgado y sobre el cual no ha recaído sentencia, cuanto para el sancionado, que ya está sancionado y extingue su sanción.

Ahora bien, sigue diciendo el mencionado Art. 61, las demás leyes, que son, como ya dijimos el resto de las que constituyen el ordenamiento jurídico, sin excluir ninguna porque la Constitución no lo hace, sólo tendrán efecto retroactivo, y la retroactividad, excepcional, sólo procederá cuando: a) esa retroactividad se disponga en la misma ley, lo cual quiere decir, que explícitamente la ley debe señalar su voluntad de ser retroactiva y argumentar en qué apoya esa decisión, porque se exige, además que, b) esa retroactividad no sea caprichosa, sino que se sostenga sobre la base de razones de interés social o utilidad pública.

De todo ello se desprende que el texto constitucional está estableciendo claramente un propósito ecléctico en cuanto a la vigencia temporal del Derecho puesto que parte de la irretroactividad y entonces concede una retroactividad excepcional, en materia penal, sólo cuando la nueva ley es más benigna para el encausado o incluso el sancionado. Las demás



leyes también serán siempre irretroactivas, a menos que la misma ley diga lo contrario, lo cual es obligar al legislador a hacer esa declaración expresa y a argumentarla y justificarla, y sólo se argumenta y se justifica por razones de utilidad pública o interés social.

En consonancia con esa disposición constitucional encontramos que el Código Penal vigente, es decir, el contenido en la Ley 62/87 declara en su Art. 3.1 que “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del acto punible.” Pero agrega de inmediato en el mismo Art. 3.2. “No obstante, la nueva ley es aplicable al delito cometido con anterioridad a su vigencia si es más favorable al encausado” y todavía, cumpliendo estrictamente el mandato constitucional, agrega en el 3.3. “Si de acuerdo con la nueva ley, el hecho sancionado en una sentencia deja de ser punible, la sanción impuesta y sus demás efectos se extinguen de pleno derecho.” Y en el 3.4 se agrega que “ Si con posterioridad a la firmeza de la sentencia se promulga una ley penal más favorable al reo, el tribunal sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda de acuerdo con la nueva ley, partiendo del hecho declarado probado en aquella resolución.”

En cuanto al Código Civil vigente, contenido en la repetida Ley 59/87, su Art. 7 declara que “Las leyes civiles no tienen efecto retroactivo, a menos que en ellas se disponga lo contrario por razones de interés social o utilidad pública.”

En conclusión, reitero que en todas las demás leyes la regla será la establecida con fuerza superior por el texto constitucional, a saber, que sólo serán irretroactivas y tendrán excepcionalmente efecto retroactivo si lo declaran expresamente y arguyen los legisladores razones de utilidad pública o interés social.

### **La vigencia espacial del Derecho: territorialidad y extraterritorialidad. Las relaciones de este asunto con el Derecho Internacional Privado.**

Otro problema esencial en la vida del Derecho y de sus normas es el correspondiente al alcance espacial de los mismos; el correspondiente a la pregunta: ¿Hasta dónde alcanza la eficacia del Derecho y de las normas jurídicas, exclusivamente hasta los límites del territorio del Estado en que se dictan o, por el contrario, pueden ir más allá y rebasar esos límites?

Este problema cobró vida y afectó la doctrina, la teoría y la práctica del Derecho, en torno al siglo XII, cuando el resurgir de la vida en las ciudades europeas y con ellas la aparición de los Estatutos jurídicos que regían en algunas y que se conocieron bajo el nombre genérico de Derecho Estatutario, condujo a la situación real de que podían existir normas diferentes en territorios sometidos a distintos cuerpos jurídicos estatutarios y, sin embargo, los ciudadanos de esos diferentes territorios se relacionaran jurídicamente, de modo que surgió la gran pregunta: ¿Qué ley debe ser aplicada, la de este territorio o la de aquel otro?

Porque en efecto, en el fondo del problema de la territorialidad o extraterritorialidad del Derecho está el problema de la mundialización de la vida, de la internacionalización de las relaciones sociales, especialmente las económicas y, al paralelo, la diversidad de ordenamientos jurídicos, en consonancia con la diversidad de Estados.<sup>118</sup>

Esos conflictos de leyes o de derechos; esa posibilidad de que una relación jurídica pueda estar a la sombra o al amparo de una u otra legislación es lo que está en el fondo del problema del Derecho en el espacio y determinó en su día incluso el surgimiento del Derecho

<sup>118</sup> Algunos juristas, especialmente Abelardo Torr , han sostenido que la cuestión de la extraterritorialidad no debe conceptuarse en el límite estrecho de las normas, porque se trata de algo más extenso y amplio: de la extraterritorialidad del Derecho en todo su conjunto, si no perdemos de vista que en ocasiones pueden alcanzar eficacia en territorios extranjeros no sólo las normas de un país, sino actos notariales, sentencias de tribunales y otras formas de expresión del sistema de Derecho en su totalidad.

Internacional Privado. Fueron los glosadores y más particularmente los que trabajaron en el límite entre los glosadores y los postglosadores, fue especialmente Bártolo de Sassoferratto, quien antes que otros enfrentó este problema e intentó brindar soluciones técnicas, científicas, jurídicamente aceptables y al hacerlo echó los cimientos del posterior Derecho Internacional Privado.

Este problema no podía surgir con anterioridad. Apenas se piensa un poco advertimos que en el mundo antiguo, especialmente bajo el dominio romano no podía haber conflictos de legislaciones ni de normas legales puesto que para el mundo romano, que alcanzaba a casi todo el mundo antiguo, había un sólo Derecho, el derecho romano y fuera de él se extendía el espacio de los “bárbaros”, los cuales no tenían derecho o si lo tenían no era considerado, respetado ni admitido.

Posteriormente, cuando se derrumbó el imperio romano de Occidente y en su lugar aparecieron los reinos germánicos, tampoco había lugar a que aparecieran conflictos de legislaciones. No debe olvidarse que los germanos aplicaron, en todos sus reinos, el principio de la ley personal o también llamado de la legislación de castas. Los germanos se atenían a sus leyes troncales y a los romanos vencidos les respetaron su viejo Derecho, al cual por demás mostraron un singular respeto y admiración. En el caso del reino visigodo, que tuvo tan extensos y activos intercambios con el imperio romano, la cuestión todavía fue más significativa, si no olvidamos que Eurico compiló las normas consuetudinarias de los visigodos, mezcladas ya con las normas romanas y esa ley que algunos llaman Código y que en puridad fue una mera compilación, se denominó incluso *Lex Visigothorum*, Ley de los visigodos, pero más tarde Alarico II hizo un gran favor a los hispano romanos vencidos y compiló su dispersa legislación romana prejustineana y creó así el llamado también Código de Alarico, mejor calificado como *Ley Romana Visigothorum*, es decir, ley romana de los visigodos. Pero lo cierto es que esas dos leyes impedían el conflicto legislativo. La primera regía las relaciones de los godos entre sí o de éstos con los romanos vencidos; la segunda regía las relaciones de los romanos entre sí y no había interferencias o posibilidad de conflictos.

En el conjunto de las relaciones feudales tampoco hubo lugar a que surgieran o, al menos se extendieran los conflictos de leyes puesto que la fragmentación feudal y la independencia de los feudos, con sus economías cerradas, de pretendido autoabastecimiento; con su cultura retraída y enflaquecida, no daba lugar a dichos conflictos. Ellos pudieron surgir, y de hecho surgieron sólo cuando después del retraimiento económico y cultural del siglo IX, habiendo cedido en gran medida las invasiones de normandos, húngaros y sarracenos se produce un proceso de reanimación de la economía y de las ciudades sobre todo las del Mar del Norte y las que tenían costas al Mediterráneo y con ello surgen los primeros movimientos de independencia de esas ciudades, dominadas por las nacientes burguesías y algunas se liberan de los vínculos feudales y se dotan de gobiernos autónomos, casi siempre verdaderas repúblicas aristocráticas y, al mismo tiempo aprueban sus Estatutos, que se llamaron *Estatutis* en Italia, *Fueros Municipales* en Hispania o con otros nombres en el resto de Europa, pero que pasan a la historia del Derecho bajo el apelativo genérico de Derecho Estatutario. Es entonces que se produce la aludida posibilidad de que se establezcan relaciones comerciales o culturales en general entre ciudadanos de diferentes ciudades sometidas a Estatutos distintos y, con ello surja la pregunta ya señalada: ¿Cuál es la ley aplicable?

Entonces aparecen los trabajos de los glosadores y particularmente los del ya aludido Bártolo de Sassoferratto, en los cuales se suele considerar iniciadas las consideraciones sobre el conflicto de leyes y estatutos y, con ello, las primicias de lo que años más tarde cobraría forma íntegra como Derecho Internacional Privado.<sup>119</sup>

<sup>119</sup> Cañizares, en su obra tan citada atribuye la paternidad del Derecho Internacional Privado (DIPRI) a Francisco de Acursio (1182-1260) el cual, según Cañizares, adoptó criterios sobre el alcance de la religión católica no

En el esquema más simple del alcance espacial del Derecho se enfrentan también tres grandes posiciones doctrinales: el principio de territorialidad, el de la extraterritorialidad y el principio ecléctico.

El principio de la territorialidad de las normas y del Derecho parte de un entendido claro y aparentemente incontestable, a saber, que el Derecho deviene su fuerza y capacidad coactiva del apoyo de la fuerza y la coactividad estatal y, en consecuencia, el Derecho sólo podrá ser tal dentro de los límites en los cuales el Estado puede imponer su fuerza y su autoridad y su poder público. Más allá de esos límites, el Derecho quedaría desarmado, desprovisto del posible apoyo estatal y como tal se desvirtuaría y dejaría de tener algunos de sus atributos esenciales.

Sin embargo, frente a tan claros argumentos de los que defienden la absoluta territorialidad del Derecho, se erigieron muy pronto otros, no menos claros y de fuerza y capacidad de convicción, sosteniendo el criterio de la extraterritorialidad del Derecho. En ese sentido, los defensores de esa posición sostienen que existen normas que tienen que ir con el hombre a donde quiera que él vaya porque lo identifican como tal, y lo identifican incluso como ciudadano de un país, hijo de una cultura y de una identidad nacional innegable e indelegable. Los derechos y los deberes de los hombres, siguen diciendo los defensores de la extraterritorialidad, no pueden quedar frenados en el límite físico o geográfico de los Estados, porque de ese modo bastaría salir de las fronteras de un Estado para invalidar importantes relaciones jurídicas o anular cardinales derechos del hombre.

Finalmente, en relación con este asunto también hay un criterio ecléctico, que parte de la territorialidad del Derecho y sin embargo, admite que en determinadas circunstancias y, sobre todo, en relación con determinados tipos de leyes, hay que aplicar incuestionablemente la extraterritorialidad de las mismas, so pena de que el mismo Derecho pierda su coherencia y se hunda el orden y la seguridad jurídicas internacionales.

Normalmente, desde que el mundo entró en la llamada modernidad, casi todos los ordenamientos jurídicos han adoptado criterios que giran en torno a la solución ecléctica.

En ese sentido, se destaca bien temprano la llamada Escuela nacida bajo el Sistema Estatutario de las ciudades medievales, sobre todo las ciudades italianas. En los primeros intentos de ordenar las relaciones de diferentes Estatutos entre sí, se inclinó la solución hacia la admisión del criterio de la territorialidad, pero admitiendo la eficacia de algunas legislaciones extranjeras o de algunos derechos del extranjero, como señal de cortesía y casi siempre bajo el principio de la reciprocidad.<sup>120</sup>

De esas posiciones iniciales se fueron formando diversas escuelas, con matices sutiles pero importantes. En ese sentido es posible identificar la llamada **Escuela Italiana**, que predominó, bajo la influencia de Bártolo de Sasoferrato hasta bien entrado el siglo XIV y que se apoyaba en pretender y tratar de imponer, hasta donde fuera posible, el imperio del Derecho romano como substrato de normatividad lógica por excelencia, capaz de brindar solución coherente a cualquier problema de aquellos siglos. Pero junto a ese imperio

---

como decía una Constitución de los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, recogida en el Código justiniano, en la cual se señalaba que la religión católica regía para todos los súbditos del Emperador y, repito que contra ese predicado señaló el caso de una célebre glosa en Latín, que decía *que el boloñés de paso en Módena no está sometido al Estatuto de esta ciudad porque él no es su súbdito*. Según Cañizares allí empezó el Derecho que defendió los estatutos personales y surgió el DIPRI.

<sup>120</sup> Bajo esos criterios empezaron a formarse las soluciones prácticas y doctrinales del Derecho Estatutario y al calor de las mismas fueron surgiendo las reglas del posterior Derecho Internacional Público. Es cierto, y el mismo Cañizares lo admite aún después de haber propuesto a Accursio como fundador de esa rama del Derecho, que el DIPRI tuvo muchos padres, entre los que se cuenta el mismo Accursio, el citado Bártolo de Sasoferrato, pero también Alberito Rosale y figuras del posterior movimiento de los Humanistas o Elegantes. De hecho el DIPRI surgió como una ingencia de un mundo relacionado económicamente y que tenía que establecer la armonización de legislaciones diferentes que, de ninguna manera podían frenar las relaciones comerciales.

complementario del Derecho Romano, la escuela italiana montó un conjunto funcional de principios de solución de conflictos que se apoyó en la distinción para las soluciones de los problemas de conflictos legislativos según se tratara de personas, de cosas o de la forma que tenían que adoptar los actos jurídicos. Por lo regular se admitió que a las personas y sus derechos como tal, derechos personales, totalmente individuales, se regían por el Estatuto de su ciudad; las cosas por el contrario debían regirse por el estatuto de la ciudad en que se encontraran y las formas de los actos jurídicos debían ajustarse a la ley que los contratantes habían considerado mejor a la hora de formular el acto jurídico o aquella del lugar en que el acto iba a tener eficacia o realización.

Con el avance del tiempo se fue imponiendo la llamada **Escuela Francesa**. Esta escuela cobra fuerza en la doctrina y en la práctica francesa a partir del siglo XVI y se fundamenta, elementalmente explicado, en la consideración de que esencialmente las leyes son territoriales y sólo se admite la extraterritorialidad, de manera excepcional, en leyes que se refieren a la naturaleza jurídica de las personas.

Una tercer escuela derivada de ese Derecho Estatutario fue la conocida como **Escuela Holandesa**, que se apoyó en el criterio de la extraterritorialidad por cortesía internacional. Eso, no cuesta mucho entenderlo, estaba fuertemente vinculado con los intereses comerciales y navales de una Holanda burguesa que aspiraba al dominio económico de los mares de Europa y pretendía llevar sus normas a todos los rincones del viejo continente.

En el derecho actual se suele admitir una solución ecléctica, que parte de lo que en su día defendió el autor del Código de la Habana, el eminente jurista Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, quien dividía las leyes en dos grandes grupos: las leyes de orden público y las leyes personales. Como leyes de orden público identificaba a las constitucionales, las administrativas, las penales y, en fin todas las que tenían que ver con el poder público político y el orden social y político impuesto por ese poder. Por leyes de orden personal entendía aquellas que tenían que ver con la identidad y los derechos y deberes personales de cada hombre.<sup>121</sup>

Según ese principio de Bustamante, las leyes de orden público se rigen por el principio de la territorialidad, y según decía el sabio maestro, eran como un techo que cubría a todo el país y bajo el cual quedaban todos los que en él habían nacido e incluso los que vivían en él o pasaban en tránsito por el mismo. De tal suerte, las normas constitucionales, las penales, las administrativas, entre otras de orden público, sometían a todo el mundo en el territorio. Nadie podía excusarse de cumplir esas normas alegando que en su país había otras diferentes. Eran absolutamente territoriales, lo cual quiere decir también que no podían ser llevadas a otro Estado.

Por el contrario, las normas de orden privado o las leyes personales, como las de identidad personal, relaciones paterno filiales, derechos y deberes conyugales, derecho sobre el nombre, etc. Son leyes extraterritoriales, y según la plástica forma de explicarlo utilizada por el Dr. Bustamante, no eran un techo, sino una suerte de sombrilla que cada cual llevaba a donde quiera que fuere. No importa que yo abandone el territorio nacional y entre en el de otro Estado. Por ello no pierdo mi nombre, mi identidad, que va conmigo en mi pasaporte, en el cual se establece también mi nacionalidad, que tampoco pierdo con sólo ausentarme, ni pierdo a mis hijos ni a mi cónyuge ni los deberes que hacia ellos tengo. Son leyes esencialmente extraterritoriales.

---

<sup>121</sup> Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven fue el abuelo de mi maestro, Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro. Sirven es considerado, sin dudas, como el más eminente de los privatistas cubanos e incluso uno de los especialistas en el DIPRI más connotados y respetados de América. Fue autor del conocido como Código de La Habana, que fue un Código de Derecho Internacional Privado formado según sus principios teóricos. Bustamante y Sirven cometió el error de comprometerse con la tiranía machadista y servirla como Ministro de Relaciones Exteriores y ello provocó su aislamiento político ulterior.

Estas son, esencialmente, las soluciones que se recogen en nuestra legislación sobre la vigencia territorial del Derecho.

En ese sentido, el Código Civil varias veces citado, que tiene valor complementario en relación con el resto de la legislación del país, establece en su artículo 12.1 que “La capacidad civil de las personas para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos se rige por la legislación del Estado del cual son ciudadanas.” Es decir, que adopta el criterio de extraterritorialidad en relación con esas leyes de orden personal que se refieren a la capacidad civil de las personas. El Art. 13.1 establece entonces que “La forma de los actos jurídicos civiles se rige por la legislación del país en que se realizan”, pero el Artículo 14.1 establece que “Los actos jurídicos civiles relativos a bienes muebles e inmueble y sus formalidades se rigen por la legislación del Estado en que están situados.” Se siguen estableciendo principios de la vigencia espacial cuando se dice en el Art. 15 que la sucesión por causa de muerte y todos los problemas con ella relacionados se rige por la legislación del Estado del cual era ciudadano el causante en el momento de su fallecimiento. Y en el 16 establece que las obligaciones extracontractuales se rigen por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que se derivan.

Sin embargo, es muy importante lo dicho en el Art. 20 en que se expresa que “Si un acuerdo o un tratado internacional del que Cuba sea parte establece reglas diferentes a las expresadas en los artículos anteriores o no contenidas en ellos, se aplican las reglas de dicho acuerdo o tratado.”

Y como colofón del límite de la extraterritorialidad que se admite en nuestra legislación, de corte evidentemente moderno, se expresa en el Art. 21 del citado Código Civil que “La ley extranjera no se aplica en la medida en que sus efectos sean contrarios a los principios del régimen político y económico de la República de Cuba.”

En el orden penal también hay normas que asumen el principio ecléctico aludido. En ese sentido, el Código Penal también varias veces citado expresa las reglas de la eficacia de la ley penal en el espacio en el Capítulo II del Título II del Libro Primero, en los artículos del 4 al 6 de dicho Código.

### **Los problemas de la vigencia del Derecho sobre las personas.**

El derecho no sólo tiene problemas en cuanto a su aplicación en el tiempo y en el espacio territorial, sino que también existen problemas derivados de la aplicación del Derecho sobre las personas.

En general, han quedado muy detrás en la historia los tiempos en que se aplicaba un derecho especial, incluso el único reconocido y estrictamente legal, a los patricios de la vieja Roma; o los tiempos en que en el período feudal se aplicaba, bajo la extraordinaria estratificación jurídica del feudalismo, una legislación para los señores feudales y otra distinta para los siervos e incluso para los campesinos.

Una de las consecuencias benéficas que tuvo la convulsionante Revolución Francesa fue precisamente la de igualar a todos los hombres ante la Ley, el llamado principio de la isogoría o de la igualdad ante la Ley.

Fue aquella conmovedora revolución la que declaró los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sin establecer, al menos en la letra de aquella Declaración, distinciones entre los hombres, igualados todos bajo el formidable apelativo de ciudadanos.

Sin embargo, incluso en aquellos años de efervescencia fue preciso admitir que la ley, no obstante su generalidad, puede tener depositarios específicos, es decir, estar dirigida a un grupo especial de personas, a un segmento de la población que está perfectamente individualizado, lo cual no supone, ni mucho menos, la introducción de un criterio de estratificación social.

Existen leyes, sobre todo las penales, que sólo rigen para los militares, para esos aforados especiales, verbi gratia, el Código Penal Militar y otras normas semejantes. Existen otras disposiciones que sólo rezan en relación con los funcionarios públicos. De hecho en la tipificación de los delitos, los penalistas distinguen que en relación con el sujeto, el delito puede ser, según ellos llaman, delito de sujeto genérico o de sujeto específico. En el primer caso puede cometer el delito cualquier persona porque en su tipificación la ley no hace distinciones, pero en otros casos ese delito sólo se tipifica cuando se trata de sujetos específicos, como cuando el Código Penal dice, el funcionario público que en el desempeño de sus deberes como tal funcionario haga esto o aquello.

De tal modo, aún en el régimen más democrático e igualitario imaginable, la ley tendrá consideraciones siguientes según las personas, dentro del principio de igualdad de todos ante la ley y sin contradecir ese principio cardinal de la democracia.

# TEORÍA DEL DERECHO.

## CAPÍTULO VII.

### LA REALIZACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO.

#### **La diferencia entre la noción de realización del Derecho y de aplicación estatal del mismo.**

En la literatura occidental más extendida, los términos de realización del Derecho o aplicación del Derecho suelen usarse como sinónimos. Nosotros, como otros autores del extinguido campo socialista de Europa del Este, preferimos hacer una diferenciación entre ambos conceptos.

En general, cuando hablamos de la realización del Derecho estamos utilizando un término absorbente, generalizador, que incluye tanto la aplicación estatal u oficial de las normativas jurídicas, cuanto el cumplimiento espontáneo de las mismas por parte de los depositarios de dichas normas. En puridad de verdad, dentro de esa consideración absorbente que incluye ambas posibilidades, suelo privilegiar, para aplicar la noción de realización del Derecho, la que se refiere a la asunción práctica de sus normas por parte de la población o, en términos más exactos, como antes decía, de sus depositarios en particular.

Desde ese punto de vista, el Derecho se realiza no sólo cuando es aplicado compulsivamente por parte de los órganos estatales competentes, sino, sobre todo, cuando sus fines son cumplidos, cuando sus objetivos ordenadores de la conducta social quedan satisfechos porque los depositarios de esas normas, con su conducta natural se ajustan a las mismas, acomodan sus actos a las prescripciones del Derecho.

Desde ese punto de vista, el Derecho de Familia, por ejemplo, es cumplido en lo atinente a los deberes de los padres con respecto a sus hijos, cuando un tribunal impone a un cónyuge divorciado el deber de contribuir a la alimentación de sus hijos habidos del matrimonio disuelto, en proporción a sus ingresos personales y exige el cumplimiento de esa decisión judicial e, incluso, si el padre divorciado evadiera cumplir la misma, por vía de ejecución procede al embargo de la parte del salario correspondiente al cumplimiento de dicha obligación.

Se trata de que, sin duda, en ese caso el Derecho de Familia en lo atinente a los alimentos de los menores de matrimonios disueltos por el divorcio, ha sido aplicado y, de esa manera, el Derecho se ha realizado.

Sin embargo, prefiero decir que el Derecho se ha realizado cuando en el acto del divorcio ambos cónyuges se ponen de acuerdo en la cuantía de la pensión que corresponde al que no retiene la guarda y custodia del o de los menores y éste excónyuge cumple escrupulosamente, sin ninguna compulsión externa, el pago

de sus pensiones alimenticias y, además, vela por las necesidades extraordinarias de su o sus hijos y realiza debidamente sus deberes de padre porque él se ha divorciado de la que fue su cónyuge pero no se ha divorciado de sus hijos.

Cuando el conductor de un vehículo automotor, en altas horas de la madrugada detiene su vehículo ante la luz roja de un semáforo, aunque la calle esté aparentemente desierta y en sus alrededores no se vea ningún policía, ese conductor está realizando plenamente el Derecho, está encarnando, con su conducta, sus altos fines y sus objetivos esenciales.

En el extremo de esta reflexión considero que la más plena realización del Derecho, por curioso juego dialéctico, se produce cuando la ciudadanía no piensa en el Derecho y en su cumplimiento, cuando no se toma en cuenta ni en consideración porque sus normas se han incorporado al aparato ético de los ciudadanos y forman parte de sus paradigmas conductuales, sin referencia a ésta o aquella otra norma jurídica y menos todavía a las posibles sanciones que puedan derivarse de su incumplimiento.

De tal modo, la aproximación del contenido jurídico al contenido moral adquiere así, visto desde la perspectiva de la realización del primero, una dimensión distinta, que nos permite comprender que el Derecho, si está impregnado del mensaje de conducta moral que asume la población o su mayoría, se funde entonces con ese mensaje de moral y pierde su identidad formal y hasta su contenido coactivo y tras su cumplimiento no aparece ya la sombría imagen del Estado amenazando con severas sanciones por el posible incumplimiento. De tal manera, cuando el Derecho se funde así con la moral, se realiza de manera más plena como Derecho que ha conseguido, con toda la fuerza, sus esenciales objetivos.

Al pensar en esto he recordado, muchas veces aquellos versos anónimos que algunos han atribuido a San Francisco Javier y otros a Santa Teresa de Jesús, en los que se dice que “No me mueve, mi Dios para quererte/ el cielo que me tienes prometido/ ni me mueve el infierno tan temido/ para dejar por eso de ofenderte... No me tienes que dar porque te quiera/ pues aunque lo que espero no esperara/ lo mismo que te quiero te quisiera.” Del mismo modo, el ciudadano que ha unido en su conducta ética el dictado de deber moral al cual se aferra por honor y educación, con el imperativo de la norma jurídica, lo que aquella tiene de atemorizante, no lo mueve, como no lo mueve la posible satisfacción de evadir dicha sanción. Lo mueve, por el contrario, el ineludible deber que forma parte de su integridad moral.

Sin embargo, existen situaciones jurídicas en las cuales incluso el cumplimiento voluntario y natural del Derecho por parte de las personas exige la intervención estatal para que la relación jurídica tenga plena legitimidad. Así, por ejemplo, quien pretende hacer una compra de una vivienda, al amparo de la Ley General de la Vivienda, tiene que pasar por la intervención de la Dirección Provincial de la Vivienda y de otros trámites formales en que la administración tiene una intervención inexcusable.



Por supuesto que también existe aplicación compulsiva cuando el Estado, a través de sus órganos competentes, impone la normativa jurídica, pero sin llegar al extremo de la compulsión, se entiende igualmente por aplicación estatal cuando los órganos judiciales al dictar sentencia individualizan el contenido general de la norma y, de ese modo, lo aplican a determinados casos o situaciones específicos.

En la doctrina tradicional se ha avanzado sobre la aplicación del Derecho en ese sentido, de subsumir el caso en controversia o requerido de aplicación normativa, como caso específico, dentro del contenido general de la ley, o mejor dicho todavía, hacer que la ley, la norma, como regla general y abstracta, se individualice en relación con determinadas circunstancias o personas, ese proceso que no es sólo jurídico, sino que es, primero que todo un proceso eminentemente lógico, se ha considerado que discurre del modo siguiente.

Se señala que primero se debe constatar la existencia misma del caso en examen, su realidad objetiva porque esa realidad va a constituir el supuesto de hecho que tomaremos en cuenta.

Posteriormente, ya identificado el caso y desentrañada su esencia, liberado de hojarasca y elementos accidentales, hay que determinar cuál es la norma aplicable.

Cuando tenemos claro eso debemos comprobar si existe esa norma aplicable, lo cual es tanto como decir o preguntarnos si ha sido promulgada, si mantiene vigencia etc.

Con esos dos elementos en la mano hay que ver si el caso material puede ser subsumido realmente dentro de la hipótesis de la norma, si no la rebasa, si no queda fuera de ella por alguna razón.

Entonces y sólo entonces se puede aplicar la disposición de la norma y se practica la aplicación del Derecho.

Quisiera ejemplificar sobre la anterior explicación porque en ocasiones no se identifica claramente la complejidad de esta problemática.

Ante un abogado del Bufete colectivo se presenta un señor que le relata su compleja situación laboral. Según él, cuando su hijo mayor enfermo había empezado a mejorar y podía pensar en que disfrutara un tratamiento más delicado en otra provincia; cuando la dificultad constituida por la presencia de su suegra había cesado porque ésta se había marchado de la casa, no obstante lo cual había llegado una cuñada que padece de los nervios y crea una constante situación de estrés; cuando las cosas estaban de ese modo, justamente de ese modo, en su trabajo le anuncian que tiene que ir trasladado para desempeñar el mismo cargo en otra provincia. Eso es una arbitrariedad, según su cliente y le entorpece las posibilidades de perfecta curación del hijo.

El jurista debe centrar el caso, librarlo de hojarasca, como decía antes. Aquí, por ejemplo, a los fines del problema legal planteado, nada aporta la suegra, ni la posición de la cuñada y, llevadas las cosas al extremo, hasta casi es poco relevante la enfermedad del hijo, que tendría sólo un significado de

consideración humanista, pero que difícilmente tenga algo que ver con la decisión jurídica que finalmente se adopte.

El caso se ciñe a un problema laboral y dentro de esa rama del Derecho, se refiere al derecho que tiene o no tiene la administración para trasladar a un trabajador sin consentimiento de éste. De tal modo, ha avanzado usted un paso más en la aplicación del Derecho: ha discernido cuál sería la rama del Derecho aplicable.

Pero todavía tiene usted otro problema: ¿ Existe alguna norma que regule esa situación de traslado indeseado? Aunque parezca tonto no lo es, porque se trata de un profesional que desempeña importantes funciones en un centro de investigaciones y ese centro, como esa rama de la actividad laboral, tiene normas laborales específicas, contenidas en un reglamento especial, de modo que las normas del Código de Trabajo sólo son aquí de aplicación complementaria y el jurista no sabe, porque no lo sabe todo, si existe esa norma específica que faculta a la administración a tomar esa decisión contra la voluntad del trabajador, porque caso de que no exista entonces tendrá que acudir al Código de Trabajo. Está enfrascado en el delicado problema de identificar si existe o no existe una norma específicamente aplicable al caso.

Por fin aparece en el reglamento de esa rama laboral un precepto que regula los traslados de los trabajadores, pero subsiste la duda de si el mismo es aplicable también a los investigadores como trabajadores de rango especial. Ello lo obliga a interpretar cuidadosamente el precepto en cuestión, precisar cuál es su sentido, hasta dónde llega su alcance, qué pretende exactamente, cómo debemos entenderlo en realidad y sólo entonces decidir su aplicación al caso en cuestión, de modo positivo o negativo.

Quisiera significar que la intervención estatal en el proceso de aplicación del Derecho no siempre es sinónima de acción compulsiva o coactiva. Esa intervención estatal puede ser administrativa, cuando para la aplicación de una determinada normativa jurídica se requiere que algún órgano de la administración intervenga, validando la relación jurídica de que se trate o canalizándola adecuadamente; la intervención estatal puede ser también judicial, cuando de lo que se trata es de que los ciudadanos acuden ante la administración de justicia reclamando la protección o la declaración de un derecho subjetivo. Por supuesto que también puede ser la intervención estatal absolutamente coactiva, como cuando el Estado hace uso de su facultad de representar el interés social o la utilidad pública y en función de ello procede a ejecutar una expropiación forzosa o, cuando realiza, cumpliendo la sentencia de un tribunal, otro acto ejecutivo, tanto civil como penal como de otra esfera o rama del Derecho.

Ahora bien, en cualquier caso, como ya vimos en la lógica del proceso de aplicación del Derecho, existe un momento en ese tracto lógico en que es preciso desentrañar el sentido de la norma, encontrar su alcance, verificar su profundo significado, es decir, interpretar el Derecho, interpretar la norma.

La interpretación del Derecho; concepto, expresiones normales y problemas que plantea.

En algunas personas existe la creencia errónea, que no ha dejado de ser compartida por ciertos juristas, de que sólo requieren interpretación las normas oscuras, de difícil comprensión o que han sido redactadas con defectos y las cuales, según simpática expresión de Carlos Marx, requieren para su comprensión una ardua labor de análisis concienzudo.

Sin embargo, para la ciencia del derecho queda claro que en toda acción de aplicar está implícita, como ya indicábamos, la inevitable interpretación de la norma jurídica. La norma más clara, más simple, de redacción más diáfana y transparente, si se va a aplicar, supone que se va a interpretar, es decir, se va a fijar su significado, su esencia, su alcance, sus fines.

La interpretación del Derecho, también conocida como hermenéutica jurídica es una de las cuestiones técnicas y teóricas más importantes de la acción del jurista; es una cuestión esencial también en la práctica del Derecho. Podría decir sin temor a error que la correcta interpretación consigue la correcta aplicación, y de ahí la salvaguarda de los derechos subjetivos, incluso del principio de legalidad. Por el contrario, disparatadas, erráticas o malévolas interpretaciones echan por tierra a la más bondadosa de las leyes y pueden ponerla al servicio de lo contrario que ella quiso defender.

Por ello no es de extrañar que en torno a la interpretación del Derecho, mejor que de la norma, se haya establecido una doctrina histórica importante y se hayan creado y practicado diversos métodos, más o menos eficaces.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> La misma historia de la interpretación es significativa. En los pueblos del antiguo oriente era actividad privativa de los sacerdotes, y todavía en Roma fue así hasta avanzada la República, en que se humanizó la función de interpretar y los juristas comenzaron a realizarla, al amparo de su facultad natural de *respondere*, es decir, de interpretar o decir qué dice la ley. Ese *ius respondendi* de hecho llegó a constituir una suerte de fuente natural, social o extraoficial del Derecho, hasta que Augusto oficializó las interpretaciones o dictámenes rendidos por algunos connotados y con ello creó el llamado o conocido como *ius publici respondendi*.

Evidentemente que la comisión creada por Justiniano para compilar el Derecho antiguo tuvo facultad de interpretar con ciertas libertades, porque se le encomendó que se deshiciera de las antinomias y para ello hiciera las interpolaciones que fueren necesarias.

Antes, según Constitución imperial de Teodosio II y Valentiniano III, del 426, que se conoce como Ley de Citas, se había atribuido a cinco connotadísimos juristas la excepcional facultad de interpretar las leyes vejas, de forma que sus dictámenes se imponían, aunque los mismos databan, en algunos casos, de más de un siglo.

Los glosadores y los `postglosadores interpretaron formalmente, gramaticalmente, de manera rígida y dogmática, sin atreverse a ver más que la *ratio legislatoris*.

Pero aún esa interpretación formal era laudable, si no perdemos de vista que en el Fuero Juzgo, en el siglo XII se establecían severísimas sanciones a quien osara interpretar la ley.

De cualquier modo, a ningún jurista le es un secreto que la sabia interpretación es garantía de Justicia y la mala interpretación abre el camino a la iniquidad.

Acabo de significar que es mejor decir interpretación del Derecho y no de la norma. Ello es así porque lo que hay que interpretar en la vida diaria, lo que es objeto del trabajo práctico y científico de los juristas no es exclusivamente la interpretación de las normas legales escritas y legisladas; por el contrario, en la aplicación del Derecho, en su realización, el jurista debe interpretar constantemente contratos suscritos, sentencias nacionales e internacionales, tratados, pactos u otros instrumentos internacionales; actos o escritos notariales y, en fin, toda la gama de documentos o de prácticas legales en las cuales está contenida la voluntad jurídica de un país determinado.

Ahora bien, interpretar la norma o el Derecho, aún en los casos en que la letra de la ley sea bien diáfana, es tarea que presenta múltiples escollos. De hecho no todos los tratadistas han convenido en qué es, exactamente, o en qué consiste, exactamente, la interpretación de las normas.

En dos grandes vertientes iniciales, para muchos la interpretación consiste en encontrar la voluntad del legislador, la **ratio legislatoris**, lo que el legislador quiso, porque ahí está, supuestamente, el secreto de lo que dice la ley. Este es el llamado *sentido subjetivo de la interpretación*. Pero frente a este criterio se abrió paso, en tiempos más modernos, el entendido contrario que sustenta el llamado *criterio objetivo*, por el cual lo que hay que perseguir en la interpretación no es la voluntad del legislador, sino la voluntad de la ley, la llamada **ratio legis**, la razón misma de la norma, que puede separarse de la del legislador. Se ha dicho que una ley es una flecha lanzada por el legislador: sale de sus manos, él le imprimió una determinada dirección, quiso que llegara a determinado lugar, pero puede que la flecha tome un camino diferente al deseado. Del mismo modo se dice que la relación del legislador con la norma legislada es parecida a la que existe entre el padre y el hijo. El primero da vida al segundo y lo pone en mundo, armándolo de posibilidades espirituales y materiales para que siga ciertos rumbos, pero puede ocurrir que el hijo camine o actúe en direcciones verdaderamente inusitadas.

Así se razona que las leyes se dictan para regir largos períodos de tiempo, en el curso de los cuales, cambian las circunstancias sociales, políticas y económicas, cambian incluso las valoraciones culturales, de suerte que las normas empiezan a cobrar, dentro de su misma letra, un significado diferente.

Por eso encontrar la esencia misma de lo que es interpretar es algo verdaderamente difícil. Las VII Partidas de Alfonso el Sabio decían que

---

El movimiento racionalista, lejos de avivar y enriquecer la función interpretativa, en ocasiones la persiguió, y existen constancias de que en ciertos casos la interpretación de las normas jurídicas llegó a prohibirse. Así es proverbial la anécdota de que cuando Napoleón constató que su Código Civil de 1804 estaba siendo objeto de interpretaciones por parte de los juristas, exclamó consternado: “Mi código está perdido”. Por ello no es sorprendente que el Código de Baviera, de 1812 prohibiera de manera expresa que se interpretaran las leyes.

interpretar la ley, conocerla, “no es decorar las letras de ellas”, es comprender su sentido, captar su espíritu, precisar su fin.

Cuando hablaba así el sabio Alfonso pienso que hacía alusión indirecta a la forma en que trabajaban la hermenéutica las escuelas de glosadores, cuya influencia era entonces muy fuerte y los cuales apenas se dedicaban a encontrar el decorado de la ley, a hacer artilugios en torno a ella, a descifrar cuanto más sus secretos gramaticales, pero eran incapaces de pretender encontrar el espíritu palpitante y vivo de la norma.

En los tiempos actuales encontramos consideraciones como la de Pérez Luño que significa que interpretar es atribuir un significado a manifestaciones de un determinado lenguaje, mientras que la “interpretación” sería el conjunto de procesos lógicos y prácticos a través de los cuales se realiza esa atribución de significado.”<sup>123</sup>

El gran maestro Guerra López decía que “interpretar es descubrir la voluntad de la ley, es arrancarle de su letra la entraña de su propósito, su objeto, su fin, esto es, la voluntad propia de la ley.”<sup>124</sup>

Fernando Cañizares señala que interpretación “es la actividad que tiene por objeto establecer el sentido y el alcance de las normas jurídicas a los fines de su aplicación al comportamiento de los individuos en sociedad.”<sup>125</sup>

Yo diría que la interpretación de la norma es el conjunto de procedimientos mediante los cuales se busca encontrar el sentido, el alcance, la esencia y los fines de la misma, para su correcta aplicación y con ello, para la mejor garantía de la Justicia.

Las clases de interpretación de las normas jurídicas.

La interpretación de las normas jurídicas ha tenido diversas clasificaciones en la doctrina, según cada corriente teórica o en función de uno u otro elemento que se atienda en el problema de la clasificación. En términos generales es muy buena la determinación de Cañizares que habla de distintos tipos de interpretaciones atendiendo a:

- ❖ El interprete que la hace.
- ❖ La extensión o alcance que se le brinda a la interpretación y,
- ❖ El método que se emplea

**En atención al interprete** se suelen encontrar las siguientes propuestas de clases de interpretación:

a) La interpretación judicial o también conocida como usual.

<sup>123</sup> Pérez Luño, A.E. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Madrid, Tecnos, 1984. Citado por Angela Aparisi y Javier de Lucas en **Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág. 343.

<sup>124</sup> Guerra López, José. **Derecho Civil. Parte General y Persona**. Editora de la Facultad de Derecho. La Habana, 1948, Pág. 131.

<sup>125</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. **Teoría del Estado**. Pág. 209.

b) La interpretación legislativa o auténtica y

c) La interpretación doctrinal o libre.

Esta anterior clasificación es la brindada por Cañizares, entre otros autores. Sin embargo, en términos más modernos, sobre todo en la doctrina española suele hablarse, atendiendo también al interprete de una clasificación semejante, pero no idéntica, a saber:

I.- La Interpretación pública u oficial, que a su vez se subdivide en

a) Interpretación auténtica.

b) Interpretación jurisprudencial y

II.- La interpretación privada o libre.

De cualquier manera está claro que la interpretación pública u oficial es la que hace cualquier órgano estatal que está facultado para ello, con lo cual se está permitiendo dar mayor amplitud a ese término de la clasificación.

Entonces se habla, al igual que en Cañizares, de **la legislativa o auténtica**.

Claro que en ese caso se está aludiendo a la interpretación que hace el mismo órgano legislativo que aprobó la ley objeto de interpretación. Por supuesto que en ese caso sería evidente que esa interpretación es, como se señala en su término de clasificación, una interpretación auténtica, propia, indefectible, puesto que nadie como el mismo órgano que aprobó la ley puede saber cuál fue el sentido, el alcance, la esencia y los fines que se le atribuyó a la misma.

Sin embargo, las cosas no son tan simples. De hecho muchísimos tratadistas han sostenido que los órganos legislativos no tienen facultades para interpretar las leyes y que, si una nueva ley viene a aclarar el sentido, el alcance, alguna particularidad, la esencia, el significado o los fines de otra, de hecho lo que está haciendo no es interpretando a la anterior, sino dictando una nueva que tiene por sentido principal ampliar el contenido de la otra. El tratadista español Castán decía que había normas que dictaban reglas de conducta y otras que sólo se dirigían a completar o aclarar las primeras.

En el caso de nuestro sistema jurídico existe la interpretación auténtica, si tenemos en cuenta que según el Art. 90 de la Constitución, se señala, como una atribución del Consejo de Estado, según el inciso ch) de dicho precepto: “dar a las leyes vigentes, en caso necesario, una interpretación general y obligatoria.” De lo anterior queda claro que ese precepto consagra la forma de interpretación auténtica que estamos examinando y la pone, no en manos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, lo cual sería o podría ser inoperante, sino en manos del órgano que la representa entre período y período de sesiones, es decir, el Consejo de Estado. Ahora bien, la necesidad de dar esa interpretación no queda aclarado quien la determina ni cómo. De ello se deriva que será el mismo Consejo de Estado el que determine cuándo considera necesario aclarar una ley o, lo que para mí es inexcusable, tendrá que hacerlo cuando se le solicite por autoridades tales como el Tribunal Supremo Popular o la Fiscalía General de la República. Subsiste todavía otra duda: ¿Tendrá que considerar el Consejo de Estado necesaria la interpretación de una ley por el sólo hecho de que ello le sea

solicitado por uno o varios ciudadanos? En otros términos podría formularse una pregunta semejante: ¿Está obligado el Consejo de Estado a dar respuesta a los ciudadanos que soliciten la interpretación de una norma? Por supuesto que en ese caso es evidente que la obligación de responder no podría implicar la de interpretar, sino hacerlo o decir por qué no considerado necesario hacerlo. Lo que sí queda claro es que cuando lo hace, esa interpretación que brinda es, como dice la Constitución, general y obligatoria. Y de lo que he reflexionado antes también quedará claro que toda norma debe ser interpretada, porque incluso ese aparentemente cristalino y transparente inciso ch) del Art. 90 de la Constitución, como hemos visto, puede dar lugar a muchos interrogantes que merecen una seria interpretación.

La otra forma de interpretación pública u oficial es, coincidiendo también con los términos de clasificación de Cañizares, **la llamada jurisprudencial o judicial**, que no es otra que la que efectúan los órganos jurisdiccionales en el desempeño de su actividad de impartir justicia.

Sobre este tipo de interpretación quiero significar que la extensión o validez de su contenido es diferente, según estemos en un sistema de Derecho de Common Law o en un país del sistema Romano Francés o Continental o, en el caso específico de nuestro sistema jurídico.

En efecto, en el sistema de Common Law, fundado en el precedente judicial, las sentencias o interpretaciones dictadas por los tribunales de apelación, suelen sentar precedente y con ello *vinculan* a los tribunales inferiores, es decir, los obligan a seguir esa doctrina contenida en dicha interpretación, que de ese modo adquiere fuerza de aplicación *erga omnes*, es decir, entre todos los hombres, para todos en el sistema jurídico.

En los países del sistema de Derecho Romano Francés, también llamados países de sistema continental, la doctrina derivada de las interpretaciones judiciales no es tan fuerte como en los países de Common Law. En dichos países sientan doctrina jurídica sólo las interpretaciones reiteradas en varias sentencias dictadas no por cualquier tribunal de apelación, sino exclusivamente por el Tribunal Supremo. Esa doctrina es la que se denomina específicamente jurisprudencia o doctrina jurisprudencial.

En el caso concreto de nuestro sistema jurídico no se admite la fuerza vinculatoria de las sentencias dictadas por ningún tribunal, incluido el Supremo, con lo cual ha desaparecido la Jurisprudencia o la interpretación jurisprudencial como fuente de Derecho, tal cual vimos en el Capítulo II del presente libro. No obstante ello siempre predico a los alumnos de la Facultad de Derecho que deben seguir atentamente el rumbo de las sentencias dictadas por nuestro más alto tribunal, porque aunque en sus interpretaciones no constituyan fuente de Derecho, de cualquier modo son un manantial importantísimo de saber jurídico y, en un sentido más práctico, en ese Tribunal terminarán los casos que lleven

tanto abogados como fiscales y, en consecuencia, es de elemental perspicacia saber cómo piensan en cada cuestión los magistrados del máximo tribunal.

Creo que la clasificación bimembre que he venido trabajando tiene la ventaja de que dentro de la llamada interpretación oficial o pública podemos incluir no sólo la auténtica y la jurisprudencial, sino también la que hagan los órganos administrativos, los cuales muchas veces, en sus funciones, se ven obligados a interpretar las normas que atañen a las mismas.

Por último, en atención a la persona o el órgano que interpreta está la interpretación doctrinal o libre, llamada por otros privada, la cual según algunos autores sólo goza de importancia técnica. Se les llama en ocasiones de carácter científico o, como ya decía, técnico, con lo cual se comete una tremenda injusticia puesto que científicas también deben ser las interpretaciones brindadas por autoridades oficiales.

Quisiera agregar que aunque las interpretaciones doctrinales no tienen fuerza vinculatoria, no es desechable tomarlas en cuenta. Creo que a nadie puede caber duda de que esgrimir, ante cualquier tribunal una interpretación ofrecida, por ejemplo, por Jiménez de Asúa en materia penal o por Castán en materia civil, constituye un argumento que no puede ser desestimable a la ligera.

En cuanto a la extensión de la interpretación y el alcance que se brinda a dicha interpretación, los términos de clasificación son los siguientes:

- ❖ Interpretaciones declarativas,
- ❖ Interpretaciones extensivas e,
- ❖ Interpretaciones restrictivas.

**Las interpretaciones declarativas** son las hechas por cualquiera de los intérpretes posibles, que se limita a declarar exactamente lo que dice la norma de forma textual, sin agregar ni reducir nada de su hipótesis. Se les llama también interpretaciones adecuadas o armónicas. Como señalan Angela Aparisi y Javier de Lucas es presumible que todas las interpretaciones pretenden ser exclusivamente declarativas, pero introducen elementos extensivos o reducen el sentido de la norma quizás sin desearlo.

**La interpretación extensiva**, como su nombre lo indica, extiende, amplía, agranda el contenido de la norma, lo cual es tanto como decir que extiende y amplía el contenido o el sentido de la hipótesis de la norma. Según decía Torr , de lo que se trata es de que el interprete extiende el alcance de la norma, valiéndose de sus posibilidades y partiendo del supuesto de que el legislador había querido decir más de lo que dijo. Según una expresión del medioevo, el legislador dijo menos de lo que quiso (*Minus dixit quam voluit*)

La interpretación extensiva no se ha admitido, generalmente, en relación con las normas penales puesto que ese tipo de interpretación devendría, de hecho, una flagrante violación del principio penal sagrado del *nullum crimen et nulla poena*



*sine previa lege pénale*, puesto que el intérprete extiende la hipótesis, es decir, los supuestos de tipificación y con ello crea figuras penales que el legislador no creó.

El maestro Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro rechazaba categóricamente la posible interpretación extensiva de las normas penales, pero como lo recuerda Cañizares, Jiménez de Azúa, partiendo de la primacía del que llama método de interpretación literal y teleológico. Según el gran jurista español, si siguiendo ese método que busca un fin determinado al Derecho y sus normas y entonces, interpretando literalmente las mismas se produce una interpretación extensiva de la hipótesis, la misma es válida, pero si, por el contrario, “a pesar de la cuidadosa búsqueda literal y teleológica no se ha llegado a un resultado concluyente y persiste sobre la voluntad de la ley, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es favorable.”

Considero que esta polémica está rebasada porque no sólo la jurisprudencia española, sino casi de todos los países ha rechazado la interpretación extensiva de la normas penales y varios eventos penales o de criminología en el mundo se han pronunciado también enérgicamente contra dicha interpretación, como es el caso del Cuarto Congreso de Derecho Penal de París de 1937 o el Segundo Congreso de Derecho Comparado de la Haya u otros muchos más recientes.

**La interpretación restrictiva**, por el contrario, es aquella en que el intérprete saca de la hipótesis algo que está en ella contenido según la simple interpretación literal, es decir, reduce el ámbito de la hipótesis, lo cual se apoya en el presupuesto de que, sin quererlo, el legislador dijo más de lo que quería decir (*Plus dixit quam voluit*)

Esta diversidad ante la extensión del contenido o del sentido y alcance de la norma se ha ido ampliando desde el siglo XIX. En realidad según el ideario del movimiento iluminista, la interpretación debía ser exclusivamente literal. Montesquieu decía que el juez debe ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, y sólo eso, sin agregar ni quitar nada a esa ley sagrada e inmovible.

Sin embargo, como ya decía, a finales del siglo XIX empezaron a extenderse tendencias que favorecían e incluso reclamaban una acción más comprometida y dinámica de los jueces en la tarea de interpretar el Derecho. Evidentemente que uno de los propulsores de esas nuevas ideas fue Rudolf Von Ihering con su libro *Cartas sobre la jurisprudencia actual*, en el cual reclamó una acción inteligente y despejada de los jueces que les exigía erguirse con racionalidad y responsabilidad ante la obra legislativa. En la misma dirección F. Geny tuvo iguales ideas en su obra *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*. En el presente siglo, Heck defendía que el acto de aplicación del Derecho y la labor de los jueces no puede ser la mecánica interpretación gramatical de la norma, con lo cual defendía las posibles interpretaciones extensivas o restrictivas. Como recuerdan Aparisi y de Lucas, a principios del siglo que termina, ante la fuerza de estas nuevas ideas, Carl Schmitt declaraba

que “la ficción de la vinculación normativista del juez a una ley se ha vuelto hoy teórica y prácticamente insostenible en campos esenciales de la vida práctica del Derecho.”<sup>126</sup>

### Métodos principales de interpretación.

Se entiende por método de interpretación el aparato lógico o el sistema de procedimiento que se puede seguir para la mejor comprensión del sentido, alcance, contenido y fines de las normas jurídicas.

El gran romanista alemán Carlos Savigny señaló los que consideró principales métodos de interpretación y los mismos fueron aceptados por el Tribunal Supremo de España e incluso por el Tribunal Supremo de Cuba durante la república prerrevolucionaria. A esos métodos propugnados por Savigny. Posteriormente Ruggiero agregó otros o modificó en alguna medida sus límites conceptuales.

Según Savigny, existen: a) el método gramatical o filológico; b) el método lógico y c) el método de correlación y armonía entre los distintos preceptos de la ley, a fin de hallar su sentido lógico y d) el método histórico que indaga los antecedentes de la ley en el proceso legislativo.

Ruggiero modificó un poco la anterior propuesta metodológica de Savigny y habló de: a) el método gramatical o filológico, que era el mismo que el planteado por Savigny; b) El lógico, que era el mismo de Savigny pero el cual desarrolló en tres etapas o momentos metodológicos: la *ratio*, la *vis* y la *ocatio*; c) el método que llamó histórico y d) el sociológico.

Si seguimos de alguna manera la propuesta de Cañizares podríamos ir incorporando a la misma las consideraciones correspondientes a los métodos ya mencionados de los maestros Savigny y Ruggiero.

Para Cañizares, dentro de los que él llama métodos tradicionales de interpretación, destaca: a) el gramatical; b) el exegético o histórico y c) el dogmático o lógico sistemático.

**El método gramatical o filológico**, que es común también para Savigny y Ruggiero, es aquel en que el interprete se reduce a encontrar el significado gramatical de los términos y vocablos contenidos o empleados en la ley. Algunos juristas han observado que para el empleo de este método no basta con el dominio de las reglas gramaticales y el dominio del idioma en particular, sino que suele ser indispensable también dominar determinados términos jurídicos. Como se ha recordado, fueron los glosadores y postglosadores de los siglos XII y XIII respectivamente los que con más extensión emplearon el método

---

<sup>126</sup> Citado por Angela Aparisi y Javier de Lucas en **Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág.347.

gramatical, al punto que no es exagerado decir que fue en realidad el único con el cual pretendieron entender el contenido del Corpus Iuris Civiles de Justiniano. A mi juicio, si bien el método gramatical o filológico está muy lejos de ser el único o el mejor de los posibles para una correcta interpretación jurídica, no me cabe la menor duda de que es inexcusable cuando se va a iniciar la interpretación de un precepto o grupo de preceptos.

En ocasiones se subestima el sentido literal de las palabras, se hace uso inadecuado de los términos y se emplean vocablos con verdadera arbitrariedad, sustituyéndose, por ejemplo, artículos con adverbios u otros cambios semejantes, de lo cual pueden derivarse torcidas interpretaciones y aplicaciones de la norma. Recuerdo siempre una polémica en torno a un precepto que obligaba a que cierto tipo de empleado tuviera que asistir a cierto lugar y como quiera que no habían asistido todos se decía o se pretendía que se había violado groseramente el mandato reglamentario. Cuando fui al precepto en cuestión encontré que dicho precepto decía que “los tales tipos de empleados, debían hacer tal tipo de cosa, y alegué entonces que *los* es artículos indeterminado y no puede ser confundido con el adverbio “todos”, de modo que si lo hicieron algunos, lo hicieron los suficientes, porque no puede pretenderse que el legislador era tan ignorante que confundía un adverbio con un artículo indefinido.

**El método exegético o histórico** es concebido por Savigny, y ampliado por Ruggiero como sistemática interpretativa, porque lo cierto es que nació con el movimiento codificador en Francia, en cuyo contexto, defendiéndose la inalterabilidad de los códigos se admitió que el interprete llegara a la búsqueda de la *ratio legislatoris*, de la razón del legislador, indagando en los elementos históricos que pudieran develar esa voluntad del legislador. A esos fines, para este método se echa mano, esencialmente, a los trabajos preparatorios de los debates de redacción de la norma en cuestión, a las actas de los debates parlamentarios, los informes u otros documentos que fueron tenidos en cuenta en el proceso jurisferante.

Sin embargo, creo que el método adquiere, en el pensamiento de Ruggiero una mayor dimensión que la que le brindaron en su día sus padres juristas franceses. Para Ruggiero el método histórico consiste en indagar en el desarrollo de la institución que se interpreta, a través del tiempo, a través de la evolución histórica y social.

**El método dogmático o lógico sistemático.** Ese método, presente en la división propuesta por Savigny era planteado ya por él como consistente en “la búsqueda de la correlación, la coordinación y la armonía entre los distintos preceptos de la ley, para de hallarle su fin lógico”<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Citado por Guerra López en Ob. Cit. Pág. 138.

Ruggiero también lo concebía como método eficaz y lo dividía en tres etapas ya aludidas: la etapa de la *ratio* que es la búsqueda de la razón jurídica, económica, social, política o hasta religiosa que pueda tener la ley; es, como puede verse, búsqueda de la *ratio legis*. La *vis* que es la fuerza normativa intrínseca del precepto y la *ocatio*, que era la indagación sobre las circunstancias especiales que pudieron concurrir eventualmente en la redacción de la ley.

El método lógico sistemático o dogmático parte del supuesto ideal de que el Derecho está contenido y agotado en la ley. De base y fundamento racionalista, se enriquece ulteriormente con el pensamiento positivista y particularmente con el normativista y del mismo asume que el interprete sólo puede atenerse a los límites del texto legal, puesto que, repito, para ellos el Derecho se termina en la norma o es, como dijera en su día Hans Kelsen, norma y sólo norma. Es en esos conceptos que, como recuerda Cañizares, Demelombe declamaba casi: “ Los textos ante todo” y Aubry decía: “Toda la ley, pero nada más que la ley”. En esa línea del pensamiento, entonces exageradamente racionalista y que después entronca perfectamente con el normativista, la posición límite fue la sostenida por Bugnet que afirmaba: “No conozco el derecho civil; no enseño más que el Código de Napoleón.”<sup>128</sup>

A finales del siglo XIX y en el curso del XX que termina surgieron nuevas ideas en relación con los métodos de interpretación, que algunos autores han agrupado bajo el rubro genérico de métodos modernos de interpretación.

Es evidente que esos métodos ya no tienen nada de modernos; muchos de ellos fueron planteados a inicios del siglo que culmina pero significaron una importante reacción contra los límites absolutamente racionalistas e incluso normativistas dentro de los que se habían movido los métodos tradicionales.

De hecho en esos métodos tradicionales se partía del sentido incuestionable de la ley como voluntad legislativa racional por excelencia y, sobre todo, capaz de resolver y agotar dentro de sus límites todo lo concerniente a su más correcta aplicación. De pronto, el nuevo siglo mueve la atención hacia los factores históricos, culturales, sociales que se mueven, no sólo en derredor de la norma, sino inevitablemente en función de su mejor interpretación.

Dentro de esos métodos merece distinguirse el llamado de la evolución histórica, cuyo inspirador primero fue Raymond Saleilles y en el que se ha sostenido que las leyes surgen en determinados contextos históricos, sociales, culturales, pero los mismos van cambiando con la evolución histórica, de suerte que una correcta interpretación de la ley no es encerrarla en sus estrechos límites epocales, sino por el contrario, apreciarla e interpretarla en las nuevas circunstancias históricas, en las nuevas exigencias sociales para no sólo captar su nuevo sentido, sino especialmente aplicarla correctamente en ese nuevo contexto.

---

<sup>128</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. Pág. 216.

**El método de la libre investigación científica** que inspiró el jurista ya mencionado, Geny y en el cual, aparentemente, se asume el método exegetico tradicional, pero la ley se toma sin la reverencia formal con que se hacía en dicho método exegetico. Por el contrario, Geny propugna utilizar todos los métodos, es decir, el gramatical, el lógico y el exegetico o histórico, pero amplía las referencias de indagación no sólo a las que llama *fuentes formales*, es decir, la ley y otras reconocidas formalmente, sino también toma en cuenta las que llama *fuentes materiales*, dentro de las que considera la que él llama la naturaleza positiva de las cosas, es decir, la verdadera esencia material, social, política, cultural de la ley, que se descubre mediante la libre investigación científica del intérprete.

Creo que más cerca de lo que aparenta de la escuela o método de libre investigación científica, está la llamada escuela o **método de la teoría egológica** de Carlos Cossio.<sup>129</sup> El gran iusfilósofo argentino, fundador de la escuela egológica, fue el más consecuente opositor del normativismo kelseniano y en polémica sostenida con el maestro vienés, en 1947, enfrentó a la concepción de Kelsen de que el Derecho es norma y sólo norma, la apreciación egológica de que el Derecho es conducta sustantivada o conceptualizada en la norma, en la cual se recogen las conductas que han sido escogidas como más valoradas, porque la conducta humana es siempre escogencia.

La teoría egológica, (del yo que y la conducta que encierra valores) asume entonces que la interpretación del Derecho es, esencialmente, la interpretación de las conductas que se han conceptualizado en las normas, pero la recta y profunda interpretación no se queda en el esquema literal y formal de la norma, la cual es sólo un concepto, una generalización, sino que pasa a evaluar y apreciar los contextos sociales, económicos, políticos y culturales en los que se producen los valores y las normas.

Hans Kelsen también propugnó su propio método interpretativo, fundado en sus criterios sobre la Teoría Pura del Derecho. Para Kelsen era posibles más de una interpretación de las normas, en torno a lo cual entraba en complejas consideraciones sobre las normas que calificaba de primarias y de secundarias, según vimos en capítulos anteriores, pero lo importante es que, consecuente con su consideración sobre la teoría pura del Derecho llega a la conclusión de que en la diversidad de interpretaciones que son posibles, la determinación de la mejor, es decir, la consideración sobre la cantidad de aproximación a la justicia que

---

<sup>129</sup> Carlos Cossio.(1903-1987) fue en cierto modo ignorado en su propio país cuando ya gozaba de enorme prestigio y resonancia intelectual en Europa. En los 18 años que mediaron entre 1938 en que empieza a formular su lucha antinormativista y, gozó de gran predicamento en América Latina, En ese año 1956 tuvo que dejar de profesar en la Universidad de Buenos Aires y en La Plata, perseguido por la dictadura militar. Al terminar la tiranía regresó a su patria, donde falleció en plena actividad académica.

pueda haber en una interpretación, es cuestión que escapa de los límites de la ciencia jurídica y entra en el terreno cenagoso de la política jurídica.

Otros métodos, o casi mejor, escuelas, han querido señalar las mejores maneras de interpretar el Derecho, pero en todas ellos se revela la falta de una profunda consideración científica, que sólo puede ser proporcionada por la perspectiva que brinde la fundamentación filosófica del materialismo dialéctico.

Cuando hablamos de la concepción marxista como elemento indispensable para una correcta interpretación del Derecho y de la norma no estoy aludiendo burdamente a una suerte de catecismo que se aplica dogmáticamente a cada interpretación de la ley, como un supuesto catálogo de verdades incommovibles que deben estar por encima de la ley, con lo cual, como muchas veces ha ocurrido, el marxismo, que es doctrina vital y dinámica, deviene fórmula petrificada y, casi siempre, ridiculizada.

De tal modo, siempre insisto que una posición marxista en cuanto a la interpretación del Derecho parte de esta verdad aplastante: el marxismo no provee de ninguna herramienta técnica especial para interpretar el Derecho, no constituye una fórmula adicional o un método adicional, otro método, para aplicar el Derecho, por el contrario, el marxismo es sólo una filosofía, una concepción general de la vida, del movimiento, del desarrollo, tanto en la naturaleza como en la sociedad, cuanto en el pensamiento humano y, en consecuencia, como método nos permite orientarnos científicamente en cualquier rama de la actividad científica, incluidas las ciencias sociales pero no sustituye a las ciencias particulares con sus métodos investigativos específicos.

Con lo anterior quiero decir que el método marxista no sustituye a los demás métodos de interpretación de la ley: no elimina, sino que presupone que se haga una indagación gramatical; no niega, sino que apoya que se haga un intento interpretativo lógico y sistemático, y también histórico.

Lo que ocurre que en todo ello introduce la ciencia de la dialéctica, como ciencia del movimiento y de las contradicciones, como dijera Engels.

Ello consiste en apreciar las contradicciones internas y las tendencias de movimiento en la dialéctica que se establece en la vida entre la norma que es aparentemente letra muerta, dictado de conducta fuera de todo movimiento, y su realización práctica en las dinámicas extraordinarias de la vida social, de la economía, de los valores morales, de la cosmovisión espiritual de los hombres en particular y de la sociedad en general.

Interpretar según la perspectiva marxista significa, primero que todo, tratar de tirar hacia el lado del pueblo, de los humildes, de los desamparados, de los explotados y oprimidos. Cuando se trata de una legislación dictada por parlamentos capitalistas, sin intenciones de brindar protección a esos desamparados, sin pretender la justicia social; interpretar desde las posiciones del marxismo es tratar de encontrar los intersticios que permitan aplicar una solución en beneficio de los humildes. Si se trata de una legislación

correspondiente a un parlamento popular, formulada en atención o en interés de conseguir la justicia social, entonces se trata de poner de relieve ese sentido de la norma, extender en lo posible su alcance para conseguir la mayor cantidad posible de justicia social.

No puede perderse de vista que la norma y el Derecho en general tienen un elemento, ya señalado, de carácter lógico formal, pero tienen también un elemento igualmente intrínseco, de sentido histórico. La interpretación marxista entonces permite conjugar ambos elementos en una dimensión ideológica determinada, poniendo ambas, como ya decía, al servicio de los oprimidos. Para ello en ocasiones la puerta la brinda la búsqueda en el sentido lógico formal de la norma, en otros casos se hallará en la pesquisa histórica, en la adecuación de la misma a nuevas circunstancias, en la apreciación de su continuidad en el tiempo.

Pero quiero enfatizar que interpretar la norma y el Derecho, con un método marxista auténtico, no tiene nada que ver con el grosero relativismo, que permite hacer hoy lo que ayer escandalizó, o viceversa, ni tiene nada que ver con el burdo oportunismo que echa de lado el predominio de la ley y relativiza inadmisiblemente su contenido.

Algunos, pretendiendo ser marxistas y hacer aplicaciones marxistas, desprecian la legalidad y se colocan por encima de la ley, en una supuesta “politización” de cada norma que en realidad sólo conduce a que dichas normas sean leídas o entendidas, arbitrariamente, contra todo criterio científico, de manera absolutamente caprichosa u oportunista.

Los marxistas no tenemos nada que ver con el relativismo ni con el oportunismo. La interpretación marxista concilia científicamente la esencia técnica de la norma y del Derecho, con su contenido social, político, económico e histórico. Relaciona y vincula correctamente el componente lógico formal del Derecho con su elemento histórico.

En consecuencia intentaría aproximar una caracterización del método marxista de interpretación del Derecho, como aquel que apoyándose en todos los métodos técnicos existentes, tanto tradicionales como modernos, asumiendo de todos y cada uno de ellos sus elementos y contribuciones positivas, pretende encontrar el sentido, el alcance, la esencia y el fin de la norma, descubriendo parejamente la dialéctica de su componente lógico formal y de su componente histórico y, en esa dialéctica, trata de lograr la mayor justicia social posible, el apoyo a las causas nobles de los humildes, la solución siempre más favorable al pueblo humilde y trabajador.

### **El problema de la analogía en la aplicación o interpretación del Derecho.**

El conocido problema de la aplicación o interpretación del Derecho o de las normas por analogía suele estudiarse, en ocasiones desde el punto de vista de las

fuentes del Derecho, en otras oportunidades como forma de posible interpretación del Derecho. En razón de ello vamos a referirnos a la analogía como posibilidad interpretativa del Derecho, sin pretender agotar todo el examen que exige el problema, ya visto, de las fuentes del Derecho.

Como vimos oportunamente, en el Capítulo II, este problema de la analogía está íntimamente vinculado con las posibles lagunas del Derecho, es decir, con las situaciones en que la ley que sería aplicable a un caso, o bien es oscura y no se deja interpretar rectamente, o bien es omisa, es decir, falta por completo.

Ya antes vimos que en relación con las lagunas del Derecho puede partirse de la posición doctrinal sostenida por varios autores, entre ellos Zitelmann, Donati y el mismo Kelsen, para los cuales no debe existir lagunas en el ordenamiento jurídico porque las situaciones materiales no reguladas quedarían dentro del ámbito de lo que unos llamaron “norma fundamental, general y negativa” como dijera Zitelman o, “norma general excluyente” según expresión de Donati, o todavía “regla negativa”, a la manera de decirlo Kelsen que, en todos los casos consistiría en un principio, convertido en regla de obtención de la plenitud del ordenamiento jurídico, según la cual todo lo que no esté expresamente prohibido es lícito o, como también han dicho otros autores, “existe la libre disposición de lo no prescrito.”<sup>130</sup>

Pero, como ya vimos, que en oposición a ese criterio Bobbio sostiene que también se puede intentar suprimir las lagunas del Derecho, mediante otros procedimientos diferentes al de la norma excluyente, a los cuales llama, como lo hiciera en su día Carnelutti, procedimientos de autointegración y de heterointegración.

Los procedimientos de autointegración serían aquellos que acudirían al mismo ordenamiento jurídico, a normas y reglas dentro del mismo que permitieron salvar las lagunas. Por el contrario, los procedimientos de heterointegración serían aquellos que pretenderían salvar las lagunas acudiendo a recursos externos al ordenamiento jurídico, a fórmulas que se encontrarían fuera de la ley en su sentido más extenso.

Pues bien, la analogía sería exactamente uno de los procedimientos de integración o de salvar las lagunas del Derecho, o de interpretación, que se considerarían de autointegración. Es que la analogía puede definirse, como lo hace Encarnación Fernández, como “un procedimiento argumentativo o razonamiento que permite aplicar una norma jurídica a un caso que la norma no regula, pero que se asemeja al caso regulado por ella.”<sup>131</sup>

Por su parte Cañizares la define como “el proceso de integración jurídica consistente en aplicar a un caso no previsto, la norma que regula otro caso semejante o análogo, cuando media la misma razón para resolverlo del mismo modo.”<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Encarnación Fernández. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág. 163.

<sup>131</sup> Encarnación Fernández. Ob. Cit. Pág. 164.

<sup>132</sup> Cañizares, Fernando. Ob. Cit. **Teoría del Estado**. Pág. 83.



Según Diez Picazo, el esquema del procedimiento analógico es el siguiente: Premisa Mayor: Si se dan tales supuestos de hecho, que llamaremos como M, debe darse la solución A. Premisa Menor: En el caso H, se dan circunstancias que no son iguales, pero sí son semejantes a las de M. Conclusión. Entonces para el caso M, debe darse una solución igual A.

La interpretación analógica o forma de integración por analogía se encuentra recogida en varios textos legales contemporáneos. Por ejemplo, el Art. 4.1. del Código Civil vigente ahora en España expresa que “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante, entre los que se aprecie identidad de razón.”

Pero, del mismo modo, existen restricciones casi unánimes a la interpretación analógica. El mismo Código Civil español citado, dice en el Art. 4.2 que “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.”

Pero yendo más lejos todavía, Diez Picazo sostiene que la práctica jurídica y la doctrina avanzada de hoy han extendido la prohibición y limitación de la interpretación analógica a casos o situaciones más generales, como a todas las leyes prohibitivas, o a las que tienen o contienen limitaciones a los derechos subjetivos, o a las leyes sancionadoras en general.

Yo agregaría que si la doctrina burguesa ha postulado estas posiciones, mucho más firmemente debe sostenerlas la nueva doctrina jurídica socialista. En ese sentido creo que la interpretación analógica debe utilizarse con mucha reserva, sólo para ampliar derechos, para fortalecer o extender garantías a ellos, pero nunca en normas prohibitivas o limitativas de derechos, de lo cual doy por supuesto que jamás podría emplearse en las normas penales o en las administrativas.

A propósito debo consignar que nuestro ordenamiento jurídico instrumenta, como ya antes dije en el Cap. II, como medio de lograr su plenitud y salvar sus lagunas, un procedimiento de los que Bobbio calificaría, siguiendo a Carnelutti, como de autointegración, si tenemos en cuenta que el Código Civil vigente, la Ley 59/87, dispone en su Art. 2, que “Las disposiciones del presente Código se interpretan y aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano expresados en la Constitución de la República.”

No puede haber error al respecto, no se están invocando los conocidos como principios generales del Derecho, sino exactamente, los fundamentos políticos, sociales y económicos, pero ellos no son extraídos de consideraciones políticas generales sino exactamente de los expresados en la Constitución de la República de Cuba, es decir, en el Título I de dicha Constitución.

Finalmente quisiera recordar que cuando hablamos de analogía o interpretación analógica podemos hacerlo en el límite de la conocida como *analogía legis*, analogía propiamente dicha, conocida expresamente como aplicación de normas legales a casos semejantes, y la *analogía iuris*, que Bobbio identifica como la

búsqueda de la solución encontrándola en los llamados principios generales del derecho, precisamente en aquel o aquellos que regulen o se refieren, de modo más parecido, a la situación fáctica que está siendo examinada.

### **El problema de la integración del Derecho y las llamadas lagunas del Derecho.**

El problema de la plenitud del ordenamiento jurídico o, por el contrario, la existencia de lagunas en el Derecho y la técnica empleada jurídicamente para salvar dichas lagunas, suelen ser estudiados en la Teoría del Derecho desde diferentes ópticas o bajo distintas consideraciones estructurales. Para algunos autores estos problemas se vinculan con el sistema normativo, con la teoría del ordenamiento jurídico; para otros están relacionados con la interpretación del Derecho. Considero que ambas consideraciones pueden ser correctas y que la diferencia es simplemente un problema de enfoque. De tal modo, abordaremos aquí, esta cuestión apasionante que es la referida a la existencia o no de lagunas en el Derecho y las cuestiones que suscita la técnica de integración del Derecho. Normalmente, cuando se piensa en la eficacia de un ordenamiento jurídico y en su carácter sistémico, se supone que el mismo debe tener dos rasgos ineludibles: **debe ser coherente** y, además, **debe ser pleno**.

Cuando se alude a la coherencia del ordenamiento jurídico se hace referencia, como ya hemos visto, a la unidad interna y externa del mismo, pero sobre todo afirmaríamos que la consideración de coherencia se contrae mucho más a su unidad interna.

Ahora bien, ya la doctrina moderna ha elevado el alcance de la llamada coherencia y ha rebasado el que tuvo en la teoría socialista anterior, como simple unidad interna. Sobre este problema de la coherencia, que está íntimamente vinculado con las posibles antinomias en el seno de un ordenamiento jurídico volveré un poco más adelante.

Otra cosa distinta, aunque para algunos parecida o hasta confundida, es el de las llamadas lagunas del Derecho o del sistema jurídico. En ese caso, cuando se habla de lagunas no señalamos inconsistencias, falta de unidad o solución arbitraria, incluidas antinomias, sino que, por el contrario, hablamos de la ausencia total de solución jurídica; de la falta de normatividad o de regulación para resolver determinados conflictos sociales. El concepto de laguna alude a un vacío legislativo o jurídico en general, a una falta de normatividad.

Ahora quisiera sólo señalar que desde muy antiguo todos los ordenamientos jurídicos soñaron con ser plenos y coherentes. Es decir, pretendían resolverlo todo, satisfacer todos los requerimientos de la vida social, tener soluciones sabias para todos los conflictos y, al mismo tiempo, pretendían que esas soluciones fueran, como he dicho, coherentes, orgánicas, sin contradicciones o antinomias.

Como lo señalara Bobbio, esa pretensión se advierte ya, con marcada fuerza, en la voluntad compiladora de Justiniano, quien ordenó a la comisión dirigida por Triboniano que no sólo compilara, como hizo de inicio, todas las Constituciones imperiales, que fueron recogidas en el Código, sino que más tarde, con una pretensión abrumadora exigió que se recogiera todo el **ius vetus**, el viejo derecho, y para ello orientó la creación de esa obra magna cuyo nombre es verdaderamente alusivo: el Digesto, del vocablo latino *digerere*, poner en orden, y del vocablo griego, *pandectas*, que quería decir justamente, que lo contenía todo, que nada se escapaba. Esa era la pretensión de aquel apasionado emperador y a la cual se entregaron febrilmente los compiladores: lograr una compilación de todos los siglos de producción jurídica de la vieja Roma, de forma que aquel *ius vetus*, aquel viejo Derecho quedara todo recogido, en esas Pandectas, que lo debían contener todo.

Pero no se olvide que el mismo Justiniano, que pretendía hacer de aquellas magnas compilaciones un cuerpo de derecho positivo, vigente, vivo y aplicable, quiso entonces que no aparecieran antinomias, es decir, contradicciones. Era normal que los compiladores se encontraran con decenas de ellas. Por supuesto que el mismo asunto, visto desde el prisma de incluso siglos de diferencia, bajo otras condiciones económicas, sociales y culturales, hubiera tenido diferentes soluciones a las que se enfrentaban los compiladores. Entonces Justiniano ordenó suprimir las antinomias y, para ello, ordenó también hacer cuantas **interpolaciones** fueren requeridas.

Era ese soñado afán de plenitud y de coherencia que, insisto se encuentra presente en toda voluntad legislativa, y mucho más cuando esa voluntad está recorrida por elementos de autoritarismo y voluntarismo.

Pero es el caso que esa concepción de plenitud que se atribuye al ordenamiento jurídico, lejos de mitigarse con los vientos del racionalismo filosófico de los siglos XVIII y XIX, se aumentó con los mismos.

Ese racionalismo contribuiría a formar el dogma de la absoluta racionalidad que podía alcanzar la ley, suprema expresión de la razón augusta que encarnaba como razón del pueblo en el órgano legislativo.

Todo ello estuvo vinculado a la concepción estatalista del Derecho, a la cual ya nos referimos cuando hablamos de los rasgos del Estado, en el texto que constituye la primera parte de éste, la Teoría del Estado.

El ascenso de la burguesía supuso la formación de los grandes estados nacionales y con ello se desarrolló extraordinariamente el monismo jurídico y la referida concepción del estatismo del Derecho: todo el derecho procede del Estado, es su primera premisa; todo lo que se requiera en Derecho lo dicta el Estado; el Derecho dictado por el Estado es, en consecuencia, seguiría ese discurso, el Derecho total, absoluto, completo, pleno y sin lagunas.

Claro que en el fondo de esa constelación ideológica estaba la búsqueda de la seguridad jurídica, la pretensión de que el Estado nacional, racional y genuinamente representativo del pueblo podía asegurar la certeza del Derecho,

su racionalidad, justicia y, con ello, no la seguridad jurídica, que es tanto como decir, seguridad nacional y ciudadana.

Con mucha inteligencia Encarnación Fernández ha dicho al respecto que “Esa búsqueda de la certeza y, más ampliamente, de la seguridad jurídica aparece íntimamente ligada a la afirmación de la supremacía del poder legislativo, como expresión de la soberanía popular, sobre el poder judicial. Esto se corresponde además con el principio de la división de poderes. En este sentido, puede decirse que la trascendencia práctica del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico estatal reside en imponer al juez la obligación de extraer siempre del ordenamiento jurídico estatal la solución para cualesquiera casos que se le sometan.”<sup>133</sup>

Sin embargo, la vida que suele ser más fecunda que la más fecunda de las imaginaciones revela que las cosas no son de ese modo; que por muy inteligente y suspicaz que haya sido el legislador siempre vienen nuevas circunstancias imprevistas, se crean nuevas alternativas, surgen situaciones que no podía alcanzar la previsión legislativa y, en consecuencia, aparecen las lagunas del Derecho.

De tal modo, inevitablemente, el problema de las llamadas lagunas del Derecho ha devenido, siempre, no sólo un apasionante problema de la Teoría y la Filosofía del Derecho, sino también un importante problema práctica, vinculado, reitero eso, a la forma en que pueden ser afrontadas, es decir, a los mecanismos de integración del Derecho.

Ante todo sería bueno dejar esclarecido que cuando hablamos de las lagunas del Derecho se suele encontrar entre los autores modernos una doble connotación del término. Algunos llaman lagunas exclusivamente a los vacíos legislativos, es decir, a la falta de regulación jurídica para enfrentar situaciones fácticas que no quedan cubiertas dentro de la hipótesis de ninguna norma conocida.

Sin embargo, en la moderna teoría suelen encontrarse autores que hablan de otro tipo de lagunas, a las que se les ha calificado de “lagunas críticas” o de “falsas lagunas” y con mejor apelativo, a mi manera de ver, como “lagunas axiológicas”. Se trata, en esos casos, no de la ausencia de normas, sino de la existencia de normas que, no obstante, resultan inadecuadas, evidentemente injustas a la luz de la moral media, ineficaces o, por cualesquiera otras razones, de inadmisibles aplicación.

Quiero desde ahora señalar que nos vamos a referir esencialmente a las primeras, es decir, a las lagunas en sentido absoluto, a la falta de regulación jurídica aplicable a circunstancias fácticas no recogidas en hipótesis de normas conocidas.

Entonces, lo primero que debemos consignar es que pese a esas pretensiones de absolutez y plenitud que sobre el ordenamiento jurídico tuvieron ya los antiguos y se fortaleció en los siglos XVIII y XIX, lo cierto es que desde muy pronto casi

---

<sup>133</sup> Fernández Encarnación. En **El Derecho como ordenamiento jurídico. Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Cit. Pág. 162.

todos los teóricos y filósofos del Derecho se replegaron a admitir que podía haber lagunas legislativas, lagunas en el sistema legislativo pero no en el Derecho en su totalidad, no en el ordenamiento jurídico.

En efecto, bajo esa consideración, las normas jurídicas como tales, los actos normativos no podrían, por muy previsor y laborioso que fuera el órgano legislativo de que emanaran, prever todas las circunstancias cambiantes de la vida y, necesariamente, aparecerían lagunas legislativas. Pero otra cosa distinta es el Derecho en su totalidad, el ordenamiento jurídico en todo su alcance, el cual sí puede y debe instrumentar mecanismos para que, aún cuando haya lagunas legislativas no se produzca el silencio jurídico, sino que otros mecanismos y recursos jurídicos vengan a completar, a integrar las nuevas soluciones que faltan en la Ley.

En este sentido se han producido teorías sugestivas, importantes, que han pretendido demostrar lo que acabo de señalar: aunque haya lagunas legislativas, no debe haber lagunas en el ordenamiento jurídico. Una de las primeras consideraciones al respecto fue la de Karl Bergbohm, el cual de forma bien simple afirmó que cuando el sistema legislativo, el derecho, no prevé una situación no quiere decir que haya lagunas en el Derecho, sino que esos son casos que carecen de importancia jurídica y no merecen ser recogidos por el Derecho. De tal modo, esos silencios, según Bergbohm, no son lagunas del Derecho, sino espacios que quedan fuera del mismo, más allá de sus bordes indispensables.

Aunque esta afirmación parezca extraordinariamente simplificadora no dejaba de apoyarse incluso en el tratamiento que de la entidad del Derecho habían hecho los mismos clásicos romanos.

Téngase en cuenta que si vamos al Digesto Justiniano, encontramos en el Título III del Libro Primero, afirmaciones como las siguientes: “Pomponio: (*Comentarios*) a Sabino. Libro XXV. Conviene que los derechos se constituyan, según dijo Teofrasto, sobre lo que sucede las más de las veces, no sobre lo inopinado.” D.I.III. 3. Pomponio. O a renglón seguido leemos que Celso, en el *Digesto Libro V* dijo “Sobre lo que por casualidad puede acontecer en algún que otro caso, no se constituyen derechos.” Celso. Digesto. I.III.4. U otro párrafo del mismo Celso en el *Digesto Libro XVII*, en que se dice que “Porque el derecho debe adaptarse a lo que acontece frecuente y fácilmente, más bien que lo que muy raras veces.” Celso. Digesto.I.III.5.<sup>134</sup>

Todavía se han formado otras teorías más convincentes, más coherentes y que, curiosamente tienen una cierta coincidencia. Me refiero a los puntos de vista sostenidos al respecto por Zitelman, Donati y Kelsen, todos los cuales, como ya he indicado, admiten la existencia de lagunas legislativas pero sostienen la plenitud del ordenamiento jurídico.

<sup>134</sup> En todos los casos cito el **Libro Primero del Digesto** por la Edición citada de Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial de 1990. Asumo una de las formas convencionales de citar el Digesto que los romanistas conocen perfectamente.

Según Zitelman, cuando existan situaciones no reguladas legislativamente, las mismas quedan bajo el imperio de una “*norma fundamental, general y negativa*”, que también existe según Donati, pero que éste autor llama “*norma general excluyente*” y que es casi lo mismo que la que Kelsen llama “*regla negativa*”, y que en esencia se expresaría del modo siguiente: “lo que no está expresamente prohibido o regulado en el Derecho, es evidente que está permitido.” Esa supuesta norma lógica o principio jurídico de norma fundamental general y negativa o norma excluyente o regla negativa estribaría sencillamente en dejar a la libre disposición todo lo que no esté proscrito o prescrito de otro modo en el Derecho.<sup>135</sup>

Sin embargo, como evidentemente esta norma de permisión abierta a su vez es riesgosa puesto que deja a la libre voluntad amplias conductas, que por demás se reproducen y potencian, en las condiciones actuales en que se extienden las zonas de desregulación jurídica, surgieron desde muy temprano otras consideraciones sobre las maneras adecuadas de asegurar una correcta integración del Derecho, en pos siempre de asegurar la plenitud del ordenamiento jurídico, partiendo de que no es posible ni existe en realidad, plenitud del ordenamiento legislativo.

Dentro de los distintos mecanismos de integración, o mejor decir, dentro de las distintas fuentes de integración que han sido aceptadas por los sistemas jurídicos contemporáneos, vale la pena tomar en cuenta la inicial clasificación que hiciera de ellas Norberto Bobbio, quien hablara, aunque utilizando al respecto la terminología de Carnelutti, de mecanismos de **autointegración** y de **heterointegración**.

Para Bobbio hay autointegración cuando los mecanismos de integración o las fuentes de integración se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico, en su interior funcional, sin tener que salir del mismo para completarlo; por el contrario, llama heterointegración consistiría en la búsqueda de la integración fuera del mismo ordenamiento jurídico, acudiendo a fuentes externas al mismo, como pueden ser esencialmente la costumbre, la jurisprudencia, o valores como la equidad o, incluso, cuando se acude a otros ordenamientos jurídicos más universales e indiscutidos, como el mismo Derecho Romano, lo cual no es algo del pasado, si tenemos en cuenta que ese es el procedimiento que establece la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra en la Ley I, in fine.

En los casos de autointegración el sistema acude a sus propias soluciones y límites, como es la analogía, sobre la cual ya hicimos anteriores reflexiones, a leyes generales complementarias o, incluso a los llamados principios generales del Derecho.

En general, desde el gran movimiento codificador de principios del siglo XIX, casi todos los cuerpos legales formados al calor de ese movimiento, y particularmente los códigos civiles, han instrumentado procedimientos de

<sup>135</sup> Puede verse al respecto a Fernández Encarnación. En Ob. Cit. Pág. 165.

integración, bien de autointegración o bien de heterointegración. Así por ejemplo, el viejo Código Civil Español de 11 de mayo de 1888, que fuera hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y que entrara en vigor entre nosotros el 5 de noviembre de ese mismo año 1889, Establecía en su Art. 6 que “El tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho.”<sup>136</sup>

En el nuevo Código Civil español, después de la reforma llevada a cabo por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974, fue el artículo primero del Código el que recogió el sistema de las fuentes del Derecho y, con ello, las posibilidades de integración. En esencia no se alejó sustancialmente de la redacción antigua, puesto que establece que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”, no obstante lo cual parece abrir algunas brechas por donde se pueda introducir una cierta eficacia de la jurisprudencia, en tanto que el Art. 1.6 le brinda un cierto carácter complementador.

El Código Civil italiano, para sólo mencionar otro ejemplo, de 16 de marzo de 1942, dispone en su Capítulo I. Art. 1, bajo el título de indicaciones de las fuentes del Derecho, que son fuente de Derecho: a) la ley; b) los reglamentos; c) las normas corporativas, derivadas de la actividad legislativa del gobierno y d) los usos generales, es decir, las costumbres.

De tal manera, encontramos que en todos los ordenamientos jurídicos, y podríamos agotar el examen de muchos códigos civiles, en todos se encuentra alguna fórmula de integración, bien sea acudiendo a los mismos mecanismos del ordenamiento a su interior, bien recurriendo a procedimientos heteroingradores, como son las ya vistas apelaciones a la costumbre.

Si vamos a nuestro Código Civil encontramos una frágil fórmula que podría decirse que intenta ser de mecanismo de integración. En efecto, el Art. 2 de dicho Código Civil afirma que “Las disposiciones del presente Código se interpretan y aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano, expresados en la Constitución de la República.”

Entonces cabe la siguiente pregunta: ¿Será esa la forma de integración que ofrece el sistema jurídico cubano, a través de su Código Civil? Es preciso reconocer que, ante todo, la fórmula es dudosa, puesto que no se dice que a falta de solución jurídica directa, a falta de norma legal aplicable, sino que se habla de cómo se interpretan y se aplican las disposiciones de ese Código Civil, lo cual es otra cosa. En puridad de verdad, ese artículo segundo está brindando una orientación de interpretación, está estableciendo determinados criterios sobre la manera de interpretar y aplicar su articulado, pero partiendo de que ese articulado es pleno, está completo, no tiene lagunas.

<sup>136</sup> Citado según **Código Civil**, Publicación de Legislaciones. Volumen VII. Edición de Bolsillo. Publicación oficial del Ministerio de Justicia. La Habana, 1975

Entonces ¿qué ocurrirá cuando se enfrenten verdaderas *lagunas legis*, lagunas absolutas y no axiológicas? En puridad de verdad, el Código calla, guarda un silencio ominoso. Sin embargo, si se me pregunta afirmo que esa fórmula del artículo dos me brinda la posibilidad de articular nuevas soluciones, de brindar respuestas, que se inspiren, en todo caso, en los aludidos principios o fundamentos, políticos, sociales y económicos que están contenidos en el Título I de la Constitución de 1976 cual quedó modificada en 1992. En realidad, como quiera que se coloque el asunto, se verá obligado el juzgador a realizar interpretaciones analógicas, aunque las mismas estén presididas por esa regla de interpretación.

### **Algunas consideraciones sobre los llamados principios generales del Derecho.**

Como hemos visto, en algunos ordenamientos jurídicos del mundo que nos rodea se acude a los llamados principios generales del derecho para completar procesos de integración. En ese sentido, ya comprobamos que el Art. 1 del Código Civil español recoge a los principios generales del Derecho como fuente supletoria, no sólo ahora, que lo hace en el Art. 1.4, sino en el viejo Código de 1888. En el precitado Art. 1.4 se dice que “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.”

Pero esta no es una declaración aislada del Código Civil español, sino que la encontramos con mucha frecuencia en casi todos los códigos del mundo actual.

Entonces estamos obligados a adelantar algunas ideas en torno a esos llamados principios generales del Derecho.

Ante todo, cuando pretendemos abordar el estudio de los principios generales del Derecho surge la enorme cantidad de interpretaciones y definiciones que se han dado de los mismos. Un autor español afirma que ha encontrado más de once definiciones, significados o diferentes acepciones que se le atribuyen a los llamados principios generales del Derecho.

Los más ortodoxos romanistas asumen como principios del Derecho aquellos que quedan enunciados, un poco ingenuamente en el Libro I del Digesto, en un texto atribuido a Ulpiano, en sus Reglas, libro I. § 1. “Los preceptos del derecho son éstos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo.”

Ulpiano no dice *principi*, sino “*Iuris praecepta sunt haec.*”<sup>137</sup>

Sin embargo, esta consideración es, como ya lo he indicado, bastante simple e ingenua, además de que se formula con tal generalidad que poco podría ayudar a orientar un trabajo medular en relación con la interpretación y aplicación del Derecho.

---

<sup>137</sup> **Digesto de Justiniano.** Ed. Cit. Ulpiano, Reglas Libro I. I.10. § 1



En realidad las consideraciones diferentes sobre los principios generales del Derecho se polarizan, a nuestro modo de ver, según la filiación iusnaturalista o normativista (positivista) de los distintos autores y, en consecuencia, esas diferencias se han ido expresando a través de toda la historia del pensamiento iusfilosófico.

En gran medida, los iusnaturalistas, en cualesquiera de sus vertientes, han defendido como principios del Derecho dictados o reglas deontológicas, incluso teleológicas, que son depositarias de un importante contenido axiológico. Sin embargo, esas reglas, consecuentemente con la posición iusnaturalista, no se desprenden de la naturaleza misma del ordenamiento jurídico positivo, sino que emanan, según la filiación iusnaturalista de que se trate, de una cierta armonía cósmica, según las consideraciones grecolatinas, o de la voluntad divina, según el pensamiento predominante en el iusnaturalismo de la Patrística o de la escolástica; o de la recta razón, según el pensamiento racionalista, en cualquiera de sus expresiones desde el siglo XVII.

Angela Aparisi y Francisco López llaman la atención que incluso en ese iusnaturalismo más moderno es fácil advertir dos posiciones: a) la de aquellos como Castán que conciben a esos principios como verdades racionales por excelencia, situadas por encima del ordenamiento jurídico de todas o de cualquier nación, y b) la posición más conciliadora con el iuspositivismo, sostenida por Del Vecchio y Rodríguez Paniagua, entre otros, que los concibe como principios racionales también, pero emanados de la raíz orgánica y de las claves de funcionalidad de cada ordenamiento jurídico en particular.

Por el contrario, desde las posiciones del iuspositivismo los principios generales del Derecho se hacen coincidir con ciertas reglas en que se apoya la organicidad del ordenamiento jurídico de cada país. Desde ese punto de vista, tales principios estarían o deben estar implícitos en el ordenamiento jurídico de cada país.<sup>138</sup>

Por supuesto, las dinámicas no sólo operativas del Derecho en la contemporaneidad, sino las variantes epistemológicas que esas dinámicas han introducido en su estudio que esas posiciones no sean, ya hoy en día, férreas e incommunicadas, sino que solemos encontrar penetraciones entre uno y otro grupo de pensadores que defienden la eficacia y la atención a los principios generales del Derecho.

De cualquier modo, asumiendo los elementos comunes a una consideración eminentemente iusnaturalista —y dejando de lado ese costado iusnaturalista— y tomando también en cuenta la médula de las definiciones o acepciones que se les confiere desde una perspectiva iuspositivista, sin asumir absolutamente el normativismo simplón, podríamos convenir en que se suelen admitir como principios generales del Derecho ciertas reglas, postulados, fundamentos y apoyaturas esenciales de un sistema jurídico determinado, los cuales son

<sup>138</sup> Aparisi Angela, López Francisco. **Fuentes del Derecho. En Introducción a la Teoría del Derecho.** Ed. Cit. Pág. 326.

también condicionados históricamente, cambiantes y en pleno y constante desarrollo.

Para algunos autores esos principios se desgranar en un grupo de axiomas o aforismos que se han consagrado desde la jurisprudencia romana clásica; para otros, como Cañizares, en una posición absolutamente determinista, son los principios más generales del régimen social y estatal.

Los que aluden a la primera significación recuerdan axiomas jurídicos que se remontan a la ya aludida jurisprudencia de oro de Roma, como podrían ser, entre otros, algunos de los siguientes:

El ya citado de Ulpiano: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo.

El que reza que el primero en el tiempo es primero en Derecho;

El que puede lo más puede lo menos:

Lo que no está expresamente prohibido está permitido, etc.

De inmediato señalaré que esa pequeña galería de valores axiomáticos, lejos de enflaquecer con el desarrollo de la civilización, se ha ampliado notablemente, en beneficio de la convivencia civilizada y del perfeccionamiento de los sistemas jurídicos.

Los que lo ven como directa expresión de los fundamentos económicos, sociales, políticos y culturales de un sistema o una formación económico social determinada, asumirán entonces que son aquellas reglas que respaldan la naturaleza de esa formación, los pilares de su sostenimiento material y espiritual.

Desde el punto de vista de su utilización práctica, no cabe duda de que esos principios generales del Derecho pueden desempeñar alguno de los tres papeles siguientes:

a) Con un sentido de orientación y guía para la mejor interpretación de las normas jurídicas, para acompañar la racionalidad de ese proceso de aplicación-interpretación. En ese caso los llamados principios generales del Derecho, como dijera López Nuño, brindan una base lógica e incluso técnica para una mejor interpretación. Para sólo poner un ejemplo digo que alguien ha recibido un poder para disponer incluso de los bienes de una determinada firma comercial, en su calidad de gerente de la misma. Ahora esa persona se propone, no enajenar algunos bienes, sino darlos en préstamo y, resulta que en la escritura de poder, por descuido quizás, no se aludió a esa facultad. Entonces, en ayuda de la recta interpretación de esta situación vendría el principio general del derecho que reza que el que puede lo más puede lo menos. Si yo puedo enajenar, entonces, con más razón, puedo hacer actos de administración y, de ese modo, ese principio, de viejo sabor romano incluso, sirve para una mejor interpretación.

b) En otro sentido, los principios generales del Derecho pueden servir, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, según ya hemos visto, para salvar lagunas legislativas. En ese caso a falta de ley expresamente aplicable, o de costumbre del lugar, se puede acudir, como se dice en algunas legislaciones, a la

inteligencia de los principios generales del Derecho. Aquí nos quedará claro que si esos principios se inspiran en la misma urdimbre del sistema de derecho de que se trate, se estaría ante una integración de las que se calificarían de autointegración, en tanto que si esos principios generales del Derecho se asumen como dictados axiológicos o deontológicos de una esfera iusnatural ajena al sistema orgánico de Derecho, se estaría ante una integración con elementos externos.

C) Finalmente, los principios generales del Derecho pueden y deben ser usados desde una amplia dimensión axiológica, como criterios valorativos de gran absolutez, apoyaturas de los grandes fines del Derecho, que de ese modo permiten una orientación ética de sus normativas variables.

Me estoy refiriendo a cuestiones tales como las permanentes consideraciones sobre, por ejemplo, la equidad como criterio de justicia; la irretroactividad de la ley; la publicidad de la misma, etc.

Por mi parte quiero concluir estas brevísimas consideraciones asumiendo que adhiero absolutamente la existencia materialista, dialéctica e histórica de los principios generales del Derecho. Y que la adhiero por lo mismo que considero que todo el Derecho debe estar armado de un profundo contenido ético; que el Derecho socialista particularmente debe montar un aparato ético que desarme el egoísmo, el patrimonialismo y el individualismo del Derecho burgués; porque creo que Derecho sin Justicia, como dijera Aristóteles, es cosa de animales y porque creo finalmente que los hombres han ido decantando valores a través de su azaroso andar por el largo proceso civilizatorio y en su curso han ido absolutizando valores que están presentes en las civilizaciones que se asientan y aspiran a sobrevivir en el próximo milenio y que el Derecho no puede menos que hacerse reservorio dinámico de esos valores que, lentamente, han adquirido, en la lucha del hombre, sentido de absolutez, al punto de que ya hoy pueden ser erigidos como inmanentes, sin que esa inmanencia pueda ser confundida con la kantiana o iusnaturalista, sino que la misma derivaría de la lucha revolucionaria de la humanidad.

En ese sentido, pienso en principios tales como *nullum crimen et nulla poena sine previa lege poenale*; o como aquel de que la inocencia se presume y quien la impugne tiene que probarla; o como el que afirma que el goce de los derechos tiene como límite natural el ejercicio del derecho del otro; o el que sostiene la irretroactividad de la ley penal más severa; o en fin, decenas, quizás cientos de principios que conforman el tejido de un ordenamiento jurídico.

Contra lo que suelen afirmar los iuspositivistas, en cuanto a que el Derecho es sólo un sistema normativo, he reiterado que es, ante todo, un sistema axiológico, una guía conductual de la vida humana y, en consecuencia, está formado por las normas legales positivas, pero también por principios, por regularidades esenciales, por presunciones incluso en todos los cuales se apoya la racionalidad y la grandeza del orden jurídico superior que aspiramos conquistar.

# TEORÍA DEL DERECHO.

## CAPÍTULO VIII.

### EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

#### **La noción de legalidad. Su desarrollo desde las revoluciones burguesas.**

Los problemas relativos al concepto o noción de legalidad ocuparon la atención de la Teoría del Estado y del Derecho de los países socialistas de Europa del Este, especialmente de la Unión Soviética, con fuerza renovada y especial a partir del XX Congreso del PCUS. Esa inclinación se correspondió con el proceso de desestalinización, pero todavía durante varias décadas, hasta la de los ochenta, esa noción estaba impregnada de limitaciones normativistas.

En ese sentido la legalidad se definía dentro de esos estrechos límites del cumplimiento estricto de la ley por parte del Estado, las organizaciones sociales y políticas y los ciudadanos e incluso en ocasiones se llegaba a confundir con la legislación.

Sin embargo, en la década de los ochenta empezaron a abrirse camino nuevos conceptos, enriquecidos, sobre la legalidad. En gran medida en ese viraje influyó la difusión que en esos momentos tuvo el concepto de Estado de Derecho, que empezó a convertirse casi en una obsesión en los países occidentales.

De ese viraje conceptual se deben definiciones de la legalidad que la consideran, esencialmente, como una forma de existencia de la vida social, un principio de existencia política o un método de dirección Estatal de la sociedad.

En ese sentido, el Profesor Samashenko decía que “La legalidad es un estado de la vida sociopolítica del país, en el cual las relaciones entre el poder y el individuo, entre el Estado, sus órganos y funcionarios, de una parte, y el ciudadano, de otra, se basan en la ley y no en la arbitrariedad.”<sup>139</sup>

Como puede apreciarse en esa definición, ya la legalidad no se considera sinónima del sistema legislativo y su simple cumplimiento, sino que se conceptualiza como estado de la vida sociopolítica, pero se circunscribe mucho a la regulación de las relaciones del Estado, sus funcionarios y órganos, con los individuos.

Por mi parte, desde 1985 definí la legalidad, en un evento científico celebrado en el país, como una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, por el cual se abandona la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo y la

---

<sup>139</sup> Samoshenko, I.C. Capítulo XXVI del texto **Manual de Teoría del Estado y el Derecho**. Colectivo de autores cubanos y soviéticos. Editora Pueblo y Educación. La Habana, 1988, Pág. 477.

sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría, en consecuencia de lo cual esas leyes son cumplidas por el Estado y sus órganos y funcionarios, las organizaciones políticas y sociales y todos los ciudadanos.

En el mismo mencionado **Manual de Teoría del Estado y del Derecho** decía que la legalidad suele definirse “ como una forma de la vida sociopolítica de un país, en la cual las relaciones entre el poder y el individuo, entre el Estado, sus órganos y funcionarios, por una parte, y los ciudadanos, por otra, se basan en la ley y no en la arbitrariedad.”<sup>140</sup>

De ese modo, el cumplimiento de la ley no es la explicación, por sí mismo, de la legalidad, sino que ésta aparece entonces como un principio de la vida política, una exigencia de la sociedad civilizada y, al paralelo, como el único método admisible de dirección estatal.

Desde esa perspectiva, es posible agregar que en esa noción de la legalidad la ley entonces no se presenta como una abstracción despojada de valor y contenido, sino como el producto político de la sociedad consciente, de lo cual se deriva la necesidad de su obediencia colectiva.

En el concepto de legalidad que adoptamos, la ley se convierte en el instrumento de la dirección estatal de la sociedad. Por ello podríamos afirmar que la legalidad es el método de dirección de la sociedad que consiste en la promulgación de leyes que expresan patrones conductuales en los que se contienen los valores emanados de la lucha de clases o impuestos por las clases económicamente dominantes y los cuales, convertidos en ley, deben ser cumplidos estrictamente por el Estado, las organizaciones sociales y políticas y los ciudadanos.

Todos los Estados, desde los primeros de la historia, han dictado normaciones jurídicas, que fueron la expresión de las luchas de clases de cada momento y, esencialmente, contuvieron la voluntad de las clases dominantes, y por medio de las cuales se postularon los patrones de conducta volitivo clasistas a los que debía ajustarse la sociedad. Sin embargo, el concepto teórico de legalidad tiene como base la proclamación del primado de la ley, precisamente con el surgimiento del Estado liberal burgués.

Cuando la Revolución francesa liquidó los privilegios feudales y opuso al absolutismo monárquico las ideas del iusracionalismo, sentó las bases de la concepción teórica del principio de legalidad.

Al postulado, *suprema lex regis voluntas* (la ley suprema es la voluntad del rey, del monarca) se opuso el imperio de la ley como manifestación racional de la supuesta voluntad soberana de la nación. Entonces los hombres que hicieron aquella enorme revolución proclamaron el principio de que *gobierne la ley, y no el rey*.

---

<sup>140</sup> Fernández Bulté, Julio. Cap. XXVII de la Ob. Cit. Pág. 492.

En tal concepción se resumía, en cierta forma, la vieja herencia cultural grecorromana, occidental que se había expresado como disyuntiva histórica en Platón: el gobierno de las leyes, o el gobierno de los hombres. De ese modo se consagraba un concepto de vieja raíz europea, que adquirió fuerza especial en la llamada Edad Moderna y que consistía en considerar a la ley como producto racional puro, ajeno a la voluntad o los intereses particulares de los hombres. En este sentido, el Art. 4 de la Declaración de 1793 afirmaba “La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general: es la misma para todos, ya sea que proteja o sea que castigue; no puede ordenar sino lo que sea justo y útil a la sociedad; no puede prohibir sino aquello que dañe a ésta.”

En consecuencia, la teorización del principio de legalidad por parte de la burguesía liberal de los siglos XVIII y XIX suponía, como requisito de su realización, la generalidad de la ley, de la cual se derivaba el principio de la llamada isogoría; el de la autoridad en el tiempo de la ley, en relación con el acto humano concreto que ésta debía regir y con el cual se aspiraba a dar realización a la pretensión de Locke de que las leyes fueran fijas y conocidas. En esa misma lógica conceptual, la fundamentación de la legalidad liberal burguesa llevaba de la mano a la formulación del constitucionalismo, como manifestación de las leyes supremas, fundantes, determinantes de todas las demás, racionales por excelencia y cuyo movimiento constitucionalista, como es sabido, presidió todo el proceso revolucionario burgués del siglo XIX.

En esas condiciones, la legalidad burguesa constituyó, en los estados liberales iniciales, un elemento básico para el montaje del modelo de la llamada democracia burguesa, que se presentó de inmediato como único modelo de democracia. Sin embargo, el inmediato desarrollo de la economía capitalista condicionó la profundización y agudización de las contradicciones internas del sistema y dio paso a estadios superiores del desarrollo del Estado burgués, que ya tuvimos oportunidad de examinar en la Teoría del Estado. Lo que quiero significar ahora es que, en correspondencia con esos avances se fueron echando las bases del deterioro de la legalidad, como principio aparentemente intocable del modelo estatal occidental.

En las condiciones del sistema imperialista, del neoliberalismo especialmente, la legalidad es prácticamente ignorada o, al menos seriamente erosionada. Aumentan no sólo las violaciones directas al principio de legalidad, por medio del imperio de la arbitrariedad o la violación de la ley, sino que aumentan los llamados espacios de desregulación jurídica, en los cuales se impone fácilmente los intereses de los más fuertes política y económicamente.

En las primeras décadas del siglo que concluye se abrió paso con mucha fuerza los puntos de vista sostenidos por los juristas integrantes de la organización de juristas libres, con sede en Holanda, y especialmente las consideraciones adoptadas en la conocida como Declaración de Atenas, en la cual se defendió, con aparente énfasis, el principio de legalidad, pero de modo interesante se hizo depender dicho principio de la llamada “regla de derecho”. Ahora bien, la regla

de derecho, según algunos juristas del mundo occidental se define como la “herencia común de las instituciones, los procedimientos y tradiciones jurídicas, que sin tener en cuenta los sistemas políticos, económicos y sociales, han coincidido en un régimen de protección práctica de los derechos del hombre y han contribuido a rehabilitar la dignidad del hombre.”<sup>141</sup>

Estas afirmaciones, que suenan agradablemente, estaban puestas en dirección a separar el principio de legalidad de las normas jurídicas positivas, pero no en función de elevar una noción humanista y avanzada de la Justicia, sino para atacar a los países socialistas de Europa del Este, desde las trincheras de la gastada sociedad capitalista y sus supuestas “sanas tradiciones culturales y cristianas”

De todo lo anterior, creo que no es difícil significar que el principio de legalidad, ante todo, no puede confundirse simplonamente con la legislación. En muchas ocasiones hemos oído hacer referencia a determinados delitos o infracciones concretas de la ley, y calificar esos actos como violaciones de la legalidad. Evidentemente los que así hablan hacen coincidir el concepto de legalidad con el de legislación u ordenamiento jurídico. Esa confusión, por demás, no es inusitada puesto que está en la esencia misma del pensamiento normativista. Sin embargo, hemos querido insistir en que la legalidad no es la legislación; la legalidad es un principio de la vida sociopolítica, un método de dirección de la sociedad, como ya antes lo indicábamos. Ese método o ese principio se realizan a través del cumplimiento de la ley, pero confundir a la ley con la legalidad es algo así como confundir el principio, por ejemplo, de la sana alimentación, con los vegetales, que son uno de los elementos más importantes de la sana alimentación.

La legalidad se quebranta, se erosiona o se fractura, cuando el principio es abandonado, es decir, cuando la sociedad empieza a ser regida de forma arbitraria, voluntarista, y con criterios o métodos ajenos al imperio absoluto de la ley. Si se persiguen los delitos, si se lucha por el cumplimiento de la ley y por la restitución de la misma cuando ha sido infringida, se está cumpliendo el principio de legalidad, aunque, repito, la ley se haya incumplido en muchos casos.

De tal manera, legislaciones ha habido desde que existe el Estado; todos los pueblos de la antigüedad y del medioevo tuvieron legislaciones, pero el principio de legalidad es, como ya indicaba, mucho más reciente: data, lo reitero, de los procesos revolucionarios burgueses del siglo XVIII y cobra formulación completa en los primeros años del XIX.

---

<sup>141</sup> Citado por Cañizares, Fernando, en **Teoría del Estado**. Ed. Cit. Pág. 389. Cañizares toma la cita de Marianetti, quien a su vez pone de manifiesto las afirmaciones de Boulier. De cualquier manera, en la indicada obra de Cañizares se encuentra una interesante y abundante referencia a ese movimiento de la segunda mitad del siglo XX conocido como el de la “regla de oro” como base del nuevo orden racional de la juridicidad burguesa.

Ahora bien, el principio de legalidad, aun siendo de absoluta radicación burguesa, no puede ser rechazado como *un defecto de la sociedad burguesa*. Los clásicos del marxismo criticaron en su día, en determinados contextos y sobre la base de determinados argumentos, ese tipo de legalidad, pero no negaron el principio absoluto levantado por la burguesía.

### **La crítica marxista al principio de legalidad.**

En algunas ocasiones se ha sostenido, de manera páfida, que los clásicos del marxismo estuvieron en contra del principio de legalidad. Con estas afirmaciones se ha querido hacer creer a los ingenuos que, Marx, Engels y en cierta medida también Lenin, habían estado a favor del desorden social, de la quiebra del criterio de sujeción de los hombres a la ley; que habían estado a favor del autoritarismo, el voluntarismo, el despotismo y el totalitarismo.

Estas afirmaciones se han podido sostener mediante citas descontextualizadas de dos textos de Marx y Engels: el conocido como **La Cuestión Judía**, que es la defensa de Marx a sus compañeros, en Colonia, en el año 1849 y la otra es un largo fragmento de Engels en el Anti-Dühring.

En la defensa en Colonia, Marx se preguntaba qué consideraban los señores jueces bajo el sentido de mantener el principio de legalidad. Y se respondía. “A mantener unas leyes procedentes de una época social desaparecida, hecha por los representantes de los intereses sociales caducos o que están a punto de caducar y que, por lo tanto, se limitan a elevar a ley estos intereses pugnaces con las necesidades generales de la sociedad. Más, la sociedad no descansa en la Ley. Eso es una quimera jurídica. No; es lo contrario. La Ley es la que tiene que descansar en la sociedad, tiene que ser expresión de los intereses comunes derivados del régimen material de producción existente en cada época.”<sup>142</sup>

Por su parte, Engels, en el aludido Anti-Dühring decía con igual sentido polémico. “Es más, la santidad de la ley, la inviolabilidad de las instituciones establecidas y consagradas por la afanosa actividad de una parte de la sociedad y aceptada pasivamente por el resto de los hombres, son otras tantas abstracciones dentro de la sociedad de hoy.”

De tal modo, Marx y Engels primero y Lenin después atacaron no el principio de supremacía de la ley, sino al contenido burgués de la legalidad, o mejor aún de la legislación a través de la cual se expresaba la legalidad originalmente, y atacaron, todavía con más fuerza, la ficción, el fetichismo de la ley abstracta con el cual la burguesía se empinó a los ojos de la humanidad que acababa de seguirla en el derrumbe del sistema feudal.

Marx y Engels denunciaban entonces que la legislación burguesa, sostén de su legalidad, no es más que la manifestación volitivo clasista de los intereses de la burguesía y sus sectores sociales aliados.

---

<sup>142</sup> Citado por Cañizares en **Teoría del Estado**. Ed. Cit. Pág. 386 y 387.



Antes del triunfo de la ideología burguesa revolucionaria, el ordenamiento jurídico justificaba su validez, se legitimaba apelando a argumentos religiosos o simple y burdamente a toda la fuerza del autoritarismo del poder. Entonces la burguesía revolucionaria del siglo XVIII esgrimió contra la ley feudal, que aparecía como voluntad personal del soberano, emergida bien de su férrea autoridad o de su apoyo divino, la racionalidad del orden normativo y el argumento de que éste expresa los intereses totales de la población.

La historia posterior del Estado burgués y de su sistema de legalidad ha confirmado su esencia clasista y ha reiterado la exactitud de las afirmaciones de los clásicos del marxismo. Después de las formulaciones del iusnaturalismo incipiente de los siglos XVII y primeros momentos del XVIII, concretado en el pensamiento de hombres como Hugo Groccio, Francisco Suárez, Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Vico, Leibniz y Wolff, se abrió paso el iusnaturalismo militante, revolucionario, y antifeudal de Locke, Montesquieu y sobre de todo Juan Jacobo Rousseau. En Alemania, como se sabe, este iusnaturalismo se encarnó en los filósofos de la llamada Filosofía Clásica Alemana: Kant, Fichte, Schelling, y sobre todo, Hegel; pero de inmediato, como manifestación del desarrollo de las contradicciones propias de la burguesía instalada en el poder aparecieron las tendencias utilitaristas de Jeremías Bentham, John Stuart Mill, Comte y Spencer, que desembocaron más tarde en el burdo pragmatismo de Pierce, John Dewy y Williams James, los cuales llegaron a menospreciar absolutamente los principios y fundamentos racionales de la legalidad, postulando como legal todo aquello que fuera útil, práctico a los intereses del poder y de los sectores dominantes. Más tarde aún, el irracionalismo de Schopenhauer y Nietzsche culminan esta línea aberrante de bancarrota de la vieja legalidad. Dentro de esa decadencia, el pensamiento positivista y en particular el normativismo kelseniano constituyen una ruptura con toda las antiguas ideas iusnaturalistas, reduciendo el Derecho a simple estructura formal normativa, despojada de todo contenido axiológico o deontológico.

En la actualidad, las principales corrientes teóricas imperialistas acerca del Derecho revelan, a todas luces, la falta de asideros para defender la justicia del régimen capitalista y, en general, constituyen intentos de santificar este régimen, al paso que muestran claramente el abandono teórico de la legalidad y su menosprecio más o menos desembozado. Incluso en la llamada escuela del Derecho Natural renacido, que sostuvieron en los primeros años de la segunda mitad del siglo XX autores norteamericanos como F. Le Buffe y J. Hayes, y el italiano Del Vechio, o el español P. Belda, hay una franca vulgarización del viejo iusnaturalismo, que se retoma ahora sólo para justificar la existencia y consagración natural de la propiedad privada capitalista.

Otras tendencias más modernas se caracterizaron por el paulatino abandono de la defensa de la legalidad como imperio irrestricto de la Ley. En este sentido se pronunció, de alguna manera, la escuela de Harvard, que encabezara Roscoe Pound, quien asomaba ya que el Derecho no era sólo un conjunto de normas y

de precedentes judiciales, sino la concreta y objetiva aplicación de esas reglas, subestimando de alguna manera el derecho legislado y abriendo el camino a lo que después se denominó escuela del realismo jurídico, sostenida por Ehrlich, Lewellyn y Frank, los cuales postularon ya abiertamente que el Derecho no se encuentra en las disposiciones legisladas, sino en el orden espontáneo de la vida de los hombres. En el extremo incluso de esas concepciones en la escuela de Derecho de Upsala, en la segunda mitad del siglo que concluyó, Hägerström y Lundstedt llegaron a afirmar que el Derecho no está formado por las normas legales, formalmente establecidas, sino por los impulsos psíquicos de las personas.

En todas esas corrientes está presente, insisto en ello, el abandono del viejo principio de legalidad sobre el cual la burguesía liberal del XIX erigió su edificio político ideológico; de tal modo, esas posiciones revelan la crisis objetiva de la legalidad burguesa desde la segunda mitad del siglo XX.

Hoy brilla el pensamiento de teóricos norteamericanos como Ronald Dworkin y Rawls, con un sentido más avanzado del Derecho, con una noción más fuerte y definida de la Justicia como base y esencia del Derecho. Sin embargo, afectados quizás por la estructura del sistema de Common Law apoyado en el precedente judicial, no se advierte en ellos el viejo apego y respeto formal por las normas, sean estas legisladas o derivadas de las sentencias judiciales.

Mientras en el mundo capitalista se registraban esas tendencias críticas, la Revolución cubana reivindicaba el principio de legalidad, sólo que sustituyendo el contenido burgués de la anterior por un nuevo contenido socialista, humanista, avanzado, igualitario, de verdadera justicia social.

Cuando después de 17 años de proceso político que el mismo Fidel calificó de provisionalidad, el país se dotó de una Constitución, a cuyo amparo se formó el aparato estatal anudado en torno a los órganos del Poder Popular, el Cro. Fidel decía, con respecto a la Constitución y a la legalidad:

“Nuestra Constitución será la base de un desenvolvimiento superior de la legalidad socialista.

Su vigencia nos impone la tarea de ajustar a sus normas toda nuestra legislación, todos nuestros reglamentos, todo nuestro ordenamiento jurídico. Debemos, pues, impulsar la labor de eliminar pragmáticas obsoletas del pasado contenidas en las ordenes militares de los intervencionistas, en Códigos provenientes del período colonial, en leyes y decretos de la república burguesa, y de promulgar los nuevos códigos, ajustados al carácter socialista de nuestra sociedad en construcción.”<sup>143</sup>

### **El principio de legalidad más allá de los límites formalistas: el mecanismo de regulación jurídica de la sociedad.**

<sup>143</sup> Castro Fidel. **Informe al Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba**. Editado por el Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité Central del Partido Comunista de Cuba. La Habana, 1975, Pág. 158.

Cuando la legalidad socialista se asume no como lo que antes casi se recitaba, como el estricto cumplimiento de la ley por parte del Estado, las organizaciones sociales y políticas y los ciudadanos, sino que se asume, como lo hemos hecho, como un principio de la vida política y un método o el único método de dirección estatal de la sociedad, surgen a la vista, más allá de la anterior perspectiva sumamente normativista, ángulos nuevos del problema.

De hecho, surgen varias preguntas relacionadas con esa nueva dimensión, tales como: ¿Cómo se asegura que la legislación sea efectivamente un correcto timón de la sociedad y de sus intereses cardinales?; ¿Cómo podemos asegurar el sentido democrático de la legislación, único argumento que justificaría su admisión por toda la población, por el Estado y por las organizaciones.?

Todo ello obliga a desenvolver reflexiones serias en torno a este asunto, las cuales realmente nunca se abordaron a plenitud o no se concluyeron en la Teoría del Derecho del viejo campo socialista europeo.

En relación con esa dimensión de la legalidad he tratado de construir la noción del que he llamado mecanismo de regulación jurídica de la sociedad, que no es más que el procedimiento, las maneras en que la sociedad se puede guiar mediante su regulación jurídica.

Sólo este planteamiento nos conduce a muy serias reflexiones y preguntas.

He creído conveniente entonces, ante todo, dividir ese mecanismo de la regulación jurídica de la sociedad en tres fases importantes, por cuanto, como veremos, en cada una de ellas existen regularidades y deben regir principios que, si se violaran echarían por tierra todo el andamiaje de la legalidad como regulación justa de la sociedad.

Considero que las tres fases indicadas son: a) la fase de creación de la norma, de formación del llamado también estatuto jurídico; la segunda fase sería, b) la fase de inserción coherente de la norma en el ordenamiento jurídico, sin que se produzcan antinomias o contradicciones, ni desde el punto de la unidad interna, ni desde el de la unidad externa. La tercera fase del mecanismo de regulación jurídica sería, a mi juicio, c) el correspondiente a la puesta en acción de la norma y la verificación de su efectividad, lo cual implicaría, además, su subordinación al criterio de adjudicación, según la terminología de Hart, es decir, a la subordinación de la norma al o a los órganos controladores de la legitimidad legal.

Sin embargo, como antes decía, en cada una de estas fases existen regularidades y hasta principios cuya inobservancia podría estropear todo el mecanismo de regulación jurídica de la sociedad y hacer defectuoso el principio de legalidad. Veamos esos particulares.

**En la primera fase del mecanismo de regulación jurídica de la sociedad,** correspondiente a la creación de la norma o del llamado estatuto legal se imponen algunas consideraciones.

Primero que todo habría que distinguir si se trata de un país del sistema llamado de Derecho Romano Francés o Continental, como el nuestro, con leyes escritas y usualmente codificado, o un país del Common Law.

Sin embargo, en sentido general, es importante defender el principio del democratismo y de la sistematicidad de la función legisferante.

Según el principio del democratismo, no basta con afirmar simplemente que el órgano legislativo atiende y discute los proyectos legislativos que son llevados al mismo por aquellos que tienen la iniciativa legislativa. Esto podría ser o normalmente es así, y sin embargo está todavía muy lejos de que la función legislativa esté relacionada estrechamente con la voluntad popular, con el ejercicio democrático del poder por el pueblo. Sin duda que uno de los rasgos más determinantes y calificadores de la democracia es que la función de dictar leyes pertenezca incuestionablemente al pueblo o a sus mandatarios legítimamente elegidos y que actúen obedientes al mandato popular.

En los países capitalistas, aún en los de más cacareada democracia, es evidente que la función legislativa no pertenece, ni por asomo, al pueblo, a los electores, a la ciudadanía, sino que deviene un problema absolutamente profesional y exclusivo del cuerpo legislativo, en el cual influyen los grandes intereses económicos y sus manifestaciones en los grupos de presión.

Incluso en los regímenes populares, más auténticamente democráticos, suele ser difícil asegurar la participación consciente y directa del pueblo en la obra legislativa. Ello dependerá, primero que todo, de que los legisladores obedezcan efectivamente el mandato popular, dependerá además, de que los proyectos legislativos estén al alcance de la crítica y la discusión popular, no con posterioridad a su promulgación, sino durante los trabajos de discusión o preparación, a fin de que los legisladores cuenten con la opinión directa de la población en sus debates y trabajos.

En países como el nuestro se ha extendido la práctica democrática por excelencia de que las grandes e importantes leyes se discutan con toda la población, con lo cual el pueblo deviene directo legislador, como debe ser en la verdadera democracia.

El segundo principio que no puede ser perdido de vista en la fase de la formación del estatuto jurídico es que exista un orden consecuente en los proyectos de leyes que ocupen la atención del órgano legislativo.

En efecto, la improvisación, la festinación, el impulso irreflexivo o que se deja llevar por circunstancias accidentales y que determina que un proyecto de ley sea examinado antes que otro, en un orden irregular, atenta no sólo contra la misma democracia del proceso legislativo, sino que además lo hace contra la sistematicidad del ordenamiento jurídico.

Nuevamente habrá que decir que en los países capitalistas, el parlamento analiza los proyectos de leyes según la prelación, el orden y la prioridad que determinan las influencias políticas, económicas o de cualquier tipo. En ello nuevamente tienen un papel significativo los grupos de presión, aun pueden provocar que se

adelante o se atrase la consideración de un proyecto legal, según mezquinos intereses particulares de grandes transnacionales.

En nuestro sistema hay que luchar por una correcta planificación del proceso legislativo. Aunque en nuestro país no priman presiones de intereses egoístas, sí pueden producirse incoherencias porque algún ministro, o funcionario, o grupo social presione más en pos de una determinada ley, o porque la falta de perspectiva o el simple error conduzca a un orden equivocado.

La única manera de salvar estos peligros es disponer de una correcta planificación legislativa, que tiene también que desempeñar un cierto papel favorable en el fortalecimiento de la democracia legislativa. En efecto, esa planificación determinaría con claridad y perspectiva política y científica, el orden de discusión de los proyectos legislativos en un lapso de mediano, largo y corto plazo. Como criterios de ordenación tendría que tener, primero que todo, el que se derive de los acuerdos de los Congresos del Partido o de los Plenos del Comité Central, con lo cual, de soslayo, se logra que en ese orden estén presentes los más altos intereses populares. De igual modo, ese orden priorizaría, por encima de cualquier otra disposición, aquellas complementarias de la Constitución, aquellas que tienen que promulgarse dando continuidad a la orden constitucional y asegurando su supremacía jurídica. Finalmente, las que se deriven de los requerimientos del desarrollo económico, social y cultural, concordantes con los planes de esas esferas de la vida.

Ni qué decir tengo que en esa fase de la regulación jurídica de la sociedad, un lugar importante lo ocupan los trabajos del órgano jurisferente, es decir, el Parlamento en cualquiera de sus formas. En ese sentido, una correcta regulación jurídica de la sociedad requiere que los proyectos legislativos sean puestos en conocimiento del órgano legislativo por quienes tengan legítima iniciativa legislativa; se discutan según las normas del Reglamento parlamentario, se voten según lo establecido y acordado en cada caso y finalmente se cumplan también los pasos de publicación, promulgación y, por supuesto, clara entrada en vigor.

**En la segunda fase del proceso de regulación jurídica de la sociedad** el centro de la misma se anuda en torno a la exigencia de que cada nueva disposición jurídica armonice con todo el ordenamiento jurídico, sea legítima y no provoque indebidas antinomias. Además esa fase sería la oportuna para poner de manifiesto eventuales lagunas en el ordenamiento jurídico.

De tal modo, en esa fase habrá que cuidar, primero que todo que las nuevas normas jamás contravengan ni la letra ni el espíritu de la Constitución; la supremacía constitucional no puede ceder bajo ningún pretexto. En segundo lugar, y en esa misma dirección, habrá que tener en cuenta que las nuevas normas no contravengan normas superiores y, en todo caso, además, que armonicen adecuadamente con las otras normas horizontales. Por supuesto, si la nueva norma otorga, modifica o extingue derechos subjetivos habría que asegurar que disponga de su debido correlato adjetivo, procesal, a fin de que no quede sin posible realización.

A esos fines, es evidente que pueden ser muy útiles las consideraciones de Hart o hasta del mismo Kelsen, sin que asumamos a ambos teóricos en su integridad, sino sólo en aquello en que técnicamente pueden contener aportes valederos para el perfeccionamiento de cualquier sistema jurídico, incluido uno socialista.

En ese sentido habrá que tener bien claro que las nuevas normas se realizan de conformidad con la norma de reconocimiento, si modifican otras, que lo hacen al amparo y adecuado uso de las normas de cambio y, finalmente, que queda su eficacia cubierta por certeras y ciertas normas de adjudicación.

Creo importante decir que cuando se trata de leyes en su sentido estricto es más probable que se cumplan los requisitos de armonización de la nueva norma, tanto con las superiores, cuanto con las paralelas. Sin embargo, todos sabemos que el problema adquiere magnitud problemática cuando se trata de normas de rango inferior, especialmente cuando se trata de la eventual producción legislativa de los órganos ejecutivos, particularmente, resoluciones, circulares, pero incluso reglamentos o hasta Decretos.

En esos casos suele ser más común que se deslicen incongruencias, faltas de la debida armonización, violaciones incluso de la jerarquía normativa, duplicidades, antinomias. En los países capitalistas esto suele ocurrir con toda la voluntad de los órganos ejecutivos, que mediante su labor jurisferante suelen eludir las facultades de los órganos legislativos y, en determinados contextos de contradicciones políticas, pueden acudir a esos mecanismos para legislar contra el orden establecido. En países de poder popular o socialistas como el nuestro, tampoco estamos exentos de problemas que se pueden producir, y de hecho se producen en este campo, no por perversas intenciones, sino por descuido, por desconocimiento de la plenitud del ordenamiento jurídico y otros factores de esa índole.

Por ello es preciso, en aras de una correcta armonización del sistema normativo y con eso, de una correcta regulación jurídica de la sociedad, asegurarse contra esos errores. Parece que ello sólo puede ser mediante la atribución a un órgano especializado, que puede ser el mismo órgano legislativo o el Ministerio de Justicia, la función de control y regulación del carácter sistémico de las nuevas disposiciones jurídicas dictadas en todos los niveles por los diversos órganos que pueden dictar normas, especialmente los órganos del aparato ejecutivo del país.

**En la tercera fase del mecanismo de la regulación jurídica de la sociedad,** se trata de comprobar la eficacia de las normas jurídicas.

Aquí es preciso hacer algunas consideraciones. Ante todo tendremos que convenir que sorprendentemente las nuevas normas jurídicas, después que son aprobadas con mayor o menor examen, estudio o debate, se suelen poner en vigor y posteriormente sólo ante alguna eventualidad se examina su virtualidad o su eficacia, según sus fines.

En los países capitalistas los intereses particulares puestos en juego, con sus dinámicas de egoísmo y desenfrenada eficiencia económica particular suelen ser

el patrón de medición de la eficacia de una norma. En un mundo en que el peor escarnio que puede lanzarse contra una persona o una empresa es “ser un perdedor”, la eficacia de las normas en particular se mide, en la dinámica de la competencia capitalista, porque favorezcan triunfar, salir adelante, evitar que los intereses que ha tutelado esa norma, salgan perdedores.

En países como el nuestro, en que el ordenamiento jurídico se guía por el propósito de asegurar en todas las esferas la justicia social y en que la Constitución inscribió en su frente la conocida frase martiana de que era su aspiración que la ley suprema de la república fuera el culto a la dignidad plena del hombre; en esas condiciones, repito, es imprescindible medir regularmente la eficacia de las normas, no sólo por sus resultados pragmáticos, operativos, materiales, sino por algo más sutil pero más importante también: por su utilidad como portadora de justicia social y de la dignidad plena del hombre.

Entonces es evidente que la tercera fase del mecanismo de regulación jurídica de la sociedad no es superflua. En la misma se dirime la eficacia de las normas, si han devenido obsoletas o no; si siguen contribuyendo a sus altos objetivos políticos, ideológicos y espirituales; más que a sus inmediatos objetivos materiales y pragmáticos. Nuestro derecho tiene que tomar distancia del pragmatismo vulgar que mide el acierto de las normas porque sean útiles. Lo útil puede ser inicuo, puede incluso ser criminal; puede ser indigno y deplorable. No es fuente o meta de medición. Nuestras normas deben validarse por su eficacia social estratégica y por su aceptación pública, amén de su contribución efectiva a los altos fines de la Revolución.

He dicho, con toda intención, que nuestras normas deben validarse, entre otras consideraciones por su sostenida aceptación pública. No se pierda de vista que en ocasiones una norma se promulga con absoluto respaldo popular y el mismo puede deteriorarse más pronto de lo esperado porque en su aplicación la norma es impopular. En esos casos, sostener una norma así es enajenarse los consensos políticos y, con ello, afectar las bases sociales del sistema político.

Esta función puede correr por cuenta de más de un organismo estatal, y puede ser incluso parte de funciones regulares de órganos académicos que en su función investigativa incluyan ésta de apreciar la eficacia de las normas y su permanencia.

En fin, el mecanismo de la regulación jurídica de la sociedad, cuando se examina en su totalidad y sus partes, revela que esa regulación jurídica debe obedecer a regularidades, principios y determinantes técnicos y políticos que no pueden ser excluidos. De lo contrario, se está afectando, nada más y nada menos que el principio de legalidad.

### **La legalidad socialista y la democracia socialista.**

En términos generales es fácil comprender que la legalidad y la democracia, son términos teóricamente ligados con indisolubilidad.

Lo que ocurre es que en el mundo capitalista, bajo las vacuidades de la mal llamada democracia representativa, ni ésta es democracia ni la llamada legalidad es tal.

Para la Roma republicana, en sus paradigmas iuspublicísticos que fueron realmente ejemplares, una de las claves, si no la principal, de la democracia, era que el *populus* tuviera en sus manos, sin delegación ni representación, la función legisferante. La ley, en ese discurso, tenía que, ser y sólo podía ser el resultado de la voluntad directa y absoluta del pueblo. De ello derivaba la ley su poder y con ello el pueblo aseguraba su potestas. Era la base de la democracia. Hasta tal extremo llevaban los romanos la consideración de que sólo el pueblo, directamente, podía legislar, y de que la fuente principal o exclusiva de la legitimidad de las leyes era haber sido creadas por el pueblo, que esa idea los llevó, como se sabe, a aceptar la costumbre como fuente del Derecho, con lo cual manifestaban un pensamiento más fresco y radical que todos los derechos posteriores. Es conocido en ese sentido el fragmento del Digesto, atribuido a Juliano: D.Tit.III.32. § 1. "No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada y este es el derecho que se dice constituido por las costumbres (*mores*). Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron recibidas por el juicio del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa aun el pueblo declare su voluntad con el sufragio, o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está correctamente recibido que las leyes se deroguen no sólo por el sufragio, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso."<sup>144</sup>

Marginando consideraciones acerca del carácter esclavista y exclusivista de aquella sociedad romana, es evidente la altísima consideración que tenían al ejercicio del poder, no por parte del *pueblo*, puesto que ese concepto ni era conocido por ellos ni se justificaba en aquellas circunstancias, sino por parte del **populus**, que era un conglomerado humano no incluyente de todos, sino sólo de aquellos que gozaban de ciudadanía, que inicialmente eran patricios y, por supuesto, no eran ni esclavos ni libertos siquiera. Dentro de ese concepto excluyente del *populus* nadie como los romanos defendieron el ejercicio del poder por su parte y nadie como ellos identificaron tan claramente que ese ejercicio del poder político, de la dirección de la **res pública**, sólo era posible si el pueblo ejercía indeclinablemente la función legislativa.

He connotado esto para poner más de relieve esto que afirmé al inicio del epígrafe, legalidad y democracia son indisolubles.

Para nosotros, en el contexto de la legalidad socialista, queda claro que la misma, tanto como adecuada formulación del estatuto jurídico, cuanto en su desarrollo ulterior como normación jurídica de la vida y las relaciones sociales, no puede desarrollarse al margen de la acción directa de las masas, de sus

---

<sup>144</sup> Digesto de Justiniano. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial de 1990.



intereses, voluntad e inquietudes. En ello consiste, sin duda, uno de los elementos principales, sino el más importante, de la democracia socialista.

En Cuba las amplias masas populares han sido protagonistas y creadoras directas de las grandes transformaciones sociales, desde la etapa democrático-popular de la revolución y, en consecuencia, han intervenido directamente en la formalización de esas transformaciones en forma de ley jurídica.

Incluso cuando el mecanismo estatal cubano de la etapa de la provisionalidad no suponía la participación popular mediante los tradicionales medios propios del parlamentarismo, el pueblo cubano, sus clases populares, fueron actores directos de las grandes transformaciones sociales y refrendaron, de modo igualmente directo, sus manifestaciones jurídicas.

Las principales leyes de la revolución, en su etapa democrático-popular y en los primeros momentos del tránsito a la construcción del socialismo, fueron apoyadas, calorizadas y ejecutadas directamente por las masas populares; algunas incluso fueron aprobadas en gigantescos referendos singulares, en los cuales el pueblo, en ocasiones armado, aprobó directamente las nuevas normativas.

La institucionalización del aparato estatal a partir de la construcción de los órganos del Poder Popular, marcó una nueva fase en el desarrollo y consolidación de la democracia socialista y era al par, la necesaria conclusión de un proceso de conciencia ciudadana y socialista y de los avances y conquistas materiales en la construcción del socialismo.

En las nuevas condiciones jurídicas y políticas, la participación popular debe conseguirse en los límites constitucionales de la iniciativa legislativa, sin descontar la participación directa del pueblo en el debate de nuevas leyes, sus modificaciones o incluso su interpretación eventual.

En ese sentido intentamos fortalecer el mecanismo de los órganos del Poder Popular para poder asegurar que efectivamente los mismos sirven a la voluntad popular en todo lo referente a la labor jurisferante.

Ese sistema de órganos del Poder Popular debe servir, no sólo a los fines de la obra jurisferante como mecanismo para ejercer la iniciativa legislativa, sino que en las asambleas de rendición de cuentas, cada elector tiene el derecho, e incluso el deber de pronunciarse en relación no sólo con los problemas locales de su área restringida, sino también sobre los más generales que afectan a toda la sociedad. En esos casos no es posible responder que tales consideraciones, opiniones o proyectos, escapan al límite de competencia del órgano local. Por el contrario, esas opiniones deben ser debatidas y si cuentan con el apoyo de la localidad, deben ser canalizadas por todo el sistema de órganos del Poder Popular.

En esa dialéctica de lo particular y lo general está la clave de las más caras preocupaciones de Lenin en torno al adiestramiento de las grandes masas en la delicada función de dirección del Estado.

Por otro lado, la eficacia social del Derecho, del cual depende en buena medida la efectividad de la legalidad, se asegura, en primer término, por el contenido y esencia de la legislación socialista, por su relación y reflejo adecuado del sistema político de la sociedad; por su íntima relación orgánica, real y efectiva, con el sentir de ellas grandes masas, es decir, por su amplia base democrática.

Por eso la legalidad requiere un arduo trabajo de educación política, jurídica, cívica y cultural en general, que permita la formalización de nuevos patrones conductuales en las masas populares.

Por su esencia y contenido, la legalidad socialista es un objetivo complejo, cuyo alcance afecta a todo el sistema político de la sociedad y se vincula con las tareas totales de la construcción de la nueva sociedad, alternativa al capitalismo brutal.

Por su esencia también, la legalidad socialista es el instrumento básico del logro de la democracia socialista, y al paralelo la garantiza y la propicia.

## **BIBLIOGRAFÍA GENERAL DEL LIBRO.**

Barrera, Nicasio J. **La verdad y los valores.** En *Revista de la Facultad de Derecho del Rosario*. Nro. 4/6 noviembre de 1986.

Beatriz Rajland y Daniel Campione **Estado, Política e Ideología.** Col. Universitaria. Ed. Letra Buena, Buenos Aires, 1992.

Bobbio, Norberto. **Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del Diritto.** Turín. Librería Universitaria, 1960

Bobbio, Norberto. **La función promocional del Derecho.** En *Contribución a la Teoría del Derecho*. Trad. A. Ruiz Miguel. Ed. Debate. Madrid, 1990.

Bobbio, Norberto. **Teoría general del Derecho.** Ed. Tecnos. Bogotá, 1987.

Cañizares, Abeledo, Fernando. **Teoría del Estado y del Derecho.** Editora Universitaria. La Habana, 1970.

Carrió, G.R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico.** Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1970.

Castro Fidel. **Informe al Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba.** Editado por el Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité Central del Partido Comunista de Cuba. La Habana, 1975.

Cerroni, Umberto. **La libertad de los Modernos**. Ed. Martínez Roca, España, 1972.

Cossio, Carlos. **La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad**. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964.

Cossio Carlos. **La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho**. Ed. Arayú. Colección Teoría General del Derecho. Buenos Aires, 1954.

Cossio, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Ed. Losada, Buenos Aires, 1954.

Cutuolo, Vicente O. del **Introducción al Estudio Derecho**. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1955. Capítulo V.

Del Vecchio G. **Los principios generales del Derecho**. Trad. Osorio Morales. Barcelona. Ed. Bosch. 1979.

Diez Picazo, L. **Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho**. Ariel. Barcelona, 1983.

**Digesto de Justiniano** editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Prólogo y cuidado de la edición a cargo del Profesor Pierángelo Catalano, de la Universidad Sapienza de Roma. Fondo Editorial 1990. Las citas del Libro primero del Digesto se han hecho siempre por esta edición.

Dworkin, Ronald **Los derechos en serio**. Editorial Ariel Derecho. España 1995. Título original en inglés: *Taking Rights Seriously*. Artículo. **La Jurisprudencia**.

Engels, Federico. **Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana**. En **Obras Escogidas de Marx y Engels**, en dos Tomos. Tomo II. Editorial Progreso, Moscú 1971.

Fernández Bulté, Julio. **Filosofía del Derecho**. Editorial “Félix Varela”, C. de La Habana, 1998.

García Maynez, Eduardo. **Filosofía del Derecho**. México 1974

Glasson, Ernest. **Le mariage civil et le divorce dans l’antiquité et dans les principales législations modernes de L’Europe**. París. 1880.

Guerra López Dr. José **Conferencias de Derecho Civil**. Editadas por la Editora Universitaria, La Habana, 1950.

Hart Dávalos, Armando. Artículo titulado, **¿Qué es un intelectual?** En Diario Juventud Rebelde. La Habana, 15 de septiembre de 1996.

Hart, H.L.A. **El concepto de Derecho**. Trad. G. Carrió. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1968.

Hauriou M. **Teoría dell'istituzione e della fundazione**. Milano. 1967.

J. de Lucas y otros. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

Kelle V y Kovalson M. **La Conciencia Jurídica. Formas de la conciencia social**. Editora Política. La Habana, 1963.

Kelsen H. **Teoría Pura del Derecho**. México, UNAM 1986, 5ta Edición.

Kelsen, Hans, **En el simposio de Salsburgo**, 1963. Actas del Simposio, transcritas por Alf Ross en su obra **Lógica de las normas**. Págs. 146-147. Traducción castellana de Editorial Tecnos, Madrid, 1971.

Lenin, V.I. **Cuadernos Filosóficos**. Tomo 38. 4ta Ed. Política. La Habana, 1965.

Levin, Silvia A. **Consideraciones sobre la Teoría marxista del Derecho de Pashukanis**.

Losano, M. Los grandes sistemas jurídicos. Madrid, Ed. Debate. Trad. A. Ruiz Miguel, 1982.

Márcenko M.N. y Fernández Bulté Julio y otros. **Manual de Teoría del Estado y del Derecho**. Editora Pueblo y Educación. La Habana, 1988.

Marinello Juan. **Debates de la Constituyente** reunidos por el Dr. Andrés Ma. Lazcano y Mazón.. Editorial Cultural. Tomo I. Habana, 1941.

Marx Carlos y Engels Federico, **Obras Escogidas de Marx y Engels**. Ed. Progreso, Moscú, 1971,

Marx, C. y Engels, F. **El Manifiesto Comunista**. En *Obras Escogidas de Marx y Engels*, Tomo I. Editorial Progreso, Moscú, 1971.

Marx, Carlos. **Contribución a la crítica de la Economía Política**. Ed. Política. La Habana, 1966..

Marx, Carlos. Y Engels, Federico. **La ideología alemana**. Editora Revolucionaria. La Habana, 1966.

Masino, María Aurelia. **Los aportes de Antonio Gramsci para una epistemología materialista del Derecho**. En *Introducción a la epistemología del Derecho*.

Nino, C.S. **Introducción al análisis del Derecho**. México. Ed. Porrúa, 1974.

Peces Barba, G. **Los valores superiores**. Madrid. Tecnos. 1984.

Pérez Luño A.E. **¿Qué hacer? Consideraciones sobre el deber de obediencia al derecho con especial referencia a las tesis de H.L. Hart**. Oviedo, 1991.

Pizzorruso A. **Lecciones de Derecho Constitucional**. (Traducción de J. Jiménez Campos) 2 vols. Ed. C.E.C. Madrid, 1984.

Poulantzas, Nicos. **Poder político y clases sociales en el Estado capitalista**. Ed. Siglo XXI. México, 1985.

Pound Roscoe. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Traducción y estudio preliminar de José Puig Brutau. Ediciones Ariel. Barcelona, 1950.  
Puig Brutau. **La Jurisprudencia como fuente del Derecho**. Barcelona, Ed. Bosch, s/a.

Rodríguez Paniagua J.M. **Derecho y Sociedad**. Madrid, Tecnos. 1979.

Sánchez de Bustamante y Montoro. **Teoría general del Derecho**. Cultural S.A. La Habana, 1953

Sonntag H.R. y otros en **El Estado en el capitalismo contemporáneo**. Ed. Siglo XXI, México 1976.

Soriano, Ramón. **Compendio de Teoría General del Derecho**. Ed. Ariel. S.A. Barcelona, España, 1986.

Vitier, Medardo. **Las ideas y la filosofía en Cuba**. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1970.

Von Wright, G.H. **Norma y Acción. Una investigación lógica**. Trad. De Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos. 1970

Wolf, Martín; Armijón Pierre; Nolde, Boris. **Traité du Droit Comparé**. París, 1920.

Wolkmer C.A. **Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas**. En *El otro Derecho*, No.7 pág. 32. ILSA. Bogotá, 1991.

Zhidkov Z. Chirkin V., y Yudin Yu. **Fundamentos de la Teoría socialista del Estado y del Derecho**. Editorial Progreso, Moscú, 1980.