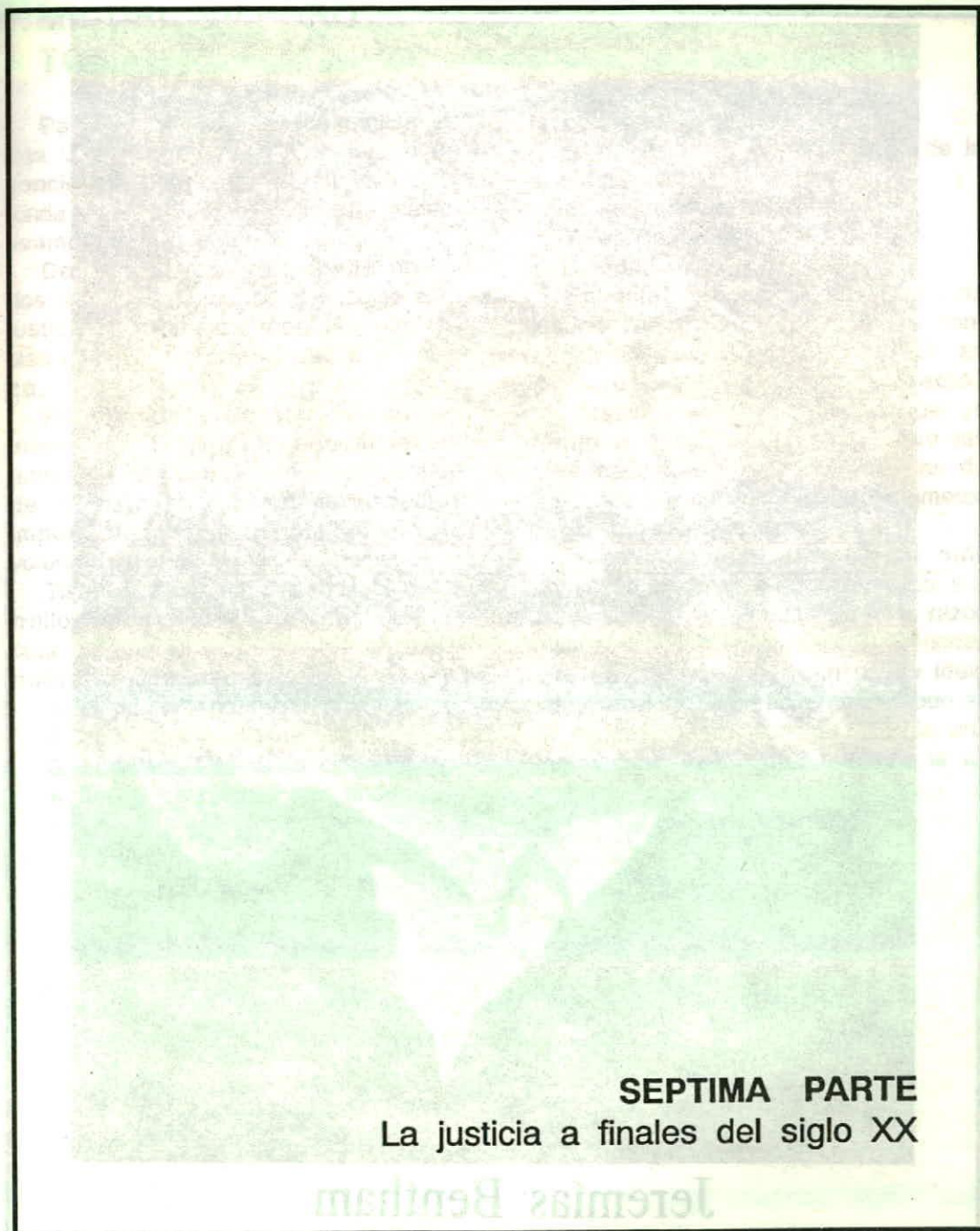
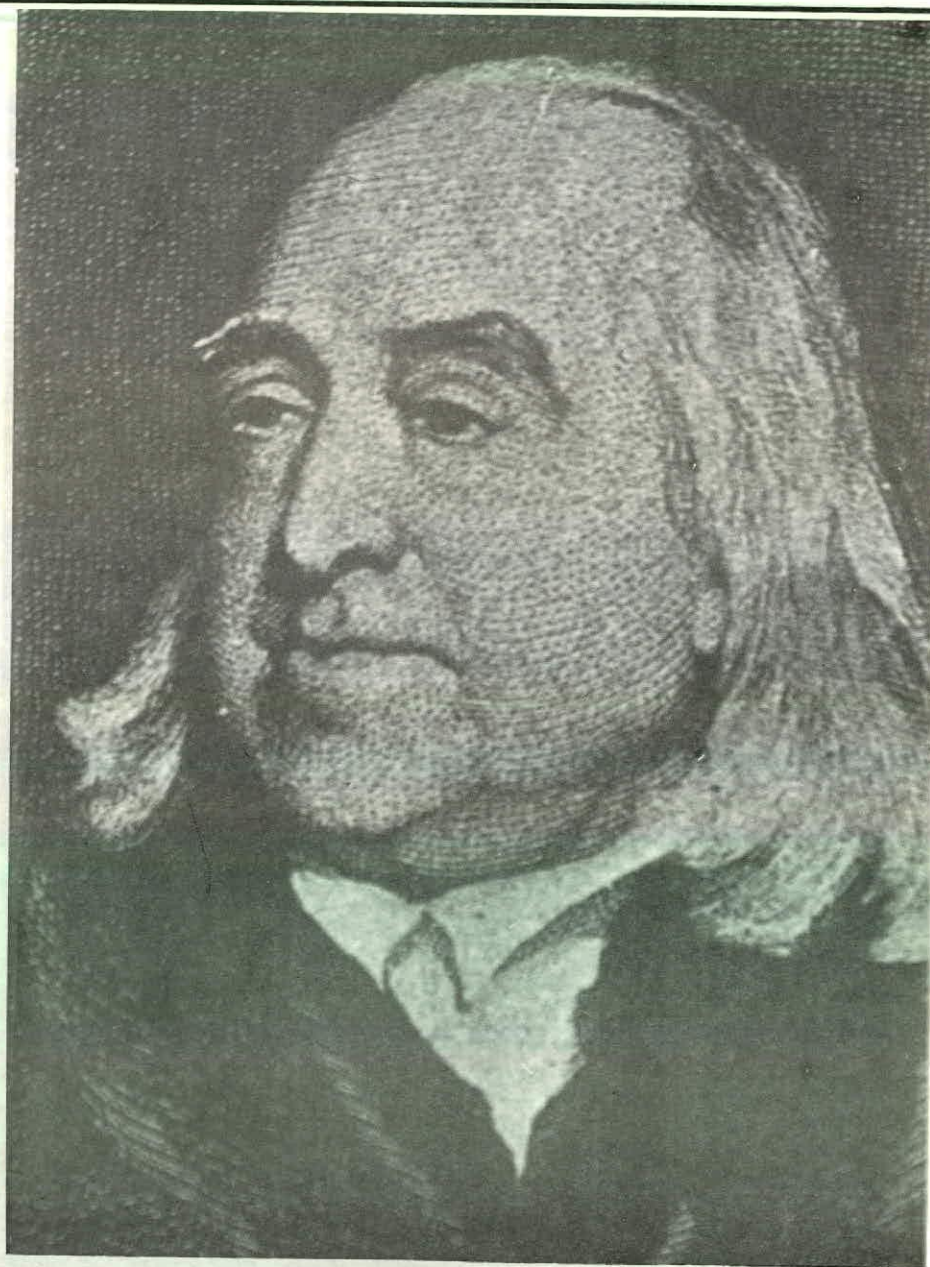




SEPTIMA PARTE
La justicia a finales del siglo XX



Jeremías Bentham

Mtro. Francisco J. Ibarra S.

27. MIGUEL VILLORO TORANZO

Para Villoro Toranzo la justicia es una vivencia, es decir, "un hecho de conciencia que consiste en vivir profunda e intensamente, intelectual y afectivamente, una situación psíquica".

De acuerdo con esto existe en todos los seres humanos el impulso a la justicia, complementando las tendencias hacia el bien, la verdad y la belleza.

Pero además de ser un impulso innato, en el ser humano el medio ambiente va conformando el sentido de lo justo en función de aspectos importantes como la inteligencia, la voluntad y aún la felicidad misma.

Tiene que ver también con el desarrollo integral de la personalidad, la cual -según Villoro Toranzo- se desarrolla en ocho etapas:

1. el primer año de vida;
2. el segundo año de vida;
3. entre los tres y los cinco años;
4. desde los cinco o seis años hasta

la pubertad;

5. de la pubertad hasta el fin de la adolescencia;

6. la juventud;

7. época adulta; y

8. edad madura.

En estas etapas las vivencias de justicia "tienen sus raíces en la confianza en el mundo (1er. estadio), en la autonomía de experimentación (2o. estadio) y en la afirmación del yo frente a otros (3er. estadio) que las personalidades bien evolucionadas de los niños suelen lograr en sus primeros cinco años de vida.

A partir del 4o. estadio el niño comienza a percibir el alcance de sus actos libres y en el 5o. estadio la razón alcanza su máximo desarrollo. Mientras que en la juventud hayan cauce ideales y rebeldías y se superan del todo en la adultez, convirtiéndose en toda una motivación en la edad madura: la lucha por la justicia.

LA JUSTICIA COMO VIVENCIA

MIGUEL VILLORO TORANZO

La justicia ha sido explicada de diversas maneras. Los antiguos (griegos y medievales) hablaban de ella como de una virtud que consiste en dar a cada uno lo suyo. En esta línea se inscribe la célebre definición de Ulpiano: "Justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo". De allí se pasó a ver en la Justicia una regla, criterio o pauta ordenadora de las relaciones sociales. Leibnitz es un ejemplo de esta posición. Y en nuestros días Perelman escribe: "La justicia formal se reduce simplemente a la aplicación correcta de una regla". Además, se ha hablado de la justicia como un ideal y, sobre todo a partir de Lotze, como un valor. Otro enfoque, debido también a Perelman, es considerarla como "un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo". Todos estos planteamientos son valiosos y han dado excelentes frutos. Y eso sin contar que nunca han faltado personas que, como el Trasímaco de La República de Platón, han defendido que "la Justicia no es otra cosa sino aquello que es ventajoso para el más fuerte". Pero creemos que la manera hoy más generalizada de considerar a la Justicia es como una vivencia, es decir, como una reacción psicológica, más conectada con el sentimiento y la emotividad que con la razón. Kelsen se hace el vocero de muchos cuando escribe: "...el valor de la Justicia es subjetivo. Y esto sigue siendo verdadero aunque algunas

veces un gran número de persona tenga el mismo ideal de Justicia". Es que para él - como para la Filosofía de los valores - lo justo es aprehendido con una gran fuerza emotiva que no puede ser más que subjetiva, es decir, es captado como una vivencia. Y reconozcamos que esto es verdad.

Pero queda por ver si a esa captación subjetiva no corresponde algún contenido objetivo. Y esto es precisamente lo que nos proponemos explorar en la primera parte de este trabajo.

Pero nuestra preocupación va más allá del problema psicológico. Lo que en el fondo más nos concierne son los fundamentos del Derecho: si la Justicia es sólo una vivencia subjetiva a la que no corresponde nada objetivo, entonces las soluciones jurídicas no pueden invocar a lo justo como un criterio válido para todos. Y esta conclusión no deja de ser espeluznante para un jurista. Significa que el Derecho es, en fin de cuentas, lo que precisamente decía Trasímaco: aquello que es ventajoso al más fuerte. Entonces, juristas y simples ciudadanos estaríamos reducidos a acatar las normas jurídicas, no por sentido cívico, no por amor a nuestro semejante, sino únicamente porque llevan aparejadas sanciones. La convivencia humana estaría regulada por el temor y todos nosotros, los que no somos los más fuertes, nos veríamos reducidos a la condición de insectos en el enjambre del Estado anónimo, el Leviatán descrito por Hobbes. Se haría realidad la pesadilla tan bien descrita por Kafka en El Proceso: el

Derecho nos amenazaría como un todo poderoso aparato de fuerza, que no tiene que justificar sus acciones con razones y con principios morales. Y hay juristas que no rehúyen estas conclusiones. Los más representativos de esta interpretación son los miembros de la escuela del Positivismo Escandinavo. Lundstedt "presenta al Derecho como la acción refleja de una organización de poder". Y terminantemente afirma: "No existe la justicia. Tampoco existe ningún 'deber ser' objetivo, y en consecuencia tampoco se da un derecho objetivo, es decir, preceptos jurídicos". Alf Ross está convencido que "un orden jurídico nacional es un cuerpo de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física" y expresamente refuta la opinión de que la fuerza viene a respaldar a las normas. Y luego nos da la siguiente definición: "El Derecho es un fenómeno de realidad en la medida en que su contenido es un hecho histórico que varía de acuerdo con el tiempo y el lugar que ha sido creado por hombres y que depende de factores externos de poder. Pero que este contenido tenga 'validez' como Derecho es algo que no puede ser observado por la experiencia". Es decir, la justicia del Derecho es un valor subjetivo nacido de una cultura dada.

El positivismo Escandinavo se sitúa en una corriente de pensamiento filosófico-jurídico, que comenzó con la Escuela Histórica del Derecho (Hugo, Puchta, Savigny), prosiguió con el Sociologismo Jurídico (Durkheim) y ha florecido durante nuestro siglo en diversos países:

Francia (Saleilles), Alemania (Kantorowics, Ehrlich), Estados Unidos (Brandeis, Holmes) e Inglaterra (Russell). Lo que subraya este movimiento son dos afirma-

ciones que eran ignoradas por las filosofías jurídicas de cuño racionalista: 1) el Derecho es un producto vivo del organismo social; los individuos podrán tener mucha, poca o ninguna influencia en su elaboración, pero, en todo caso, operan como voceros del grupo: es decir, en fin de cuentas, el Derecho es fruto de decisiones del grupo y no de los individuos o, según lo que explica Knud Illum, otro escandinavo: "La única piedra de toque o criterio posible para la existencia de una regla jurídica es su confrontación con la conciencia jurídica popular". Y 2) "el impulso vital motivador de las decisiones es un sentido intuitivo de lo que es justo o injusto en cada caso", es decir, se llega a las decisiones por vivencias de justicia. Oliver Wendell Holmes, en el párrafo inicial de *The Common Law*, escribía: "La vida del Derecho no ha sido lógica, ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas de la época, las teorías morales y políticas prevalentes, las intuiciones sobre políticas públicas, confesadas o inconscientes, hasta los prejuicios que los jueces comparten con sus compatriotas, tienen mucho más que ver que el silogismo en la determinación de las reglas por las que los hombres deberían ser gobernados". Creemos que estas dos afirmaciones son válidas, pero nos oponemos a la conclusión que quieren sacar de ellas algunos autores: que las soluciones jurídicas carecen de todo valor objetivo. La fundamentación demuestra posición sobre el valor y criterios objetivos de las vivencias de Justicia de los grupos se encuentra en la segunda parte de nuestro trabajo.

Nuestra posición puede sintetizarse en las siguientes afirmaciones: 1) la formu-

lación de lo justo no se hace por un proceso puramente lógico-discursivo sino desde la integridad de la personalidad total por medio de las vivencias de Justicia; 2) el acercamiento a lo justo es evidentemente algo relativo: cada individuo se aproxima a lo justo desde su propia personalidad, como cada grupo humano desvela lo justo desde su propia cultura; 3) para que el desvelamiento de lo justo no incurra en errores subjetivos, la personalidad

humana que tiene que estar equilibrada y la cultura del grupo tiene que estar construida sobre dimensiones humanas y no meramente animales; y 4) se pueden encontrar criterios objetivos de lo justo, que para los individuos humanos son los órdenes objetivos que hacen posible su desarrollo individual y para los grupos son los órdenes objetivos sociales que hacen posible el crecimiento solidario de los individuos dentro de la cohesión social del grupo.

28. LUIS RECASENS SICHES

El maestro Recasens ha sido prolífico autor, para el año de 1983 se contaban 177 publicaciones de sus obras: Libros, monografías, folletos, artículos, ponencias, etc. Escritas en español, inglés, italiano, francés, alemán y portugués. Que complementa con cursos en muchas universidades del mundo como México, Madrid, Nueva York, Puerto Rico, Santiago de Chile, Buenos Aires, etc.

De acuerdo con el propio Recasens, en su obra intenta ofrecer meditaciones de carácter filosófico sobre los temas fundamentales del Derecho - sobre sus supuestos, sus determinantes ontológicos, lógicos y gnoseológicos, sus criterios estimativos y sus funciones prácticas; pero además pretende ofrecer a los juristas y estudiosos del Derecho la vía para una multitud de aplicaciones prácticas en

la política legislativa, en la función judicial y en la labor consultiva. En síntesis "trato de tender un puente entre las especulaciones puramente teóricas y las necesidades de la vida en nuestro tiempo".

Para su exposición prefiere utilizar el lenguaje cotidiano y el empleo de la imagen literaria.

Su postura -lo dice él mismo-: son meditaciones de Filosofía del Derecho y la de Política, sobre la base de una metafísica racio-vitalista y de una axiología humanista de raíz cristiana, aunque desenvuelta en el plano puramente intelectual. Procurando "suministrar las vías para un contacto estrecho con los problemas jurídicos prácticos, tanto legislativos como judiciales en general, pero particularmente en la circunstancia del momento histórico de nuestros días.

LA JUSTICIA Y LA VALORACION JURIDICA

LUIS RECASENS SICHES

Tratado general de Filosofía del Derecho.

1. SENTIDO LATO DE "JUSTICIA" COMO VALOR UNIVERSAL, Y SENTIDO ERICTO DE "JUSTICIA" COMO VALOR JURÍDICO-POLÍTICO.

Ha sido tradicional ver en la justicia el valor jurídico por excelencia y el principal. Hasta el punto de que, las más de las veces, el problema de la Estimativa Jurídica ha sido rotulado como investigación sobre la justicia. Y desde luego no vamos a rectificar ese papel presidencial que a la justicia corresponde en la Estimativa Jurídica; si bien veremos cómo un atento examen de la misma nos lanzará a la consideración de una serie de valores concretos, que necesariamente resultan implicados por la idea de la justicia, aunque no estén contenidos en ella.

Pero en la historia del pensamiento la palabra "justicia" ha sido usada en dos acepciones de diferente alcance y extensión, incluso por los mismos autores: por una parte, la palabra "justicia" se ha usado y se usa, en el antedicho sentido, para designar el criterio idea, o por lo menos el principal criterio ideal del Derecho (Derecho natural, Derecho racional, Derecho valioso); en suma, la idea básica sobre la cual debe inspirarse el Derecho. Mas, por otra parte, "justicia" ha sido empleada también para denotar la virtud universal comprensiva de todas las demás virtudes. Así por ejemplo, Theognis, el

sabio antiguo, dice: "En la justicia se compendian todas las virtudes".

Análogamente, en sentido lato para Platón, la justicia es la virtud fundamental de la cual se derivan todas las demás virtudes, pues constituye el principio armónico ordenador de éstas, el principio que determina el campo propio de acción de cada una de las demás virtudes: de la prudencia o sabiduría para el intelecto, de la fortaleza o valor para la voluntad, y de la templanza para los apetitos y tendencias. Sin embargo, Platón aplica el mismo principio de armonía al Estado y al Derecho.

También Aristóteles, quien elaboró muy concienzudamente la teoría de la justicia en sentido estricto como pauta para el Derecho, usa asimismo la palabra "justicia" como expresiva de la virtud total o perfecta, de la cual dice que consiste en una medida de proporcionalidad de los actos, la cual representa el medio equidistante entre el exceso y el defecto. En la Biblia, "justicia" significa la suma de todo bien. Así, leemos en el Evangelio: "Beati qui esuriunt et sitium iustitiam", y, en general, en la Sagrada Escritura se llama "justa" a la persona buena, piadosa, humanitaria, caritativa, agradecida y temerosa de Dios. Esta es la acepción que aparece también en la filosofía patrística. Así por ejemplo, San Ambrosio llama a la justicia "fecunda generadora de las otras virtudes", San Juan Crisóstomo la define como la observancia de los mandamientos y de las obligaciones en

general; y San Agustín la hace consistir en el amor del sumo bien y de Dios; y la presenta también como el *ordo amoris*, suma de toda virtud, que establece para cada cosa su propio grado de dignidad, y que consiguientemente subordina el alma a Dios, y el cuerpo al alma, y que, además, señala un orden en los asuntos humanos. Una similar caracterización como virtud general la hallamos también en la filosofía de Santo Tomás de Aquino - *inter omnes virtutes morales praeclit* -, si bien, además, en dicha filosofía se ofrece asimismo una caracterización de la justicia en sentido estricto como medida y criterio para el Derecho.

La concepción universalista de la justicia reaparece en el pensamiento de Leibniz, como totalidad de la perfección ética, dentro de la cual, en sus subdivisiones, hallamos precisamente la medida ideal para el Derecho y el Estado. Leibniz distingue entre *Jurisprudentia divina*, humana et civilis, y, respectivamente, entre *justitia universalis* (*honeste vivere*), distributiva (*inspirada en el suum cuique tribuere*), y conmutativa (*regida por la norma neminem laedere*).

Pero esa significación omnicompreensiva de la palabra "justicia" ha ido cayendo en desuso sucesivamente, casi desde la época de Aristóteles. En efecto, generalmente, cuando se habla de la justicia, con esta palabra se trata de significar la idea que debe inspirar al Derecho. Bajo este vocablo pensamos desde luego una idea perteneciente al campo de la ética, pero que no la comprende en toda su amplitud ni la agota en toda su profundidad. "Cuando hoy hablamos de lo justo y de lo injusto -dice Emil Brunner-, pensamos en algo mucho más limitado que cuando simple-

mente distinguimos entre lo bueno y lo malo. Pensamos en una idea que debe inspirar al Derecho positivo, que debe regir los ordenamientos mundanales o terrenos. Pensamos en la justicia terrena que debe regir las relaciones interhumanas externas, y que quiere dar a cada cual "lo suyo", y no nos referimos a la "justicia de la fe cristiana", la cual es una "justicia mejor", la cual no resiste al mal, no retribuye necesariamente, y según la cual, quien recibe una bofetada en una mejilla presenta la otra mejilla. Esa "justicia mejor", justicia celestial, que paga el mal con bien, y al que comete una injusticia lo perdona siete veces, es el sublime amor cristiano, de rango muy superior a la "justicia en sentido estricto, como medida para la organización de las relaciones jurídicas". Adviértase que también la Biblia y la Teología Cristiana se ocupan de esa "justicia terrena" relativa al Derecho. En suma, se trata del hecho de que la misma palabra ha sido empleada para designar dos ideas diferentes, aunque ambas pertenezcan al reino de la ética. Aquí, naturalmente, el problema que será examinado es el de la justicia en sentido jurídico-político.

2. CONCORDANCIA DE LAS DOCTRINAS SOBRE LA "JUSTICIA" COMO VALOR JURÍDICO, EN TANTO IDEA FORMALISTA; Y DIVERGENCIA EN TANTO A LAS VALORACIONES DE CONTENIDO.

Si repasamos la historia del pensamiento humano en todos sus períodos, respecto del tema de la justicia, advertiremos una gran paradoja. Por una parte, caeremos en la cuenta, asombrados, de que este tema ha conservado un identidad radical a través de todas las escuelas: acaso

en toda la historia del pensamiento científico y filosófico no haya otro tema en el que se haya conservado tal unanimidad esencial.

Pero, de otra parte, la historia ofrece, en cuanto a los problemas de aplicación práctica de la idea de justicia, las más arduas controversias teóricas y las más sangrientas luchas políticas. Este contraste, en verdad azorante, nos hace sospechar, ya de momento, que los graves problemas de la Estimativa Jurídica no radican en la idea de justicia -sobre cuyo tema parece que reina fundamental coincidencia-, sino en algo que está más allá de este tema, aunque relacionado con él. A saber: la dificultad, como se verá, estriba no en la idea de justicia, sino en una serie de supuestos, de referencias y de implicaciones que ella nos plantea. Y aquí es donde comienzan y se desarrollan la discrepancia y la discusión.

El análisis de todas las doctrinas sobre la justicia, desde los pitagóricos hasta el presente, pone de manifiesto que entre todas las teorías se da una medular coincidencia: el concebir la justicia como regla de armonía, de igualdad proporcional, de proporcionalidad, entre lo que se da y se recibe en las relaciones interhumanas, bien entre individuos, bien entre el individuo y la colectividad.

El mismo pensamiento se ha expresado también muchas veces en la historia de la filosofía jurídica y política diciendo que justicia consiste en "dar a cada uno lo suyo".

La identidad sustancial en este modo de ver la justicia por todos los pensadores es un dato impresionante. En efecto, uno no puede evadirse de un sentimiento de asombro ante tal acuerdo, porque, por

otra parte, conocemos que las discusiones y controversias teóricas sobre problemas de justicia han sido y siguen siendo muy vivas y en gran número, y que las disputas prácticas sobre el mismo tema, especialmente en el campo político, se han producido siempre con abundancia y con vigorosa energía, que ha llevado a veces incluso a luchas sangrientas. Nos encontramos, pues, ante dos hechos: por una parte, todos los filósofos de la Política y del Derecho han definido de modo similar la justicia; por otra parte, sin embargo, hay un profuso número de filosofías políticas y jurídicas sobre la justicia divergentes y aun diametralmente contrarias. Precisamente la constatación de estos dos hechos, en apariencia contradictorios, nos pone sobre la pista para plantear correctamente el problema de la definición de la justicia, y, al mismo tiempo, nos ofrece la guía para interpretar fielmente las diversas doctrinas.

Concuerdan todos en afirmar que la justicia es un principio de armonía, de la igualdad proporcional en las relaciones de cambio y en los procesos de distribución de los bienes. Pero el promover igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, o proporcionalidad en la distribución de ventajas y de cargas, implica la necesidad de poseer criterios de medida, es decir, pautas de valoración de las realidades que deben ser igualadas o armonizadas. La mera idea de armonía o proporcionalidad, o de dar a cada uno lo suyo, no suministra el criterio para promover esa armonía o proporcionalidad, pues no dice lo que deba ser considerado como "suyo" de cada cual. Se puede estar de acuerdo en que se debe tratar igualmente a los iguales, y desigualmente a los desiguales según sus

desigualdades, pero al mismo tiempo se puede discrepar sobre cuáles deban ser los puntos de vista para apreciar las igualdades y las desigualdades; es decir, se puede discrepar sobre lo que deba ser considerado como suyo de cada cual, sobre los puntos de vista axiológicos desde los cuales se deba enfocar esa tarea de armonización, de igualación proporcional, o que sirvan para determinar lo que debe ser considerado como suyo de cada cual.

Las dificultades y la discusión se centran en torno a cuáles sean los valores relevantes para promover la proporción o armonía, se centran en torno a qué sea lo que deba atribuirse a cada cual como lo "suyo". Este problema de valoración material o de contenido constituye nada

menos que el asunto principal de la filosofía política y de la axiología jurídica.

Esto es hoy ya reconocido por varios eminentes filósofos del Derecho -entre ellos por Emil Brunner, autor de un libro sobre la justicia, probablemente el mejor que se ha escrito acerca de este tema-; pero en la formulación de las ideas que acabo de esbozar y que desarrollo en las páginas siguientes me corresponde la prioridad cronológica, pues las publiqué en 1934, en mi libro *Los Temas de la Filosofía del Derecho, la Perspectiva Histórica y Visión de Futuro*, y la desarrollé ulteriormente en mis *Estudios de Filosofía del Derecho* (1935) y en mi obra *Vida Humana. Sociedad y Derecho* (1940, 1945, 1952).

29. RAFAEL PRECIADO HERNANDEZ

En sus "Lecciones de Filosofía del Derecho", tanto en obra como en sus clases en la Universidad Nacional Autónoma de México, el maestro Preciado Hernández ha elaborado un curso en el que advierte claramente de su objetivo: "convencer a los jóvenes estudiantes de que el derecho no es mera técnica, sino precisamente la técnica de los fines y principios supremos de la convivencia humana, fines y principios que le dan dignidad a un ordenamiento jurídico positivo y lo vinculan, a través de la esfera de la ética, con el orden universal".

Rafael Preciado Hernández es "situado en la línea de la ortodoxia neotomista" (Josef L. Kunz); a partir de una concepción filosófica realista, afronta y resuelve coherentemente todos los fundamentales problemas de la Filosofía del Derecho (Filippo Ferrari).

Inicia con un concepto de Filosofía: ciencia suprema que conoce con la luz natural de la razón, la universalidad de las cosas por sus primeros principios, por las razones más elevadas y realiza así una unificación total del conocimiento. De igual manera define la ciencia como un conjunto o sistema de verdades generales demostrada sobre un objeto determinado.

Planteadas así las bases, la Filosofía del Derecho es una parte de la Filosofía, y a su vez la ciencia jurídica constituye un sector de la ciencia.

Respecto al objeto propio de la filosofía del Derecho Preciado Hernández responde que es "la total realidad de lo jurídico".

Y puesto que el Derecho "tiene en su entraña misma una referencia a criterios racionales éticos" no se le puede entender ni comprender plenamente, si no se le considera en relación con los valores jurídico-filosóficos que constituyen su causa final.

La necesidad de la Filosofía del Derecho es para Preciado Hernández, una necesidad vital, es decir algo inherente a la vida, ya que ésta sin una tabla de valores, sin filosofía, no tiene sentido.

"...así como es indispensable a la vida humana contar con una filosofía, contar con una tabla de valores éticos, al grado de que la vida humana no se explica sin esa tabla de valores que afortunadamente todos los hombres poseemos; de modo semejante, la vida jurídica no tiene sentido, carece de verdadera significación, si no se relaciona con esos valores, pues la vida jurídica es parte de la vida humana, como la filosofía jurídica es parte de la filosofía general. La filosofía del derecho es a la vida jurídica, lo que la filosofía general es a la vida humana.

LA JUSTICIA

RAFAEL PRECIADO HERNANDEZ

Lecciones de Filosofía del Derecho.

1. Su esencia,
2. Sus especies: general o legal, y particular: distributiva y conmutativa,
3. Disputa sobre la justicia social como una cuarta especie,
4. Justicia y equidad.

1. La justicia es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social. Criterio ético, porque se trata de un principio destinado a dirigir obligatoriamente la acción humana. Y que nos manda dar, atribuir o reconocer a todo ser humano lo que se le debe de acuerdo con su naturaleza, porque no es un criterio convencional sino objetivo; pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano, y que por esto mismo excluye racionalmente toda discriminación en el trato a nuestros semejantes, sin razón objetiva suficiente.

Importa subrayar este fundamento ontológico del criterio de la justicia, que ya encontramos implícito en la definición de Ulpiano que habla de dar a cada quien lo suyo; pues si bien es cierto que lo suyo se determina muchas veces por el derecho positivo, éste a su vez se inspira en el derecho natural que tiene un fundamento ontológico. Así por derecho natural es suyo de cada persona humana su cuerpo y su espíritu, y todas sus potencias y facultades; y suyos también son los actos que

realiza con conocimiento de causa y voluntad libre; de manera que si tenemos presente que el objeto general regido por las normas, aquí comprendidas las jurídicas, son los actos humanos, el principio de imputación, entendido en un sentido amplio, al igual que el de responsabilidad, deriva de la justicia que manda dar y reconocer a cada quien lo suyo. No se nos deben imputar o atribuir actos que no hemos realizado, que no son nuestros sino de otros, y de los cuales, por consiguiente, tampoco debemos responder; de ahí que jamás se justifique condenar conscientemente a un inocente o absolver a un culpable.

El ser humano, por razón de sus atributos ontológicos constituidos por su inteligencia y su voluntad libre, se convierte en autor de sus actos, en causa eficiente de ellos. El espíritu, a través de su inteligencia, aprehende en una intuición intelectual esta relación de causalidad eficiente, y mediante su sentido valorativo concluye: debe atribuirse el acto y sus consecuencias a su autor (principio de imputabilidad); y debe el autor de un acto responder de éste y sus consecuencias (principio de responsabilidad). El acto y sus consecuencias por tanto, impliquen mérito o demérito, ganancia o perjuicio, utilidad o pérdida, por la naturaleza misma de las cosas, por este fundamento ontológico consistente en que el ser humano es la causa eficiente de sus actos, constituye lo suyo del sujeto agente, lo que se le debe atribuir o imputar por los demás, para bien o para mal, y de lo que debe responder.

Estas explicaciones muestran la im-

portancia del criterio de la justicia, cuya obligatoriedad trasciende a la moral, en sentido restringido, y a la religión; pues también el mérito o demérito, moral o religioso de un acto, debe atribuirse precisamente a su autor, quien responde de tal acto ante su propia conciencia ética y ante Dios.

No es posible, en consecuencia, formular congruentemente un sistema de normas que constituya un orden ético que merezca este nombre, si se desconoce el criterio de la justicia y los principios que implica; y tampoco se puede establecer un orden social, ya que en la esfera de lo social la justicia realiza, además, una doble función igualitaria y estructurante, de coordinación de las acciones en el primer caso, y de integración en el segundo.

Conviene advertir que aquí tratamos de la justicia como criterio racional de la conducta humana y no como virtud. Lo cual no significa que haya oposición entre la justicia como criterio y la justicia como virtud. Hay distinción, mas no oposición; pues la justicia como criterio, aunque tenga el carácter de un principio práctico y no simplemente teórico, es un objeto ideal o ente de razón dado que constituye un conocimiento; mientras que la justicia como virtud es un hábito, que tiene su asiento en la voluntad y no en la inteligencia. Sin embargo, como toda virtud es un hábito recto, postula cierta medida de rectitud, medida que en este caso se identifica con el criterio de lo justo: luego la justicia como criterio es la medida racional de la justicia como virtud, y por consiguiente no hay oposición entre ellas.

Recogiendo el pensamiento de Platón, cabe dividir la justicia -siempre como criterio racional- en individual y social;

pues para él la justicia no representa un valor exclusivamente social, sino también una regla o medida de la conducta estrictamente individual, que regula la armonía entre las tres distintas partes o potencias del alma. La actividad de cada una de estas partes del alma, tiene su propia regla, a la cual corresponde una virtud: la regla y la virtud de la parte racional, es la sabiduría (sofía); la del ánimo o coraje, que nosotros llamamos voluntad, es la fortaleza (andria); la de la parte apetitiva, correspondiente al apetito sensible, es la templanza (sofrosyne); y finalmente, es la justicia (dikayusine), la que establece el orden o jerarquía, la relación armónica entre estas tres partes del alma y sus operaciones. Así, la justicia individual establece un orden interior, una jerarquía entre las diversas potencias del hombre, considerado éste individualmente -no en sus relaciones con los demás hombres-, orden que al ser observado en la vida, hace del individuo un ser armonioso, un hombre justo. Esta justicia individual exige que la voluntad se someta en sus actos a los dictámenes de la razón, y que a su vez los apetitos sensibles se subordinen a la voluntad y, a través de ella, a la razón, ya que sólo de este modo reina la armonía en el alma humana.

La justicia social, por su parte, significa el principio de armonía en la vida de relación. Coordina las acciones de los hombres entre sí como parte del todo que es la sociedad civil, a la vez que ordena tales acciones al bien común, e integra de este modo el orden social humano. Y como la sociedad civil comprende un gran número de formas de asociación intermedias (familia, municipio, asociación profesio-

nal o de trabajo, sociedades utilitarias mercantiles y civiles, asociaciones deportivas, científicas, culturales, etcétera), la misma justicia social establece la jerarquía de los fines perseguidos por estas sociedades, con miras a asegurar el bien común de la especie humana. La ordenación de las acciones y bienes de las personas, la realiza a la luz del criterio de la igualdad -de ahí que se diga que justo es lo que se iguala, y que la esencia de la justicia es la igualdad-; pero de una igualdad regida por los principios éticos fincados en el orden ontológico inscrito en la naturaleza humana; igualdad aritmética, si compara los objetos de las relaciones de que se trata, haciendo abstracción de las personas, por encontrarse éstas colocadas en el mismo plano, e igualdad geométrica o proporcional, cuando toma en cuenta tanto los objetos como las personas, y a éstas con las notas individuantes que se traducen en desigualdades de capacidad, de riqueza, de poder, etcétera. La jerarquía de los fines correspondientes a las distintas formas de asociación, la establece atendiendo a la importancia de la ayuda que éstas prestan al hombre para alcanzar su perfeccionamiento.

Así pues, en tanto que la justicia individual ordena los actos de los hombres al bien personal, la justicia social ordena sus acciones al bien común. "Cada uno de nuestros actos, dice Santo Tomás, aun aquellos que tienen por objeto nuestro bien, el más personal, puede ser puesto en relación con el bien común; tiene un alcance social. Puede y debe ser realizado en vista del bien común, al mismo tiempo que en vista de nuestro bien propio; y es bajo esta condición como el acto adquiere todo su valor moral, ya que satisface a la

virtud particular que lo rige, y a la justicia social". Si bien la cita se refiere a la justicia como virtud, su contenido es aplicable igualmente a la justicia como criterio, pues ya indicamos antes que toda virtud, por ser un hábito recto, postula un criterio racional de rectitud; y es claro que en casos como el presente, lo que se dice del hábito recto, se dice también del criterio de rectitud correspondiente. Debiendo aclarar que de acuerdo con esta terminología, la justicia individual viene a ser la síntesis de los criterios de rectitud que postulan las diversas virtudes morales que tiene por objeto el bien personal.

Casi todas las definiciones que se han dado de la justicia, la consideran como virtud que se refiere siempre a lo social. Ya Aristóteles califica de "metafórica" la justicia que establece el orden entre las distintas partes del alma, a la cual había aludido ampliamente Platón; y Santo Tomás, insistiendo a este respecto en las enseñanzas del Filósofo, afirma que la justicia propiamente dicha, implica siempre relación a otro, "pues se dice que se ajustan las cosas que se igualan, y la igualdad es siempre con otro". Sin embargo, tanto Aristóteles como Santo Tomás admiten que analógicamente cabe hablar de la justicia como reguladora de los actos de un hombre en su aspecto interno, dado que se pueden considerar en un mismo hombre diversos principios de acciones, y a los actos como si emanaran de distintos sujetos.

En estas definiciones -notablemente coincidentes en lo substancial- se alude al reconocimiento de "lo suyo", de "aquello que según sus exigencias ontológicas, pertenece a cada quien para su subsistencia y perfeccionamiento". De esta manera

se relaciona el derecho en sentido subjetivo, como facultad o pretensión con la justicia; y ésta se reduce a una especie del bien, el bien exigible bajo la razón formal de "deuda". La justicia, expresa Vermeersch, rige aquellos actos que necesariamente han de ejecutarse en virtud de un título que existe en otra persona; "lo suyo", expresa el título que tiene cada persona frente a sus semejantes, como la "deuda" u obligación representa las prestaciones correlativas a ese título. La justicia satisface esta deuda adecuadamente, exigiendo perfecta igualdad entre la obligación y su cumplimiento.

Como puede verse, en estas definiciones no se identifica a la justicia con la idea de igualdad, sino que se refiere esta idea de igualdad a las exigencias de un orden fundado en la naturaleza misma del hombre: la justicia es la igualdad en el trato, en orden al bien individual y social del ser humano, y no simplemente la igualdad, como erróneamente lo han considerado quienes objetan, calificándolas de ingenuas y formales, estas definiciones.

2. La justicia propiamente dicha, la justicia social, se divide en general o legal y particular, y esta última se subdivide, a su vez, en distributiva y conmutativa. La justicia se divide en general y particular, según que considere los actos humanos en relación con lo que exige la conservación de la unidad social y el bien común, o en relación con lo que corresponde a los particulares entre sí o frente a la comunidad. La primera regula los derechos de la sociedad; la segunda los derechos de los particulares. Y a la general se le llama también legal, porque es propio de las leyes humanas determinar los actos

debidos al bien común que la sociedad tiene el derecho de exigir. La justicia particular se subdivide en distributiva y conmutativa, porque el hombre tiene derechos frente a la sociedad -ésta debe asignar y reconocer a cada uno su participación en el bien común-, y frente a sus semejantes o frente a la misma sociedad cuando ésta se coloca en el mismo plano que los particulares.

La justicia general o legal exige que todos y cada uno de los miembros de la comunidad ordenen adecuadamente su conducta al bien común. Según Vermeersch, esta especie de la justicia prescribe (impera) como debidos al bien común, los actos de varias virtudes impuestos a los ciudadanos, o por alguna ley positiva de la comunidad, o por su conexión necesaria con el bien común. Rige, pues, tanto los deberes de los ciudadanos frente a la autoridad como representante de la comunidad, como los deberes de los propios gobernantes, dado que también ellos están obligados a actuar de acuerdo con las exigencias del bien común. El sujeto titular del derecho, el sujeto activo en las relaciones, que rige la justicia general o legal, es siempre la comunidad como persona jurídica colectiva, y el sujeto pasivo u obligado, es el individuo, ya se le considere en su calidad de ciudadano o de gobernante.

La justicia distributiva, como su nombre lo indica, regula la participación que corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el bien común, asigna el bien común distribuible, así como las tareas o cargas con que los particulares deben contribuir. Tiene por objeto directo los bienes comunes que hay que repartir -expresa Vermeersch-, y por indirecto solamente las cargas. Y como no todos los

particulares son iguales ni contribuyen en la misma proporción al bien común, el criterio racional de la justicia distributiva es el de una igualdad proporcional. En este caso, la relación considerada por la justicia general, se invierte: ya que el sujeto activo, el sujeto titular del derecho para la justicia distributiva es siempre la persona individual mientras que el sujeto pasivo u obligado, es en este caso la autoridad política como representante de la comunidad.

Esto significa que la misma relación social está regida por la justicia general y por la distributiva -que es una especie de la justicia particular-, según que en ella se considere como sujeto del deber a los particulares, o a la comunidad como persona moral, respectivamente. Un ejemplo servirá para aclarar este punto. El impuesto es una carga establecida para el sostenimiento de la organización del Estado y de los servicios públicos, que se traducen en un bien común distribuido; de ahí que todos los miembros de la comunidad estén obligados a pagar proporcionalmente los impuestos; pero esta relación que se establece entre los particulares y la comunidad por razón del impuesto, puede ser contemplada ya sea desde el punto de vista del derecho que la comunidad tiene de exigir a cada uno de los particulares su aportación proporcional (caso de la justicia general), o bien desde el punto de vista del derecho que asiste al particular de que se le asigne precisamente la cuota proporcional a su situación concreta (caso de la justicia distributiva). Así, esta igualdad proporcional que debe observarse en los impuestos, puede ser violada por parte de la autoridad, o por parte de los ciudadanos: se

infringe la justicia distributiva, cuando la autoridad asigna una cuota desproporcionada al particular; se infringe la justicia general, cuando el contribuyente deja de pagar la cuota que le corresponde. Y lo que decimos de las cargas económicas, es válido igualmente tratándose de prestaciones de otra índole, como la que representa el llamado impuesto de la sangre, el servicio militar obligatorio. Si quien está obligado a prestarlo logra eximirse mediante la presentación de un certificado falso, viola la justicia general o legal, ya que el incumplimiento del deber se traduce en un perjuicio para otro, pues otro que no estaba obligado a prestar el servicio, tendrá que ser llamado en su lugar; y los encargados de organizar el servicio militar obligatorio violan la justicia distributiva, cuando dedican a individuos que tienen una profesión o una habilidad especial, a tareas en que no se utilizan sus capacidades. Estas mismas consideraciones pueden hacerse a propósito del reparto de los bienes comunes y de los honores, así como de la distribución de los puestos públicos.

La justicia conmutativa, como su nombre lo indica, rige las operaciones de cambio -conmutar significa cambiar-, y en general todas las relaciones en que se comparan objetos, prescindiendo, por decirlo así, de las personas, ya que debiendo considerarlas colocadas en el mismo plano, sobre un pie de igualdad, no hay razón para tomar en cuenta sus diferencias individuales. En este caso la idea de igualdad implícita en la noción de justicia, se aplica rigurosamente bajo la forma de una ecuación aritmética, en la que se comparan dos términos. La justicia conmutativa exige equivalencia entre la prestación y

la contraprestación, entre el delito y la pena. Si se dice que se prescinde de las personas, es porque el carácter de esas personas en nada influye para determinar la equivalencia entre los objetos de la comparación, no porque se desconozca que jamás se dan relaciones jurídicas sino entre personas. Realmente lo que importa comparar de acuerdo con el criterio de la justicia conmutativa, son los objetos del cambio o, en su caso, la infracción y la sanción, o la actividad y su producto; se trata de una equivalencia en que sólo se contemplan dos términos, mientras que en la justicia distributiva la ecuación es geométrica -comprende cuatro términos- ya que se atiende a los objetos de la relación y a la calidad o capacidad de las personas. Si varias personas han contribuido con sus actos o aportaciones a crear una situación o alcanzar un producto, favorable o desfavorable, cada una de ellas debe participar en las consecuencias benéficas o perjudiciales de esa situación y en las utilidades o pérdidas del producto común, en la misma proporción en que contribuyó.

La justicia general y la justicia distributiva rigen relaciones que podemos llamar de integración y de subordinación, relaciones que se dan entre personas que no están colocadas en el mismo plano; pues la persona jurídica colectiva que es la comunidad, vale como un todo respecto de sus partes, en este caso los particulares. Las partes -las personas, sus bienes y sus actos- están ordenadas al bien común, contribuyen en la medida de sus capacidades a mantener la vida del todo, integran la unidad "relacional" que es la sociedad civil perfecta; y por esto mismo están subordinadas al todo, a las exigen-

cias del bien común, en cuanto éste es necesario para la subsistencia y perfeccionamiento de las personas individuales. Las partes, los particulares, contribuyen a la integración y sostenimiento del ser social encargado de realizar el bien común, y participan individualmente al ser distribuido éste: en uno y otro caso se trata de relaciones entre las partes y el todo. En cambio, las relaciones que rige la justicia conmutativa, son relaciones de coordinación que se dan entre las partes, entre personas colocadas en el mismo plano. El propio Estado, cuando interviene en una estricta operación de cambio, en una relación que por su naturaleza misma está regida por la justicia conmutativa, abandona su carácter de autoridad y contrata como particular: para la justicia conmutativa es igual que una compra la celebre el Estado o un particular, ya que en uno y otro caso el precio justo es el mismo y los derechos y obligaciones que derivan del acto para las partes, son idénticos.

De ahí que como método o procedimiento para determinar lo justo en las operaciones de cambio, se atienda a que haya reciprocidad entre las personas, y para esto se procure la conversión de los términos. Cuando el vendedor dice al comprador: "Te vendo o te compro esta mercancía al mismo precio", puede decirse que está pidiendo un precio justo; y en general, es casi seguro que no se infringe la justicia conmutativa, en todos aquellos casos de contratos bilaterales en los que una de las partes está dispuesta a asumir, en las mismas condiciones del convenio propuesto, la situación de su contraparte. Claro está que resulta más difícil determinar la equivalencia entre la infracción y el castigo, particularmente cuando se

trata de reparar daños que no son estimables en dinero, pero esta dificultad no resta validez al principio de la igualdad aritmética que postula la justicia conmutativa.

3. Se discute en nuestro tiempo sobre si la justicia social es una cuarta especie de justicia, o si se reduce a alguna de las tres especies indicadas.

Quienes sostienen que se trata de una nueva especie -no sólo de un nuevo término para designar alguna de las tres especies ya conocidas, y tampoco del concepto genérico de justicia referido a lo social-, entre ellos Kleinhappl, Gandía y Gómez Hoyos, estiman que además de la justicia general o legal, hay tres especies -no dos- de justicia particular: la distributiva, la conmutativa y la social. Para estos autores la justicia social es la clase particular de justicia que tiene por objeto propio la repartición equitativa de la riqueza superflua. En la relación que rige, el sujeto pasivo son los poseedores de esa riqueza; el sujeto activo, los indigentes; el objeto material, las cosas superfluas; y el objeto formal, el derecho de los indigentes. "La característica esencial de la sociedad actual, apunta Kleinhappl, la constituye el hecho de estar ésta dividida en dos grupos principales, de los cuales uno dispone de las condiciones del trabajo (tierra, productos, herramientas); el otro nada puede tener como propio, si no son las fuerzas corporales y espirituales para trabajar. La justicia social tendrá, por tanto, que esforzarse en superar la separación del trabajo y de la propiedad, y unir de nuevo a ambos en unión factible, en un solo poder. En otras palabras, tratar de proporcionar a los trabajadores las necesarias condiciones de trabajo".

Es decir, ha sido necesario pensar en este nuevo concepto de la justicia social, en vista de la situación creada con el desarrollo y los errores del capitalismo. Y no se reduce esta noción a alguna de las tres especies clásicas de la justicia: no se equipara a la general o legal, por que en ésta el sujeto obligado son los particulares, cada uno de ellos, y no una clase o grupo -el de los poseedores-, como ocurre en la justicia social; e igualmente se distingue por el sujeto activo y por sus objetos material y formal, que en el caso de la justicia general son, respectivamente, la comunidad, los bienes de los particulares, y el derecho de la sociedad, mientras que para la justicia social son, en el mismo orden, la clase indigente, las cosas superfluas y el derecho de los indigentes; tampoco se confunde, por razones semejantes, con la justicia distributiva, ya que en ésta el sujeto pasivo es la comunidad, no los poseedores, el sujeto activo es cada uno de los particulares, no los indigentes, el objeto material es el bien común distribuido individualmente, no los bienes superfluos, y el objeto formal es el derecho de cada uno de los miembros de la sociedad a participar en el bien común, no el derecho de los indigentes; y por último, no equivale a la justicia conmutativa, porque ésta rige relaciones entre particulares o personas colocadas en un mismo pie de igualdad, mientras que la justicia social rige relaciones entre grupos o clases sociales. Es que las tres especies clásicas de la justicia -opinan quienes sustentan que la justicia social es una cuarta especie- rigen relaciones de subordinación -del todo a la parte o de la parte al todo- y de coordinación -de las partes entre sí-, pero no se refieren a otro tipo de relaciones

que también existe en la sociedad, desde el momento en que ésta no se integra directamente con individuos, sino que comprende una serie de asociaciones intermedias de las cuales también forma parte el individuo: la familia, el municipio, las asociaciones profesionales o de trabajo, Las sociedades utilitarias, científicas, etcétera; de modo que en la sociedad no sólo hay relaciones de los individuos entre sí y con el Estado, sino también de los grupos sociales entre sí, cosa que se ve con mayor claridad en el caso del orden internacional.

Cabe oponer a esta tesis el razonamiento que hace Vermeersch para demostrar que hay tres especies de justicia, exclusivamente: "La justicia propiamente dicha es una virtud que da a cada cual su derecho (lo que es debido). Luego habrá tantas especies de justicia propiamente dicha, cuantas son las especies de derechos que se deben a otro. Ahora bien, hay tres especies de derechos, a saber: el que deben los miembros a la comunidad, el que debe la comunidad a los miembros y el que se deben las personas privadas unas a otras. Luego hay tres virtudes distintas, que constituyen tres especies de justicia propiamente dicha. Estas tres especies son la justicia legal, la distributiva y la conmutativa. Por fin, estas tres especies son últimas, es decir, no admiten otra subdivisión. Porque no hay más personas que los individuos y la comunidad, ni cabe discurrir otro cuarto orden de relación entre las personas, consideradas simplemente bajo el concepto de tales".

Nuestra opinión coincide con el punto de vista de Vermeersch, tanto por las razones estrictamente filosóficas que él da, como por las siguientes consideracio-

nes: si bien es cierto que uno de los males más graves de nuestro tiempo se debe a la injusta distribución de la riqueza, esto no implica que para resolver los problemas que plantea, haya necesidad de buscar un nuevo criterio racional; sobre todo si se reconoce, como debe reconocerse juzgando de las cosas imparcialmente, que la situación creada es resultado de la concepción injusta, que sobre la naturaleza y función de la autoridad, proclamó el liberalismo individualista y de la que se aprovechó, poniéndola en práctica, el capitalismo; por lo que bastará restaurar el imperio de las tres especies de justicia en la sociedad y con ellas el verdadero principio de autoridad, tanto en el orden nacional como en el internacional, para que el mal de la injusta distribución de la riqueza desaparezca. Además, no es exacto que las tres especies clásicas de justicia sólo se refieran a relaciones de subordinación y coordinación; pues ya explicamos antes que la justicia general ordena toda la actividad social al bien común, regula así las relaciones de integración del ser social, comprendiendo no sólo los actos de las personas individuales, sino también la actividad de las distintas formas de asociación intermedia entre el individuo y la comunidad, sociedades intermedias que son también partes -como los hombres agrupados en ellas-, con relación al todo constituido por la sociedad perfecta. Esto pone de manifiesto que las relaciones entre las distintas sociedades intermedias, si éstas corresponden a un mismo plano -digamos, relaciones entre familias, relaciones entre municipios, relaciones entre asociaciones profesionales o de trabajo-, son esencialmente relaciones de coordinación, relaciones entre partes; como son

relaciones de coordinación, asimismo, las que existen entre los Estados, a los que con toda razón se les llama -porque lo son- los sujetos (algo así como las personas individuales) del orden internacional. ¿Qué las clases sociales no son sociedades intermedias? Exacto. Precisamente por eso no tienen personalidad ni tienen derechos. Entiéndase bien, no tienen derechos en su calidad de clases. Pero sí tienen derechos las personas que pertenecen a la clase obrera, ya individualmente consideradas, o bien formando parte de las asociaciones de trabajo -de los sindicatos- cuya constitución y funcionamiento responden precisamente a la necesidad de tutela y protección de los derechos de los obreros. De otro modo, ¿cómo podría reclamar sus derechos una clase social, que por su naturaleza misma es amorfa -carece de forma jurídica- y acéfala, puesto que no tiene jefes ni representantes? ¿Y cómo podrían determinarse en la práctica los bienes superfluos y reclamarse por una clase a otra?

Por todas estas razones, consideramos que no es preciso hablar de la justicia social como una cuarta y nueva especie de la justicia, sino tomándola como término sinónimo de la justicia general o legal, o más bien, como la noción genérica de la justicia, referida a lo social -y que comprende las tres especies clásicas-, distinguiéndola así de la justicia "metafórica" que nosotros preferimos llamar justicia individual. En este sentido, la justicia social no es un ideal exclusivo de la clase obrera, sino que es el principio de armonía y equilibrio racional que debe imperar en la sociedad perfecta, en el Estado y en la comunidad internacional.

4. Pasemos ahora a precisar el concepto de equidad y su relación con la justicia. Es evidente, desde luego, que la equidad no se identifica con la justicia, sino que la supone, puesto que se refiere a la aplicación del derecho. Aunque el derecho es una adaptación técnica de los principios racionales que rigen la actividad social humana, a las circunstancias concretas de la vida real, está constituido fundamentalmente por normas que contienen prescripciones de carácter general, relativas a las necesidades ordinarias de un medio social determinado, y que por esto mismo responden a las costumbres normales, a lo que ocurre más a menudo. De ahí el problema que plantea su aplicación: consistente en determinar si un caso dado está comprendido en la regla general. Problema que pide solución a dos cuestiones, según que se le contemple desde el punto de vista de la regla o desde el punto de vista del caso; ya que importa, por una parte, fijar el sentido y alcance precisos de la norma jurídica de cuya aplicación del derecho reviste la forma de un silogismo, en el que la premisa mayor es la norma jurídica que se pretende aplicar, la premisa menor es el caso considerado, y la conclusión es el dispositivo de la sentencia judicial o de la resolución administrativa. El ejemplo del silogismo sirve para distinguir claramente -reconociéndoles toda su importancia- los dos problemas que plantea la aplicación del derecho; pues ya sabemos lo difícil que es en el orden práctico establecer lógicamente una premisa mayor, así como reducir a una premisa menor, la complejidad de un caso real.

La equidad juega un papel importantísimo en la aplicación del derecho; exige

una particular prudencia en los jueces y encargados en general de interpretar la ley y de aplicarla. Esa prudencia que se requiere en quienes deben ejecutar órdenes, en este caso las órdenes o mandatos contenidos en la ley, prudencia que consiste en obedecer inteligentemente. "Santo Tomás opone esta prudencia a la del jefe. Las dos tienen de común que orientan las actividades individuales en vista del bien público. La diferencia que las separa consiste en que la prudencia del jefe es la de un arquitecto que concibe el plan de conjunto y determina la tarea de los obreros. La otra es semejante a la iniciativa - que les es propia- dejada a los artesanos en la realización de la obra. Hay, en efecto, todo un conjunto de circunstancias de hecho que éstos deben tener en cuenta en el momento de comenzar la obra. Asimismo, la precisión de las instituciones legales no puede llegar hasta prever todas las situaciones posibles que son infinitas. Es pues, papel de los subordinados, aplicar prudentemente las leyes a los casos con-

cretos".

El mismo Santo Tomás enseña que "frecuentemente ocurre que una disposición legal útil a observar para el bien público, como regla general, se convierta en ciertos casos, en extremadamente perjudicial": es claro que en estos casos interviene el principio de equidad, atemperando el rigor de la ley escrita, y restaurando de este modo, el imperio de los fines esenciales del derecho, lo cual equivale hasta cierto punto, dentro de un régimen constitucional, a aplicar perfectamente la ley suprema, y no la secundaria que se le opone.

Así pues, la equidad es el criterio racional que exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al caso concreto, tomando en cuenta todas las circunstancias particulares del mismo, con miras a asegurar que el espíritu del derecho, sus fines esenciales y sus principios supremos, prevalezcan sobre las exigencias de la técnica jurídica.

30. MICHEL FOUCAULT

Inscrito en la corriente de la escuela francesa de epistemología creada por Bachelard, Foucault desarrolla una interesante relación entre el "saber" y el "poder".

Se interesa primero por el modelo jurídico respecto al problema de la soberanía y la legitimidad, para llegar posteriormente a la llamada microfísica del poder, que se desarrolla en puntos del cuerpo social, en la familia, en el aula, incluso en la pareja, y que son más efectivas para consolidar la existencia del poder Estatal, es decir, el macropoder.

Foucault parte de una aguda observación de Nietzsche:

"En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquel el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal".

Si el conocimiento es inventado no pertenece por lo tanto a la naturaleza humana, no le es inherente. Lo que significa para Foucault una ruptura epistemológica trascendental. Es así como se inicia una búsqueda de la verdad en las formas jurídicas, que se inicia con el juramento ante Zeus como el único criterio de la verdad, que no requiere de comprobación judicial, como lo será más tarde la testimonial, por ejemplo en la tragedia de Edipo.

Se hace entonces una revisión de como el saber implica poder y cómo el Derecho es una forma reglamentada de guerra en la etapa de la venganza como pena, en tanto que al aparecer la ley del Talión, el Derecho adopta una forma ritual y en la composición es la interrupción de la guerra ritual.

En el proceso del análisis de los sistemas de pruebas se observa que no se trata de investigar la verdad sino de demostrar fuerza o habilidad. Por tanto la justicia será victoria o derrota en el juicio de Dios.

Con el surgimiento del Poder Judicial el litigio se somete a un poder superior. Pero además surge una "curiosa" figura: "el procurador", que representará los intereses de la autoridad política ante una "infracción" como una especie de "ofensa al Estado" que exige "reparación del daño: multa y confiscación de bienes". El saber jurídico es entonces ejercicio del poder. Para autenticar una verdad que muchas veces deriva de la tortura por toda indagación.

Con la estatización de la justicia penal se hace necesaria la sociedad disciplinaria, a través de instituciones como el panóptico ideado por Bentham, cuyo objetivo es el control como prevención y castigo: El Derecho será entonces una forma de control social y la justicia ejercicio del poder.

LA VERDAD Y LAS FORMAS JURIDICAS

MICHEL FOUCAULT

En la conferencia anterior procuré mostrar cuáles fueron los mecanismos y los efectos de la estatización de la justicia penal en la Edad Media. Quisiera que no situásemos ahora a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, en el momento en que se constituye lo que, en ésta y la próxima conferencia, intentaré analizar bajo el nombre de sociedad disciplinaria. La sociedad contemporánea puede ser denominada -por razones que explicaré- sociedad disciplinaria. Quisiera mostrar cuáles son las formas de prácticas penales que caracteriza a esta sociedad, cuáles son las relaciones de poder que subyacen a esta práctica penal, y cuáles son las formas de saber, los tipos de conocimiento, los tipos de sujetos de conocimiento que emergen a partir y en el espacio de esta sociedad disciplinaria que es la nuestra.

La formación de la sociedad disciplinaria puede ser caracterizada por la aparición, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, de dos hechos contradictorios, o mejor dicho, de un hecho que tiene dos aspectos, dos lados que son aparentemente contradictorios: la reforma y reorganización del sistema judicial y penal en los diferentes países de Europa y el mundo. Esta transformación no presenta las mismas formas, amplitud y cronología en los diferentes países.

En Inglaterra, por ejemplo, las formas de la justicia permanecieron relativamente estables, mientras que el contenido de

las leyes, el conjunto de conductas reprimibles desde el punto de vista penal se modificó profundamente. En el siglo XVIII había en Inglaterra 313 ó 315 conductas capaces de llevar a alguien a la horca, al cadalso, 315 delitos que se castigaban con la pena de muerte. Esto convertía al código, la ley y el sistema penal inglés del siglo XVIII en uno de los más salvajes y sangrientos que conoce la historia de la civilización. Esta situación se modificó profundamente a comienzos del siglo XIX sin que cambiaran sustancialmente las formas y las instituciones judiciales inglesas. En Francia, por el contrario, se produjeron modificaciones muy profundas en las instituciones penales manteniendo intacto el contenido de la ley penal.

¿En qué consisten estas transformaciones de los sistemas penales? Por una parte, en una reelaboración teórica de la ley penal que puede encontrarse en Beccaria, Bentham, Brissot y los legisladores a quienes se debe la redacción del primero y segundo código penal francés de la época revolucionaria.

El principio fundamental del sistema teórico de la ley penal definido por estos autores es que el crimen, en el sentido penal del término o, más técnicamente, la infracción, no ha de tener en adelante relación alguna con la falta moral o religiosa. La falta es una infracción a la ley natural, a la ley religiosa, a la ley moral; por el contrario, el crimen o la infracción penal es la ruptura con la ley, ley civil explícitamente establecida en el seno de una sociedad por el lado legislativo del

poder político. Para que haya infracción es preciso que haya también un poder político, una ley, y que esa ley haya sido efectivamente formulada. Antes de la existencia de la ley no puede haber infracción. Según estos teóricos, sólo pueden sufrir penalidades las conductas efectivamente definidas como reprimibles por la ley.

Un segundo principio es que estas leyes positivas formuladas por el poder político de una sociedad, para ser consideradas buenas, no deben retranscribir en términos positivos los contenidos de la ley natural, la ley religiosa o la ley moral. Una ley penal debe simplemente representar lo que es útil para la sociedad, definir como reprimible lo que es nocivo, determinando así negativamente lo que es útil.

El tercer principio se deduce naturalmente de los dos primeros: una definición clara y simple del crimen. El crimen no es algo emparentado con el pecado y la falta, es algo que daña a la sociedad, es un daño social, una perturbación, una incomodidad para el conjunto de la sociedad.

Hay también, por consiguiente, una nueva definición del criminal: el criminal es aquél que daña, perturba la sociedad. El criminal es el enemigo social. Esta idea aparece expresada con mucha claridad en todos estos teóricos y también figura en Rousseau, quien afirma que el criminal es aquel individuo que ha roto el pacto social. El crimen y la ruptura del pacto social son nociones idénticas, por lo que bien puede deducirse que el criminal es considerado un enemigo interno. La idea del criminal como enemigo interno, como aquel individuo que rompe el

pacto que teóricamente había establecido con la sociedad es una definición nueva y capital en la historia de la teoría del crimen y la penalidad.

Si el crimen es un daño social y el criminal un enemigo de la sociedad, ¿cómo debe tratar la ley penal al criminal y cómo debe reaccionar frente al crimen? Si el crimen es una perturbación para la sociedad y nada tiene que ver con la falta, con la ley divina, natural, religiosa, etc., es claro que la ley penal no puede prescribir una venganza, la redención de un pecado. La ley penal debe permitir sólo la reparación de la perturbación causada a la sociedad. La ley penal debe ser concebida de tal manera que el daño causado por el individuo a la sociedad sea pagado; si esto no fuese posible, es preciso que ese u otro individuo no puedan jamás repetir el daño que han causado. La ley penal debe reparar el mal o impedir que se cometan males semejantes contra el cuerpo social.

De esta idea se extraen, según estos teóricos, cuatro tipos posibles de castigo. En primer lugar el castigo expresado en la afirmación: "Tú has roto el pacto social, no pertences más al cuerpo de la sociedad, tú mismo te has colocado fuera del espacio de la legalidad, nosotros te expulsaremos del espacio social donde funciona esa legalidad". Es la idea que se encuentra frecuentemente en estos autores -Beccaria, Bentham, etc.- de que en realidad el castigo ideal sería simplemente expulsar a las personas, exiliarlas, destinarlas o deportarlas, es decir, el castigo ideal sería la deportación.

La segunda posibilidad es una especie de exclusión. Su mecanismo ya no es la deportación material, la transferencia fuera del espacio social sino el aislamiento dentro

del espacio moral, psicológico, público, constituido por la opinión. Es la idea de los castigos al nivel de escándalo, la vergüenza, la humillación de quien cometió una infracción. Se publica su falta, se muestra a la persona públicamente, se suscita en el público una reacción de aversión, desprecio, condena. Esta era la pena. Beccaria y los demás inventaron mecanismos para provocar vergüenza y humillación.

La tercera pena es la reparación del daño social, el trabajo forzado, que consiste en obligar a las personas a realizar una actividad útil para el Estado o la sociedad de tal manera que el daño causado sea compensado. Tenemos así una teoría del trabajo forzado.

Por último, en cuarto lugar, la pena consiste en hacer que el daño no pueda ser cometido nuevamente, que el individuo en cuestión no pueda volver a tener deseo de causar un daño a la sociedad semejante al que ha causado, en hacer que le repugne para siempre el crimen cometido. Y para obtener ese resultado la pena ideal, la que se ajusta en la medida exacta, es la pena del Tali6n. Se mata a quien mat6, se confiscan los bienes de quien rob6 y, para algunos de los te6ricos del siglo XVIII, quien cometió una violaci6n debe sufrir algo semejante.

Henos aquÍ, pues con un abanico de penalidades: deportaci6n, trabajo forzado, vergüenza, escándalo p6blico y pena del Tali6n, proyectos presentados efectivamente no s6lo por te6ricos puros como Beccaria sino tambi6n por legisladores Brissot, y Lepelletier de Saint-Fargeau que participaron en la elaboraci6n del primer C6digo Penal Revolucionario. Ya se habÍa avanzado bastante en la organi-

zaci6n de la penalidad centrada en la infracci6n penal y en la infracci6n a una ley que representa la utilidad p6blica. Todo deriva de esto, incluso el cuadro mismo de las penalidades y el modo como son aplicadas.

Tenemos asÍ estos proyectos y textos, e incluso decretos adoptados por las Asambleas. Pero si observamos lo que realmente ocurri6, c6mo funcion6 la penalidad tiempo despu6s, hacia el a6o 1820, en la 6poca de la Restauraci6n en Francia y de la Santa Alianza en Europa, notamos que el sistema de penalidades adaptado por las sociedades industriales en formaci6n, en vÍas de desarrollo, fue enteramente diferente del que se habÍa proyectado a6os antes. No es que la pr6ctica haya desmentido a la teorÍa sino que se desvi6 r6pidamente de los principios te6rico enunciados por Beccaria y Bentham.

Volvamos al sistema de penalidades. La deportaci6n desapareci6 muy r6pidamente, el trabajo forzado qued6 en general como una pena puramente simb6lica de reparaci6n; los mecanismos de escándalo nunca llegaron a ponerse en pr6ctica; la pena del Tali6n desapareci6 con la misma rapidez y fue denunciada como arcaica por una sociedad que creÍa haberse desarrollado suficientemente.

Estos proyectos muy precisos de penalidad fueron sustituidos por una pena muy curiosa que apenas habÍa sido mencionada por Beccaria y que Brissot trataba de manera muy marginal: nos referimos al encarcelamiento, la prisi6n. La prisi6n no pertenece al proyecto te6rico de la reforma de la penalidad del siglo XVIII, surge a comienzos del siglo XIX como una instituci6n de hecho, casi sin justificaci6n te6rica.

No sólo la prisión, que no estaba prevista en el programa del siglo XVIII y que generalizará durante el siglo siguiente, sino también la legislación penal sufrirá una formidable inflexión en relación con lo que estaba establecido en la teoría.

En efecto, desde comienzos del siglo XIX y de manera cada vez más acelerada con el correr del siglo, la legislación penal se irá desviando de lo que podemos llamar utilidad social; no intentará señalar aquello que es socialmente útil sino, por el contrario, tratará de ajustarse al individuo. Puede citarse como ejemplo las grandes reformas de la legislación penal en Francia y los demás países europeos entre 1825 y 1850-60, que consisten en la organización de, por así decirlo, circunstancias atenuantes: la aplicación rigurosa de la ley, tal como se expone en el Código puede ser modificada por decisión del juez o el jurado y en función del individuo sometido a juicio. La utilización de las circunstancias atenuantes que asume paulatinamente una importancia cada vez mayor falsea considerablemente el principio de una ley universal que representa únicamente los intereses sociales. Por otra parte, la penalidad del siglo XIX se propone cada vez menos definir de modo abstracto y general qué es nocivo para la sociedad, alejar a los individuos dañinos o impedir que reincidan en sus delitos. De modo cada vez más insistente, la penalidad del siglo XIX tiene en vista menos la defensa general de la sociedad que el control y la reforma psicológica y moral de las actitudes y el comportamiento de los individuos. Esta es una forma de penalidad totalmente diferente de la prevista en el siglo XVIII, puesto que el gran principio de la penalidad para Beccaria era

que no habría castigo sin una ley explícita y sin un comportamiento también explícito que violara esa ley.

Toda la penalidad del siglo XIX pasa a ser un control, no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley sino más bien al nivel de lo que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer.

Así, la gran noción de la criminología y la penalidad de finales del siglo XIX fue el escandaloso concepto, en términos de teoría penal, de peligrosidad. La noción de peligrosidad significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad al nivel de sus virtualidades y no de sus actos; no al nivel de las infracciones efectivas a una ley también efectiva sino de las virtualidades de comportamiento que ellas representan.

El último punto fundamental que la teoría penal cuestiona aún más profundamente que Beccaria es que, para asegurar el control de los individuos -que no es ya reacción penal a lo que hacen sino control de su comportamiento en el mismo momento en que se esboza- la institución penal no puede estar en adelante enteramente en manos de un poder autónomo, el poder judicial.

Con ello se llega a cuestionar la gran separación atribuida a Montesquieu -o al menos formulada por él- entre poder judicial, poder ejecutivo y poder legislativo. El control de los individuos, esa suerte de control penal punitivo a nivel de sus virtualidades no puede ser efectuado por la justicia sino por una serie de poderes laterales, al margen de la justicia, tales como la policía y toda una red de instituciones de vigilancia y corrección: la poli-

cía para la vigilancia, las instituciones psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas y pedagógicas para la corrección. Es así que se desarrolla en el siglo XIX alrededor de la institución judicial y para permitirle asumir la función de control de los individuos al nivel de su peligrosidad, una gigantesca maquinaria de instituciones que encuadrarán a éstos a lo largo de su existencia; instituciones pedagógicas como la escuela, psicológica o psiquiátricas como el hospital, el asilo, etc. Esta red de un poder que no es judicial debe desempeñar una de las funciones que se atribuye la justicia a sí misma en esta etapa: función que no es ya de castigar las infracciones de los individuos sino de corregir sus virtualidades.

Entramos así en una edad que yo llamaría de ortopedia social. Se trata de una forma de poder, un tipo de sociedad que yo llamo sociedad disciplinaria por oposición a las sociedades estrictamente penales que conocíamos anteriormente. Es la edad del control social. Entre los teóricos que he citado hay uno que de algún modo previó y presentó un esquema de esta sociedad de vigilancia, de gran ortopedia social, me refiero a Jeremías Bentham. Pido disculpas a los historiadores de la filosofía por esta afirmación pero creo que Bentham es más importante, para nuestra sociedad, que Kant o Hegel. Nuestras sociedades deberían rendirle un homenaje, pues fue él quien programó, definió y describió de manera precisa las formas de poder en que vivimos, presentándolas en una maravilloso y célebre modelo de esta sociedad de ortopedia generalizada que es el famoso Panóptico, forma arquitectónica que permite un tipo de poder del espíritu sobre el espíritu, una

especie de institución que vale tanto para las escuelas como para los hospitales, las prisiones, los reformatorios, los hospicios o las fábricas.

El Panóptico era un sitio en forma de anillo en medio del cual había un patio con una torre en el centro. El anillo estaba dividido en pequeñas celdas que daban al interior y al exterior y en cada una de esas pequeñas celdas había, según los objetivos de la institución, un niño aprendiendo a escribir, un obrero trabajando, un prisionero expiando sus culpas, un loco actualizando su locura, etc. En la torre central había un vigilante y como cada celda daba al mismo tiempo al exterior y al interior, la mirada del vigilante podía atravesar toda la celda; en ella no había ningún punto de sombra y, por consiguiente, todo lo que el individuo hacía estaba expuesto a la mirada de un vigilante que observaba a través de persianas, postigos semicerrados, de tal modo que podía ver todo sin que nadie, a su vez, pudiera verlo. Para Bentham, esta pequeña y maravillosa argucia arquitectónica podía ser empleada como recurso para toda una serie de instituciones. El Panóptico es la utopía de una sociedad y un tipo de poder que es, en el fondo la sociedad que actualmente conocemos, utopía que efectivamente se realizó. Este tipo de poder bien puede recibir el nombre de panoptismo: vivimos en una sociedad en la que reina el panoptismo.

El panoptismo es una forma de saber que se apoya ya no sobre una indagación sino sobre algo totalmente diferente que yo llamaría examen. La indagación era un procedimiento por el que se procuraba saber lo que había ocurrido. Se trataba de reactualizar un acontecimiento pasado a

través de los testimonios de personas que, por una razón u otra -por su sabiduría o por el hecho de haber presenciado el acontecimiento-, se consideraba que eran capaces de saber.

En el Panóptico se producirá algo totalmente diferente: ya no hay más indagación sino vigilancia, examen. No se trata de reconstituir un acontecimiento sino algo, o mejor dicho, se trata de vigilar sin interrupción y totalmente. Vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un poder -maestro de escuela, jefe de oficina, médico, psiquiatra, director de prisión- y que, porque ejerce ese poder, tiene la posibilidad no sólo de vigilar sino también de constituir un saber sobre aquellos a quienes vigila. Es éste un saber que no se caracteriza ya por determinar si algo ocurrió o no, sino que ahora trata de verificar si un individuo se conduce o no como debe, si cumple con las reglas, si progresa o no, etcétera. Este nuevo saber no se organiza en torno a cuestiones tales como "¿se hizo esto? ¿quién lo hizo?"; no se ordena en términos de presencia o ausencia, existencia o no-existencia, se organiza alrededor de la norma, establece que es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué se debe o no hacer.

Tenemos así, a diferencia del gran saber de indagación que se organizó en la Edad Media a partir de la confiscación estatal de la justicia y que consistía en obtener los instrumentos de reactualización de hechos a través del testimonio, un nuevo saber totalmente diferente, un saber de vigilancia, de examen, organizado alrededor de la norma por el control de los individuos durante su existencia. Esta es

la base del poder, la forma del saber-poder que dará lugar ya no a grandes ciencias de observación como en el caso de la indagación sino a lo que hoy conocemos como ciencias humanas: Psiquiatría, Psicología, Sociología, etcétera. Quisiera analizar ahora cómo se dio este proceso, como se llegó a tener por un lado una determinada teoría penal que planteaba claramente una cantidad de cosas, y por otro lado una práctica real, social, que condujo a resultados totalmente diferentes. Tomaré sucesivamente dos ejemplos que se encuentran entre los más importantes y determinantes de este proceso: Inglaterra y Francia; dejaré de lado el ejemplo de los Estados Unidos, que también es importante. Me propongo mostrar cómo en Francia y sobre todo en Inglaterra existió una serie de mecanismos de control de la población, control permanente del comportamiento de los individuos. Estos mecanismos se formaron oscuramente durante el siglo XVIII respondiendo a ciertas necesidades y fueron asumiendo cada vez más importancia hasta extenderse finalmente a toda la sociedad y acabar imponiéndose a una práctica penal. Esta nueva teoría no era capaz de dar cuenta de estos fenómenos de vigilancia nacidos totalmente fuera de ella, y tampoco podía programarlos. Bien puede decirse que la teoría penal del siglo XVIII ratifica una práctica judicial formada en la Edad Media, la estatización de la justicia: Beccaria piensa en términos de una justicia estatizada. Aun cuando fue, en cierto sentido, un gran reformador, no vio cómo nacían a un lado y fuera de esa justicia estatizada procesos de control que acabarían siendo el verdadero contenido de la nueva práctica penal.

¿Cuáles son, de dónde vienen y a qué responden estos mecanismos de control? Consideremos el ejemplo de Inglaterra. Desde la segunda mitad del siglo XVIII se forman, en niveles relativamente bajos de la escala social, grupos espontáneos de personas que se atribuyen, sin ninguna delegación por parte de un poder superior, la tarea de mantener el orden y crea, para ello mismos, nuevos instrumentos para asegurarlo. Estos grupos proliferaron durante todo el siglo XVIII. Según un orden cronológico, hubo en primer lugar comunidades religiosas disidentes del anglicanismo -cuáqueros, metodistas- que se encargaban de organizar su propia policía. Es así que entre los metodistas, Wesley, por ejemplo, visitaba las comunidades metodistas en viaje de inspección a la manera de los obispos de la alta Edad Media. A él sometían todos los casos de desorden: embriaguez, adulterio, vagancia, etc. Las sociedades de amigos de inspiración cuáquera funcionaban de manera semejante. Todas estas sociedades tenían la doble tarea de vigilar y asistir. Asistían a los que carecían de medios de subsistencia, a quienes no podían trabajar porque eran muy viejos, estaban enfermos o padecían una enfermedad mental; pero al mismo tiempo que los ayudaban se asignaban la posibilidad y el derecho de observar en qué condiciones era dada la asistencia: observar si el individuo que no trabajaba estaba efectivamente enfermo, si su pobreza y miseria se debían a libertinaje, a embriaguez o a vicio diversos. Eran, pues, grupos de vigilancia espontáneos de origen, funcionamiento e ideología profundamente religiosos.

En segundo lugar hubo al lado de estas

comunidades propiamente religiosas, unas sociedades relacionadas con ellas aunque se situaban a una cierta distancia. Por ejemplo, a finales del siglo XVII, en Inglaterra (1692) se fundó una sociedad llamada curiosamente "Sociedad para la Reforma de las Maneras" (del comportamiento, de la conducta). En la época de la muerte de Guillermo III esta sociedad tenía cien filiales en Inglaterra y diez en Irlanda, sólo en la ciudad de Dublín. Esta sociedad, que desapareció a comienzos del siglo XVIII y reapareció bajo la influencia de Wesley en la segunda mitad del siglo, se proponía reformar las maneras: hacer respetar el domingo (es en gran parte gracias a la acción de estas grandes sociedades que debemos el *exciting*, domingo inglés), impedir el juego, las borracheras, reprimir la prostitución, adulterio, las imprecaciones y blasfemias, en suma, todo aquello que pudiese significar desprecio a Dios. Tratábase, como dice Wesley en sus sermones, de impedir que la clase más baja y vil se aprovechara de los jóvenes sin experiencia para arrancarles dinero.

A finales del siglo XVIII esta sociedad es superada en importancia por otra inspirada por un obispo y algunos aristócratas de la corte que se llamaba "Sociedad de la Proclamación" porque había conseguido obtener del rey una proclama para el fomento de la piedad y la virtud. Esta sociedad se transforma en 1802 y recibe el título característico de "Sociedad para la Supresión del Vicio", teniendo por objetivo hacer respetar el domingo, impedir la circulación de libros licenciosos y obscenos, plantear acciones judiciales contra la mala literatura y mandar cerrar las casas de juego y prostitución. Esta socie-

dad, aun cuando seguía siendo una organización confines esencialmente morales y cercana a los grupos religiosos, ya estaba un poco laicizada.

En tercer lugar, encontramos en la Inglaterra del siglo XVIII otros grupos más interesantes e inquietantes: grupos de autodefensa de carácter paramilitar. Estos grupos surgieron como respuesta a las primeras grandes agitaciones sociales que no son aún proletarias pero que sí configuran grandes movimientos políticos y sociales de fuerte connotación religiosa a finales del siglo XVIII, en particular, el movimiento de los partidarios de Lord Gordon. Los sectores más acomodados, la aristocracia, la burguesía, se organizan en grupos de autodefensa y es así que surgen una serie de asociaciones -la "Infantería militar de Londres", la "Compañía de Artillería"- espontáneamente, sin ayuda o con un apoyo lateral del poder. Estas asociaciones tienen por función hacer que reine el orden político, penal o simplemente el orden, en un barrio, una ciudad, una región o un condado.

En una última categoría de sociedad están las propiamente económicas. Las grandes compañías y sociedades comerciales se organizan como policías privadas para defender su patrimonio, sus stocks, sus mercancías y barcos anclados en el puerto de Londres contra los amotinadores, el bandidismo y el pillaje cotidiano de los pequeños ladrones. Estas policías dividían los barrios de grandes ciudades como Londres o Liverpool en organizaciones privadas.

Las sociedades de este tipo respondían a una necesidad demográfica o social, la urbanización, las migraciones masivas

provenientes del campo y que paulatinamente se concentraban en las ciudades; respondían también -y volveremos sobre este asunto- a una transformación económica importante, una nueva forma de acumulación de la riqueza: cuando la riqueza comienza a acumularse en forma de stocks, mercadería almacenada y máquinas, la cuestión de su vigilancia y seguridad se transforma en un problema insoslayable; respondían por último, a una nueva situación política. Las revueltas populares que fueron inicialmente campesinas en los siglos XVI y XVII se convierten ahora en grandes revueltas urbanas populares, y en seguida, proletarias.

Es interesante observar la evolución de estas asociaciones espontáneas del siglo XVIII: vemos un triple desplazamiento a lo largo de esta historia.

Consideremos el primero de ellos: en un comienzo estos grupos eran provenientes de sectores populares, de la pequeño-burguesía. Los cuáqueros y metodistas de finales del siglo XVII y comienzos del XVIII que se organizaban para intentar suprimir los vicios, reformar las maneras, eran pequeño-burgueses que se agrupaban con el propósito evidente de hacer que reine el orden entre ellos y a su alrededor. Pero esta voluntad de hacer reinar el orden era en realidad una forma de escapar al poder político, pues éste contaba con un instrumento formidable, temible y sanguinario: su legislación penal. En efecto, se podía ser ahorcado en más de 300 casos, lo cual significa que era muy fácil que la aristocracia o quienes detentaban el aparato judicial ejercieran terribles presiones sobre las capas populares. Se comprende por qué los grupos religiosos disidente intentaban escapar a

un poder judicial tan sanguinario y amenazador.

Para escapar a la acción de ese poder judicial los individuos se organizaban en sociedades de reforma moral, prohibían la embriaguez, la prostitución, el robo y en general todo aquello que pudiese dar pábulo a que el poder atacara al grupo y lo destruyera, valiéndose de algún pretexto para emplear la fuerza. Son, pues, más que nada grupos de autodefensa contra el derecho y no tanto grupos de vigilancia efectiva. El refuerzo de la penalidad autónoma era una manera de escapar a la penalidad estatal. Ahora bien, en el curso del siglo XVII esos grupos cambiarán su inserción social y abandonarán paulatinamente su base popular o pequeño-burguesa hasta que, al final del siglo, quedarán compuestos y/o alentados por personajes de la aristocracia, obispos, duques y miembros de las clases acomodadas que les darán un nuevo contenido.

Se produce así un desplazamiento social que indica claramente cómo la empresa de reforma moral deja de ser una autodefensa penal para convertirse en un refuerzo del poder de la autoridad penal misma. Junto al temible instrumento penal que ya posee, el poder colocará a estos instrumentos de presión y control. Se trata, en alguna medida, de un mecanismo de estatización de los grupos de control. El segundo desplazamiento consiste en lo siguiente: mientras que en un comienzo el grupo trataba de hacer reinar un orden moral diferente de la ley que permitiese a los individuos escapar a sus efectos, a finales del siglo XVIII estos mismos grupos -controlados y animados ahora por aristócratas y personas de elevada posición social- se dan como objetivo esen-

cial obtener del poder político nuevas leyes que ratificaran ese esfuerzo moral. Se produce así un desplazamiento de moralidad y penalidad.

En tercer lugar puede decirse que a partir de este momento el control moral parará a ser ejercido por las clases más altas, por los detentadores del poder, sobre las capas más bajas y pobres, los sectores populares. Se convierte así en un instrumento de poder de las clases ricas sobre las clases pobres, de quienes explotan sobre quienes son explotados, lo que confiere una nueva polaridad política y social a estas instancias de control. Citaré un texto que data de 1804, hacia el final de esa evolución que intento exponer, texto escrito por un obispo llamado Watson que predicaba ante la "Sociedad para la Supresión de los Vicios":

"Las leyes son buenas pero, desgraciadamente, están siendo burladas por las clases más bajas. Por cierto, las clases más altas tampoco las tienen mucho en consideración, pero esto no tendría mucha importancia si no fuese que las clases más altas sirven de ejemplo para las más bajas".

Imposible ser más claro: las leyes son buenas, buenas para los pobres; desgraciadamente los pobres escapan a las leyes, lo cual es realmente detestable. Los ricos también escapan a las leyes, aunque esto no tiene la menor importancia puesto que las leyes no fueron hechas para ellos. No obstante lo malo de esto es que los pobres siguen el ejemplo de los ricos y no respetan las leyes. Por consiguiente, el obispo Watson se siente en la obligación de decir a los ricos:

"Os pido que sigáis las leyes aun cuando no hayan sido hechas para vosotros,

porque así al menos se podrá controlar y vigilar a las clases más pobres”.

En esta estatización progresiva, en este desplazamiento de las instancias de control que pasan de las manos de la pequeña burguesía que intenta escapar al poder a las del grupo social que detenta efectivamente el poder, en toda esta evolución, podemos observar cómo se introduce y difunde en un sistema penal estatizado -el cual ignoraba por completo la moral y pretendía cortar los lazos con la moralidad y la religión- una moralidad de origen religioso. La ideología religiosa, surgida y fomentada en los grupos cuáqueros, y metodistas en la Inglaterra del siglo XVII, viene ahora a despuntar en el otro polo, el otro extremo de la escala social, del lado del poder, como instrumento de control de arriba a abajo. Autodefensa en el siglo XVII, instrumento de poder a comienzos del siglo XIX: este es el proceso que observamos en Inglaterra.

En Francia se da un proceso bastante diferente debido a que, por ser un país de monarquía absoluta, poseía un fuerte aparato estatal que la Inglaterra del siglo XVIII ya no tenía porque había sido ya debilitado por la revolución burguesa del siglo XVII. Inglaterra se había liberado de la monarquía absoluta salteándose esa etapa que dura en Francia unos ciento cincuenta años.

El aparato de Estado se apoyaba en Francia en un doble instrumento: un instrumento judicial clásico -los parlamentos, las cortes, etc.- y un instrumento para-judicial -la policía- cuya invención debemos al Estado francés. La policía francesa estaba compuesta por los magistrados de policía, el cuerpo de la policía montada, y los tenientes de policía; esta-

ba dotada de instrumentos arquitectónicos tales como la Bastilla, Bicetre, las grandes Prisiones, etc.; y tenía también sus aspectos institucionales como las curiosas *lettres-de-cachet*.

La *lettre-de-cachet* no era una ley o un decreto sino una orden del rey referida a una persona a título individual, por la que se le obligaba a hacer alguna cosa. Podía darse el caso, por ejemplo, de que una persona se viera obligada a casarse en virtud de una *lettre-de-cachet*, pero en la mayoría de las veces su función principal consistía en servir de instrumento de castigo.

Por medio de una *lettre-de-cachet* se podía arrestar a una persona, privarle de alguna función, etc., por lo que bien puede decirse que era uno de los grandes instrumentos de poder de la monarquía absoluta. Las *lettres-de-cachet* han sido objeto de múltiples estudios en Francia y ha llegado a ser muy común considerarlas como algo temible, representación de la arbitrariedad real por antonomasia que cae sobre un individuo como un rayo. Pero es preciso ser más prudente y reconocer que no funcionaron sólo de esta forma. Y así como vimos que las sociedades de moralidad podían actuar como una manera de escapar al derecho, observamos también con respecto a estas curiosas disposiciones un juego bastante curioso.

Al examinar las *lettres-de-cachet* enviadas por el rey en cantidad bastante elevada notamos que, en la mayoría de los casos, no era él quien tomaba la decisión de mandarlas. Procedía a veces como en los restantes asuntos de Estado, pero en la mayoría de ellas, decenas de millares de *lettres-de-cachet* enviadas por la monarquía, eran en realidad solicitadas

por diversos individuos: maridos ultrajados por sus esposas, padres de familia descontentos con sus hijos, familias que querían librarse de un sujeto, comunidades religiosas perturbadas por la acción de un individuo, comunas molestas con el cura de la localidad, etcétera. Todos estos pequeños grupos de individuos pedían una *lettre-de-cachet* al intendente del rey; éste llevaba a cabo una indagación para saber si el pedido estaba o no justificado y si el resultado era positivo, escribía al ministro del gabinete real encargado de la materia solicitándole una *lettre-de-cachet* para arrestar a una mujer que engaña a su marido, un hijo que es muy gastador, una hija que se ha prostituido o al cura de la ciudad que no muestra buena conducta ante los feligreses. La *lettre-de-cachet* se presenta pues, bajo su aspecto de instrumento terrible de la arbitrariedad real, investida de una especie de contrapoder, un poder que viene de abajo y que permite a grupos, comunidades, familias o individuos ejercer un poder sobre alguien. Eran instrumentos de control en alguna medida espontáneos, que la sociedad, la comunidad, ejercía sobre sí misma. La *lettre-de-cachet* era por consiguiente una forma de reglamentar la moralidad cotidiana de la vida social, una manera que tenían los grupos -familiares, religiosos, parroquiales, regionales, locales- de asegurar su propio mecanismo policial y su propio orden.

Si nos detenemos en las conductas que suscitaban el pedido de *lettre-de-cachet* y que se sancionaban por medio de éstas, distinguimos tres categorías:

En primer lugar lo que podríamos denominar conductas de inmoralidad -libertinaje, adulterio, sodomía, alcoh-

lismo, etc.-. Estas conductas provocaban de parte de las familias y las comunidades un pedido de *lettre-de-cachet* que era inmediatamente aceptado. Tenemos aquí, por consiguiente, la represión moral.

En segundo lugar están las *lettre-de-cachet* enviadas para sancionar conductas religiosas juzgadas preligrosas y disidentes; en esta categoría se clasificaba a los hechiceros que tiempo hacía habían dejado de morir en la hoguera.

En tercer lugar es interesante notar que en el siglo XVIII las *lettre-de-cachet* fueron utilizadas algunas veces en casos de conflictos laborales. Cuando los empleadores, patrones o maestros no estaban satisfechos del trabajo de sus aprendices y obreros en las corporaciones, podía desprenderse de ellos despidiéndoles o, rara vez, solicitando una *lettre-de-cachet*.

La primera huelga de la historia de Francia fue la de los relojeros, en 1724. Los patrones relojeros reaccionaron detectando a quienes aparecían como líderes del movimiento de fuerza y solicitando en seguida una *lettre-de-cachet* que les fue concedida poco después. Tiempo después el ministro del rey quiso anular la *lettre-de-cachet* y poner en libertad a los obreros huelguistas pero la misma corporación de los relojeros solicitó al rey que no se liberara a los obreros y se mantuviera la vigencia de la *lettre-de-cachet*. Este es un típico ejemplo de cómo los controles sociales, que no se relacionan ya con la religión o la moralidad sino con problemas laborales, se ejercen desde abajo y a través del sistema de *lettre-de-cachet* sobre la naciente población obrera.

Cuando la *lettre-de-cachet* era punitiva resultaba en la prisión del individuo. Es interesante señalar que la prisión no

era una pena propia del sistema penal de los siglos XVII y XVIII. Los juristas son muy claros con respecto a esto, afirman que cuando la ley sanciona a alguien el castigo será la condena a muerte, a ser quemado, descuartizado, marcado, desterrado, al pago de una multa; la prisión no es nunca un castigo. La prisión, que se convertirá en el gran castigo del siglo XIX, tiene su origen precisamente en esta práctica para-judicial de la *lettre-de-cachet*, utilización del poder real por el poder espontáneo de los grupos. El individuo que era objeto de una *lettre-de-cachet* no moría en la horca, ni era marcado y tampoco tenía que pagar una multa, se lo colocaba en prisión debía permanecer en ella por un tiempo que no se fijaba previamente. Rara vez la *lettre-de-cachet* establecía que alguien debía permanecer en prisión por un período determinado, digamos, seis meses o un año. En general estipulaba que el individuo debía quedar bajo arresto hasta nueva orden y ésta sólo se dictaba cuando la persona que había pedido la *lettre-de-cachet* afirmaba que le individuo en prisión se había corregido. La idea de colocar a una persona en prisión para corregirla y mantenerla encarcelada hasta que se corrija, idea paradójica, bizarra, sin fundamento o justificación alguna al nivel del comportamiento humano, se origina precisamente en esta práctica.

Aparece también la idea de una penalidad que no tiene por función el responder a una infracción sino corregir el comportamiento de los individuos, sus actitudes, sus disposiciones, el peligro que significa su conducta virtual. Esta forma de penalidad aplicada a las virtualidades de los individuos, penalidad que

procura corregirlos por medio de la reclusión y la internación, no pertenece en realidad al universo del Derecho, no nace de la teoría jurídica del crimen ni se deriva de los grandes reformadores como Beccaria. La idea de una penalidad que intenta corregir metiendo en prisión a la gente es una idea policial, nacida paralelamente a la justicia, fuera de ella, en una práctica de los controles sociales o en un sistema de intercambio entre la demanda del grupo y el ejercicio del poder.

Completados estos dos análisis quisiera ahora extraer algunas conclusiones provisionales que intentaré utilizar en la próxima conferencia.

Los datos del problema son los siguientes: ¿cómo fue que el conjunto teórico de las reflexiones sobre el derecho penal que hubiera debido conducir a determinadas conclusiones quedó de hecho desordenado y encubierto por una práctica penal totalmente diferente que tuvo su propia elaboración teórica en el siglo XIX, cuando se retomó la teoría del castigo, la criminología? ¿Cómo pudo olvidarse la gran lección de Beccaria, relegada y finalmente oscurecida por una práctica de la penalidad totalmente diferente basada en los comportamientos y virtualidades individuales dirigida a corregir a los individuos? En mi opinión, el origen de esto se encuentra en una práctica extra-penal. En Inglaterra los grupos, para escapar al derecho penal, crearon para sí mismos unos instrumentos de control que fueron finalmente confiscados por el poder central. En Francia, donde la estructura del poder político era diferente, los instrumentos estatales establecidos en el siglo XVII por el poder real para controlar a la aristocracia, la burguesía y los rebeldes

fueron empleados de abajo hacia arriba por los grupos sociales.

Es entonces que se plantea la cuestión de saber por qué se da este movimiento de grupos de control, la cuestión de saber a qué respondían estos grupos. Hemos visto a qué necesidades originarias respondían pero, ¿por qué el poder o quienes lo detentaban retomaron estos mecanismos de control que estaban situados en el nivel más bajo de la población?

Para comprender esto es preciso considerar un fenómeno importante: la nueva forma que asume la producción. En el origen de este proceso que he venido analizando está el hecho de que en la Inglaterra de finales del siglo XVIII -mucho más que en Francia- se da una creciente inversión dirigida a acumular un capital que no es ya pura y simplemente monetario. La riqueza de los siglos XVI y XVII se componía esencialmente de fortuna o tierras, especie monetaria o, eventualmente, letras de cambio que los individuos podían negociar. En el siglo XVIII aparece una forma de riqueza que se invierte en un nuevo tipo de materialidad que no es ya monetaria: mercancías, stocks, máquinas, oficinas, materias primas, mercancías en tránsito y expedición. El nacimiento del capitalismo, la transformación y aceleración de su proceso de asentamiento se traducirá en este nuevo modo de invertir materialmente las fortunas. Ahora bien, estas fortunas compuestas de stocks, materias primas, objetos importados, máquinas, oficinas, está directamente expuesta a la depredación. Los sectores pobres de la población, gentes sin trabajo, tienen ahora un especie de contacto directo, físico, con la riqueza. A finales del siglo XVIII el robo de los

barcos, el pillaje de almacenes y las depredaciones en las oficinas se hacen muy comunes en Inglaterra, y justamente el gran problema del poder en esta época es instaurar mecanismos de control que permitan la protección de esta nueva forma material de la fortuna. Se comprende por qué el creador de la policía en Inglaterra, Colquhoun, era un individuo que había comenzado siendo comerciante y después encargado de organizar un sistema para vigilar las mercaderías almacenada en los docks de Londres para una compañía de navegación. La policía de Londres nació de la necesidad de proteger los docks, los almacenes y los depósitos. Esta es la primera razón, mucho más fuerte en Inglaterra que en Francia, de la aparición de una necesidad absoluta de este control.

En otras palabras, a esto se debe que este control que funcionaba con bases casi populares, fuese en determinado momento tomado desde arriba. La segunda razón es que la propiedad rural, tanto en Francia como en Inglaterra, cambiará igualmente de forma con la multiplicación de las pequeñas propiedades como producto de la división y delimitación de las grandes extensiones de tierras. Los espacios desiertos desaparecen a partir de esta época y paulatinamente dejan de existir también las tierras sin cultivar y las tierras comunes de las que todos pueden vivir; al dividirse y fragmentarse las propiedades, los terrenos se cierran y los propietarios de estos terrenos se ven expuestos a depredaciones. Sobre todo entre los franceses se dará una suerte de idea fija: el temor al pillaje campesino, a la acción de los vagabundos y los trabajadores agrícolas que, en la miseria, desocupados, viviendo como pueden, roban

caballos, frutas, legumbres, etc. Uno de los grandes problemas de la Revolución Francesa fue el hacer que desapareciera este tipo de rapiñas campesinas. Las grandes revueltas políticas de la segunda parte de la Revolución Francesa en la Vendée y la Provenza fueron de algún modo el resultado del malestar de los pequeños campesinos y trabajadores agrícolas que no encontraban en este nuevo sistema de división de la propiedad, los medios de existencia que poseían en el régimen de grandes latifundios.

En consecuencia, pude decirse que la nueva distribución espacial y social de la

riqueza industrial y agrícola hizo necesarios nuevos controles sociales a finales del siglo XVIII.

Los nuevos sistemas de control social establecidos por el poder, la clase industrial y propietaria, se tomaron de los controles de origen popular o semipopular y se organizaron en una versión autoritaria y estatal.

A mi modo de ver, éste es el origen de la sociedad disciplinaria. En la próxima conferencia intentaré explicar cómo ese movimiento, que apenas he esbozado, se institucionalizó en el siglo XVIII y se convirtió en una forma de relación política interna de la sociedad del siglo XIX.

31. TIGAR Y LEVY

Michael E. Tigar y Madelaine R. Levy realizan un excelente trabajo de investigación, publicado bajo el título: "El derecho y el ascenso del capitalismo;" en el cual se expone el papel del derecho y de los juristas en la conquista del poder por la burguesía en Europa.

En el prefacio del citado trabajo, Thomas I. Emerson señala -desde la perspectiva marxista- que el derecho y las instituciones jurídicas reflejan los intereses de la clase dominante, y la forma en que se van siendo cambiados a medida que una nueva clase social reemplaza a su antecesora. Pero también indica que la ideología jurídica no ha sido patrimonio exclusivo del grupo dominante de la sociedad y que de hecho se ha logrado acceso al poder por medio de los propios principios legales. Pero además que "no parece probable que esto se modifique. El nuevo orden no puede constituir una

ruptura total con el pasado".

Lo cual abre las posibilidades al Derecho como factor de cambio social, así lo demuestra la investigación elaborada por Tigar y Levy, en el sentido de utilizar el derecho dentro del sistema vigente para realizar el cambio.

Pero esto implica por tanto una ideología jurídica determinada: a favor o en contra del cambio social. Esta necesidad de definición surge con el Derecho mismo ya que toda norma tiende a restablecer o conservar un cierto orden, que no beneficia a toda la sociedad por igual en virtud de la existencia evidente de clases sociales.

Entendida la ideología jurídica como "la formulación, mediante un sistema de normas de derecho, de las aspiraciones, propósitos y valores de un grupo social, es decir, que los estratos marginados también poseen una ideología jurídica, lo que da lugar en consecuencia a la llamada jurisprudencia insurgente.

EL DERECHO Y EL ASCENSO DEL CAPITALISMO

MICHAEL E. TIGAR

LA JURISPRUDENCIA INSURGENTE. Ni el rigor estéril de los positivistas, ni los sueños de los entusiastas del derecho natural, ni la versión limitada de los realistas y sociólogos del derecho sirven para describir, ni mucho menos para explicar, por qué medios pudo la burguesía acomodarse en la ideología jurídica del feudalismo al principio, después afrontarla abiertamente, y por fin desplazarla. Y ninguna de esas teorías explica las contradicciones cada vez más agudas que hoy surgen en los sistemas jurídicos de Occidente.

Todas esas corrientes describen el sistema jurídico edificado por la burguesía triunfante como si fuera una institución estática, o bien procuran en alguna medida justificarlo, o intentan explicar aquellos de sus mecanismos internos que tienen que ver con la asimilación de los conflictos internos. Ninguna se preocupa por analizar los inicios revolucionarios de esa ideología jurídica, no por identificar las fuerzas sociales que podrían -también por medios revolucionarios- dar a luz una nueva ideología jurídica dominante fundada en un sistema diferente de relaciones sociales.

Si bien este libro se ha dedicado a los propios revolucionarios burgueses, nos interesa también el empleo de la ideología jurídica en la lucha por el cambio social. Creemos que una teoría del derecho debería hacer de ese estudio el objeto de su principal atención. En relación con

esto, podemos recordar las palabras de otro ex estudiante de derecho, Karl Marx, escritas en el prefacio de *Contribución a la crítica de la economía política*:

"Mis investigaciones dieron este resultado: que las relaciones jurídicas, así como las formas de estado, no pueden explicarse ni por sí mismas, ni por la llamada evolución general del espíritu humano; que se originan más bien en las condiciones materiales de existencia que Hegel, siguiendo el ejemplo de los ingleses y franceses del siglo XVIII, comprendía bajo el nombre de "sociedad civil"; pero que la anatomía de la sociedad civil hay que buscarla en la economía política. Había comenzado el estudio de ésta en París y lo continuaba en Bruselas... El resultado general a que llegué y que, una vez obtenido, me sirvió de guía para mis estudios, puede formularse brevemente de este modo: en la producción social de su existencia, los hombres entran en relaciones determinadas, necesarias, independientes de su voluntad; estas relaciones de producción corresponden a un grado determinado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real, sobre la cual se eleva una superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de vida social, política e intelectual en general. No es la conciencia de los hombres la que determina su ser; por el contrario, su ser

social es lo que determina su conciencia. En una fase determinada de su desarrollo, las fuerzas productivas de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo cual no es más que su expresión jurídica, con las relaciones de propiedad en cuyo interior se había movido hasta entonces. De formas evolutivas de las fuerzas productivas que eran, estas relaciones se convierten en trabas de estas fuerzas. Entonces se abre una época de revolución social. El cambio que se ha producido en la base económica trastorna más o menos lenta o rápidamente toda la colosal superestructura".

Aunque la lectura de este párrafo podría sugerir la impresión de que Marx pensaba que la ideología jurídica de un sistema siempre y en todos sus detalles, su profundo estudio de la legislación reformista inglesa del siglo XIX, en el volumen I de *El Capital*, debe disipar cualquier idea de esa clase. De cualquier modo, hemos visto que la contradicción entre formas antiguas y nuevas fuerzas sociales no alcanza el punto crítico -el de la revolución social- en forma súbita. Entre los comienzos del poder urbano de la burguesía y la Revolución Francesa transcurrió un lapso de ochocientos años. En ese período, ¿es exacto afirmar que las ideologías jurídicas dominantes fueron producto de sistemas de relaciones económicas, y que los campeones de una u otra ideología estaban al servicio de intereses económicos? Pensamos que sí.

Hemos observado cómo la burguesía fue consolidando su poder en cada período y, mediante cambios en el derecho, poniendo elementos de su ideología jurídica bajo la égida del Estado. A medida

que esto iba ocurriendo, la definición jurídica de las relaciones sociales se modificaba: tierras que habían sido objeto de posesión feudal pasaban a ser materia de contratación; tierras que no se habían poseído en común se cercaban y antiguos labradores libres las cultivaban a cambio de un salario o se iban a las ciudades. Poca opción tenía el campesino u obrero en cuanto al tipo de relación social que integraba. Podría trabajar para un propietario o para otro, pero la forma del arreglo -contractual o no, feudal o no- estaba predeterminedada para él.

Los conceptos burgueses sobre los contratos y sobre la propiedad de la tierra no se difundieron con mayor amplitud porque fueran necesariamente mejores que otros conceptos; se difundieron, partiendo de los núcleos urbanos del poder burgués, porque representaban un sistema de relaciones económicas mejor adaptado que ningún otro nivel técnico y de conocimientos de determinada época. Su tendencia era de disolver implacablemente las antiguas relaciones de producción e intercambio. Como también escribió Marx, la agricultura pasa a ser cada vez más una simple rama de la industria y está completamente dominada por el capital. El capital es el poder todopoderoso de la sociedad burguesa.

En este proceso, las actitudes y objetivos de la burguesía cambiaban continuamente, con la ampliación del horizonte de sus miembros. Sus exigencias cambiaban también, y ya hemos visto que no estaba en absoluto unificada en muchas etapas de su desenvolvimiento. El comercio artesanal urbano cedió el paso a las compañías mercantiles internacionales, y las ideologías jurídicas de los grupos burgueses

locales entraron en conflicto con las de los comerciantes más poderosos dedicados al tráfico a gran distancia. El escudo protector de las corporaciones sólo resistió durante algún tiempo los embates de las nuevas técnicas de producción y los nuevos medios de organizar la producción, el intercambio y la distribución.

Todos estos cambios se efectuaron dentro de un marco de organización política que, al menos exteriormente, había mantenido incambiados sus elementos esenciales desde el siglo XIX. Los monarcas, por cierto, habían ampliado su poderío y la función militar del régimen feudal había caído en desuso en gran medida. Los príncipes pactaban alianzas de conveniencia mutua con sectores de la burguesía, exigiendo apoyo financiero a cambio de concesiones legales. Dentro de la antigua ideología jurídica, se encontró margen para innovaciones favorables al crecimiento y preservación del comercio.

¿Cómo podríamos describir mejor este proceso de cambio? Hemos señalado las etapas de la creciente toma de conciencia de la burguesía, y de la formulación progresiva de una jurisprudencia insurgente en proceso de lucha contra una ideología jurídica hostil. Nos corresponde ahora formular una teoría de la ideología jurídica y de la jurisprudencia que describa correctamente esos cambios, ponga de manifiesto la conexión entre la ideología jurídica y el sistema de relaciones sociales, y nos permita analizar los movimientos tendientes al cambio social a la luz de su potencial revolucionario.

Debemos hacer un distinguo entre la oposición a determinados aspectos de la ideología jurídica del Estado que procura el cambio a través de los órganos existen-

tes, dominantes, del poder estatal, y por otro lado, la que rechaza como ilegítimo el sistema entero. Este distinguo es tema de dos de los diálogos de Platón, la *Apología* y el *Critón*. En la *Apología*, Sócrates critica a los atenienses, defiende su propio derecho de haber enseñado y hablado como lo hizo, y declara indigna de respeto cualquier ideología jurídica que no permita un comportamiento como el suyo, aun cuando se diga que ha corrompido la juventud y profanado los dioses. Al mismo tiempo, adelantando acaso la actitud que ha de asumir en el *Critón*, Sócrates defiende su conducta como lícita según las leyes de Atenas y rechaza las imputaciones concretas que se le hacen. No obstante, Sócrates es condenado a muerte.

Más tarde, Critón llega hasta la celda de Sócrates, ya condenado, para decirle que sus amigos tienen un plan para hacerlo huir. Sócrates rechaza su auxilio y discurre acerca de la importancia del Estado. El Estado lo ha educado, le ha dado un lugar en el mundo, ha definido en cierto sentido los términos de su existencia, y él le debe obediencia aun cuando lo haya condenado a muerte injustamente. Se puede procurar el cambio del orden vigente, pero se debe aceptar la derrota a sus manos reconociendo la legitimidad de su pretensión de imperar. Sócrates, pues, se colocaba en una posición muy lejana de la insurgencia, sin dejar de buscar el cambio de la ideología del Estado cuyo poder reconocía.

Volvamos al caso que propusimos antes, de la aldea pacífica tomada por un grupo de bandoleros. El jefe de los bandidos y sus secuaces imponen un sistema de normas a la población, garantizando deter-

minados derechos y estableciendo ciertas obligaciones. Cada cual entiende claramente qué disposiciones se han de considerar obligatorias y en qué forma, tanto en el caso de las normas de carácter general como en las órdenes particulares dirigidas a las personas. En una descripción positivista, el sistema normativo impuesto por el jefe de los bandidos y aplicado por sus secuaces se calificaría como "derecho" -un sistema jurídico, o una ideología jurídica respaldada por el poder del Estado- y con ello bastaría, porque sabríamos quién posee el poder soberano y el monopolio de la violencia legítima. Pero semejante análisis no nos llevaría muy lejos, ni siquiera en un sentido descriptivo. Para la población, que después de algún tiempo puede exasperarse por el régimen de los bandoleros y comenzar a organizar una resistencia contra él, la conducta no puede estar regida por las normas de los bandidos exactamente del modo en que se formulan, por más que la mayoría de los ciudadanos se muestre dócil a ellas.

Puede haber, por ejemplo un período durante el cual la flexibilidad de la ideología jurídica de los bandoleros se ponga a prueba. Se harán intentos para modificar su contenido, o para aplicar sus términos (donde se manifiesten ambigüedades) en formas más ventajosas para la población. Se encontrará un margen mayor o menor en la ideología jurídica dominante para asimilar esa exigencia de justicia; si es escaso, la pretensión de los bandidos de recibir obediencia irá erosionándose en la práctica.

Más adelante, acaso, la población, o algún sector disidente de ella, pueda dar a las leyes formales un nuevo sentido de

"máximas de prudencia" destinadas a reducir el peligro de las consecuencias dañosas de la acción ilegal. Por ejemplo, si la norma dispone que "no se realizarán reuniones políticas de más de tres personas sin autorización del jefe de los bandidos", los disidentes pueden adoptar medidas de clandestinidad. La regla queda formulada, de hecho, como la máxima de prudencia de que "no se realizarán reuniones políticas de más de tres personas en forma que las autoridades puedan demostrar, con pruebas de índole aceptada y de cantidad suficiente, que la reunión se realizó y quiénes participaron en ella". No obstante lo cual, los disidentes involucrados en la organización de tales reuniones pueden estar dispuestos a admitir la legitimidad de la pena impuesta por el régimen si son sorprendidos, aunque argumentarán enérgicamente que no deben ser declarados culpables por falta de pruebas una vez que estén ante el tribunal de los bandidos, o porque la regla contra las reuniones no se concilia con los principios fundamentales del sistema jurídico de los bandidos, o no es esencial dentro de él. En este proceso, la ideología jurídica se enfrenta con la ideología jurídica; la exposición de alegatos contradictorios en los tribunales, así como la formulación de máximas de prudencia inteligentes, corresponde al campo de los juristas. Hasta puede darse que los bandidos y la población local compartan el apego a una tradición jurídica que miran con el mismo respeto, y que eso suministre el fundamento de la exigencia de los pobladores, de que los bandidos se comporten de una manera determinada.

Los abogados de los disidentes tratarán también de mostrar la verdadera fun-

ción social -represiva- de las órdenes aparentemente imparciales de los bandidos. Puede ocurrir que los disidentes convoquen juristas e ideólogos del derecho -que en este caso podemos llamar abogados- para que evalúen en qué medida es posible encajar las exigencias de justicia de la población dentro de las normas de los bandidos. Eventualmente, sin embargo, el proceso de acomodación puede acabar pareciendo fútil si la ideología jurídica de los bandidos resulta incapaz de asimilar las exigencias fundamentales de la población.

Cuando esa evaluación -la comprobación de que no cabe ningún compromiso duradero- se vuelve parte de la ideología jurídica de los disidentes, sirve de argumento para la revolución social. Vimos algo de esto en los debates de los Estados Generales antes que se convirtieran en Asamblea nacional. Los ideólogos del nuevo régimen, en efecto, decían: "el antiguo régimen, con sus parlamentos y sus cortesanos y parásitos, nos ha dado lo que podía. Sus ofertas de compromisos son ilusorias; su ideología jurídica nos dice que es posible lograr más progresos, pero ello no es más que un síntoma de que el derecho se ha convertido en una mentira que el régimen le dice al pueblo". La Asamblea no hizo más que formular lo que gran parte de la población había llegado a creer, y sobre cuya base actuaba.

Hay otra vía por la que la ideología jurídica y los abogados pueden ser importantes en el proceso del cambio revolucionario: las personas versadas en el derecho ayudan al grupo insurgente a construir su ideología jurídica interna. Los disidentes desarrollan estilos de vida y de trabajo y vinculaciones entre ellos que se

basan en la confianza mutua y en la experiencia compartida de un empeño común. Algunos de esos estilos de actuación y de vinculación pueden recibir el reconocimiento de la ideología jurídica gobernante -por ejemplo, partidos políticos, asociaciones, comunidades de objetivos comunes- dando a los disidentes una zona de autonomía dentro de la cual puede seguir delineando y poniendo a prueba sus principios. Cuando ese reconocimiento se deniega, e incluso cuando toda organización opositora se prohíbe expresamente, los disidentes se relacionan entre ellos mediante métodos que fijan como grupo. Poseen una ideología jurídica interna, y discuten y ponen en práctica los principios jurídicos de una organización social distinta de la dominante bajo cuyo régimen viven. Esa actividad puede echar los cimientos de una ideología jurídica oficial que se pondrá en vigor si los bandoleros son expulsados.

Tanto la determinación por los integrantes de la resistencia de la medida en que las exigencias de justicia pueden incorporarse en las normas de los bandidos, como la forma de comportamiento de los miembros de la resistencia entre sí, y las formas diferentes de organización social futura que se esbozan a través de su conducta, todos estos elementos son diferentes en principio del funcionamiento de aquellas organizaciones voluntarias que reconocen la supremacía de las normas de los bandidos. Y son distintos de las simples agrupaciones de criminales, tanto en el contenido de sus propuestas de organización social -su ideología jurídica- como por la función revolucionaria que su resistencia asume y el papel que desempeña históricamente.

Si observamos la actividad de la resistencia desde afuera del valle, podemos analizarla desde diversas perspectivas. Podemos cuestionar los valores de los resistentes. Podemos poner en duda su opinión sobre la medida en que las normas de los bandidos pueden adaptarse a sus exigencias. Podemos mirar su llamado a la revolución como condenado al fracaso. Pero si admitimos que la resistencia tiene al menos alguna perspectiva de éxito, y más aún si miramos retrospectivamente la historia de un movimiento de resistencia que ha alcanzado el poder, tenemos que reconocer que resulta equivocado llamar "derecho" únicamente aquellas disposiciones que fueron dictadas por los bandidos y que se hicieron efectiva durante cierta época. Mientras tales disposiciones presuponen el monopolio de la violencia por parte de los bandidos, el poder de la resistencia, por efecto del poder y del número de sus integrantes y de su tenacidad, forma parte igualmente del proceso de creación del derecho, entendiendo por tal las normas que rigen la vida de las personas en una sociedad organizada y que están respaldadas por el poder público. En definitiva, lo que llamamos "derecho" no es un sistema sino un proceso. Presentar el derecho como un sistema resulta provechoso solamente si recordamos que estamos aludiendo a una fotografía instantánea del estado de las cosas en un momento dado, útil para registrarlo pero no para indicarnos la dirección ni la velocidad de su movimiento.

Una vez que hemos reconocido el carácter sólo aproximativo de cualquier descripción de la ideología jurídica, aun en el caso de que esté apoyada por el

poder estatal, debemos plantearnos un problema más. En todo sistema social existen rebeldes y bandidos sociales, todos los cuales expresan, de modo más o menos explícito, ideologías jurídicas propias. ¿Hemos de colocarlos a todos, como hace Weber, en un mismo grupo para los fines del análisis, y de llamar "convenciones" a sus ideologías jurídicas?

Si pretendemos comprender la dinámica de la jurisprudencia, de los cambios de la ideología jurídica, y si queremos captar el significado esencial de la jurisprudencia insurgente, la respuesta tiene que ser negativa. Durante el período que hemos estudiado, fueron incontables los aspirantes al poder estatal que trataron de influir sobre la ideología jurídica dominante, y hasta se consideraron a sí mismos en conflicto fundamental con el Estado. Pensemos por ejemplo, en los movimientos comunales que ocasionalmente surgieron en el campo de Europa occidental, o en los grupos de bandoleros surgidos después de la peste en el sur de Francia, que lograron hacer retroceder, la marcha ascendente de la burguesía hacia el dominio de la región. Todos ellos fracasaron, mientras que la burguesía triunfó; es más, en ocasiones, la burguesía pudo hasta invocar el auxilio del poder estatal para destruir esos mismos grupos. ¿Qué es lo que hemos de estudiar, entonces, más allá del contenido propio y de las contradicciones de la ideología jurídica, para clasificar estas diversas especies de oposición?

Debemos desentrañar cuál ideología jurídica, en una época determinada, expresa las aspiraciones de la clase o grupo que eventualmente puede asumir el poder y que representa la contradicción funda-

mental entre un sistema vigente de relaciones sociales y el que lo sustituye. Retrospectivamente, podemos percibir el triunfo de la organización capitalista de la producción. Esto, y sólo esto, distingue a la burguesía de los bandoleros y de los comunalistas.

A medida que fue tomando conciencia de las contradicciones fundamentales que existían, la ideología jurídica construida dentro de la burguesía disidente se hizo objeto de numerosas variaciones. Impulsada por la situación técnica y económica, por la influencia impresa durante siglos por la ideología previamente predominante, por sus conflictos internos, y por la formulación de sus propios objetivos, la burguesía de cada país fue haciendo sus opciones. Los caminos diferentes emprendidos por la burguesía en Francia y en Inglaterra ponen en claro esta realidad; y el fracaso de las burguesías italiana y alemana en sus intentos de unificar sus países hasta fecha relativamente tardía sólo es una prueba más.

Lo que ocurría en 1789 no era que no pudieran encontrarse medios para zanjar las diferencias entre la nobleza y la burguesía francesas; sino que el precio del ajuste se había vuelto tan alto que el segundo sector optó por adoptar una actitud revolucionaria. Louis Boudin expone bien este argumento:

"De acuerdo con la filosofía marxista, un sistema de producción sólo puede subsistir mientras sirve, o a lo sumo mientras no estorba la explotación plena e irrestricta de las fuerzas productivas de la sociedad; y debe dar paso a otro sistema una vez que se convierte en un obstáculo, una traba, para la producción. No hace falta decir que un sistema se ha converti-

do en un obstáculo, en una traba para la producción, cuando únicamente puede existir impidiendo la producción y desperdiciando lo que ya se ha producido. Semejante sistema no puede durar mucho, independientemente por completo de la posibilidad o imposibilidad puramente mecánicas de su subsistencia. Semejante sistema se ha vuelto históricamente imposible, aun cuando mecánicamente pueda subsistir".

La decisión de no mantenerse más dentro de la antigua ideología, de llevar a la práctica lo "mecánicamente" posible, es la insurgencia. Esa decisión, aunque tomada por una clase, cristaliza en torno de los pocos dirigentes que dan los primeros pasos; no tiene, por lo tanto, un momento histórico precisamente determinado.

¿Y qué papel desempeña el jurista en este proceso? Difícil sería dar con un personaje más contradictorio. Desde los orígenes de la profesión jurídica, o desde su reestructuración luego de las Cruzadas, el papel del abogado se ha vuelto cada vez más ambiguo. Siempre hubo abogados que sirvieron hábilmente a sus amos. Hubo notarios que insertaron en los contratos, conforme a lo que ellos entendían que era el derecho, lo que conviniera al interés de quienquiera que pudiese pagar sus honorarios. Y hubo abogados que se identificaron con la clase en ascenso y urgieron las reformas. Cuando los abogados trabajaban para las instituciones burguesas creadas por los alzamientos urbanos, o redactaban un estatuto de libertades, su papel era razonablemente claro; pero cuando, como parte del gran movimiento tendiente al control monárquico que se inició en el siglo XIII, fueron entrando progresivamente "al servicio

público", comenzaron a aflorar las contradicciones.

Si el juramento de fidelidad de un abogado a su príncipe entraba en conflicto a raíz de su opinión de que determinada ley era tan perniciosa para el comercio que correspondía derogarla -y si no modificarla, eludirla, y en último caso, resistirla- ¿qué ocurría entonces? Muchos abogados resolvieron esta contradicción por la vía de no hacer nada, jugando con ello la carta del statu quo. No hay en esto nada sorprendente: muchos burgueses podían encontrarse, que no eran abogados, que disfrutaban igualmente los beneficios del patrocinio real.

Pero otros abogados, al servicio de otros burgueses, trabajaban ideando mecanismos de ideología jurídica en interés de la insurrección. Siempre podía encontrarse un abogado que resolviera las contradicciones a satisfacción de su cliente. Si el problema que el abogado y su cliente planteaban al Estado era suficientemente grave, ambos corrían el riesgo de ser castigados. No cabe duda de que esta clase de ejercicio de la abogacía fue de provecho para la burguesía en su camino hacia el poder; y tampoco puede dudarse de que una ruptura abierta entre los juristas burgueses y los sistemas feudal y monárquico que les daban sus títulos era cosa que debía acaecer inevitablemente.

El sistema de relaciones sociales edificado por la burguesía insurgente está confrontado ahora con movimientos revolucionarios, y podemos observar en acción una nueva jurisprudencia insurgente. Estos movimientos tienen una historia paralela al surgimiento del poder de la burguesía, y se han encontrado con los mismos problemas al tratar de abrir paso

a sus exigencias dentro de aspectos propios de la ideología jurídica burguesa antes de entrar en conflicto abierto con ella.

La posibilidad de esa acomodación se acentúa por la naturaleza dual de la ideología jurídica burguesa, que se presenta protegiendo al mismo tiempo los intereses vinculados con la propiedad y también un interés "humano" abstracto por la libertad respecto del poder arbitrario. También la lucha de los movimientos revolucionarios modernos tiende, como antes lo hizo la burguesía, a volver hacia sus propios objetivos los elementos de la ideología jurídica predominante. En esta sección examinaremos la dualidad de la ideología jurídica burguesa y la jurisprudencia de su principal rival y probable sucesora: la ideología jurídica socialista.

Las constituciones norteamericana, francesa y británica declaran que los poderes legislativos y los tribunales de justicia deben proteger la libertad, la equidad y la justicia. Establecen principios tales como la libertad de palabra y de prensa, el derecho al justo juicio, la libertad de propiedad y contratación. En el caso norteamericano, algunos empeños son producto de un pasado revolucionario, mientras que otros se añadieron como fruto de una guerra civil en que resultó derrotado el sistema esclavista.

Estamos en condiciones de indicar con alguna certeza los orígenes de esas libertades y los motivos por los cuales se desarrollaron. Los ideales relativos a la propiedad y la contratación eran medulares en el ascenso de la burguesía hacia el poder. Como escribió Engels:

"Hasta ahora todas las revoluciones han sido en favor de un tipo de propiedad y en contra de otro. No pueden proteger a

un tipo de propiedad sin lesionar a otro. En la Gran Revolución francesa, la propiedad feudal fue sacrificada para salvar la propiedad burguesa..."

La Asamblea nacional, al abolir el feudalismo, aseguró que los feudos pasaran a manos de los acreedores de la nobleza. Se logró esto disponiendo que los decretos de expropiación no afectarían los derechos adquiridos sobre la propiedad feudal por la burguesía como garantía de los préstamos que había hecho a la nobleza. Sin embargo, el triunfo de la burguesía estuvo señalado por una serie de enfrentamientos con el estado feudal, en que aquélla fue adueñándose progresivamente de zonas en que pudieran predominar sus intereses. El momento en que la burguesía amplió el radio de acción de la ideología jurídica que le era conveniente en materia de propiedad, y las técnicas (contractuales) aptas para manejar sus intereses, no fue sólo el estallido revolucionario de las expropiaciones por una Asamblea nacional victoriosa, sino que estuvo en la larga marcha iniciada en los días de las comunas urbanas.

El sector de la burguesía que en todas las épocas se mantuvo en rebelión -a menudo contra coaliciones que incluían a los burgueses que habían hecho las paces con la ideología jurídica dominante- formuló principios en interés de su propia campaña por la libertad de la propiedad y la contratación. Reclamaba libertad de palabra y de culto, para organizarse mejor y conservar la solidaridad en un tiempo en que la iglesia oficial servía como instrumento de represión. Como muy pronto se los miró como conspiradores y por consiguiente como individuos peligrosos -lo atestiguan los escritos de Beaumanoir de

1283 y las encuestas sobre las rebeliones urbanas iniciadas en el siglo XII-, los burgueses insurgentes se resistieron a los sistemas rigurosos y con frecuencia bárbaros de la justicia penal y adoptaron a su respecto una actitud crítica.

Surgen dos conclusiones del estudio del ascenso de la burguesía. Primera: la ideología jurídica es una expresión de la lucha social, y los elementos concretos de la ideología jurídica de un grupo social son producto de las luchas en que ese grupo se ha empeñado o se ha visto envuelto. Segunda, y de fundamental importancia para la jurisprudencia de hoy y su desafío a la ideología jurídica burguesa: el sistema de la libertad burguesa, en sus grandes líneas, se divide en dos partes nítidamente diferenciadas. Una de ellas traduce en ideología los principios relativos a la propiedad y a la contratación sobre los cuales se apoya el sistema capitalista, y como es lógico pone el poder público al servicio de la preservación de esas libertades. La otra consiste en los principios jurídicos que la burguesía proclamó como esenciales para la tarea política de llegar al poder. Ambos conjuntos de principios se justificaron mediante la invocación de la ideología del derecho natural, que fue el lema particular de la burguesía en la época de su asalto final al poder estatal.

Sería de esperar que encontremos actitudes jurisprudenciales completamente distintas respecto de estas dos tendencias en la ideología jurídica burguesa; y efectivamente así ocurre en los hechos. Las teorías sobre la propiedad y los contratos se han reelaborado de acuerdo con las necesidades de un sistema de producción cada vez más centralizada y monopólica.

Los principios relativos a la libertad personal y a la equidad para con las personas han sufrido ataques crecientes por parte de elementos de la clase dominante a medida que ésta fue mudando sus sentimientos revolucionarios y se ha visto amenazada ella misma; obviamente, la burguesía no tiene el menor deseo de verse desplazada por un sector que se aproveche de las mismas libertades en que ella se apoyó en otro tiempo y de las que antaño fue adalid. Los desafiantes del poder burgués han sido muchos, pero está claro ahora que de los muchos contendientes es el socialismo marxista, que fijó el modelo de la revolución mundial o en este siglo, el que tiene mayores probabilidades de sucederlo y sustituirlo. Cuando Marx aludía a las tendencias immanentes del capitalismo a la irracionalidad y al colapso, el asunto acaso fuera dudoso. Ya no lo es.

En las páginas siguientes analizaremos brevemente algunas de las amenazas planteadas a la ideología jurídica burguesa y los problemas que enfrenta una nueva ideología insurgente. (Un examen detallado de estos problemas quedaría fuera del alcance de este libro).

Estamos presenciando hoy un proceso similar al que hemos descrito en nuestro estudio del ascenso de la burguesía al poder. Los grupos disidentes formulan sus exigencias de justicia enmarcándolas en términos que piden que la ideología jurídica dominante se interprete de maneras determinadas. En las esferas de la contratación y de la propiedad, aparecen ante los cuerpos legislativos y judiciales demandas de igual acceso a la riqueza nacional. Estas demandas destacan los valores antimonopolistas e igualitarios de

la ideología jurídica burguesa. En el campo de la libertad personal, los disidentes invocan las proclamas de la ideología jurídica dominante sobre libertad de asociación y equidad procesal para amparar su derecho de organizarse y hacer proselitismo, y para defenderse ante los ataques de las instituciones del poder estatal.

En un ensayo publicado en 1972, el profesor Arthur Kinoy analizó el papel que toca desempeñar a los juristas en este proceso:

"La función propia del abogado en el sistema consiste en darle buen aspecto, en proporcionarle por lo menos una apariencia de justicia, como tan candorosamente lo expresó un dictamen de la Suprema Corte. Pero ese mismo papel asignado al abogado es el que lo habilita para ser particularmente eficaz en el momento actual en una lucha destinada a salvaguardar y preservar aquellas formas a medida que la clase dominante, llevada por el miedo y la desesperación, va optando por abandonarlas y destruirlas. Pero esto requiere del abogado radical flexibilidad, talento, y, sobre todo, comprensión. Debe sacar provecho de toda oportunidad que se presente para exponer, en el marco de la propia arena judicial, el hecho extraordinario de que los que ejercen el poder y quienes les sirven en el sistema judicial, ya sean fiscales o jueces, se están volviendo contra su propio sistema, están dejando de lado las reglas fijadas por ellos mismos, que se destinaron antaño, en una época pasada, a expresar los principios entonces revolucionarios de la equidad, la igualdad, la justicia y la libertad".

Kinoy cita el ejemplo de las dos opor-

tunidades en que Fidel Castro actuó ante la justicia de Cuba en 1952 y 1953. Dos semanas antes del golpe de Estado de Fulgencio Batista en 1952, Castro, en su calidad de abogado, presentó una petición ante un tribunal de La Habana solicitando que Batista y sus cómplices fueran arrestados y acusados de violación del código de Defensa social por haber preparado una insurrección armada. La demanda fue ignorada. Un año después, ocurrido ya el golpe de Estado de Batista, Castro cayó prisionero tras su fallido ataque contra el cuartel Moncada. Durante el juicio que se le siguió habló en defensa del derecho a la revolución, y recordó que había tratado de llamar la atención de las autoridades por medios legales acerca de los agravios que impulsaron a los atacantes del Moncada. Afirmó:

"Respoderán que en la primera oportunidad el tribunal no actuó porque la fuerza le impedía hacerlo. Pues bien, confíenselo: esta vez la fuerza los obligará a condenarme. ¡La primera vez no podían castigar al culpable! Ahora se verán forzados a castigar al inocente. ¡La virtud de la justicia violada dos veces!"

La subsiguiente condena de Castro por el tribunal militar fue una afirmación dramática de que el sistema de poder estatal había puesto a un lado una parte de su propia ideología. Los reclamos de justicia de la parte de la población cubana que compartía las opiniones de Castro ya no podían acomodarse dentro de la ideología jurídica oficial. El período de actividad revolucionaria que siguió no sólo mostró la construcción de una fuerza revolucionaria armada, sino la implantación de una ideología jurídica sustitutiva, respaldada por esa fuerza, en zonas cada vez más

extensas del país.

Es posible encontrar la misma progresión que va desde la acomodación a una ideología jurídica dominante, a través de una lucha por modelarla en forma que satisfaga las exigencias de los disidentes, hasta una actitud de rebelión abierta, en numerosos países del Tercer Mundo; en el caso más reciente, en Portugal.

En los Estados Unidos, la izquierda - negra, mestiza o de otros grupos correspondientes al Tercer Mundo, así como blanca- dedicó grandes esfuerzos en las últimas décadas a forzar las instituciones responsables de la interpretación y aplicación de la ideología jurídica a respetar las garantías básicas de libertad y equidad. El litigio judicial, a menudo bajo la forma de un "caso de prueba", constituyó uno de los principales medios de lucha. Cuando las perspectivas de lograr satisfacción para los reclamos de justicia de la izquierda por estos medios fueron desvaneciéndose, y el aparato represivo del Estado ignoró incluso aquellas normas que estaban formal y explícitamente incorporadas en la ideología jurídica burguesa, la izquierda norteamericana comenzó a elaborar una crítica de la ideología jurídica de la burguesía y una opción para sustituirla.

Las exigencias de la izquierda se han dirigido tanto a los detentadores públicos como particulares del poder, y este hecho es fundamental para un análisis crítico de la ideología jurídica burguesa. Los que ejercen el poder desde cargos públicos están presuntamente sujetos, desde luego, a normas constitucionales que se relacionan, por ejemplo, con la no discriminación sobre bases raciales; y en ciertos casos se han visto sometidos a una obliga-

ción concreta de enmendar las consecuencias de los actos de discriminación ocurridos. Pero por lo general esa obligación no comprende el deber de destinar fondos públicos a la financiación de programas positivos de asistencia. La norma constitucional de igual protección, por lo común, no se aplica a la conducta de los particulares; y el "deber" de los empleadores, incluso de las sociedades anónimas empleadoras, habitualmente se limita al acatamiento de las leyes antidiscriminatorias estatales y al aporte al bienestar público que consiste en el pago de los impuestos. Algunas organizaciones negras han puesto en tela de juicio la idea de que los detentadores particulares del poder no son responsables ante aquellos cuyas vidas afectan. Su crítica de la sociedad norteamericana como esencialmente racista exige tanto de las grandes empresas como de las autoridades públicas que se reparen los efectos de años de discriminación, y que se creen formas económicas y políticas nuevas para asegurar que tanto las fuentes de poder públicas como las privadas respondan a las víctimas del ejercicio del poder. Estas exigencias se fundan en parte también en la afirmación de que la economía y las instituciones sociales norteamericanas han cosechado los provechos del racismo durante los últimos cien años mediante la sobreexplotación de los negros, y de que esa conducta genera la obligación, en un sentido totalmente estricto, de restituir a la presente generación aquello de que se despojó a las generaciones anteriores. La afirmación de que los dueños de la propiedad privada están obligados a responder con sus bienes se funda, pues, en promesas implícitas cualitativamente diferentes de

la afirmación de que el Estado debe asegurar, por razones de principio constitucionales, que su poder se ejerza en forma no discriminatoria cuando influye sobre las acciones de los propietarios particulares o la respalda.

El rechazo de la idea de que el carácter "privado" de la propiedad la pone a resguardo de las exigencias de que sea empleada en forma responsable aparejó el reconocimiento de que el poder estatal está presuntamente detrás de la aspiración de los propietarios particulares deseados de hacer lo que quieran con lo que es "suyo", presunción que solamente superan algunas declaraciones judiciales y legislativas específicas y limitadas que restringen el uso de los bienes "propios". Los capitalistas, como hemos visto, ejercen un poder enorme. Tras la propiedad, noción propia del derecho privado, monta guardia un enorme contingente de policía y otras fuerzas públicas destinadas a preservarles lo que es "suyo". Por lo tanto, ni los negros del norte ni los del sur, en el movimiento tendiente al cambio social, ven al Estado como árbitro imparcial entre fuerzas sociales contrapuestas, sino como protector de quienes poseen los medios aparentemente privados de explotación y represión. Por este motivo, su lucha muestra al comienzo una alianza con las fuerzas del derecho "estatal", o positivo, y luego una comprensión progresiva de que la exigencia de "justicia para los negros" es intrínsecamente revolucionaria en los Estados Unidos de hoy.

Podríamos citar numerosos ejemplos de confrontación entre la ideología jurídica burguesa según se la administra hoy, y las insistentes demandas de diversos disidentes: grupos estudiantiles y juveni-

les, obreros jóvenes de las zonas urbanas, etc. Los detalles pueden variar, pero el cuadro siempre es el mismo: el sistema de organización de la producción resulta incapaz de satisfacer las necesidades del pueblo y la ideología jurídica del grupo dominante es incapaz de asimilar sus reclamos de libertad y equidad. Pocos de esos movimientos tienen conciencia de clase o una base clasista, y no afirmamos que sus luchas sean más que precursoras de conflictos de clase. Así como ocurrió con la amenaza burguesa al feudalismo, es de esperar que la conciencia se desarrolle con lentitud en el proceso de confrontación con la ideología jurídica de la clase dominante.

El ritmo y la índole de los cambios en los Estados Unidos sufren una gran influencia de los hechos que tienen lugar fuera de los Estados Unidos, particularmente en el Tercer Mundo. A medida que las antiguas posesiones coloniales empiezan a controlar la exportación de sus propias materias primas, crece la amenaza de crisis económica en los países más "avanzados". En estos países, las dificultades económicas -el desempleo y la inflación- hacen más difícil para los que detentan el poder estatal satisfacer -apaciguar a algún precio- las exigencias de los opositores. Es en este sentido como la lucha contra el imperialismo norteamericano -y su dominación económica de los países del Tercer Mundo- resulta crucial para la lucha en el interior del país.

La mayor tensión genera para quienes se dedican hoy a jurisprudencia insurgente las contradicciones que analizamos respecto de los antiguos juristas burgueses. Los abogados litigantes -juristas en uniforme de batalla- comienzan a esta-

blecer distinguos sutiles. Aunque las obligaciones legales de los trabajadores y empleadores están establecidas por la ideología dominante, los abogados procuran adaptarlas y modificarlas, ajustar las controversias sin perturbar la integridad del sistema jurídico en su conjunto. Estos cambios dan origen a mejoras reales en la vida de la gente común: la legislación sobre créditos al consumidor para impedir prácticas desleales o fraudulentas; la legislación sobre viviendas; los planes sobre igualdad de oportunidades de empleo que imponen un trato compensatorio en beneficio de los negros, los chicanos y las mujeres. Esto se produce porque los juristas al servicio de la insurgencia penetran en la ideología jurídica y en sus normas y ponen al descubierto los intereses que amparan, con lo cual aclaran y contribuyen a justificar la exigencia de que el derecho se modifique en el sentido de poner freno a la "libertad" de la contratación. En la batalla por la libertad de palabra y de asociación y por el debido proceso legal, el abogado exige el respeto al principio constitucional y a las promesas de la Constitución.

En ambos campos, el abogado que trabaja en la jurisprudencia insurgente estudia con atención la ideología jurídica del grupo dominante, teniendo en cuenta sus orígenes históricos, a fin de comprender el fundamento de cada norma y cada sistema. Determina las contradicciones específicas entre los intereses del grupo dominante y su ideología, y las vuelca en provecho de quienes reclaman el cambio social. Al mismo tiempo, como señala Kinoy, para evitar convertirse en mero instrumento de la ideología dominante -contribuyendo a preservar la idea de que

dentro de ella es posible lograr el triunfo de todas las ideas dignas de ello- el abogado pone al descubierto todas las formas en que el grupo dominante se aparta de su propia ideología.

Pero hace más que eso. Los abogados verdaderamente empeñados en el cambio social seguirán el ejemplo de sus predecesores de la revolución burguesa y asumirán una posición claramente revolucionaria. Estudiarán y recomendarán "máximas de prudencia" en el sentido que explicamos antes, para mitigar los golpes del poder estatal desenfrenado contra las actividades políticas de sus clientes. Y, cosa más importante, trabajarán junto con sus clientes en la elaboración de una nueva ideología jurídica.

La decisión de militar junto con el movimiento tendiente al cambio social puede resolver contradicciones subjetivas, pero las que se manifiestan en el ámbito de la acción social pueden acentuarse, y en efecto así ocurre. Esto es particularmente cierto en el caso de los juristas. La ideología que los opositores elaboran colectivamente y aceptan individualmente cuando pasan a una actitud insurgente es lo que Weber llamaba una "convención", en el sentido de que rige la conducta del grupo. Pero es más que eso: abarca los reclamos de justicia que el grupo formula a la ideología jurídica dominante, y empieza a dar forma a los principios que se pondrán en práctica una vez que el grupo llegue al poder, si ello ocurre.

La clase de sociedad que se obtiene tras una revolución es la clase de sociedad que se merece, según la ideología jurídica edificada sobre los cimientos de la que la precedió y que comprende los principios conforme a los cuales vivió el grupo que deseaba el cambio mientras pugnaba por el poder. Así, en los movimientos revolucionarios de Occidente, el racismo, la discriminación sexual, la burocratización, el establecimiento del amor y la confianza recíprocos -problemas todos que un movimiento tendiente al cambio debe regular en sus asuntos internos- deben tratarse como si los principios que se adopten fueran los destinados a regir la sociedad entera en un futuro próximo. Porque en realidad, y salvando siempre la posibilidad de que resulte necesario introducir modificaciones y enmendar errores, siempre habrá de ocurrir efectivamente así. Los juristas insurgentes más sagaces y observadores lo sabrán al resolver, cada uno a su manera, las contradicciones que su profesión les plantee. Acaso les sirva de ayuda saber que sus mismos problemas fueron afrontados por otros de su especie cuando sirvieron a una revolución más antigua cuyos días, así lo esperamos están contados. Como escribió Shelley en su introducción al Prometeo liberado: "La nube de las mentes descarga su rayo colectivo, y el equilibrio entre las instituciones y las opiniones se restablece, o está por restablecerse."