

**Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de**

**Chuquisaca**

**Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales**

# **DERECHO-ESTADO-LEY**

**Texto de Introducción**

**por el catedrático**

**Doctor Rafael García Rosquellas**

**1949**

**Sucre - Bolivia**

**Capitulo Primero**

**LA VIDA JURIDICA DEL PRIMITIVO**

## 1.- LA MENTALIDAD PRIMITIVA

### a) Hay una mentalidad primitiva?

En la segunda mitad del siglo XIX comenzó a ser estudiado seriamente el hombre salvaje, o considerado como tal, haciendo los investigadores un esfuerzo por amoldar su mente a la de él. Así surgió una serie interesantísima de conceptos y valoraciones nuevos respecto de la que se ha llamado "mente primitiva" que Carlos A. Echánove Trujillo, basándose principalmente en Levy-Bruhl, resume de este modo:

Ante todo, la categoría "mentalidad primitiva aparece justificada así por la diferencias que la separan de la mentalidad civilizada, como por las grandes y constantes similitudes halladas entre las sociedades retrasadas mas alejadas entre sí. Desde luego, tenemos que:

1) Los primitivos confunden cosas que los civilizados distinguen.  
Ejemplos: una ciudad tiene un hijo de una estatura de su marido un pintor reconoce como una de sus obras un caballo que anda por la calle un jefe africano sueña que viaja pro Europa, y al despertar se viste a la europea y sus súbditos lo felicitan por su feliz regreso.

2) Los primitivos distinguen cosas que los civilizados confunden.  
Ejemplos: la muerte, para los fidgianos, sobreviene "cuando el alma abandona el cuerpo", aunque éste todavía se halle vivo una tribu australiana es atacada por otra que mata uno de sus individuos, pero esto no constituye certidumbre para ella: recurre a practicas adivinatorias que le revelan a una tercera tribu como a la autora del asesinato, y es a ésta que castiga.

3) El primitivo ve causas donde el civilizado n puede verlas. Ejemplos: La granuja de la urticaria, en Bolivia, se debe al contacto o proximidad de un manantial ("pujiu) en el Congo una sequía se atribuyó al bonete que portaban unos misioneros una crisis comercial, al desembarco de un caballo blanco.

### **b) La representación de los objetos**

La vida mental del primitivo está más profundamente socializada que la nuestra: en las agrupaciones primitivas todo es estrechez y homogeneidad los individuos no tienen motivos para diferenciarse, y la ley es pensar y actuar exactamente como los antecesores. Por otra parte, la materia mental de las sociedades primitivas tienen por carácter señero ser rebelde a la reflexión y al análisis y haberse constituido sin ellos. Así que los primitivos no se forman nunca de las cosas una representación puramente objetiva, sino que siempre adhieren a ésta, formando cuerpo con ella, ciertos sentimientos y hasta movimientos o sea, que para ellos no hay representaciones de que no formen parte indisoluble elementos afectivos y motores.

El primitivo -dice Carlos Blondel-, al mismo tiempo que experimenta la impresión material de ,los objetos sobre sus sentidos, teme o espera algo de ellos; siente emanar de los mismos, bajo la forma de ese temor o de esas esperanza, una acción bienhechora o nefasta que, no por ser inmaterial e imperceptible para los sentidos, es, como los sentimientos que suscita, menos real. En otras palabras, el mundo del primitivo y sus representaciones son místicos. Los objetos son para el no solo necesidades permanentes de sensaciones sino de impresiones místicas. En estas condiciones, la distinción que establece nuestra mentalidad contemporánea entre este mundo y el otro, entre los visible y lo invisible, falta totalmente en la mentalidad del Primitivo. Para éste lo material y lo sobrenatural, lo tangible y lo intangible forman un todo y se dan los unos en los otros y los unos con los otros.

### c) La clasificación en la "Ciencia" primitiva

Siendo pues otra la realidad para el primitivo, las clasificaciones que este hace de aquélla son también muy suyas: clasificación las cosas según sus caracteres místicos, es decir, según sus semejanzas y diferencias mística; en pocas palabras, según su participación en el elemento místico. Podemos pues, hablar de una ley de participación que regula las clasificaciones de los primitivos. Las cosas participan, o no, entre sí, según que tengan o no la mismas propiedades ocultas, que son las que más importan, los más real que hay en ellas. La mentalidad primitiva, en la causalidad del civilizado. Ejemplo contante de identidad mística es en todos los grupos totémicos le estrecho parentescos existente entre el grupo y su totem.

Las clasificaciones de los primitivos presentan, entre otras, la particularidad de ser la generalización; a todas las cosas y seres del mundo, del modo de agrupación social, y he de aquí una segunda base de su "ciencia". Así como los miembros de la colectividad son distribuidos en grupos y subgrupos totémicos (tribus, fratrias y clanes), así todos los demás seres y cosas de la naturaleza de distribuyen dentro de aquellos grupos y subgrupos, subordinándolos a los propios totems. El conjunto del universo queda, entonces, englobado dentro de la tribu totémica. De aquí que el orden natural participe del orden social y de aquí la necesidad de conservar este para asegurar aquel.

Cuando con la evolución política el orden social viene a concentrarse en un monarca, pueden darse ejemplos como el que un antiguo cronista refiere del Mikado japonés: "En épocas pasadas, dice, debía de permanecer todas las mañanas, durante algunas horas, sentado en su trono, con la corona imperial sobre la cabeza y sin mover los brazos, las piernas, la cabeza o los ojos, pues se pensaba que solamente así podía mantener la paz y la tranquilidad del imperio. Sí, por desgracia, se movía a uno u otro lado, o si su

mirada se dirigía durante algún tiempo hacia una sola parte del imperio, podía resultar para el país una guerra, una hambruna, una peste, un incendio u otra calamidad que habría de devastarlo (Kaempfer: History of Japan)

#### **d) Los métodos de investigación**

En cuanto a lo que podríamos llamar los métodos experimentales del primitivo para investigar la realidad, consisten principalmente en tres: los sueños, la adivinación y las ordalías. Ahora bien hay que tener presente que para el primitivo todo presagio es también efecto de la misma fuerza mística que habrá de producir el hecho anunciado. Así es que, en cierto sentido, el presagio mismo es ya ese hecho en la iniciación de su proceso real de modo que ni sueños, ni adivinaciones, ni ordalías tienen para él un sentido simplemente auguratorio, sino el de la realización misma del hecho que nosotros diríamos "augurado". Así, en Kamchatka, basta para lograr los favores de una muchacha referir que se ha soñado tenerlos. La adivinación revista gran diversidad de formas, según los lugares. Puede consistir en hervir en un pote agua con ciertas yerbas mágicas y observar de que lado se derrama en interrogar a los muertos, etc. En Grecia y Roma la adivinación se practica en las vísceras del ganado, o interrogando a las estrellas. Todavía hoy no faltan quienes creen en la astrología, en el globo de cristal y en los naipes. Nuestros indígenas (Bolivia) practican la adivinación preferentemente en la coca: el yatiri o adivino va derramando un puñado de coca, lentamente, sobre su poncho, arranca sus augurios. Las ordalías, que consisten en la ingestión de un veneno, o en la inmersión de las manos en agua hirviente, tienen también, a más de su misión reveladora de la culpa, la de destruir el temible principio místico que es el responsable, un última instancia, de la desgracia o crimen investigados. En esto se diferencian esencialmente de las ordalías medioevales o "juicios de Dios". El concepto que el primitivo tiene de la desgracia como simple evidenciación de una falta cometida (que requiere expiación) explica, por lo demás ciertas actitudes extrañas como la observada hacia los ahogados, los naufragos y los

incendiados, casos en los que el primitivo, coadyuva de muy buena voluntad a la mayor desgracia de la víctima.

### **e) La mentalidad primitiva es lógica.**

Pero la mentalidad primitiva, considerada en si misma, es coherente representa el desarrollo coordinado de una concepción del mundo, que tiene realmente su unidad. No es alógica ni antilógica, como se ha pretendido, sino más bien o simplemente prelógica en el sentido de que, contemplada la realidad a través de una actitud mística, la lógica aplicada a aquellas es lógica mística se basa en datos no experimentales, pero se desenvuelve sobre ellos coherentemente. He aquí un ejemplo tomado de los huicholes (México):

En los casos externos, cuando hay urgencia de que llueva, recurren los huicholes al ingenioso medio siguiente: toman agua de una fuente sagrada situada a doscientas millas al este, en la tierra del jículi, y la llevan hacia el oeste para echarla en el océano Pacífico, haciendo otro tanto con igual cantidad de agua del mar que llevan a la fuente. En opinión de los huicholes, "Una y otra agua se sienten a disgusto y necesitan volver a sus respectivos lugares. Como no tienen más medio de conseguirlo que levantándose en forma de nubes y pasando por la región de los huicholes, por fuerza se encuentran allí ambas nubes y, a consecuencia del golpe, caen en forma de lluvia.

## **2. TOTEM Y TOTEMISMO**

### **a) El problema , y el estadio de la horda**

Es prudente, al ingresar a este tema, recordar que la prehistoria está cubierta de sombras y que si bien el llamado "Salvaje" de la actualidad nos reproduce lo que pudimos haber sido los hombres evolucionados de hoy , la

condiciones en que aquél vive no son idénticas a las del primitivo que fuimos: ha habido, con el correr del tiempo, apreciables alteraciones geográficas y las hay hoy sociales muy profundas, especialmente en América, donde el cristianismo ha conseguido filtrarse en la prístina cultura indígena por cuanta grieta espiritual ha tenido a su alcance.

Se habla a menudo des la horda como el carácter de la primera sociedad humana. Parece Lógica la tesis, y convendrá aceptarla con las debidas reservas, es decir, tomando en cuenta que cuanto se diga del momento humano de la horda es muy conjetural.

La horda parece haber practicado la promiscuidad, lo que a algunos conduce a creer que no es posible encontrar en aquella los primeros gérmenes de la familia. No participo de este criterio, puesto que no es difícil encontrar formas variadas de auténtica vida familiar en numerosas especies de irracionales. Más aún: considero que la organización matriarcal -que un respetable sector de etnógrafos y sociólogos, historiadores y antropólogos describen como la primera forma familiar - surge de la promiscuidad automáticamente, puesto que ella conduce a hacer verificable únicamente la filiación materna y predibuja un régimen poliándrico que hará de la madre anciana la sagrada y respetable fuente común del placer y de la vida.

Mas, cuando la horda se establece en un territorio, abandonado su ida nómada, y se sedentariza dedicándose a la agricultura y el pastoreo, surgen, movidos por razones biológicas y económicas, la conquista y el rapto de mujeres en otros grupos también territorializados. Ahora bien, estas mujeres e ilimitadamente explotables, son apropiadas por sus raptos, que las defienden como dueños más o menos exclusivos. Al correr de unas pocas generaciones, y aún de una generación eventualmente, la matriarcal poliándrico ha desaparecido, y en la nueva familia se yergue el hijo raptor, sin competencia femenina, entre mujeres raptadas y subyugadas. Este es el

momento en que la familia matriarcal del estado promiscuitario de la horda, ha cedido su lugar a la familia patriarcal del clan aldeano, pastor y agricultor.

El totemismo, practicado ya en un pasado milenario, ya en nuestros días, por determinados pueblos salvajes aún -nos dice Maurice Besson, no ha revestido un carácter estrechamente rígido se presenta en distintas formas quizás sus causas originales hayan sido mucho más numerosas de lo que se creyó durante mucho tiempo, y en ellas pueden hallarse razones de orden psicológico de utilidad económico - como las que apuntan Paul Lacombe y Ad. Cureau, citados por nombres o de emblemas. Pero, en todo caso, el totemismo pertenece al hombre clánico y sedentario, y no a la horda.

### **b) Elementos del totemismo**

Podemos decir que el totemismo comprende el conjunto de los actos y hechos siguientes:

1) Ciertos grupos humano primitivos o semicivilizados se denominan según un objeto determinado y con preferencia, un animal. Este es el totem del grupo.

2) Tales grupos creen que entre ellos y el totem existe un lazo de filiación genética por eso sus miembros se consideran como el mismo hombre y respetan el mismo objeto o el mismo animal. Semejantes grupos constituyen como vastas familias primeros conglomerados sociales que unió una fraternal comunidad de origen.

3) Estos grupos deben respetar a su totem, evitar matarlo, comerlo, o destruir algún individuo -animal, planta u otro objeto de la misma especie que el o semejante a él.

4) Como consecuencia del sistema, se reglamente el matrimonio, que es generalmente exogámico.

5) Una serie de ritos expresa la creencia en el totem, bien de un modo positivo (admisión en el grupo, danzas, ofrendas -como nuestro challacu-, representaciones e indentificaciones), bien de un modo negativo prohibiciones o tabúes).

Se nos presenta, pues, el totemismo, como una organización jurídica primitiva. Su estudio permite explicar cómo se han constituido ciertas sociedades, como nacieron ciertas concepciones, y cómo ciertos conceptos religiosos, fusionados con lo jurídico, moral y consuetudinario, han podido desprenderse de la nebulosidades de la prehistoria.

#### **e) Interpretación sumaria**

Alrededor de esos elementos vienen a añadirse hechos y costumbres que varían según las regiones donde se practica o se ha practicado el totemismo. El totem se presenta como el antepasado y protector del clan o grupo humano de emparentado místicos.

Hay que distinguir tres especies de totem: el totem del clan, el del sexo y el totem individual que es privado y trasmite generalmente los miembros que pertenecen a un mismo clan y llevan el mismo nombre totémico.

Las relaciones de hombre de una tribu totémica con su totem son ante todo dominadas por las ideas de descendencia. El antepasado del clan ha sido, en una u otra forma, el totem respetado y cuyo nombre lleva la tribu. Los miembros del clan de la grulla, entre las pieles rojas ojilaways, afirman descender de una pareja de aves de ese nombre lleva al lago superior y transformadas por el Gran Espíritu en seres humanos. La famosa loba de Rómulo es posiblemente también un totem, debió serlo, en sus orígenes, Inti del Cuzco, Dentro de las culturas preincaicas del sud de Bolivia hay abundates vestigios por las cuales resultaría que los totems mas extendidos fueron el puma, en primer lugar, y animales rastreros, como serpientes y diversos gusanos; posiblemente el sapo. La expedición que, presidida por mi y el arqueólogo Leo Pucher, realizó e Instituto de sociología Boliviana, en julio de 1944, reveló, según interpretaciones de mencionado arqueólogo, representaciones de jaguares, entre muchas otras, en el llamado "Fuerte de Samaipata".

Sobre los charcas que tuvieron su asiento principal donde se halla edificada la ciudad de Sucre, hay muy escasa información. Calancha, citado por Valentín Abecia, nos dice que "Adoraban" el Tancka - Tancka (transformado más tarde por los cronistas en tanga tanga) y que el santuario de este, riquísimo en ofrendas de metales precioso, se habría hallado en las faldas del churuckella, lugar que os españoles de hace tres siglos excavaron, en afecto, en todas direcciones, hasta motivar la intervención oficial de la Real Audiencia de Charcas que en 1626, prohibió más exploraciones de la "Guaca de Tanga -Tanga". De cualquier modo, son muy sugestivos los nombres de las dos pequeñas colinas que presiden el panorama de Sucre: Sicasica y Churuckella. Es posible que el Tancka - Tancka, si realmente existió, hubiera sido, no el escarabajo o aca- Tancka (remolcador de estiércol), sino la representación del caracol. La vieja divinidad de Pachamama (Madre Tierra, Madre de todos los tiempos) se relaciona muy viene con el culto de este simpático gasterópodo que es el significado d la palabra churuckella o perezoso de la concha. Ningún animal podía simbolizar mejor el culto a la tierra, a la atierra de labranza y al suelo en general. Pegado a él, prendido a él

y confundido su color, en la horizontalidad de todo el suelo y lleva en sus espaldas, con carne, la espiral alegoría de la mañana elevándose por las curvas de su cono. Si hubiera sido el uno el clan del Perezoso de la Concha, entre los charcas de la vieja Chuquisaca, podía el otro ser el clan de la Sicasica, nombre también evocador de tierra que se hace vida en ese cordoso gusano gualdipardo que sicasica se designa en quichua. En fin, la voz Tancka -Tancka expresa la idea de empuja, arrastrar o remolcar continuamente un peso difícil. Leo Pucher hace, por su parte, una valiosísima interpretación de la Puerta del sol de tiahuanacu, interpretación por la que la figura mas importante vendría a ser la del gusano en proceso de metamorfosis hacia la mariposa.

De este modo, el caracol y la Sicasica encerrarían excelsamente el poder oculto (el melanesio mana) de Pachamama quizás en su forma hostil o adversas, por cuanto el Caracol y la sicasica pueden aparecer ante el primitivo como "Reyes" de babosas y brujas respectivamente, animales ambos tan dañinos a la agricultura cuñado eventualmente forman plagas.

Loa ayllu -masi tenían también un dios tutelar de carácter totémico - nos dice Alberto Zelada, que sería de protección y de distintivo dentro de la organización social. "Recordemos los ayllus del Cóndor (cuntur), de la serpiente (catari), del relámpago (illappa) y otros.."

#### **d) Identificaciones**

El respecto de los principios totémicos, unido al interés que pueden tener los hombres de un mismo clan en reconocerse por alguna contraseña, ha conducido a estos últimos a asimilarse al totem: se visten con la piel del animal totem, como en las danzas lupercales de Roma, se arreglan los cabellos, o se maltratan o deforman el cuerpo con miras a adoptar en lo

posible el aspecto del totem. En fin, representan a éste en sus cuerpos pro medio de cicatrices, tatuajes y pinturas.

La identificación del hombre del clan con su totem se convierte a veces en una ceremonia especial como aquella de los indios omabas en la que e dibuja el pelaje de un cozo en la espalda del niño recién nacido, al tiempo que todos los asistentes "Se pintan de corzos" igualmente. También se han observado hechos de identificación en las ceremonias matrimoniales, como la costumbres de frotar a los novios con la piel del animal totem, o la del simulacro de boda con un árbol totem, que precede a la ceremonia nupcial. Por último se revela aún mas precisa la propensión del hombre del clan a identificarse con su totem, en las ceremonias fúnebres. Es profunda y bastante generalizada de creencia en la recuperación de la forma totémica.

Los chiriguanos de Azero y Cordillera (Bolivia), según datos actuales del estudiante Adolfo Peducassé que vive entre ellos, "sienten una veneración profunda" por el zorro (Aguara) así como por el jaguar (yagua o yaguapinta) a cuya forma creen poder volver en vida después de la muerte. La violación del tabú del hierro por el padre durante los tres primeros días posteriores al alumbramiento - días en los que aquel debes quedar en cama - hará que sus niños vuelvan prematuramente al seno de Tumba (padre, oculto quizás el mana melanesio) en forma de zorrillo o zorrilla, según el sexo.

#### **e) Representaciones en los objetos usuales.**

Las representaciones totémicas en los objetos usuales -chozas, canoas, escudos- son sumamente varadas y podrían ser objeto de un vasto trabajo de documentación sobre el primitivo Arte indígena.

Una actitud primitiva de este género es, en nuestro país (Bolivia) el empleo de los cuernos del buey en una extremidad de la "Cumbrera" del rancho. El buey no es, por cierto, indígena pero su uso, mantenido durante siglos de colonización y con un significado económico tan estrechamente unido a la dádivas de Pachamama, se relaciona muy bien con la mentalidad primitiva en cuanto a provocar tales representaciones, que, en este caso, además, podrían hallarse determinadas por una ancestral conexión asociativa, más o menos inconsciente, con los cuernillos del Perezoso de la Concha, tal conjetura mía tiene algún valor.

En la cerámica de los charcas (Chuquisaca), la ornamentación de espirales, con variadas combinaciones de estilo y color, es abundantísima, lo que otra vez nos lleva al churuckella y al legendario santuario de sus faldas: se trataría de representar el caracol.

#### **f) Proyecciones en el régimen social.**

Tales son los caracteres del totemismo. Pero a estas manifestaciones y costumbres va unida toda una organización social que corresponde a un grado particular de evolución de los primitivos. En efecto, el clan cuyos miembros están unidos "Totémicamente" aparece como primer grupo coherente en ciertos pueblos primitivos. La solidaridad que une a los miembros no es en modo alguno familiar, dice Besson, sino más vasta. Tampoco es territorial. Comprende deberes para con el totem y para con el clan, entre los cuales sobresale la obligación de casarse fuera del Clan, es decir, de practicar la exoganía. Por otra parte, el clan forma una comunidad con poderes y responsabilidades indivisos, porque los sujetos activos y pasivos de las obligaciones son colectivos en el régimen totémico.

El totemismo, con sus divisiones obligatorias y sus tabúes, clasifica, por decir así, a cada individuo, el da un "Estado civil totémico", y se presenta, de

este modo, como una verdadera organización social cuya base es el mantenimiento de la filiación uterina. La participación en las diversas legislaciones sobre todo de la Antigüedad, así como en muchas actitudes del hombre que llamamos civilizado, particularmente en la religión.

Si nos preguntamos por lo que el totem en sí representa, parece admisible (Durkheim) que este personifica un poder oculto, "una substancia mística, misteriosa, que impregna todos los seres", al decir de Echánove Trujillo, el mana melanesio, el mulungo de los gaos (África Central), el Wakanda de los siux norteamericanos, el orenda de los hurones, el wong y el bamba africanos, el joia de los australianos, la gracia de los mayas y el kha faraónico de los egiptólogos.

Es indudable que el totemismo ha hecho mucho por fortalecer los lazos sociales. Gracias a él han podido coordinar las sociedades organizar su régimen económico. Las difusas fuerzas del clan, unificadas en el totem, han podido ulteriormente, bajo la influencia de las determinaciones geográficas, hacer posibles mayores concentraciones de poder en la confederación tribal, la ciudad y el imperio, sucesivamente. El totemismo condujo a la gerontocracia que aparece en los orígenes de Grecia y Roma, y, por la concentración del poder oculto del mana -que se personifica originalmente en el totem-sobre la cabeza de soberano único, ha apresurado el desarrollo de soberano único, ha apresurado el desarrollo de civilizaciones cuyos orígenes totémicos tienen borrados el tiempo.

Bien pues, con este antecedente podemos pasar a reseñar algunos conceptos alrededor del importantísimo, para nuestro objeto, término tabú y de la significación de cosas tabuada.

### 3. T A B U

Se comprende que el hombre primitivo o muy atrasado aún no sólo ha de manifestar respecto para su gran antepasado, sino que también se ha esforzar cuando, por ejemplo, tropiece con algún individuo de la especie de este dejará a salvo su vida, evitará comerlo, que, para el caso, fuera tanto como comer carne de su carne. Así es como nacen las prohibiciones de caza y de alimentación, o de destrucción y contacto, si se trata de una planta u otro objeto (véase la nota N° 1 de este capítulo).

En muchas tribus, principalmente entre los australianos, se lleva luto al ver el cadáver de un animal de a especie del totem, el designar al totem por su nombre. En todas las sociedades totémicas la transgresión de los tabúes es osa muy grave, y puede acarrear la muerte, o enfermedades y calamidades múltiples. A veces el totem se origen en juez y da a conocer su sentencia por medio de ordalías.

Entre nuestros indígenas de la cordillera boliviana, el tabú más generalizado es el de evitar todo contacto con los chullapas y sus carreras alguna calamidad. a este propósito, recuerdo mucho que, cuando en octubre de 1943, realice una expedición a la propiedad Oroncota, de el arqueólogo Dick Ibarra Frasso, nos hallábamos justamente descubriendo un antiguo vaso en el alto y arenoso borde de un torrente seco, cuando se vino encima una violenta aunque breve granizada que fue inmediata y unánimemente, además entre los indígenas, la idea de que aquél que descubre una tumba de los primitivos abuelos, una huaca o chullpa, está en peligro inminente de caer muerto al hacerlo. De aquí que sea muy difícil conseguir su colaboración en empresas de este genero. len todo caso, solo nunca lo hará. En compañía del banco se arriesga, quizás porque, cumpliendo órdenes, cree amortiguada su responsabilidad.

Veamos qué nos dice sobre el particular el célebre James Frazer:

En la sociedad primitiva las reglas de pureza ceremonial observadas por los reyes divinos, jefes y sacerdotes, concuerdan en muchos aspectos con las reglas observadas para los homicidas, enlutados, parturientas, púberes, cazadores, pescadores y otros. Para nosotros estas personas de clases tan variadas nos aparecen diferir totalmente de carácter y condición a unos los denominamos sagrados, y a los otros impuros (manchados, polutos). Pero el salvaje no hace entre ellos semejante distinción moral los conceptos de santidad e impureza no están aún diferenciados en su mente. Para él, rasgo común de todas estas personas es que son peligrosas. Mas este peligro no es menos real porque sea imaginario, puesto que la imaginación "puede matar tan certeramente como una dosis de ácido prúsico". Ahora bien, el objeto que los tabúes persiguen no es otro que separar del resto del mundo a esas personas (Tabuadas) para que su peligro no se contamine. Los tabúes espiritual de que están cargadas esas personas y evitar sufran o inflijan daño al contacto.

En opinión del salvaje, objetos y palabras, lo mismo que personas, pueden estar cargadas o electrificadas ya temporal o permanentemente con al misteriosa virtud de tabú, y de consiguiente requieren ser excluidas, por un tiempo corto o largo, del uso familiar.

La temible sanidad de los reyes conduce a la prohibición de contacto con sus sagradas personas, como ocurría con los reyes espartanos, o los reyes de Tahití. Esta prohibido tocar la persona del rey de Siam bajo pena de muerte. El tabú del hierro parece estar muy extendido: las cosas de herró no podían entrar en los santuarios griegos un sacerdote otentote o puede usar navaja de hierro, sino de cuarzo estaba hecho y tenía que ser reparado sin el uso del hierro ni del bronce.

Lo nuevo, por su novedad, suele estar también tabuado: "las intensísimas lluvias no acostumbradas en las islas de Nicóbar que cayeron en el invierno de 1886 a 1887, cuando los ingenieros ingleses desembarcaron, en ellas, las imputaron los nativos, alarmados, a la rabia de los espíritus de los teodolitos, niveles y demás instrumentos que instalaron en muchos lugares frecuentados por ellos algunos nativos propusieron, para ablandar la cólera de los espíritus, sacrificarles un cerdo".

Frazer ilustra, con numerosos ejemplos, el tabú de la sangre, sobre todo de la sangre del rey, que no debe ser derramada al suelo en el acto de su eventual ejecución, o que hace suyas las cosas en las que al lastimarse la virtió el tabú de la cabeza, el tabú del pelo y las uñas el tabú de la saliva que, siendo prolongación, como aquellos, de la persona, corre el riesgo de prestarse a maquinaciones hostiles, a ser embrujada. Así, cuando los wajagga del África Oriental deseen cerrar un convenio mutuamente garantizado, "Sencillamente se escupirán a turno el uno al otro dentro del a boca". Otros tabúes usuales son el de los alimentos y el de los nudos y anillos, así como el de los nombres, particularmente de las personas muestras y, dentro de estas, con preferencia los de los jefes y monarcas. "Entre los sakalavos, cuando muere un rey, los nobles y el pueblo reunidos en consejo alrededor del cadáver, escogen solemnemente un nombre nuevo" con el que será conocido en lo futuro el extinto monarca, etc.

El gran tabú del mundo occidental contemporáneo, tabú alimentado y protegido especialmente por la religión cristiana, es el tabú de los órganos de la generación, tan vivo y poderoso a través de la multicientenaria vida del cristianismo, que la historia está poblada de hechos de las más inaudita ferocidad ejercita contra los violadores. Contra el pecado de lujuria se desencadenarán todas las furias celestiales, y la Iglesia organizará todo un aparato de ejemplarizadoras torturas.

Pero, actualmente, no hay código penal que no dedique alguno a algunos capítulos a los delitos de escándalo, exhibicionismo, hecho deshonesto, etc. El sacerdote católico debe, forzosamente, hacer voto de castidad. Este tabú no está sólo confinado al contacto directo de los genitales, sino que obliga a cubrirlos rigurosamente y aún más tiene invadido aún el lenguaje escrito y hablado y el arte en general, el Arte o la cosa en general que se conoce popularmente con la fulminea elocuencia de los adjetivos: inmoral, pornográficos.

Hay millares de ejemplos de palabras tabuadas, como: carajo, puta, mierda, alcahuete, pendejo, culear, parir; y otras de apariencia, inocente para el no iniciado en el vocabulario local, como : chucha pájaro, huevos, etc., etc., cuyo uso está terminantemente proscrito en los círculos de la clase dirigentes, su pena de expulsión sociales más o menos violentas contra el "mal hablado". Si ala terapéutica nudista actual se le permite, en ciertos países, operar organizando centros adecuados, es sólo bajo condiciones del más severo aislamiento. Por consiguiente, la sola lectura de estos párrafos está llamada a provocar no pocas interjecciones de asombro o de censura, puesto que viola el celoso tabú. Es muy posibles que la Era Cristiana pase a l conocimiento de los futuros siglos como la Era del Terror Sexual, curiosa y característicamente primitiva actitud psicológica de cuya curva el cenit se encuentra, sin duda, en el Medioevo.

Llevando un poco más lejos la meditación alrededor de este gran tabú genital contemporáneo, se destaca su importancia suprema en la estructuras social y en general, en la cultura de los últimos mil años. Ocupa el ochenta o noventa por ciento del contenido de las reglas morales la moral es casi sólo temperancia o privación sexuales. La organización de la familia y toda la vida de relación, o casi toda, está ocupada por el tabú genital. La moda, en le vestido, se crea y evoluciona bajo la obsesión de esta idea: hagamos como que violamos el gran tabú... Atisbemos un trocito de piel adecuadamente alejado del foco sexual; ensayemos una postura, un signo alusivos, pero...

cuidado! no más que eso, si no quiere que caiga sobre ti, con la cólera del dios único, el enojo de tu sociedad!... El baile,. en sus variadas formas, es como el juego del niño que se complace en pasar fugitivo junto a la puerta, siempre cerradas del obscuro y temible cuarto de los duendes...

Pero a reforzar este gran tabú de los órganos de la generación concurre no sólo la religión - lo hace en grado eminente- , sino además la jerarquía social o, si se quiere, la conciencia clasista, por una parte, y, por otra, el sexo. Puede decirse que las manifestaciones sexuales de cualquier orden son anatematizadas con más fuerza, por las clases dirigentes, en la medida en que pertenecen a los usos y construmbres de clases más inferiores. Así, parecerá "menos duro" a los oídos de la clase dirigente decir testículos (cuyo uso prudente parece reservarse ella) que huevos , palabra propia del mestizo generalmente artesano, y esto menos "Grosero" que ckorotas, voz indígena equivalente. Y el indio es, sin duda, en Bolivia, la clase social menos favorecida en todo sentido al mismo tiempo estos tabúes cobran más nítida prestancia y son más inviolables por la mujer ( y ante la mujer) con singular intolerancia, la abominación de lo sexual. Por Ultimo todas las dichas palabras pueden funcionar, al mismo tiempo, como injurias, y valer así como por el sacerdote ( y ante el sacerdote) sobre quienes pesará, con singular intolerancia, la abominación de lo sexual . Por Ultimo todas las dichas palabras pueden funcionar, al mismo tiempo, como injurias, y valer así procesalmente.

#### 4. LEY DE EXOGAMIA

La reglamentación exogámica lleva a consolidar la subdivisión de las tribus en fratrías y clanes, mas no parece que de la exogamia o de su ausencia haya que formar el criterio absoluto del totemismo en tal o cual pueblo: el caso de las tribus australianas de los arunta, totémicas y sin embargo endógamas, es una prueba de ello.

La exogamia totémica permite descubrir las primeras fórmulas de las leyes de trueques en ellas soledades prehistóricas o que se han quedado en ese grado de civilización. La exogamia aparece, en la misma que se traduce en cambios de prestaciones. Consiste en que, generalmente, los miembros en un clan totémico o de una fratría sólo pueden casarse con los del otro clan o fratría de diferente totem. La pena al transgresor es, a veces, la muerte misma. Cuál es el origen de este tabú? -Lo hemos visto: los miembros del clan están en una relación de consubstancialidad mística con el totem. La pena al transgresor es, a veces, la muerte misma. Cuál es el origen de este tabú -Lo hemos visto: Los miembros del clan están en una relación de consubstancialidad mística con el totem: la esencia de éste es también la de ellos. Pero si esta esencia encarna en los individuos humanos, reside más particularmente en ciertas partes privilegiadas del organismo y, sobre todo, en la sangre. Esta es, la sangre. Esta es, pues sagrada por ser vehículo del totem. Pero, desde este punto de vista, la sangre de la mujer es más sagrada que la del hombre. En efecto, ella es quien, en el régimen de filiación uterina -que es el más extendido entre las sociedades australianas-, transmite el totem. Pero, desde este punto de vista, la sangre de la mujer es más sagrada, deje escapar el principio sagrado que contiene, quedando expuesto a los peligros del contacto. Se comprende, entonces, que el contacto con la mujer esté absolutamente prohibido. Pero estándolo por causas del carácter sagrado del totem, hallan prohibición se extiende sólo a los individuos pertenecientes al totem y que, por consiguiente, se hallan asociados al mismo culto y sometidos a las mismas interdicciones. Para los otros, tal prohibición no existe. Así es que el matrimonio solo resulta lícito entre clanes de diferente totem.

A veces la exogamia no se limita a autorizar llanamente el matrimonio entre las dos fratrias que componen una tribu, sino que prohíbe su verificación entre grupos más reducidos que componen la fratría o la subfratría. por ejemplo: en el siguiente esquema. A y B representan las fratrias a, b, c y d las subfratrias, y 1 a 12 los clanes. pues bien, los individuos

de la subfratría a sólo pueden casarse dentro de la tribu con los de la D. de la fratría B. Así queda aún más limitada la libertad matrimonial.

TRIBU	Fratría <u>A.</u>	Subfratría <u>a</u>	Clan N° 1
			Clan N° 2
			Clan N° 3
	Fratría <u>B.</u>	Subfratría <u>b</u>	Clan N° 4
			Clan N° 5
			Clan N° 6
	Fratría <u>B.</u>	Subfratría <u>c</u>	Clan N° 7
			Clan N° 8
			Clan N° 9
	Fratría <u>B.</u>	Subfratría <u>d</u>	Clan N° 10
			Clan N° 11
			Clan N° 12

#### 4. TRIBU, FRATRIA Y CLAN

La tribu, como se ve por este esquema, es la reunión de dos jefes que se reúnen para deliberar sobre asuntos comunes a las fratrías o clanes que representan . La tribu se halla comúnmente fija en un lugar determinado. Aunque todos los individuos que componen la tribu llevan el mismo nombre, las fronteras materiales y morales entre tribus vecinas están poco acusadas, al punto de que a menudo varias tribus limítrofes asisten a las ceremonias religiosas de una de ellas.

La fratría se compone de varios clanes que pueden hallarse formando subfratrías. Es un clan primario que al desarrollarse se ha fragmentado en ciertos números de clanes secundarios, pero si que éstos pierdan el sentimiento de su comunidad de origen y de u solidaridad. Por tanto, subsisten entre ellos lazos que hacen del agregado formado por su reunión un grupo dotado de cierta unidad. Tal es la fratría, según podemos observarla actualmente. Lo que sobretodo de nuestra que ha comenzado por ser un clan, y un clan de esta naturaleza, es que a menudo tienen un totem y que aveces los totems de los diferentes clanes secundarios que la integran derivan manifiestamente del suyo propio lo que indica que este es anterior a aquéllos (Durkheim). Las fratrías (que Howit, Spencer, Giben y otros llaman "Clases matrimoniales") se presentan siempre por pares constituyendo cada par una tribu. Los individuos pertenecientes a cada fratría se considera hermanos a la vez que tratan como primos a los de la fratría de enfrente . El origen de la desmembración binaria de las estirpes - observa G. Wundt-, vista su uniformidad y concordancia en todas parte, no ofrece la menor duda. Evidentemente, nada tiene que ser con el totemismo en sí el ejemplo de los australianos hace pensar hace pensar que los miembros de las estirpes no reciben originalmente su denominación del totem, sino por relaciones de orden local y otras especiales externas. Un fenómeno tan regularmente repetido en zonas apartadas, como el de la desmembración binaria, no puede explicarse de otro modo que por las condiciones generales de expansión de los pueblos. Una tribu que hace vida de recolecta y de caza, habrá de dividirse a causa del aumento de individuos o del agotamiento de los medios de subsistencias división bipartita con arreglo a ala partición del lugar de caza, y que se va repitiendo conforme al mismo proceso.

El clan - palabra tomada del antiguo irlandés- no implica fijeza en un territorio determinado sus miembros pueden estar diseminado dentro de la fratría o de la tribu. Su carácter, ya lo hemos dicho, es sobresalientemente religioso: es el grupo de individuos que se consideran parientes entre si por su común origen totémico. Parece pues que hay, o debe haber, una cierta o

correspondencia entre el clan y totemismo, de tal manera que el uno no se da sin el otro.

## 6. EL DUK-DUK

En toda organización social sin órganos oficiales encargados de administrar justicia, formarse sociedades secretas que toman sobre sí esa tarea. Eso son, v gr., los duk-duk de la Nueva Bretaña, formados comúnmente por un confidente del jefe de la tribu y algunos jóvenes. Cada individuo duk-duk de la nueva Bretaña, formados comúnmente por un confidente del jefe de la tribu y algunos jóvenes. Cada individuo duk-duk es un justiciero implacable. Revestido de su traje propio y cubierto de horrible máscara, recorre aullando al aldea y todos los que ignoran su secreto apartasen a su paso, azorados. Se dirige a la cabaña del indígena a quien se imputa un crimen y la aplica el castigo, que puede variar desde la simple multa hasta la pena capital. Nadie osaría resistirle, porqué, por que tarde o temprano , la mano contra el duk-duk.

Los miembros de esta alianza secreta se reconocen entre sí por cierta señales características, y mantienen asambleas en ciertos sitios a los que no llegan los profanos, su pena de muerte. Ahí se entregan a danzas y cantos, comen copiosamente, y, a menudo, la carne humana constituye el mejor plato de l banquete. También son nigromantes y curanderos (José Daniker).

En el duk-duk puede verse diseñado -comenta Antonio Caso en contornos muy imperfecto aún, pero perceptibles no obstante, el Estado incipiente. Se trata, como es fácil advertir, de los primeros poder aquí derivado de la religión y de la magia y que implica no ya sólo solidaridad doméstica, sino solidaridad política. Estos duk-duk justicieros y enmascarados son agentes de la formación del Estado son ya órganos de la colectividad tribal que ensayan instintivamente centralizar una de las grandes tareas de la creación jurídica representa el advenimiento de una actividad que, mítica por su origen,

responderá más tarde -cuando la división del trabajo y la guerra determinen una solidaridad más compleja -a necesidades en las que, poco a poco, el elemento mítico irá desapareciendo, para destacarse en todo su esplendor la nueva forma de solidaridad.

## **7. FORMALISMO DEL DERECHO PRIMITIVO**

### **a) El fenómeno y sus causas./ bárbara**

Las leyes y las ideas de una época/exigen hombres que les sean coetáneos, seres incultos, groseros, simples, que no puedan adquirir un conocimiento cabal de las cosas si no es a condición de tocarlas palparlas, relacionarse sensorialmente con ellas. La forma predomina sobre la idea los resultados inmediatos y los objetos perceptibles son los únicos que se tienen en cuenta es necesario impresionar los sentidos para poder llegar al espíritu.

Así, el derecho primitivo es pronunciadamente materialista y proclive a la sismología. Y es que la barbarie, tan próxima a la irracionalidad, no consigue lograr sino difícilmente conceptos abstractos su estadio psíquico lo obliga a manejarse con imágenes plásticas. El derecho adopta las más pintorescas y variadas fórmulas, prescripciones rituales y solemnidades. Basta a menudo pronunciar una palabra, o dejar de hacerlo para perder un litigio. Como en las sociedades primitivas no hay separación entre lo "Espiritual" y lo "Temporal", entre religión y Derecho, y Estos forman, con la moral y la costumbre, una masa indiferenciada, se comprende que en ellos aparezca justificada la copiosa sismología de la vida jurídica que a la vez es vida religiosa, a la tradición y al Derecho: En ello se muestran, aparentemente diseminados y confundidos, prescripciones rituales y litúrgicas, en mandatos morales y ordenaciones embrionarias del modo que modernamente llamaremos jurídico.

Pero existe una razón más de carácter práctico, que completa la explicación de ese simbolismo: La ausencia de la escritura. el pasado de los pueblos primitivos se perpetúa mediante el frágil instrumento de la memoria. Así pues, era importante buscar y poner en práctica un medio de consiguiera grabar profundamente en el libro mental de los fastos de la historia las reglas y los hechos de especial importancia para la vida no sólo de los coetáneos, sino de las generaciones venideras. Y hasta qué punto por "La función del órgano" éste alcanza insospechada eficacia, nos ilustra la antigua Grecia: "durante la época clásica, Homero era casi el único texto indiscutible de las escuelas y había eruditos que podrían recitar de memoria 15.000 versos de la Iliada y otros tantos de la Odisea. en uno de los diálogos de Jenofonte, escrito hacia el año 415 antes de Jesucristo, uno de los interlocutores dice así: "Deseando mi padre hacerme un hombre bueno, me obligó a aprender de memoria toda la poesía de Homero, de manera que ahora puedo repetir la Iliada y la Odisea sin equivocarme en una palabra"

Así pues, sensorialismo del primitivo, indiferenciación de la costumbre y carencia de escritura son las tres razones que fundan y explican el formalismo del Derecho primitivo.

### **b) El formalismo en el derecho Romano.**

En el derecho romano prejustiniano abundó el formalismo. Para ejercer la reivindicación debía el objeto reclamado ser traído a presencia del juez, así se tratara de un mueble o de un animal. De los fundos rurales se traía un puñado de tierra de un rebaño, una oveja. Tocar un objeto significaba tomar posesión del mismo, o declarar derecho propietario en juicio. Todavía entre nosotros aparece el recuerdo de esto cuando a alguien que cae en el suelo de su domicilio se le dice que "Tomo posesión" de este.

Dice José Arias, profesor argentino de derecho romano, a propósito de las legis actiones: "Era... un procedimiento sacramental caracterizado por el empleo de palabras y gestos solemnes cuya omisión llevaba aparejada la nulidad de lo actuado y, por ende, la pérdida del proceso. Huvelín lo caracteriza con precisión con precisión: particularmente privado, formalista y oral."

Un acto en que aparece con caracteres dramáticos el materialismo o fisicalismo del derecho romano es el descrito y establecido por la Tabla III para el deudor insolvente y convicto: "Tertilis mundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto": corta más o menos, no se considere fraude".

En la legis actio sacramenti, una vez formalizada la litis contestatio ante el magistrado, este pronunciaba fallo mediante una de las tres palabras siguientes: -Do (de dare), para otorgar un árbitro a las partes -Dic (de dicere), para publicar una regla general en un edicto o normar un contestación y -Abdico (de addicere), para reconocer un derecho a alguna de las partes. Por los demás y dado que la jurisdictio sólo podía ejercerse en días fastos (Tabú del tiempo), tales palabras podía sólo pronunciarse en semejantes día.

La mancipatio, conocida antes de la XII Tablas, se practicaba por aes et libran (por el bronce y la balanza). Consistía en una venta ficticia. La cosa objeto de la transferencia debía estar presente. Así como el vendedor, el comprador, cinco testigos y el libripens o porta-balanza. El adquirente cogía la cosa y declaraba que era su dueño según el derecho civil y que la tenía adquirida para sí con la ayuda del bronce y la balanza. En fin, golpeaba la balanza con un trocito de bronce (o de cobre) que entregaba luego al vendedor como símbolo del precio. Así quedaba consumada la transferencia de la propiedad.

El demandante -dicen Aftalión y García Olano- tenía que ceñirse estrictamente a las palabras de la vetusta fórmula de demanda y acompañarla eventualmente de manipulaciones tradicionales cualquier error podía acarrearle la pérdida de su derecho. el jurisconsulto Gayo trae como ejemplo el caso des un labrador que perdió su pleito por hablar de viñas en su demanda (de vitibus succisis) siendo así que la fórmula tradicional consagraba la expresión árbol. Otro ejemplo que muestra en forma evidente cómo el Derecho estaba impregnado de materialismo lo proporciona la represión del robo. La circunstancia de que el ladrón fuera o no sorprendido durante la perpetración del delito, circunstancia que sólo depende de la casualidad y que no puede alterar la responsabilidad del delincuente (en el Derecho moderno), acarrea una distinción fundamental en cuanto a la pena aplicable. El fur manifestus quedaba como siervo del robado el fur nec manifestus se libraba con el pago del duplum. El espíritu demasiado materialista - continúan los nombrados autores- no alcanzaba discernir bien el año social, el concepto de turbación del orden jurídico y la correspondiente proporcionalidad de la pena.

### **c) El formalismo en el derecho español e indiano.**

En el antiguo derecho español, como en nuestro derecho indiano , encontramos numerosas supervivencias de esta tendencia del primitivo a la materialización de los actos jurídicos. La toma de posesión de nuevas tierras en nombre del rey , o la fundación de villas, se hacían leyendo en alta voz el "Requerimiento", rayando el suelo y acuchillando el pasto.

Bajo la influencia de la inmigración germánica, el antiguo derecho español conservó, hasta bien avanzadas época, supervivencias picas del derecho prehistórico, como los juicios de Dios (ordalías totémicas) por el hierro candente y el agua hirviendo o el aceite.

La filiación germánica del derecho español - nos dice Ots Capadequí determinó la inexistencia de los contratos consensuales toda obligación debía derivar de un hecho delictivo o de un contrato real. La traditio o entrega de la cosa, en los contratos reales, se simbolizaba en la entrega de un puñado de tierras, o en el corte de algunas ramas de árboles, símbolos sin los cuales o se perfeccionaba la traditio. De esta inexistencia del contrato consensual eficaz por sí solo, nacieron la palmata y la wadiation. Por la palmata, apretón de manos que "Cerraba" el convenio, se otorgaba al perjudicado una acción para reclamar indemnizaciones. En la wadiation intervenían el deudor, el acreedor y un "Fiador". Como reconocimiento solemne de su voluntad de cumplir la obligación, el deudor arrojaba públicamente un objeto de su propiedad, el que podía ser un guante, el sombrero, el bastón, etc., objeto que quedaba en poder del fiador. Transcurrido el plazo que se acordó para el cumplimiento de la obligación sin que el deudor hiciera honor a su palabra, el fiador entregaba el dicho objeto al acreedor, quien, ya munido de éste, esta en condiciones de demandar judicialmente al deudor.

En fin, Antonio de León pinole, citado por Ots Capadequí, nos explica en esta curioso modo lo que es una cavallería: "Cavallería, dice, que es el espacio de tierra en que se pueden señalar doscientos mil montones: Peonía, la en que caben cien mil de suerte, que dos Peonías habían una Cavallería." Se entendía por montones, según parece, pequeñas elevaciones de tierras, de unos tres pies de diámetro, que se usaban en las Antillas para e cultivo de la yuca.

Entre nosotros, y hasta hace pocos años, ha existido esta por cierto cruel y bulliciosa solemnización de las operaciones de deslinde de dos propiedades rústica: asisten todos o parte de los niños indígenas y, en el lugar en que se implantan los mojones, se les aplican sendas azotainas, traen eficaces que puedan recordarlas toda su vida, de modo que, ante una futura situación dudosa, llamados a atesguar como los más ancianos del lugar,

puedan expresarse e estos o parecidos términos: - Si éste es el lindero fue aquí donde me azotaron....

#### **d) El formalismo en la modernidad**

Con el andar del tiempo, el Derecho se desmaterializa va poco a poco separándose del formulismo con que el infantil espíritu primitivo lo tenía adornado al vivirlo bajo el amparo de los dioses, y, simplificándose, se hace espiritual de modo que si hablando de la modernidad ha podido decir Ihering que "la forma es para los actos jurídicos lo que el se los para la moneda", esta forma, que en efecto aparece en gran parte del derecho procesal, no es penalmente imperativa y, menos aún, transida de substancia reisgosa. Nuestro formalismo procesal es externa y tiene por objeto exclusivo garantizar ciertos derechos y obtener la verdad en juicio. eventualmente persigue fines estadísticos, de tanta importancia en la moderna ciencia de la administración, como en la documentación de las demás ciencias sociales.

Así, en el procedimiento boliviano la ausencia de la palabra "Bastante" en un poder puede determinar la pérdida total de un litigio ganado en el fondo, como igualmente la no intervención de todos los requisitos inherentes a los poderes. La no inscripción de una demanda en la Oficina del Registro de Derechos reales deja sin garantía los bienes litigados, etc. En ciertos casos, las leyes imponen determinadas formalidades, como la escritura del acto, la presencia de testigos, o la concurrencia del escribano o notario publico. Son formalidades que tienen por objeto revelar la voluntad de los contratantes, dar, a la vez, cierta publicidad a sus actos, preparar una futura prueba de los hechos, etc., todo en protección de la persona y de sus bienes.

Para concluir, el sentido general del desarrollo histórico del Derecho, en este punto, parte de lo religioso, sacramental, formalista, solemne y oral, y viene hacia lo civil o "temporal", o laico, sencillo, breve y escrito.

## **CAPITULO SEGUNDO**

# **LA EVOLUCION DEL DERECHO**

# 1. EVOLUCION GENERAL DEL DERECHO

## a) Primer período

A partir del Derecho clánico, con su exogamia y sus tabúes sensiblemente a la total individualización del poder en manos de un jefe superior, al mismo tiempo que la repetición continuada y fiel de todo el contenido de la tradición clánico se va fijando en un Derecho consuetudinario cada vez más firme y más complejo, Derecho cuya lenta transformación viene a la vez dejando atrás imperceptibles saldos de lo que se va haciendo desusado.

De ese modo, en el primer periodo no hay Derecho escrito. Por otra parte, y tan cerca como estamos de la mentalidad primitiva, ésta se encuentra fuertemente socializada aún pero el sentimiento social clánico, que parece haber tenido en vista directamente le interés de la fraternidad totémica, ahora se fija en el jefe de la misma, el que, debido seguramente a las exigencias de una vida de continuo batallar con las tribus rivales, ha llegado a hacerse indispensable y a conquistar poco a poco, para sí, la suprema representación humano del antepasado totémico y, por tanto, de los ocultos poderes que en éste se concentran. Así, el precepto número uno es la obediencia al jefe, incondicional y absoluta. El jefe es un héroe en vida y tomará, cuando muerto, a su original figura totémico-divina, gobernando en su trasmundo - que también ha pasado a formar parte de su personal hacienda- como gobernará en vida. Su "Olimpo" no será ya para todos, y así, el antepasado clánico de la comunidad será en la nación antepasado exclusivo del rey y su familia.

Adolfo Peducassé Montero, que ha vivido desde su infancia en contacto con los chiriguanos, de Añango (Bolivia), nos puede decir, así, que la palabra del jefe "es la palabra divina del Tumpa Aguara", y, como tal, indiscutida, y

que el último jefe anterior al actual se llamó originalmente Aguara ( nombre que el fue cambiando, al cristianizarse, por el de Santiago Daza.

El delito capital es, pues, el de atentar contra la persona del jefe, y se castiga de un modo solemne y feroz. Los vencidos son casi siempre muertos, por ser peligrosos para a convivencia. Algunas veces se da también la muerte a los lisiados, a los enfermos y a los viejos, por cuanto perjudican a la fortaleza del grupo. Se permite el aborto y el infanticidio, especialmente de la hembras, para evitar el crecimiento desmedido de la población y para proteger los medios de subsistencia, generalmente escasos. Entre las tribus no amigas se autoriza el hurto y la rapifia. La mujer, que había sido raptada en el Derecho Clínico original, ahora se compra, pero en las ceremonias matrimoniales aparecen a menudo distintas simbolizaciones del primitivo rapto. El citado estudiante Peducassé Montero describe el rito matrimonial chiriguano en estos términos: cuando una muchacha (cuñatai) ha llegado a la edad de la pubertad, su familiares la acomodan en una hamaca de miembro o de caña (chapapa), colgada de un árbol que el ipaya o brujo ha señalado de antemano. Allí es expuesta a los ojos de los pretendientes, después de lo cual y a una orden del ipaya, que presiden todo el acto, desciende y echa súbitamente a correr, desapareciendo en la selva . A una segunda indicación del brujo, los pretendientes deben acudir en su persecución, y queda dueño de el que primero la capture. En caso de "Empate", el ipaya deberá consultar a los ocultos poderes escarbando el suelo, sacrificando ciertos animales, etc. después de lo cual, y una vez hecha la elección, la ceremonia terminará en grandes libaciones de cahui (bebida alcohólica).

La costumbre, por lo demás y según lo recordamos antes, está indiferenciada y, así, las normas de relación propiamente jurídicas se mezclan con preceptos de moral, religión, higiene, etc. Muchos menos puede hallarse un Derecho civil distinto del penal, etc. Casi no hay relaciones de Derecho privado puesto que el individuo está absorbido por la comunidad, como lo está la familia cognatica cuyas más íntimas relaciones son reguladas por

aquella, ya se trate de la comunidad clásica (Gens o familia agnática de Roma), ya de la fratría, ya de la tribu. La propiedad inmueble y, por tanto, la sucesión de la misma son colectivas.

### **b) Segundo período**

Se caracteriza esencialmente por estos elementos: la esclavitud, las castas, la familia agnática (fundada en la potestad del más viejo) y la compensación pecuniaria en los delitos, la ciudad.

Continúa siendo absoluta la obediencia al jefe de la tribu en trance de constituirse en vasto grupo nacional, si bien su jurisdicción no alcanza a ciertas instituciones que personalizan definitivamente a cada subgrupo, pero el enemigo derrotado se convierte en un esclavo, con lo que aumenta apreciablemente el poder económico del grupo y, como resultado indirecto, su fuerza para la guerra. Esta se hace "Oficialmente" con fines de conquista, pero se comienza a advertir las ventajas de la paz y de una cooperación intertribal que permita el intercambio de productos.

En lo interno, y como resultado ulterior de la territorialización de la tribu, la división del trabajo se acentúa: hay que construir habitaciones, pescar, cuidar el ganado y cultivar la tierra. Pues bien, en este desempleo y bajo la influencia del espíritu siempre tradicionalista, se dibujan ya las proyecciones transmitidas hereditariamente, con la que surge la necesidad de una clase de personas que se encargue de la defensa del grupo, de la protección del territorio ocupado y, eventualmente, de la conducción del pueblo en la conquista de las nuevas tierras. Así aparece la casta militar en abierta rivalidad con el sacerdocio que la había precedido ganando ventajas como resultado de la temible función de brujo y curandero. Parece natural que estas personas, militares y sacerdotes, habían de ir reclamando y ganando para sí cada vez mayores privilegios, puesto que, mientras los

primeros se oerigían en protectores de la comunidad económico -política, los segundos lo eran de la comunidad religiosa al servir de itnercesores entre el hombre y los poderes sobrenaturales y al dominar a éstos en su lucha contra la enfermedad y el mal tiempo concebido generalmente como manifestación de esos poderes. Pero en la medida en que la mentalidad evoluciona apartándose de la representación mística del universo hacia un "Realismo" creciente, la casta militar se eleva sobre la sacerdotal y la domina.

El derecho Civil sigue confundido con el penal, pero a a venganza de sangre propia del período anterior, ha sucedido ahora la institución de la compensación pecuniaria. Con todo, el fur manigestus o ladrón cogido in fraganti puede ser muerto impunemente o reducido a esclavitud. El deudor insolvente pasa a la condición de addictus de su acreedor, a no ser que sea rescatado. El régimen de sanciones, allí donde la compensación no se produce, funciona conforme a la ley del Talión: ojo por ojo, diente por diente. Pero la compensación toma muy en cuenta la casta a que pertenece el ofendido, formándose una verdadera tarifa legal según la importancia de la ofensa y la calidad del ofendido, como del ofensor . Posteriormente, y la persona ofendida para, en el último período, constituir l la mulata, que se percibida íntegramente por el fisco.

Al mismo tiempo las ancestrales costumbres y los viejos poderes clánicos asegurarán su vigencia, por muchos siglos todavía, en le Derecho que comienza a inscribirse y al destcarse como tal del seno de la religión. Así surgirá en Roma el ius vitae et necis, que no es, como pretenden D' Aguano y otros una originalidad romana que apareciera como reacción contra un estado anterior de total socialización . Cuando esto se dice, se olvida que la sociedad más primitiva y el clan son demográficamente la misma cosa, de manera que la profunda socialización de la mentalidad primitiva, de que antes habíamos hablado, y la unánimemente admitida socialización de la familia posesiva son también una y la misma cosa. La ciudad romana no es, en fratría, no son, a su vez, otra cosa que "Federaciones" de clanes. La familia

posesiva romana no es, con las reservas que una cumplida evolución debía atraer consigo, sino el clan selvático y desnudo que viste ropas mejores y se encierra entre cuatro paredes: Roma Quadrata de las legendarias monarquías.

En el segundo período se forman y decaen grandes naciones: el imperio faraónico, Babilonia, Fenicia, China, Grecia y Roma en América, las naciones azteca y maya y el Tahuantinsuyo. Las relaciones comerciales internacionales son estrechas, pero el extranjero, el hostes, es mirado aún con recelo y carece de derecho cuando habita con la comunidad ajena, lo que en Roma lo obliga a ponerse bajo la protección de los ciudadanos en calidad de cliente. Las guerras, en fin, son frecuentes. La nación más civilizada somete a su poder a las menos, para verse después sometida por otra nación que le ganó la delantera en la marcha del progreso.

### **c) Tercer período**

Se ve agitado por una inquietud casi universal de re distribución social que habrá de culminar con el triunfo del individualismo en la Revolución Francesa de 1789. Sus grandes hechos jurídicos son, en lo político, la aparición de la democracia americana en las relaciones civiles, la aparición de las democracias americanas en las relaciones civiles la supresión de la esclavitud en el régimen de la familia, la igualdad jurídica de sus miembros en la relaciones del Trabajo, el capitalismo y la violenta reacción universal contemporánea hacia la igualdad económica en lo internacional, los ensayos de centralización del Derecho, de Ginebra y San Francisco, dentro de este género de relaciones y la fundación de una incipiente forma de Estado mundial.

En efecto, pronto se inicia una lucha tenaz por la igualdad jurídica. Los más oprimidos, aquellos que habían sido considerados como cosas, los esclavos, son por cierto los primeros en rebelarse. Así aparecen las guerras

antiesclavistas que duran tanto como dura la esclavitud . Pero el ideal de la igualdad jurídica había de redimir no sólo al esclavo frente a su amo, sino al ciudadano y al hombre de la calle frente al soberano despótico, ya la mujer y al hijo frente a la aveces inicua tiranía del pater familias. El hijo no puede ya ser muerto a capricho, ni vendido más de tres veces mas tarde no será admisible siguiera la idea de la posibilidad de venderlo tampoco podrá ser expuesto. La mujer, que en el Derecho clásico había sido raptada y más tarde comprada para la esclavitud la mujer, que en el segundo periodo, en Roma, y mejorado apreciablemente su condición, había sido reconocida como persona alieni juris, ahora asciende rápidamente ala condición de compañera del cónyuge masculino , rescatando cada vez mayores derechos se emancipa de la ominosa tutela perpetua goza de iguales derechos sucesorios que el hombre. La familia, simultáneamente, de agnática que era se hace congnática, es decir, fundada ya no en la potestad del más viejo, por viejo, sino en la sangre. Los hijos naturales entran en la sucesión, y se limita considerablemente el derecho de disponer por testamento.

Pero el siglo XVIII, que había derribado el régimen de castas y auspiciado con extraordinario optimismo el triunfo de la causa individualista frente a toas las tiranías tradicionales, acababa de engendrar un nuevo tirano que había de concluir por arrebatar todo significado a la gran tríada ideológica de la Revolución Francesa "Libertad, igualdad y fraternidad". Esta tiranía, producto legítimo y directo del régimen había de dejarse sentir no más de medio siglo después de la Revolución de 1789: fue y es el capitalismo. Así pues, hubo de hacerse flamear de nuevo las banderas igualitarias para rectificar debidamente los errores del individualismo, devolviendo a la clase cierta facultades (sindicalización, huelga, etc.) que contrapesasen adecuadamente en la balanza social, hacia el mejor equilibrio y la mas eficiente cooperación. En eso estamos mundialmente.

En consecuencia, se limita, con miras al bienestar colectivo -que es, esn definitiva, el bienestar del trabajador-, los antiguos derechos patrimoniales.

Ya no es posible, virtualmente, el jus abutundi sobre las cosas ni el sin trabas jus utendi de las mismas.

En lo que hace a la ciencia del Derecho -y aún al Derecho restante, pues aquélla, la ciencia, ha conseguido diferenciarlo definitivamente de la religión y ulteriormente clasificar sus normas, ya casi sólo jurídicas, e varias ramas bastante bien delimitadas. El primer poco había sido la separación del Derecho en dos ramas: interno y exterior: jus civiles et jus gentium. Después, el jus civile se desdobla en Derecho público y penal, por una parte, y Derecho privado o "Propiamente civil", por la otra. Por último, del seno de esta última sub-rama van apareciendo un Derecho mercantil un Derecho del Trabajo, un Derecho un derecho rural, un Derecho de Minas, etc.

Por lo que a la religión toca, queda admitida la libertad de conciencia el Derecho no ve en los coasociados otros tantos creyentes, sino tan sólo súbditos, limitándose en sus regulaciones configurativas (derecho explícito) a las relaciones "Civiles" o temporales" se tiende francamente hacia la separación total de Iglesia y Estado.

Así es como, después de tantas luchas sostenida contra el absolutismo político, familiar o económico, contra la separación de casta, contra la de clases, ha llegado, por fin, a reconocerse en el individuo la plenitud de sus derechos.

#### **d) El cuatro período**

Es el período del futuro, cuya independenciam del anterior puede sin duda discutirse y acaso no sea sistemática. No importa, pero, a grandes rasgos, parece encaminarse hacia estas figuras:

Quedará consumada la separación completa de Iglesia y Estado, y, en la medidas de la intelectualización del hombre, el sentido místico de las cosas y

con éste la Iglesia se debilitarán considerablemente. Se consolidará el Estado Mundial ya predibujado en San Francisco de California y magníficamente concebido por Ely Culbertson: su Consejo formara el Poder Ejecutivo del Mundo su Asamblea el Legislativo su Corte Permanente de Justicia, el Poder Judicial, con lo que los órdenes jurídicos nacionales habrán de perder muchos de los privilegios que se defienden detrás del concepto de soberanía. La Paz será permanente... hasta cierto punto..

En lo interno se tendrá resuelto el conflicto Capital versus Trabajo mediante un orden jurídico que no apaleaste al hombre su pretexto de redimirlo, es decir que, suprimiendo la desocupación y la miseria y conronado eficazmente la explotación desmedida, haga posible el libre desenvolvimiento de la personalidad individual.

La mujer?... No creo que la mujer del futuro se masculinice intelectualizándose en le modo del varón y desempeñando idénticas funciones. Es cierto que se alcanzará una relativa equiparación jurídica y económica entre ambos sexos, pro habrá de triunfar inexorablemente la distancia biológica de ambos dividiéndose el trabajo social y privado conforme a la constitución y función de cada sexo ya que... al hombre no lo es posible partir,. La maternidad, si se suprime los ejércitos y armamentos al hacerse innecesarios por hallarse positivamente cancelada la guerra, la maternidad se convrirá en función pública rentada al igual que cualquier otra función pública, lo que permitía a la mujer su completa y auténtica liberación. La soltera sin hijos y la estéril podrá jurídicamente competir con el varón en cualquier terreno, pero la madre... habrá de resignarse hacer madre, si es que esto la molesta (?)... En orden a relaciones familiares, la legislación eugénica alcanzará un gran desarrollo, restringiéndose adecuadamente la actual libertad matrimonial y esterilizándose a los inaptos para la paternidad.

La propiedad privada sufrirá mayores limitaciones, y el concepto de utilidad pública se hará más elástico. En materia de sucesiones y descendientes, salvo excepciones fundadas en consideraciones de orden moral. En todo caso, la sucesión testamentaria no acumulará mas, como hoy ocurre todavía, billetes bancarios inútiles e inertes, sino que estimulará el trabajo y lo acrecentará más.

En la ciencia del Derecho (que nace como tal, con nuestro siglo, a través de la Teoría Pura de Hans Kelsen al encontrar su lógica) se operará una general reconstrucción, que ya ha empezado se rectificaran muchísimos errores fundamentales. Lo que aún queda del Derecho civil, régimen familiar y régimen patrimonial, se resolverá en dos disciplinas jurídicas correspondiente a esos dos problemas, que ciertamente no pueden sostener ya más el artificio de una unidad jurídico- civil sistemáticamente inexistente. Etc.

#### **e) Perfil del proceso general**

No hay que olvidar que el proceso general, a través de los tres periodos, es siempre éste: La comunidad total tiende a absorber a las comunidades partes, e invariablemente lo consigue en un crecimiento demográfico y de integraciones mayores siempre continuo, que deberá concluir, a la postre, en la comunidad jurídica mundial. La técnica social que espontáneamente se realiza consiste en la emancipación del individuo frente a los poderes de la sub -comunidades asociadas para directamente a la comunidad mayor. De este modo, el clan, familia místico -posesiva (agnatio de Roma), se compone originalmente de familias bióticas asociadas bajo el poder del más anciano, es decir, de varios grupos padres -hijos emparentados entre sí y, por tanto, descendientes de un tronco común que se establece por línea masculina. Al asociarse los clanes, espontáneamente, en la fratria, ésta tenderá a absorber los poderes de aquellos , como la tribu, formación más crecida, pugnará por absolver los poderes de la fratria, así como los del clan. Por último, la ciudad suprimirá tribus, fratrias y clanes en una unidad nueva, más grande y mas compleja.

En el mundo moderno se asociará las ciudades con sus aldeaños campesinos, y el Gobierno central dominará a los antiguos municipios autónomos, aún bajo las duras águilas romanas de la Antigüedad. En fin, un mañana mas o menos próximo, si no estamos ya en él, el orden jurídico internacional, hoy en abierta lucha con el nacionalismo ante las barricadas de la soberanía, eliminará las autonomías nacionales para imponerse, más o

menos inmediatamente, sobre todos los hombres de la tierra, consecutivamente a la universalización, ya cumplida, del poder religioso en un gran sacerdote cabeza de la iglesia mundial.

Pero, en estos sectores normativos, al debilitarse poco a poco la tradición y aproximarse lo pueblos, pierden su localismo los usos y costumbres, al par que la religión, en franco descenso desde su clima medieval -hablando del occidente y des América europeos-, agoniza por anemia en la medida en que el hombre se intelectualiza iluminado mediante fórmulas triviales la amenazadora e inasible silueta de los poderes ocultos del primitivo, cuya adoración había ya alcanzado nuevas y universales realización con el budismo y el cristianismo.

Así, las leyes de concurso y de formación por epigenesis que explicará Espinas, conjuntamente con la de atracción de apartes similares -que, en este caso, son los individuos hombres-, van realizándose inexorablemente hacia el establecimiento de una sola y única fraternidad: la especie, sin otra divinidad que el Hombre mismo, despojado de formas esotéricas, y sin otra religión que la Ciencia al servicio de la felicidad del Hombre en el total dominio de la naturaleza.

## 2. INDIVIDUALIZACION DEL PODER

### a) Por la economía.

Paul Lacombe ensaya mostrar cómo se constituye la autoridad en el grupo social. Sus razones son interesantes cuando nos dice que en el grupo crecido y con una inteligencia provisional bastante desarrollada surge espontáneamente la necesidad de obedecer a un jefe que en la guerra será el más el más valiente y en la caza el más astuto. No aparece aquí otro móvil que el interés personal. Cada individuo de la tribu esperará, gracias a su jefe tener más éxito en la lucha contra el enemigo, o capturar con mas seguridad y menos riesgos la presa. No se trataría del dominio físico del más fuerte, ya que, si bien éste es capaz de arrebatar a otro la mujer o el boomerang, no podría obligar a diez o veinte individuos a seguirle y ejecutar sus órdenes. Se piensa por los asociados, más o menos claramente, en la ventajas del esfuerzo coordinado y la armonía de acción cuya posibilidad sólo puede darse por la subordinación a una voluntad individual que se hace voluntad común. Tampoco el

jefe tendría, originalmente al menos, inter directo por gobernar, sino el mismo interés económico-social de sus súbditos bajo cuyo móvil acepta la función del jefe como un trabajo específico entre otros de idéntica jerarquía. Se trata, en suma, del contrato social roussoniano en el que este jefe o gobernante alquila al grupo su trabajo de dirección se trata de una locación de servicio más o menos consciente.

Por lo demás, y como bien dice Cureau, la génesis de la asociación humana reside originalmente en el instintivo de conservación, que funciona así como principio generador de la misma: el instinto de conservación desarrollado por la lucha contra las fuerzas naturales, los animales y los hombres, poniendo en evidencia las ventajas de la especialización y de la división del trabajo.

Más tarde, un espontaneo proceso de selección habrá puesto a la cabeza del grupo a los más capacitados, por una u otra razón acudirán a ponerse bajo su protección, tal como el cliente romano, estableciéndose un intercambio equitativo: "El fuerte da el apoyo de su superioridad el débil da el apoyo de su multitud".

Aunque se presenta con caracteres bastante difusos, parece necesario referirse al potlach de Moret y Davy al ocuparse de este aspecto, el económico, en el proceso de individualización del poder. La aparición del potlach coincide con una marcada evolución del totemismo y concurre a ella consolidándola. Ese poder universal oculto de que era depositario el animal o la cosa totem y por cuyo intermedio, primeramente , y el del jefe después, participaban en El todos los miembros del can, ahora excluye a un número cada vez mayor de individuos, al para que se escinde la comunidad clánico en una mayoría extotemizada, por decir así, subordinada y gobernada, y una minoría o aristocracia gobernante, fiel a la tradición y única titular de la filiación totémica y, por tanto única depositaria también del gran poder oculto.

Empero, la conquista de la filiación totémica por el grupo privilegiado no se opera, según parece, sin considerable debilitamiento del sentido mágico -religioso de semejante filiación, y por tanto, del valor y significado de esta, de manera que la denominación totémica s convierte en un título o blasón enajenable, y es su enajenación, cabalmente, a la que es ritualizada por el potlach, que consiste una distribución solemne de alimentos y otros

presentes, actitud que le confiere "El derecho de apropiarse de una parte de los nombres, blasones y privilegios de los rivales a quienes haya eclipsado con sus larguezas y puestos públicamente en a imposibilidad de responder a su desafío".

Por qué, hay que preguntarse, semejante debilitamiento del sentido mágico-religioso de la filiación totémica?... A nuestro entender, no hay tal debilitamiento del sentido mágico-religioso de la filiación totémica?... A nuestro entender, no hay tal debilitamiento de aquel significado en sí, sino que al seguir progresando la individualización de semejante dilación, con todos los atributos de autoridad y poder que está habría de haber arrastrado consigo, debía también progresar la extotemización del grupo y alcanzar a la casta gobernante, transformando así, en títulos enajenables, lo que antes era sagrado y temible vínculo consanguíneo con el animal u objeto antepasado y protector, y reservado para el futuro faraón, monarca o rey, con las variantes de concepción de una cultura más evolucionada debía introducir, la que no será ya filiación totémica, pero, si filiación divina, y, de este modo, el gran poder oculto, el kha de los egiptólogos, residiera tan sólo en la familia real, y el tumpa chiriguano en Seferino Bata de Afiango (Bolivia) y quizás en amada yarusairu, en Santo Ayreyu de Caipipendi, Mandepora de Machareti y Taco del Alto Parapetí, actuales "capitales" del Oriente boliviano.

Paralelamente, las variadas figuras animales de los clásicos totems, amables feroces -gusanos, jaguares, garzas, árboles y estrellas-, irán difuminando sus físicos contornos en un modelo inédito de perfiles humanos los dioses.

Bien pues, el potlach coadyuva eficazmente en el proceso de individualización del poder y consolida una aristocracia o patriciado minoritario que acrecienta su prestigio con su generosidad. El que más lo sea dominará bien pronto a su compañeros, hacia la futura monopolización del poder social.

Es posible que la fiesta rural de nuestro quichuas sea una supervivencia transformada del potlah, pues ofrece muchas de sus características. Es claro que, tal como hoy se presenta en el nombre y la oportunidad, se trata de un festival cristiano, o que así lo parecen, pues se celebra habitualmente con motivo del aniversario eclesiástico de la "Santa patrona" del lugar. Cada hacienda rústica tiene su santa o santo protectores, y es en su onomástico que se congregan todos los indígenas varones y mujeres, viejos y niños, para bailar y beber dos,

tres, cuatro, cinco días consecutivos, al son de zampoñas tarckas (grandes flautas de caña-hueca) y tambores, junto al arco de la fiesta. Este arco, así llamado aunque puede tener hoy en cualquier forma, es el gran presente regalo del que pasa la fiesta consiste en una armazón de ramas frescas en la que se acondicionan toda suerte de alimentos y bebidas: panes pequeños y grandes de variadas formas, quesos, cebollas, ají, frascos de chicha (bebida alcohólica de maíz) y de singani, etc. m etc. Se organizan grupos especiales de bailarines y de músicos que lucen sus mejores ropas y atavíos de plata y baratijas a cual mas pintorescos. La importancia del que pasa la fiesta se mide por la importancia de los regalos de arco, y la abundancia de los mismo. En el curso del festival deberá anunciarse al futuro pasante que, desde ese momento, se llamará alférez y será quien acepte voluntariamente el tácito desafío del pasante. El tomará la propiedad del arco y se someterá a toda suerte de privaciones, a lo largo del año venidero, a fin de aplastar con su generosidad al anterior festejante pero puede distribuir entre los presentes el arco de que e ha adueñado. Cada porción de regalos distribuidos se llama huatacallpa (refuerzo para el año próximo), y quien lo recibe se obliga, hasta cierto punto, a colaborar con regalos mayores al futuro pasante o actual alférez en la preparación del arco de la próxima fiesta de igual fecha.

#### **b) Por la religión y la magia**

"Frazer ha demostrado -nos dice los mismo Moret y Davy -que en la mayor parte de las sociedades primitivas se otorga a los reyes el poder de hacer brillar el sol, caer la lluvia y germinar la simiente. He ahí por qué se los llama "Rey del tiempo, del fuego, del agua, de las cosechas". Este o poder se concedía a los faraones: tradiciones curiosas, conservadas durante todo el periodo histórico, y ritos especiales que se remonta a Menes, nos dan bastante certidumbre sobre el particular. Los hechiceros del Egipto tan tenido, en todas las épocas, la pretensión de detener el curso de los astros y de los ríos, de hacer a voluntad la noche o el día, la lluvia y el buen tiempo. Es indudable que el Faraón -de quien se decía bajo la décima octava dinastía que "Era el señor de los encantamiento, aquél a quien Thot mismo había enseñado todos sus secretos" -no fue considerado menos capaz que cualquier otro mago, de obrar a su antojo sobre la naturaleza.

" Rey del fuego, el Faraón es como el sol, cuyo glorioso curso reproduce en la tierra. El día de la coronación , el rey "se eleva" sobre su trono como el sol en el cielo, y es menester tomar estos términos en su total sentido y comprender que las ceremonias del

"Alzamiento real" aseguran cierta y efectivamente la aparición del sol sobre la tierra. Tan cierto como que el rey "Se electa" cada día sobre su trono, el sol se elevará cada día para fertilizar el suelo. el rey dispone también de otra forma de fuego celeste: el rayo, simbolizado en el cetro de veces retorcido que representa su mágico poder real. Con esta arma aterrorizará a aquellos que quisieran atacar a su pueblo.

"Rey del agua, el Faraón personifica, a imitación de osiris, dios del Nilo y de la vegetación, la primera crecida, y, así, se lo califica como "Aquel que da el agua a la tierra" y, aún en el desierto el agua surge a su voz en cuanto el la llama. En el momento crítico en el que el Nilo, ya casi seco, parece hundirse en los abismos del mundo inferior, el Faraón lanza al río la orden escrita de iniciar la crecida, y la inundación se produce obediente. Cada año, la administración real estudia en qué condiciones se produce la crecidas, y anota la altura del agua en codos y en palmos, observaciones que la piedra de Palermo nos ha conservado para las primeras dinastías.

"Rey de las cosechas, el Faraón inaugura los grandes períodos del trabajo agrícola deshierbando el suelo con el almocafre, abriendo con el pico los canales de irrigación. En una de las inscripciones de Hierakópolis vemos al rey Escorpión abrir con sus propios nos un canal de irrigación Menes, según testimonio de Herodoto, no podía exhibir mejor título de gloria que haber protegido el delta, por medio de un gran dique, de la crecidas demasiado abundantes. El rey pone en el primer rango de sus preocupaciones el culto del sol, las cosechas, la conservación de los gramos y la multiplicación del ganado, etc.

"La contraparte de estos poderes mágicos, en las sociedades primitivas, es que los reyes se someten a rigurosas obligaciones y que son tenidos como responsables de la prosperidad y de la salud públicas. Copiando a Franzer, podemos decir que "La menor falta de su parte puede destruirlo todo. Debe pues tomar las más grandes precauciones y su vida esta regla en los menores detalles". De ahí las prohibiciones de hacer tal o cual cosa (tabúes), de comer tales o cuales alientos etc. Según Diodoro, el Faraón no puede comer sino carne de ternera y de ganso.

"Tal es, en sus líneas principales, la imagen de la realeza en los tiempos mas antiguos que la historia nos permite alcanzar actualmente. No es el rey sólo un "soldado feliz", un valeroso protector de su pueblo en el campo d batalla y un rico terrateniente, sino

sobre una serie de operación de magia imitativa... Su salud, tan preciosa al bien del país, es conservada por el rejuvenecimiento mágico operado por las fiestas Sed que hacen de él un Osiris siempre vivo y, aún después de la muerte, renovará sus nacimientos el reina como Osiris o Ra en el otro mundo, donde tiene el poder de introducir a los hombres cerca de los dioses.

La influencia de los magos públicos -dice el mismo Frazer en Les Origines magiques de la royaute, tan pronto como alcanzó a obrar sobre constitución de la sociedad salvaje tendió a colocar en la dirección de los negocios a un hombre único, al mas hábil de la tribu, el que bien pronto acabó por dominar indisputado, sobre los primitivos consejos de ancianos, substituyendo así la gerontocracia por la autocracia monárquica, único paso que, según el dicho autor, podía hacer posible el ulterior progreso, dado que el supuestamente libre hombre de la primitividad es, muy al contrario, el mas humilde esclavo del ancestro, y, como es en esta condición mental y social y está la siempre mediocre mayoría representada por los ancianos, no aspira esta mediocridad a ponerse al nivel de sus hombres selectos ascendiente hasta ellos, sino que los rebaja y domina hasta obligarlos a confundirse totalmente con el clima mental y espiritual ambiente.

La hechicería, practicada ya no para servir a la salud del individuo aislado o para perjudicarlo sino para beneficio de la comunidad, convierte al hechicero privado en funcionario público cuyo desenvolvimiento asume una grande importancia en la evolución social política sí como en la de la religión. cuando el bienestar de la tribu se supone que depende de la ejecución de estos ritos mágicos, el hechicero o mago se eleva a una posición de muchas influencias y reputación, y en realidad puede adquirir el rango y la autoridad de jefe o rey".

### **c) Por la fuerza militar**

Von Ihering atribuye a la fuerza militar la individualización del poder en el Triple sentido militar y emergentes religiosos y político. Bouglé y Raffault reproducen así su pensamiento.

El rey se llama rex: aquel que rige no porque él gobierno en el sentido jurídico, sino porque comanda en el sentido militar. Así como en un pueblo guerrero el orden militar es el más importante, el más antiguo, así el punto de partida de poder político radica en aquél y

así también la función militar que organiza y mantiene el orden exterior es mucho más importante y más antigua que la del magistrado que vela por el orden interno. Esta relación no cambia sino en la medida en que la ingerencia de los órganos superiores del Estado en intereses primitivamente abandonados a su libre juego se hace más apreciable y necesaria. Pero en los primeros tiempos las funciones políticas cuentan mucho menos, cortante, que las funciones militares. Un jefe militar intrépido y hábil era más necesario a un pueblo guerrero que un príncipe moderado y pacífico. Un pueblo se somete más gustoso al primero que al segundo. Basta recordar el espíritu republicano del que ha nacido el Derecho romano, espíritu tan proclive a la glorificación de las hazañas militares. El primer rey fue un soldado elegido comandante en jefe por razón de su valor militar y a quien se reconoció el poder indispensable a su oficio, es decir, una autoridad ilimitada: el imperium. Ahora bien, como el pueblo todo permanecía de continuo en pie de guerra, la dignidad de general en jefe debía durar siempre. El rey era, sin duda, un general en jefe permanente que no reconocía autoridad alguna sobre sí.

El carácter y el poder religioso del rey, así como su poder político, no son sino el resultado accesorio de su poder militar. Como habría podido arriesgar una batalla sin asegurarse antes, por los auspicios, del consentimiento de los dioses? Cómo habría podido contar con su asistencia, si ese consentimiento no le era dado por contar con su asistencia, si ese consentimiento no le era dado por medio de sacrificios a él y a su ejército. La religión aparece en los romanos como la compañera inseparable de toda institución importante, de todo lazo interior o exterior de la comunidad estatal, de toda dignidad ella preside todo acto importante, sea en la vía pública, sea en la privada. El padre de familia alimenta para los suyos el culto doméstico de los dioses. El rey mantiene el culto de los dioses para el pueblo. Los dioses de Roma no exigían, para ser honrados, la mediación de sacerdotes estos podían enseñar el modo de practicar el culto o rendir honores a la divinidad para serle más agradables el culto o rendir honores a la divinidad para serle más agradables pero la facultad de aproximarse a los dioses, por sí y por aquellos a quienes representa, pertenece esencialmente al jefe.

La dignidad real no es, pues, la acumulación de tres potestades independientes: la militar, la religiosa y la política, gran sacerdote: él es comandante militar, a secas, y, como tal posee al mismo tiempo el derecho de congregar al pueblo armado con un fin político y de ofrecer sacrificios por éste y para éste. La distinción de estas tres calidades,

la separación de aquellos poderes que de ahí deriva y la institución de funciones diversas que por ello se establece no son sino el fruto necesario de un desarrollo ulterior largo y penoso. Desde este punto de vista, de comprensión posterior, se puede designar el imperium, como la reunión de tres poderes diferentes que, por su naturaleza original, no son otra cosa que el comando militar supremo.

### 3. FORMACION DE LA CIUDAD

#### a) La ciudad antigua

Paralelamente con el proceso de individualización del poder y de la consolidación de ésta, se van produciendo dos otros procesos sociales, en lo que aquí nos interesa: la centralización del Derecho hasta la organización estatal contemporánea, que veremos en el próximo capítulo, y de la ciudad.

La ciudad, por la estrecha agregación demográfica que representa, facilita enormemente la realización de las funciones del poder central que, de este modo, cobra realidad masa constante y mayor fuerza.

Veamos cómo se muestra este proceso en la ciudades griegas y romanas:

La tribu, como la fratria y el clan (o familiar agnática), estaba constituida para ser un cuerpo independiente, pues tenía un culto especial del cual el extranjero quedaba excluido. Una vez formada, ninguna familia no emparentada podía ser admitida. Por la misma razón, no podían dos tribus fundirse en una sola su religión se lo impedía. Pero así como el desdoblamiento de un conjunto único de clanes en dos grupos de los mismos fundó la tribu unificada en un culto común independiente e los cultos frátrico y clánico o familiar agnático, así el crecimiento de la tribu había de conducir a nuevas divisiones en tribus secundarias con cultos cada vez menos afines, crecimiento éste que no es a menudo sólo interno. sino que puede producirse, y se produce en efecto, por la agregación de otras sociedades tribales generalmente conquistadas o simplemente amigas. pero tal, también, como fue posibles la unificación de clanes emparentados en la fratria y de dos fratrias en la tribu vino también a ser posible la unificación de dos o más tribu, cinco también a ser posible la unificación de dos o más tribus, a condición, esto sí, de que el culto de cada una fuera respetado. "El día en que esta alianza se hizo, la ciudad existió" al menos, existió como aldea grande.

Por lo demás, no importa mucho la causa específica que determinado en cada caso, la unión de varias tribus: pudo ser voluntaria unas veces, o impuesta por la fuerza superior de una de ellas, o por el ascendiente singular de un individuo, etc. Lo que parece evidente es que a un cierto grado de contacto geográfico debió unirse la posibilidad de una coincidencia mística que elevara un culto común sobre los cultos de las partes en proceso de unificación. Aquí el mago desempeña posiblemente en papel decisivo, hablando la voluntad de los tótems en trance de ser dioses y gerarquizándolo sobre el justificativo sensorial del éxito social, militar o económico y las cualidades de los creyentes, y con apoyo de su propia fortuna en la realización del augurio. "Las tribus que de este modo se agruparon no dejaron nunca de encender el fuego sagrado y de darse una religión común".

Así, la primera ciudad no es otra cosa que una federación de tribus. Eso lo fue en Grecia y Roma, pero semejante federación no tiene por qué excluir el crecimiento interno, como parece entender Fustel de Coulange, pues todo crecimiento demográfico es a la vez reproducción y migración es decir, agregación interna como externa.

Es menester, por lo tanto, anotar que, sin embargo de que estos diferentes grupos - clanes, fratrias, tribus, se asocian entre conserva su culto original, sus reuniones propias, sus fiestas, sus jefes. El paso de la tribu a la ciudad no disuelve todo esto, y cada grupo continúa formando un cuerpo, tal, más o menos como si la ciudad no existiera. En religión subsiste una multitud de pequeños cultos (Lares, penates) encima de los cuales, pero sin suprimirlos, se establece el culto común en política, un gran número de pequeños gobiernos continuarán funcionando sin perjuicio de que sobre ellos se levanta un gobierno común.

La ciudad, así, no interviene en los asuntos privados de los distintos grupos que la componen no tienen nada que ver con la vida familiar interna que se desenvuelve conforme a su propia tradición y a la omnimoda voluntad de su jefe o parte familias, que juzga a su mujer, a sus hijos y aún a su clientela. de este modo, el Derecho privado, que había sido fijado ya en la época del aislamiento clánico, ha podido subsistir en la ciudad hasta bien tarde.

Este proceso genético de la ciudad antigua está atestiguado, en efecto, por costumbres que han durado largo tiempo. El ejército, por ejemplo, de la ciudad romana, en los primeros tiempos, se presenta distribuido en tribus, curias, y familias, de tal suerte que el

guerrero tiene por vecino en el combate a aquél con quien, en tiempo de paz, hace la libación y el sacrificio al mismo altar los comicios romanos votan, no individualmente, sino por gentes, curias y tribus de las seis vestales del culto, dos lo son pro cada tribu de las nombradas más atrás. en atenas, el arconte hace la mayor parte de los sacrificios en nombre ad e la ciudad entera, pero hay algunas ceremonias religiosa que debe ser cumplidas en común por los jefes des las tribus. El ciudadano de Atenas forma parte, así, de cuatro sociedades distintas: la familia, la fratía, la tribu y la ciudad, a las que ingresa sucesivamente a su familia, su municipio, su departamento y su patria. el niño de Atenas ingresa primero en la familia por una ceremonia religiosa que tiene lugar diez días después de su nacimiento algunos años más tardes puede ingresar en la fratía mediante otra ceremonia especial hasta que, en fin , hacia los diez y seis años, se presenta para ser admitido en la ciudad. Este día, ante un altar y las carnes humeantes de una víctima, pronunciará un juramento por el que se obligará un juramento por el que se obligará, entre otras cosas, a respetar siempre la religión de la ciudad. A partir de este día es iniciado en el culto público y se convierte en ciudadano.

En conclusión, puede afirmarse que la primitiva ciudad fue una confederación de grupos constituidos con muchas anterioridad y que la sociedad no adquirió un desarrollo apreciable sino cuando la religión se ensanchó.

#### **b) La nueva ciudad.**

Sin embargo, la aldea grande primitiva no es aún la ciudad en el sentido moderno de la palabra, pues para ellos le hace falta un ingrediente espiritual: el sentimiento ciudadano. La aldea grande vive aún tan estrechamente "en el campo", que su papel, en relación con éste, es accesorio. Un larguísimo proceso debe todavía operarse, singularmente en lo económico y en lo político, como en la religión y la arquitectura, para que esa relación se invierta, y la ciudad, al tiempo que se inmoviliza geográficamente, asuma más prestancia que la campiña, en tanto que el hombre mismo, de la ciudad, se diferencia definitivamente del campesino, en quien acaba por ver un forastero. Este, por su parte, no puede despojarse de cierta timidez cuando llega a la ciudad, se siente un tanto cohibido y quizás menospreciado.

Spengler nos dirá sobre el particular, en traducción insuperable de Garcia Morente: "El hombre primitivo es un animal errante, una existencia cuya vigilia anda a tiendas por la vida es todo microcosmos, sin patria, sin solar, provisto de agudísimo y medrosos sentidos,

siempre pendiente de arrebatarse alguna ventaja a la naturaleza hostil. un cambio profundo comienza al iniciarse la agricultura... Plantar no significa tomar algo, sino producir algo. Pero al hacer esto, el hombre mismo se torna planta, es decir, aldeano, arraigando en el suelo cultivado... La hostil naturaleza se convierte en amiga.... La casa aldeana es el gran símbolo de sedentarismo. Es una planta... Este es el supuesto de toda cultura. la cultura misma es siempre vegetal. Lo que para el labriego significa su casa, eso mismo significa la ciudad para el hombre culto. Lo que para la casa son los espíritus buenos (Vesta, Janus, los Lares y Penates), eso mismo es para toda la ciudad el dios protector o el santo patrón... Hay un hecho decisivo, nunca, sin embargo, apreciado en toda su significación: y es que todas las grandes culturas son culturas urbanas. El hombre superior de la segunda era es un animal constructor de ciudades... La historia universal es la historia del hombre urbano. Los pueblos los Estados, la política, la religión, todas las artes, todas las ciencias se fundan en un único profenómeno de la existencia humana: en la ciudad ... Debemos sumergirnos en la estupefacción de un hombre primitivo que por vez primera contemplase en medio del paisaje esa masa de piedra y madera, con sus calles envueltas en piedra, con sus plazas cubiertas de piedra, con sus construcciones de extraña forma, en donde pululan los hombres.

"Pero el verdadero milagro es cuando nace el alma de una ciudad. Súbitamente, sobre la espiritualidad general de su cultura, destácase el alma de la ciudad como un ama colectiva de nueva especie.... Y a una vez despierta, se forma un cuerpo visible. La aldeana colección e casas, cada una de las cuales tiene su propia historia, se convierte en un todo conjunto. Y este conjunto vive, respira, crece, adquiere un rostro peculiar y una forma e historia interna. A partir de este momento, además de la casa particular, el tiempo, de la catedral y de palacio, constituye la imagen urbana en su unidad el objeto de un idioma de formas y de una historia estadística, que acompaña en su curso todo el ciclo vital de un a cultura.

"Bien se comprende que la que distingue la ciudad de la aldea no es la extensión, no es el tamaño, sino la presencia de un alma ciudadana...

"La nueva alma de la ciudad habla un idioma nuevo, que muy pronto se identifica con el idioma de toda la cultura. El campo, con sus hombres aldeanos, está herido de muerte ya no comprende ese idioma. El aldeano se azora y enmudece...

"De aquí se sigue una consecuencia esencial: para comprender la historia política, la historia económica, es necesario ante todo reconocer que la ciudad separándose cada día más del campo y desvalorando al fin por completo el campo, es el elemento que determina el curso y sentido de la historia superior. La historia universal es historia ciudadana.

**Capítulo Tercero**

**EL ESTADO**

## 1. ORIGEN

### a) Naturaleza del problema

El problema origen del Estado es un problema de sociología más bien que de ciencia jurídica. sin embargo, una de las dos interpretaciones, o, si se quiere, ambas, del origen contractual del Estado es de esta última naturaleza. En realidad, como luego vemos, la una es histórico-jurídica, la otra científico-jurídica.

Se puede sin riesgo aventurar que todo problema de origen o génesis de instituciones pertenece, por regla general, a los cuadros de la sociología, o, al menos, a los de su materia de trabajo: la Historia Humana.

### b) El contrato social

Estuvo muy en boga, durante un largo tiempo, la tesis rusioniana por la cual el Estado tendría por origen un contrato. Ahora bien esta tesis ve en el contrato un hecho histórico acaecido en la primitividad de modo que pueda el considerarse como el primer origen del Estado? O se trata del origen contractual del mismo en cualquier momento, o sea de una interpretación científico - jurídica contractualista del estado social estatal?.. En ambos casos, el asunto pertenece al Derecho político. Dicho en otra forma: o vivimos el estado social estatal por haber suscrito nuestros abuelos de la edad cuaternaria, o algo después, un reflexivo contrato tendiente a salvar a la humanidad de su exterminio o hubimos aceptado y aceptamos hoy el estado social estatal, políticamente, a la manera de un contrato...

La interpretación histórico -jurídica del asunto ha quedado definitivamente descartada primero, porque el ajuste reflexivo de un contrato habría exigido forzosamente la existencia anterior de una conciencia jurídica ya estadista y una actitud psicológica preformada de respeto a una ley inexistente todavía, lo que entraña una flagrante contradicción segundo, porque no existe memoria, en parte alguna, de semejante acontecimiento y, tercero, porque, como hemos visto atrás, la evolución del Derecho aparece, a través de la investigación objetiva de la vida primitiva, como un proceso mucho más espontaneo y natural, casi biológico, que inteligente y dirigido por una iniciativa humana consciente de sus fines.

La interpretación por semejanza, que entraña una visión del asunto desde el ángulo política estructural del Estado, sí, es válida, al menos para los estados organizados en República democrática, entendiéndose que el instrumento público de ese contrato no es otro que la constitución positiva a Carta Fundamental del Estado, documento que en efecto, establece un acuerdo de aportes -los miembros de la comunidad nacional- que funda el Estado. Ello nos remitiría a la primera Constitución de cada Estado, la que sería el contrato original, pudiendo este sufrir enmiendas que se traducen en las nuevas Constituciones.

### **c) Un primer legislador.**

La tradición antigua tenía otros medios de explicar el origen de las leyes y de las instituciones no jurídicas. El pensamiento de casi todas las naciones de la Antigüedad supone la existencia de un primer legislador a quien se debería el hecho memorable de la primera organización estatal. "Hay un Moisés en los comienzos de muchas historias, fuera de la de los judíos. En el Oriente está Manú Creta tuvo su Minos Atenas su colón Esparta su Licurgo Roma su Numa Inglaterra su Alfredo..."

Esta teoría otorga al iniciador individual, supremo y primer "hacedor" jurídico y hombre de excepcional capacidad y dominio sobre sus coetáneos, la gloria de haber organizado el primer régimen jurídico más o menos centralizado. Tiene su parte de verdad, si se mira en ese legislador no otra cosa que el vehículo inteligente de un complejo de determinantes geográficos, económicos y psíquicos, de manera que en el proceso génito-estatal predomine o espontáneo sobre lo consciente

### **d) El origen divino**

"No muy separada y distante de la antigua concepción de los legisladores colocados por su saber y autorizado sobre los demás hombres... hállese aquella idea... que atribuye el gobierno humano a la inmediata institución de Dios mismo el mandato directo del Creador. Esta teoría ha revestido ya la forma precisa que mira a los legisladores humanos como a gerentes directos de Dios, ya la forma vaga que considera el gobierno como constituyendo algo dado al hombre como parte de una creación original."

Es postura que, por lo mismo, no vale la plena la rebatir. Pero, a su propósito, es interesante recordar todo lo dicho con motivo de la organización totémica y el gran papel que asume lo místico en la sociedad pre-estables, la función del brujo y la investidura institucionalmente religiosa del jefe quien, consumada la extotemización del grupo, asume, en efecto, la calidad de su hijo de dios.

#### **e) La geografia**

Se ha sostenido por otros que la contigüedad geográfica y los llamados "Límites naturales" con condición indispensables para la formación del Estado, lo que evidentemente es un error, puesto que el problema de la contigüedad se resuelve en un simple problema industrial de comunicaciones. Existieron y existen muchos Estados sin contigüedad territorial. Estados, estos y otros, en los que los grandes ríos y las ser evidente que, sin un mínimum de agregación y contigüedad correspondiente, aunque no se trate precisamente de contigüedad corresponde continuidad y proximidad territoriales, sino de comunicación el Estado no alcanza a adquirir realidad, es decir, que el orden jurídico en que aquél consiste carece de eficacia. Y así entendido el papel de la geografia, es legítimo ver en ellas un elemento que favorece u obstaculiza el proceso de asociación del "animal político" de Aristóteles, del ente humano biológicamente sociable (A la par que adverso a la sociedad en un tira y afloja permanente) y, por tanto, el clima sociológico en que se desenvuelve el proceso de centralización jurídica.

Esta teoría plantea el asunto también en términos sociológicos.

#### **f) La familia**

La tesis de la familia debe también considerarse en problema que nos ocupa, tanto en sentido histórico como estructural. Históricamente, habría sido primero la familia y, por la asociación de familias, posteriormente el Estado, que se organizaría y estaría actualmente organizado al modo de aquella, de manera que la autoridad actuaría en la comunidad política tal como el padre en la comunidad familiar. Desaparecida la familia, desaparecería el Estado. El Estado es una familia grande.

La interpretación estructural sólo admitiría la segunda parte de esta solución: no importaría el hecho prehistórico, sino el fenómeno social continuo por el cual no es posible la organización estatal si no se mantiene el régimen familiar.

En el primer caso se trata del origen histórico en el segundo, de fundamento sociológico, desde el falso punto de vista estructural sociológica del Estado.

Que primero haya sido la familia, es una afirmación que se limita a anotar un hecho biótico indispensable al ser del hombre sobre la tierra pero biótico indispensable al ser del hombre sobre la tierra pero que no hay Estado sin orden familiar no es ya verdadero, puesto que la familia no es sino un modo, entre otros, de organizarse jurídicamente. El Estado ruso soviético se organizó, en un comienzo, disolviendo el régimen familiar, y, teóricamente, salta a a la vista que no existe ninguna conexión necesaria entre la autoridad punto de vista psicológico, sea útil a la consolidación del régimen jurídico centralizado el mantenimiento del régimen familiar por cuanto de representación paternal pueda asumir el jefe, el rey, el conductor político ante la inteligencia del súbdito que actúa bajo la subconsciente determinaciones de su historia infantil (Freud).

#### **g) La Raza**

La tesis racista nos dice -con Cumplowicz, Oppenheimer y Gobineau, Ricardo Wagner, H. St. Chamberlain, Otto Hausser y Gunther que el Estado surgió históricamente como resultando del predominio de la raza mejor dotada, y que se afirma más sólidamente en aquellos pueblos racialmente más aptos para la vida política, entendiéndose semejante aptitud como conjunto de virtudes cívicas, disciplinas, sociabilidad y generosidad, sentido de grupo, etc. Es teoría hoy en descrédito, si bien mirado el asunto desde el ángulo de la conjetural prehistoria que observa grupos humanos reducidos y, por lo mismo, bastante uniformes en su tipo psico-físico, no puede negársele su parte de verdad. Es casi matemático que el fuerte se apodere del débil y el astuto domine al tonto. No de otro modo el jefe de la comunidad primitiva es, aun- que no siempre, el campeón de brazos fuertes, y el brujo un candidato al poder político. Trasladado este hecho natural a la lucha de pueblos -que no sean los multitudinarios a inextricablemente mestizados de la modernidad-, el resultado es mismo.

Y, para rebatir la sencillez y clara, objeción -que Bujarin atribuye a los anarquistas- de que "Cualquier administración centralizada es una organización estatal" y que, por consiguiente, "aun en la sociedad comunista de mayor adelanto, si en ella existe una economía sistematizada, existirá también el Estado, contrariando afirmando "Que la ciencia burguesa, en lugar de percibir relaciones sociales, percibe relaciones entre las cosas, o relaciones técnicas. Pero es evidente -continúa- que la esencia del Estado no está en la cosa,

El teórico del marxismo, Nicolas Bujarin, enfoca el tema desde dos ángulos: el determinismo económico y la lucha de clases. Desde el primer punto de vista, el Estado aparece como una "superestructura determinada por la base económica" Desde el ángulo de lucha de clases, "la organización estatal es una organización de clases exclusivamente ella es la clase que se ha constituido en poder político, es la violencia social de la clase organizada y concentrada (Marx)"

#### h) La lucha de clases

Hermann Heller concluye diciendo, después de tratar el punto con cita de pintorescas actitudes de los preconizadores del racismo, que "no hay camino alguno científicamente transitable que conduzca desde la raza primaria o natural al Estado. La raza, como unidad de modo de ser corporal y psíquico invariable al través de siglos y aun milenios, no es un hecho de la naturaleza y, mucho menos, una realidad cultural o una unidad política de acontecimientos, sino exclusivamente una ideología encubridora nacida en los últimos decenios a fin de servir a determinadas exigencias políticas. La teoría racista es completamente insuficiente incluso como ideología de legitimación, ya que vienen a dividir el Estado (que Heller entiende como conjunto de hombres) y, a causa de la diversa valoración que hace de los habitantes, no lo podría legitimar como unidad política del pueblo".

Pero, en todo caso, todo lo más que pudo haber hecho la conquistista era extender el Derecho primitivo se hizo estatal, es decir, se centralizó otorgando la administración de justicia, por ejemplo, a funcionarios especiales distintos del sujeto agraviado.

sino en la relación social no en la administración centralizada, como tal, sino en la envoltura clasistas de la dicha administración"

Para este autor, obsecado por a tesis materialista otordoxa, parece no existir ningún genero de relación social, originaria o derivada, que no sea la económica, y así, no percibes que cualquier relación interhumana es forzosamente relación social que, por lo mismo, la relación normativa, y eminentemente la jurídica, que es inter subjetiva, están relación social como la relación económica, por mucho que estuviera absoluta y universalmente determinada por esta última como su producto superestructura . El problema del Estado, justamente como estructura, infra o supra, es problema jurídico, y, por tanto, de relación social jurídica, no económica. La consideración del factor clase, si bien es legítima, lo es solamente en un plano de sociología del Estado, es decir de génesis del Estado y habrá que tomarla en cuenta cuando uno se pregunte de dónde viene el Estado -que es lo que ahora nos ocupa- mas no cuando uno investiga en que consiste o que es el Estado, en si, tema por que el que se extravía el pensamiento de bujarín, quien, como e citado Heller, cree que el Estado es una física multitud de hombres Si hubiéramos de seguirle, tendríamos que admitir que la sin clases Rusia soviética ha dejado de ser Estado desde 1918...

"...hay que rechazar decididamente -dice Kelsen-cierto ideario según el cual solamente constituye "Estado " aquel orden coactivo grupo explotado, es decir el dominio de una clase sobre otra. Lo que en definitiva proporciona este ideario, que se traduce particularmente en una teoría acerca del origen del Estado, no es tampoco conocimiento esencial, sino una tendencia política: el considerar éticamente inadmisibile dicha explotación de un grupo de hombres por otro...

"No hay que negar en modo alguno que el contenido del orden jurídico estatal sufrió la influencia decisiva de la sumisión de un resulta falso es la opinión de que el orden coactivo estatal no tuviese otra finalidad que la explotación económica de los desposeídos.. Ese aparato coactivo que constituye el "Estado" es un medio específico técnico -social para fines hasta diversos, y puede servir tanto para el mantenimiento de un explotación injusta del hombre por el hombre, cuanto para suavizarla y aún suprimirla por entero, convirtiéndose en protector de la propiedad colectiva de los medios de producción ".

### **i) Nuestra posición**

Resumiendo nuestra posición, podemos formularla así:

El problema de los orígenes del Estado es un problema netamente sociológico, y nada tiene que ver con su estructura, que es problema jurídico. La teoría del contrato social ni aún como tesis jurídico-estructural puede considerarse aquí. La tesis del "primer legislador" es válida para determinadas historias locales o regionales, siempre que no se vea en ella una voluntad omnimoda o un ser dueño absoluto de sí mismo. En cuanto a Dios, lo dejamos hacer su capricho en el corazón de sus creyentes... La geografía, como fenómeno sociológico y como fenómeno geo-político, desempeña un papel no desdeñable en cuanto, favoreciendo el proceso de asociación, hace posible ulteriormente el Estado, o su realidad más gravitante. La familia es un fenómeno extraño al problema, si bien ella parece estar universalmente en la primera historia de toda sociedad. La raza, en los orígenes primitivos del Estado, puede desempeñar eventualmente un papel similar al de la geografía no puede hablarse, para los grandes Estados modernos de una aptitud política en función de la raza en los cambios si, en función del tiempo es decir, de la durabilidad de la convivencia, por la virtud cohesionante de la tradición y la comunidad de historia. La lucha de clases vale, como hecho social indiscutible, en la génesis del Estado pero no esta en la esencia de este, ni le es indispensables limita a preparar el clima ideológico de la centralización jurídica por la concentración del poder.

En suma, hacia la aparición de la ideología del Estado concurren múltiples factores que admiten su agrupación en dos categorías: económicos y espirituales, siendo los primeros predominantes, pero no más que predominantes unos con otros interactúan y dan como resultado un doble proceso de desenvolvimiento paralelo y concomitante: la individualización del poder y la centralización del Derecho.

Woodrow Wilson dice, por su parte: "La verdad esta entre aquellas proposiciones que suponen que a instituciones deben su existencia y sus desenvolvimientos al esfuerzo reflexivo del hombre, el cual ora (a condición de que éste obre, diríamos nosotros) en concordancia con las circunstancias que naturalmente ofrecen el carácter humano y el campo exterior de su actividad".

## 2. ESTRUCTURA

### a) El derecho y su gradación

Estamos en amplio acuerdo con Hans Kelsen en cuanto a identificar Estado y Derecho pensando, con este gran revolucionario de la ciencia jurídica que el problema del Estado no admite otra consideración sociológica que la extrasistemática de su teología. por consiguiente, el problema de la estructura del Estado, problema clara y únicamente jurídico, ha de enfocarse sin salir para nada de lo jurídico.

Pero, siendo Estado y Derecho la misma cosa, como veremos a continuación, será útil advertir previamente, con la Teoría pura del Derecho, que el orden jurídico no es sólo la ley general (legislación sustantiva y adjetiva), sino que, edificándose sobre la base unitaria de un supuesto normativo fundamental que se explicita en la fórmula "Obedece al legislador originario", se despliega inicialmente en la ley constitucional o carta Política, la que encontrará su desarrollo más específico en la legislación general para de ésta pasar a las normas jurídicas individuales que toman la forma de acto administrativo, sentencia y negocio jurídico.

De este modo, la unidad y plenitud del orden jurídico se muestra bien, metafóricamente, en la idea de una pirámide mediante la cual se advierte fácilmente como la lógica de la interpretación es una lógica de individuación que, partiendo de lo mas amplio -la constitución del Estado concluye en la norma de conducta dirigida a determinados súbditos -la orden administrativa, la sentencia, el negocio jurídico-, a través de al llamada leyes sustantiva y adjetiva.

### b) Los métodos de la producción jurídica

Sea que se reconozca como función esencial de la norma jurídica el que ella obligue a determinada conducta, haciendo del deber el prius de aquella -conforme a la Teoría Pura-, o que se destaque como función esencial la de otorgar una facultad -conforme a la Teoría egológica-, es evidente que, con relación al problema de la producción de normas jurídicas, lo que decide el método de la misma es esto: si el destinatario de la norma participa o no participa en su reducción. y, entonces, se muestran dos métodos que son los que fundan, en Derecho político, la división de las formas del Estado. Así pues, lo que se llama generalmente "formas del Estado" no es otra cosa que formas del Derecho o método de producción del Derecho.

Empero, se objetará, hay un Derecho público, un ciencia del Estado que esta distinta del Derecho privado... Es claro que, desde el flautista punto de consideración de la teorías tradicionales, la objeción aparece válida, pero lo aparece en virtud del defecto inicial de ese desdoblamiento tan evidentemente falso, que los linderos comunes a ambas ciencias - Derecho público y privado- son cosa hasta hoy inaccesible, como bien lo saben los juristas.

Según la concepción más difundida, las relaciones de Derecho privado - que serian las únicas propiamente jurídicas (!) -vinculan sujetos de igual orden; las relaciones de Derecho público sujetos se igual orden; en estas últimas actúan un supraordenado y un subordinado y se explicitan en mandatos unilaterales serían, así, relaciones, mas bien que jurídicas, de potestad o dominio (!) Pero salta la vista que se trata sólo de un cuestión de método: la misma tratada arriba una distinción entre modos de producir el Derecho. El mayor valor que se adjudica al supraordenado, en quien se ve la personificación del Estado, reside en que e orden jurídico concede a sus órganos e capacidad de obligar unilateralmente, tal como ocurre en la orden administrativa ejemplo típico de un relación de derecho publico, al que el Derecho privado puede oponer el contrato como sumas característica relación.

Pues bien, en ambos casos solo se ha consumado la prosecución del proceso de formación de la voluntad estatal, es decir, la individualización de la norma dentro de la pirámide de la gradación. Con la que, y puesto que la llamada "Voluntad del Estado" reside en el Derecho, el contrato es tan acto del Estado como lo es la orden administrativa, sin mas diferencia que el método de producción que, en el primer caso, y por voluntad del propio orden jurídico, es un acuerdo de partes, y en el segundo, "una declaración unilateral de voluntad".

En el fondo, la antítesis Poder y Derecho, o Estado en cuanto Poder y orden jurídico , es ideológica, como muy bien dice Kelsen origen el llamado "Bien público" o "interés del Estado" por sobre la leyes con el fin de otorgar al gobernante una cierta libertad que pretende deducir de la "naturaleza de las cosas". De este modo, el legalismo, el respeto a la ley seria en los órganos del Estado discordante con función.

Por último, la antítesis de Derecho público y Derecho privado engendra la representación de que sólo el primero sería el dominio del imperio político o facultad de participar en la formación de la voluntad estatal, lo que no es cierto, puesto que en el

contrato y la sentencia que son parte de la totalidad del orden jurídico, participan respectivamente contratantes y litigantes actuando como legisladores.

En orden a la economía, "Derecho privado", es decir el Derecho privado patrimonial es sólo la forma jurídica de producción y distribución propias del régimen capitalista, en que toda actividad tiende a hacerse privada, la organización jurídica es aquí autonomo-democrática. Un régimen socialista exigiría presuntivamente una organización jurídica heteronomo-autocrática que tendería a absorber lo civil en lo administrativo.

### c) Derecho y Estado

A través de la identificación de Derecho y Estado que venimos haciendo en las líneas de la Teoría Pura se ponen en evidencia las peregrinas contradicciones de las teorías tradicionales cuando intentan fundar el dualismo Derecho y Estado. En efecto, para ellas el Estado es distinto del Derecho y es, sin embargo, jurídico; para ellas el Estado es sujeto de Derecho, pero sujeto anterior al Derecho, etc. Es, en el primer caso, tanto como decir que lo que no es jurídico es jurídico, y, en el segundo, que lo que es o va a ser sujeto jurídico ya fue con anterioridad sujeto jurídico

Pero, si el Estado es distinto del Derecho salta a la vista que no puede ser objeto de una ciencia jurídica; y, si el Estado es sujeto Derecho, es decir, representación personificadora que el Derecho crea y que cobra existencia en cuanto y porque el Derecho la hace, mal puede ser y estar antes que el Derecho. Es que, habiendo estas teorías renunciado a la justificación del Estado por Dios, quieren hacerlo por el Derecho, y, entonces, se lo representan en dos fases, o con dos caras, como Jano: el Estado en cuanto Poder, no jurídico, mero fatum de potestad, y el "Estado de Derecho" en que el primer se convierte porque elabora el Derecho, pudiendo así ser concebido y conocido como objeto jurídico. Pero el Estado afirman con igual soltura no puede ser jurídicamente concebido...

Lo anotado debiera sobrar para poner en descrédito el dualismo Derecho y Estado. Un conocimiento ideológicamente libre nos dirá, inexorable, el maestro vienés tiene que concebir a este último como un orden social coactivo con órganos que funcionan según el principio de la división del trabajo. El Estado es un orden jurídico centralizado. En la comunidad jurídica primitiva la comprobación de la situación ficticia antijurídica lo mismo

que la radiación de la consecuencia están libradas al lesionado, que actúa como órgano de la comunidad y obra en su nombre, es decir, en nombre del orden jurídico consuetudinario; pero en la medida en que el Derecho se centraliza y la división del trabajo se acentúa, deja de ser el lesionado su propio juez y su propio policía, y se destaca el orden estatal.

El Estado es, así mejor: fue, así, la comunidad jurídica suprema; lo fue mientras no hubo un Derecho internacional; pero tan pronto sino este se instituye, deja de ser el estado el orden jurídico soberano aunque así lo sostengan las teorías tradicionales para subordinarse a aquel.

Por lo demás, el orden internacional se encuentra en el estadio de la comunidad pre-estatal al dejar librada la administración de justicia y la ejecución del Derecho a la nación o colectividad lesionada salvando lo que resultara del movimiento actual iniciado con éxito muy discutible en San Francisco de California, o del habilísimo plan de Fuerza de Cuota que sugiere Ely Culbertson.

Es tanto el Estado no otra cosa que un orden jurídico, todo acto del Estado no aparece de otro modo que como acto jurídico. "Una acción humana es acto del Estado sólo porque es calificada como tal por una norma jurídica". La imputación a la persona del Estado convierte a la situación fáctica imputada en acto del Estado" y califica como órgano del mismo al hombre realiza el hecho. La persona jurídica del Estado muestra, por tanto, el mismo carácter que cualquier otra persona jurídica, y es sólo, así, un centro de imputación.

Con la centralización del orden jurídico aparecen los órganos del Estado cuya función se estatuye como deber jurídico sujeto a pena disciplinaria.

La evolución de la economía natural a la monetaria determina la aparición de un físico del Estado con el que son remunerados los órganos-funcionarios. De estos parte la "administración inmediata del Estado" en tanto persecución directa del fin estatal, y, en la medida en que se incrementa este modo de administración, el Estado judicial se hace administrativo. Aquí el estado social deseado se realiza directamente por los órganos del Estado. Allí, en el Estado judicial, los órganos se limitan a instruir a dar normas a los súbditos no funcionarios, reaccionando contra ellos en caso de incumplimiento.

Con el proceso de la centralización, la calidad de órganos del Estado se destaca, colocándose frente a al de súbdito o particular, aunque este, como vimos, produce igualmente normas obligatorias.

En fin, el "Poder del Estado" o "Estado en cuanto Poder" no es sino la eficacia del orden jurídico. Los instrumentos del Poder del Estado cárceles, fusiles, horcas son cosas en si inanimadas: una cárcel es un edificio o casa como cualesquiera otros que se hace "cárcel" por voluntad del Derecho; una horca es una verga o cable que se hace "horca" porque así lo quiere el Derecho; se convierten, pues, en tales simplemente porque son contenido material de aquel, del orden jurídico, que no puede exteriorizarse de otro modo que en motivaciones, las mismas en que se exterioriza el Poder del Estado.

En conclusión, es imposible justificar al Estado por el Derecho en la tesis del Estado de Derecho, siendo Estado y Derecho la misma cosa.

#### **d) Territorio, pueblo y Gobierno**

Dentro de la posición de la posición tradicional, haciendo a ratos sociología y a ratos Derecho, se ha considerado siempre que el Estado se estructura por la conjunción de los que llama sus "elemento", que serian: un territorio, es decir, "la tierra sobre la que se levanta la comunidad del Estado"; un pueblo, es decir, una multitud de hombres en "asociación estatista"; y un Gobierno o Poder del Estado que se justifica porque "toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad".

Ahora bien, la reconstrucción sistemáticamente y consecuente que de la Teoría del Estado realiza insuperable Kelsen muestra a las claras que los tales "elementos" no son otra cosa que el ámbito espacial y personal de validez del orden jurídico, los dos primeros; y el Poder del Estado que se ejercita en la función de gobierno, simplemente la eficacia del orden jurídico.

Pero el desarrollo del asunto debe considerar algo mas: el tiempo, y separar, entonces, por razón de método, la consideración del problema de la eficacia del orden jurídico Poder del Estado de la consideración del problema de la validez, puesto que, mientras lo primero se refiere a la actitud del ser frente al deber ser es decir, a la conformidad

respecto, es que "la duración de la validez sólo puede ser limitada por determinación jurídica positiva". En cuanto a la totalidad del orden estatal, su limitación temporal se la otorga el Derecho internacional.

Son problemas derivados del principio de la limitación de la validez temporal del Derecho el de la derogación de las leyes, el de la caducidad, el de la irretroactividad, etc.

De los tres "elementos del Estado", el segundo es el pueblo. Brevemente, el pueblo de un Estado no es otra cosa que la unidad de la pluralidad de las acciones y omisiones humanas, de los hechos de conducta de quienes son el "pueblo estatal" (sin hacer aquí polémica, nos limitaremos a decir con Carlos Cossio, que no hay hecho de conducta que este fuera del Derecho en "la plenitud hermética del orden jurídico". De manera que no hay razón para hablar de "una" pluralidad y "ciertos" hechos de conducta como lo hace Kelsen, son o de la pluralidad de todos los hechos de conducta). Así pues, el pueblo no viene a ser, en definitiva, otra cosa que el ámbito personal de validez del orden jurídico. Las acciones humanas se unifican estatalmente en el Derecho, y esta vale solamente para sus destinatarios.

El elemento tres es el Poder, el Poder del Estado, que actúa, en la doctrina tradicional, a la manera de una fuerza física ejercitada por quienes lo detentan para someter a los otros, obligándolos a seguir determinada línea de conducta. Pero ya hemos visto como el acto humano calificado como estatal lo esta en virtud de así lo dispone alguna norma jurídica. Por consiguiente, el Poder del Estado es poder jurídico y en definitiva, no otra cosa que la eficacia del orden jurídico, su posibilidad real de ser aplicado.

### 3.- NORMAS

#### a) Forma del Estado, en General

Tema también estructural el de las formas del Estado, lo tratamos en párrafo aparte sólo por comodidad.

Tradicionalmente se ha buscado la forma del Estado en le grada superior del orden jurídico, es decir, en la Constitución, y el criterio para distinguir una forma de otra es "la estructura del proceso formativo de voluntad estatal", o sea, la organización de la autoridad

de la realidad con el querer de la norma, lo segundo apunta al tema central de la soberanía y las relaciones del orden estatal con el orden internacional.

"Admitido que el Estado es un orden, toda cuestión ulterior en torno a la esencia del mismo no es más que una cuestión acerca de la forma y el contenido esenciales de un orden". Infelizmente, este punto de partida tiende a desaparecer en las mentalidades ingenuas, en las que lo ordenado desplaza el ordenamiento y el acento viajara" del momento ideal del orden al momento sensible del hombre... Se da el primer paso para desplazar el problema del Estado del reino de lo normativo a la esfera de lo natural y causal, en el momento que se afirma que el Estado no es un ordenamiento entre hombres, sino los mismos hombres que viven sometidos a una ordenación". Y así, asociando los dichos tres elementos en una totalidad, "se subsumo al Estado bajo el concepto de corporación territorial: una multitud de hombres organizada a base del poder y un determinado territorio".

Si se conviene en que el Estado es un sistema de normas, como las normas no son otra cosa que esquemas o representaciones conceptuales de conducta humana, y la conducta humana, que es sensible y experienciable, es forzosamente tempoespacial (tempolocalizable); se arriba a la conclusión de que el espacio y el tiempo forman parte necesaria del contenido material de las normas. Más sencillamente: "la norma jurídica tiene que valer en algún tiempo... Si acontece aquí y ahora tal cosa, debe acontecer allá y entonces tal otra". Así aparecen, con claridad, territorio y tiempo como el ámbito espacial y temporal de validez del Derecho, ámbito que el propio Derecho se determina y limita.

"La validez del sistema normativo que constituye el orden jurídico estatal se circunscribe, un principio, a un determinado territorio. Los hechos regulados por esas normas tienen la nota especial de que han de ocurrir precisamente en un territorio determinado. Sólo en virtud de esta limitación del ámbito espacial de la validez de las normas es posible la vigencia simultánea de varios ordenes estatales..."

Con mucha razón se extraña Kelsen de las doctrinas tradicionales en torno al Estado no se hubieran ocupado nunca del tiempo no obstante de considerar al Estado como una realidad natural. Lo que vale en el espacio vale también en el tiempo, si bien es cierto que el orden estatal no contiene limitaciones explícitas de la validez temporal de sus normas, a las que considera como eternas, por lo menos hacia adelante. Lo que puede decirse, a este

que ejerce el poder publico. En esta actitud se advierte la confusión de Derecho y Ley tan común en la doctrina tradicional, razón por la que en la teoría de las formas del Estado se prescinde de lo que se considera como ejecución, que no es, en realidad, sino la ultima grada de la pirámide, y que debiera tomarse en cuenta si no con más, por lo menos con igual razón.

El proceso formativo de voluntad estatal no termina en la legislación, sino que se continua en la sentencia, el acto administrativo y el negocio jurídico, tan normas jurídicas como las leyes generales; de manera que la estructura del proceso de formación de la voluntad estatal dentro de la grada de las normas jurídicas individuales incide no menos que la Constitución en la forma del Estado.

### **b) Autocracia y Democracia**

Autócrata es el gobierno de uno sobre todos, la completa heteronomia del régimen juridico la función legislativa, singularmente en la grada de la Constitución, corresponde, sin restricciones, al autócrata. Democracia es el gobierno de todos sobre todos, o el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, como alguien ha dicho; la completa autonomía. En la autocracia sólo hay un órgano, unipersonal, para la función creadora de las normas de las normas constituciones y de la legislación general; en la democracia actúan como órganos de la función legislativa todos los componentes de la sociedad estatal; los destinatarios de las normas de Derecho son los directos creadores de las mismas.

Empero, estos, téngase en cuenta, son sólo tipos ideales, no organizaciones estatales reales.

Qué es lo que funda esta división general de las formas del Estado?

- Sin esfuerzo se advierte que es la libertad. Más se trata de la libertad con un peculiar significado, de la libertad calificada como política. La libertad política no es la libertad natural. Por el camino de la libertad natural, opuesta a toda forma de asociación es inevitable forma de coacción, sólo es posible arribar a la anarquía. la libertad, como libertad política, es una transacción que solventa el conflicto perpetuo planteado al hombre entre el estado de libertad natural que no admite concesión alguna capaz de perjudicar al individuo y el estado igualmente natural de sociedad, a que el hombre se ve conducido por el crecimiento demográfico y el imperativo vital de su propia conservación. Ser libre políticamente es sólo

estar subordinado con autonomía, es decir, ser autor, a la vez que destinatario, de la norma coactiva sobre al que se edifica el estado social: Necesito vivir contigo; no te amando, ni me mandas; aprobamos, de común acuerdo una línea común de conducta. De este modo lo social entra en un fructífero arreglo con lo individual el desnudo, que es aspiración de libertad irrestricta. De la libertad de la anarquía se desprende la libertad de la democracia, que se contrapone a la no libertad de la autocracia.

### **c) Monarquía y República**

La antigua división de las formas del Estado era tripartita: Monarquía, aristocracia y democracia. La doctrina moderna reconoce sólo dos tipos subsimiendo bajo la denominación "República" todo lo que no es Monarquía. Pero conviene distinguir entre tipos reales y tipos ideales: la Monarquía como el ideal, es forzosamente heteronomo-autocrática; como tipo real, y por ilógico que parezca, se reputa monárquicos a regímenes en los que la legislación corresponde a un parlamento elegido por sufragio universal igualitario, sólo por existir la persona de un monarca que a menudo a penas si tiene un derecho de veto suspensivo. A la inversa, la República que, como tipo ideal, debiera ser autonomo-democrática, en el tipo real incluye organizaciones cuya función legislativa se desempeña por un reducidísimo grupo de personas representantes de alguna clase dominante.

Es pues erróneo en dos categorías las Constituciones positivas. "Hay que limitarse a señalar el grado en que cada Estado positivo se aproxima a uno u otro de los tipos ideales". En el hecho, toda Constitución participa de ambos sistemas ya sea en el mismo peldaño de la pirámide kelseniana, o en distintos, con un sistema en el uno (legislación, por ejemplo) y otro sistema en el otro (ejecución).

De todos modos, lo cierto es que hay tampoco un criterio definido sobre que sea la Monarquía y que la República. La opinión más extendida admite, en conformidad con lo que hemos dicho, que "la voluntad o poder supremo del Estado corresponde a un solo hombre" en la Monarquía, mientras que en la República es compartida por un número mayor o menor de hombres. El órgano supremo es simple o unipersonal en el primer caso, compuesto en el segundo.

### **d) Organizaciones Monárquicas**

Se han dado, históricamente, el despotismo y la Monarquía absoluta, la Monarquía feudal, la estamentaria y la constitucional.

El despotismo y la Monarquía absoluta son los dos tipos reales que mas se aproximan al modelo autocrático. El déspota puede no ser monarca hereditario: le basta asumir la "dictadura" o "totalidad de poderes". Pero ambos regímenes son igualmente autocráticos. Es importante no caer en el error de considerar al déspota como ajeno a todo orden jurídico; por mucho que aquel ejercite una autoridad ilimitadamente arbitraria, es el órgano de ese orden, puesto que sólo por referencia a ese orden puede ser pensado como déspota o monarca absoluto.

El es forzosamente el creador de algún Derecho, por anárquico que aparezca, Derecho por el cual, y solo por el cual, es posible hablar de Estado, del Estado cuya suprema voluntad representa.

"La Monarquía feudal se caracteriza por su organización piramidal en la cima, el monarca como señor feudal supremo propietario eminente de todo el territorio inmediatamente subordinados a él, los barones, como señores feudales; bajo estos, los vasallos, con sus distintas teorías, etc. La limitación del monarca consiste en que sólo tiene potestad de mando sobre los señores de categoría superior". La masa de súbditos no tiene propiedad territorial. Las normas generales son consuetudinarias.

En la Monarquía estamentaria, también de Derecho consuetudinario, el monarca es hereditario o el elegido de por vida y gobierna en unión de los estamentos o asambleas de la alta aristocracia, el alto clero, la pequeña nobleza territorial y las ciudades. "En ciertas materias, el monarca y los estamentos tienen competencias independientes". La Monarquía estamentaria es un desarrollo del Estado feudal, y su unidad aparece "en la regulación de la concurrencia de los dos factores monarca y estamentos en la realización de las funciones estatales de mayor importancia".

Al pasar del siglo XVIII y XIX la Monarquía absoluta se hizo "constitucional"; en unos casos, por iniciativa del monarca absoluto; en otros, por imposición del pueblo en rebelión. Pero ¿es esta solamente la que hay que definir como Monarquía que se apoya en una constitución? No, todo régimen estatal es forzosamente constitucional. Lo que

caracteriza estructuralmente a la Monarquía constitucional no es que sólo ella posea una Constitución, sino que la creación de normas generales se verifica por resolución de un parlamento, creación que deber ser sancionada por el rey. El parlamento se halla dividido generalmente en dos cámaras: la cámara "baja" compuesta de representantes que el pueblo elige, u la cámara "alta" (senado, cámara de los pares den Francia, de los lores en Inglaterra), formada por miembros de la familia real, la nobleza territorial, el alto clero, etc. que nombra el rey.

### e) Organizaciones Republicanas

La República admite dos modalidades generales: aristocracia y democracia. En el régimen aristocrático "la legislación y la ejecución corresponden a un grupo relativamente pequeño, ya sea directa o indirectamente, por medio de órganos elegidos o nombrados por el grupo privilegiado". Este grupo puede estar constituido por los ancianos (los seniores de Roma), por los guerreros o los sacerdotes, como en las antiguas aristocracias; o es la nobleza de la sangre, o los ricos. Así, los sub-tipos de la aristocracia son, entre otros: la gerontocracia, o gobierno de los viejos; la plutocracia, o gobierno de los ricos, en general; la timocracia o gobierno también de los ricos pero excluidos los terratenientes se trataría sólo de los comerciantes e industriales, etc. Cuando el grupo que detenta el Poder es muy reducido, el régimen es una oligarquía. El sistema estatal de nuestro país (Bolivia) se ha designado por alguien como "chococracia" (gobierno de los cholos), por la cual el Poder del Estado es atribuido a los mestizos, generalmente artesanos, pequeños terratenientes, comerciantes e industriales.

La democracia o gobierno mayoritario ð él pueblo es directa o indirecta. En la democracia directa, ya en desuso, la creación de normas generales se efectúa directamente por el pueblo reunido en asamblea, tal como en la Roma republicana y sus comicios. Existe todavía en los cantones suizos. La democracia indirecta en que desemboca la anterior por obra de la diferenciación progresiva de las relaciones sociale acabando por imponer la división del trabajo es aquella en que "las funciones legislativa y ejecutiva pasan de la masa de súbditos a determinados individuos o grupos" que actúan como sus representantes. La autonomía política propia del sistema democrático, se traduce solo en la designación de órganos especiales hecha por los súbditos; aquellos legislan en representación de estos.

## f) La dictadura de partido

"La democracia, especialmente la de tipo parlamentario, es por naturaleza un Estado de partidos. La voluntad colectiva se forma en la libre concurrencia de los grupos de interés constituidos en partido políticos. Por esta razón, la democracia no es posible sino como transacción y compromiso entre esos grupos opuestos. No siendo estos así, corre el peligro de transformarse en su contrario: en una autocracia". Este es el caso del bolchevismo, el nazismo y el fascismo.

La primera dictadura de partido se presenta en Rusia, al ponerse en práctica al tesis marxista que propugna la dictadura del proletariado. Políticamente, es un partido, el bolchevique, quien toma la representación del proletariado y usa todos los medios a su alcance para evitar la formación de cualquier otro partido. Lo mismo puede decirse del fascismo italiano o como del nazismo alemán, pero, en estos dos últimos casos, especialmente en Italia, fue el partido de la burguesía el que se adueñó del Poder y ejercicio la dictadura bajo Benito Muzolini. Es importante anotar que, de hecho, tanto la Monarquía (Italia) como la república (España, Alemania, Rusia) pueden dar cabida, sin contradicción, a la dictadura de partido.

En la dictadura de partido quedan suprimidas la libertad personal y política. No hay participación de los súbditos en la creación jurídica.

Ideológicamente, el bolchevismo confiesa la democracia, aunque esta, a decir verdad no pueda ser referida sino a un posible y remoto estadio social del futuro en el que habrían desaparecido las clases.

El fascismo lucha abiertamente contra la democracia, rechazan la teoría de la lucha de clases y se afirma como "representante de la totalidad e un pueblo unificado en nación". Su idea directriz es pues la idea de nacionalidad. El poder es ejercido por una elite incondicionalmente subordinada a un caudillo. El partido, primero, y después el Estado se militarizan.

"El bolchevismo coincide con el fascismo en su actitud fundamentalmente antipacifista. En política exterior ambos son imperialistas. Aquel con la finalidad de

extender el imperio del socialismo por medio de la revolución mundial; este, desde el punto de vista de la expansión y predominio nacionales".

#### 4.- FINES

Visto así que el Estado de Estado sin que importen sus fines y que por tanto, su esencia no esta condicionada por su justificación, el problema de su teleología, idéntico al problema de la teleología del Derecho dentro de la identificación de este con el Estado. Queda pues de hecho, descartada la concepción teleologica por la cual es Estado, en un falso desdoblamiento de si mismo, no ha de perseguir otro fin que realización del Derecho.

Después de hacer una frívola cuanto contradictoria exposición del tema, Jellinck en el compendio de su Teoría del Estado que hace Guillermo García Mainez nos dice que el Estado "se justifica teleológicamente cuando favorece los interés solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común". Con una sola pregunta se derrumba esta tesis: Cuales interés con preferencia a cuales otros? Los individuales, los nacionales, o los de la humanidad:... Porque no es posible ocultarse que existe entre ellos una evidente contraposición. Si lo que importa es la "evolución común", lo individual no cuenta, o cuenta muy poco, y la tesis resulta transpersonalista, todavía queda en pie la antítesis nación - humanidad. Y si hemos de quedarnos con la humanidad, aun faltaría por saber de que naturaleza de evolución se trata, puesto que evolucionar es simplemente cambiar de manera continua. Por ultimo si ha de orientarnos el adjetivo "progresiva" (evolución progresiva), cual ea la evolución de sentido "progresiva". Nos creo hallar otra que no sea la que mejora el standard de vida de la comunidad, con lo cual desembocamos, de todos modos, en la idea del bienestar colectivo y creciente, y con ella la tesis eudomonista-utilitarista que con tanta soltura parece Jellinek desprecia ... por "ingenua", no obstante de lucir una "suma claridad", cosa que haya harto abona en su favor. Sólo obscuro cuando se incurre en contradicción, o se es ambiguo, o se oculta un error.

Un librito publicado por el profesor Louis Le Fur bajo el título de **LOS FINES DEL DERECHO** agrupa las opiniones de algunos pensadores contemporáneos respecto a tan importante problema. Su lectura lleva inmediatamente a la conclusión desalentadora de que, por lo menos entre quienes firman las distinta comunicaciones publicadas, reina una gran anarquía terminología que forzosamente conducta a toda suerte de luego, pero, además, es

conveniente anotar que excepción hecha quizás de Mircea Djuvara, las comunicaciones presentadas en mayor extensión Le Fur, Delos y Radbruch muestran que sus autores, los tres, están muy atrás del movimiento de tan hondas proyecciones iniciado por la Teoría Pura del profesor Kelsen y ya superado ahora con nueva aportaciones.

De todos modos, es de interés, en homenaje a la importancia personal de los dichos autores, conocer siquiera someramente su pensamiento.

El discurso inaugural pertenece a A.J. Carlyle, y es muy valioso por los datos que aporta. Carlyle no especula aquí, por cuenta propia, limitándose a dar un cuadro de mucho interés respecto de la historia del pensamiento occidental alrededor de la idea de justicia, y la de bien común. He aquí unos párrafos que vale la pena copiar:

Para Aristóteles "los gobiernos que se inspiran en el interés común están constituidos en conformidad con los estrictos principio de la justicia". Tomas de Aquino cree que son justas las leyes humanas "cuando se inspiran en el bien común; son injustas cuando el príncipe impone a su súbditos el yugo de leyes que no se inspiran en ese bien, y estas pueden ser llamadas actos de violencia más bien que leyes, y no ligan en conciencia".

En relación con noción con la noción del bien común, Carlyle piensa "que es justo decir que en el espíritu de los pensadores políticos de la edad media, la concepción del bien común, en calidad de piedra de toque de las formas legítimas de los gobiernos, es inseparable del principio de que el bien común se encuentra en el establecimiento de la justicia".

Louis Le Fur, profesando la tradicional dualidad Estado-Derecho que desjuridiza al primero para convertirlo en fuente y causa del segundo, piensa que "la función del Estado... consiste en promulgar o en decir el derecho". Ahora bien, como las comunicaciones a que estamos pasando revista giran, de común acuerdo alrededor de las nociones de justicia, seguridad y bien común como parte del temario del Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica celebrado en Roma entre 1937 y 1938, Louis Le Fur debe definir su posición respecto a aquellas nociones, y lo hace declarando que "el Estado asegura el bien de la sociedad que esta llamado a regir, el bien de todos sus miembros, en consecuencia, el bien común".

Individualista y aparentemente muy cristiano, declara que el hombre "ciertamente esta ligado a la sociedad... es al hombre a quien hay que buscar, al hombre para quien la sociedad es un simple medio, desde luego necesario, y no el estado totalitario, opresor de las conciencias y de la verdadera personalidad y en el cual finalmente la pretendida voluntad de uno de algunos hombres, de un dictador o de una mayoría"

Es de sumo interés para nuestro propio punto de vista destacar el acierto con que Le Fur ve en el hombre al primado de toda empresa normativa y en el ordenamiento un instrumento de mejor convivencia, punto, este en el que no podemos menos que coincidir.

Sin embargo, Le Fur incurre en el error sustancial de considerar a la justicia, la seguridad y el bien común como "fines esenciales del Estado" que tendrían contenidos permanentes y absolutos, sin darse cuenta como muy bien lo advierte Mircea Djuvara de que no pueden tratarse las tres nociones en el mismo plano; "el fundamentum divisionis hace falta. El bien común y la seguridad pertenecen en efecto al mundo de las realidades, mientras que la idea de justicia es, en su sentido propio, un simple ideal". Y evidentemente, es así: la seguridad es un estado real de convivencia, estado al que se corresponde, claro esta, el sentimiento correlativo que la distingue y aprecia. Y en cuanto al bien común, si le son frases equivalentes, como parece, las de bienestar colectivo o interés común, su noción se hace más vaga. Entendido como bienestar colectivo, el bien común se presenta en la misma posición teórica que la seguridad, o sea: como un estado social de hecho y su sentimiento correlativa. Así se tiene conciencia de que se es rico o pobre, gran burgués, pequeño burgués o proletario, satisfecho o hambriento.

Entendido como interés común, el bien común es un valor genérico, es simplemente lo que interesa, en su lugar y su momento, hic et nunc. Ahora bien, la justicia es un valor según lo vimos más atrás; mas aun: es el único valor jurídico calificable como tal, e intrasistemático, por consiguiente. En esta situación, referir la justicia al bien común, así entendido, es referir un valor específico a un valor genérico, o si se prefiere, económico.

La suma que técnicamente, sólo pueden ser considerados como fines del Derecho la seguridad y el bien común en cuanto bienestar colectivo, alumbrados vivencialmente, desde adentro del Derecho, por la justicia.

La comunicación de José T. Delos muestra un conocimiento mas sagaz del problema de los fines del Derecho, si bien su posición religiosa él es sacerdote lo obliga a desviar el problema jurídico hacia lo divino, y así comienza por afirmar, o así le da a entender, que no hay una filosofía propiamente jurídica, pues la llamada de este modo es, en cuanto "problema fundamental", problema netajurídico fundado, en ultimo termino, en Dios. Sin embargo, reconoce el papel de la Historia a través de la concepción de M. Bonard, y admite que el espíritu del pueblo, el Volksgeist, contiene "las razones de las futuras reglas del derecho positivo, y por consecuencia, los juicios de valor los fines que presidirán a la elaboración creadora del legislador". El orden de vida concreto de un pueblo seria consideración de que, en armonía con la moral y la ley divina, no puede prescindirse.

"Las leyes dice son una creación del legislador" el que no puede obrar sin un designio preconcebido, y este designio es el ideal identificado por Delos como el fin de Derecho. Este fin es la justicia, es la seguridad y el bien común. El derecho conduciría solamente "hasta la entrada del dominio donde reinan la justicia, la moral o la política". De este modo es que Delos afirma la paradoja de que el ideal fin es a la vez, immanente y transcendente al Derecho afirmación en la que parece hay que entender que el sentido ideológico de un sistema jurídico no requiere su incorporación a este para seguir valiendo como ideología vigente. Y esto es sin duda, inobjetable.

Cita Delos, en apoyo de su tesis, las siguientes posiciones concordantes: la del nacional-socialismo alemán par el que "la ley es un pensamiento concretado en un acto social de hecho", la del tratadista Hauriou para quien "toda norma es una fundación continuada, un acto continuo"; y la de Larenz, quien dice que "el elemento más importante de toda institución corporativa es aquel de la idea de la obra por realizar en un grupo social en provecho de ese grupo". Conviene advertir que la cita de Hauriou lleva a pensar más bien en la conducta objeto del Derecho ontológicamente considerado, que en el ideal, que es lo que preocupa a Delos.

De todos modos, Delos concluye con evidente acierto, que todo Derecho contiene e interpreta una ideología, una "idea", pero cae en el mismo confusionismo de Le Fur cuando, después de advertir atinadamente que "el bien común el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual ". afirma que "la seguridad y la justicia forman parte del bien común, lo

que no le es sin embargo obstáculo para decir, luego, que la seguridad es "una organización de hechos" a la que el individuo tendría un "derecho" (supongo que anterior al Derecho) fundado, a su vez en la justicia como "noción moral".

Gustav Radbruch, relativista e historicista, destaca las antinomias que reinan entre los llamados principios supremos del Derecho: el postulado salus populi suprema lex esto reconoce la primacía del bien común como bienestar colectivo; en la declaración justicia fundmentun regnorun, quienes la sustentan se deciden por el ideal de una justicia "suprapositiva" que es tenida como preferente a la salud del pueblo. En el adagio fiat justitia pereat mundus o en este otro añadiríamos dura lex, sed lex lo que cuenta por sobre todo es la inviolabilidad de la ley. Por fin, en la conocida frase summum jus summa injuria resulta que hay algo más interesante y valioso que cumplir la ley; ese algo es la justicia suprapositiva por virtud de la cual es aprendida la noción de injuria.

Si bien es cierto, continua, que la justicia significa igualdad, ella es solo un sentimiento primordial no susceptible de explicación alguna por fenómenos más generales, ella es "un valor absoluto". Pero así contemplada la justicia Radbruch no titubea en afirmar con flagrante incoherencia que "la justicia es un fin del Derecho". Más, aceptando su contradictoria noción de justicia como sentimiento valor fin, interesa estacar su posición historicista: la justicia, así como la seguridad comparten el carácter individualista-liberal y están inspiradas por esta posición inicial y confesional, mientras que al idea del bien común responde, más bien, al ideario socialista y es de inspiración transpersonalista.

Sin embargo de tan explícito relativismo, en Radbruch aparecen todavía ciertas incongruencias del naturalismo positivista, como aquella por la cual el Derecho sería "una actualización grandiosa destinada a desterrar del mundo el azar y lo imprevisto.."

Nuestra posición, en este punto, nos lleva a tomar como eje de referencia y acción la naturaleza, no bajo el ya derrotado concepto de "derecho natural" frase que solo puede ser usada en un sentido literario o metafórico, sino como estructura psicológica universal del ser hombre y como consiguiente imperativo psicológico del mismo en la teleología de todo sistema normativo.

La vida humana se expresa se expande y cree en los deseos humanos, deseos de goce, poder y conocimiento cuya apropiación es el bienestar, en lo objetivo, y la felicidad en lo subjetivo. El hombre se contempla en "Z" por el multicolor vidrio de sus deseos, así fue siempre y seguirá siéndolo.

"Z" es la felicidad suprema en forma de omnigoce, omnipotencia y omnisciencia, y ella representa, en un estado hipotético, o de fe, para quien quiera divino, para quien quiera humano, el sentido final de toda telesis. "Z" resume y representan cualquier concepción de Dios, como toda visión de último absoluto, o de futuro perfecto o de total dominio de la naturaleza. Como "Z" es un concepción telico-formal, y nada más que esto no expresa ni ha de expresar otra cosa que el ultimo de los últimos fines de cualquier contenido emocional que se diera, y no hay, así, dificultad alguna en admitirla lo mismo como representación religiosa, de cualquier religión positiva, que como representación empirico-natural.

Pero bien, sea que se trate de un individuo el autócrata, por ejemplo de un grupo de individuos la casta, el estamento, la clase, la nación, o de la especie humana, se trata siempre del hombre y su voluntad de "Z" y aquí parece que habrá que arribar forzosamente a una postura valorativa, puesto que si objetáramos que la especie es una y nada más que una, podría contrareplicársenos que la unidad de la especie es un simple hecho de conocimiento que de ningún modo asegura la opción indispensable de aquella. Empujados así hasta el ultimo reducto, nos queda todavía una respuesta que, si bien nonos arranca del plano emocional de las preferencias, es en cambio universalmente irresistible y definitiva: Si hubiera que optar, no ya entre el provecho eventual de tales o cuales hombres, sino entre al vida o la muerte de la totalidad de los hombres, por cual de ambos términos habría de decidirse la teleología del Estado que es construcción normativa de los hombres para los hombres?.....

Ahora bien, se emocionalmente el autócrata o la clase que detenta el Poder tienen interés en conservar la vida de los gobernados, teóricamente están en la posibilidad jurídica de suprimirlos, sin más y sin menos, es decir, en la posibilidad de disponer, por la guerra o por otros medios, el aparato jurídica de suprimirlos, sin más y sin menos, es decir, en la posibilidad de disponer, por la guerra o por otros medios, el aparato jurídico adecuado para ello; y esta consideración creo que se basta y se sobra para decidirse por comunidad nacional, y la comunidad nacional a la especie. Mucho más, ante la realidad histórica del

presente, que nos muestra los siguientes hechos: una profunda interdependencia económica de todos los pueblos de la tierra, un desarrollo asaz peligroso de las ciencias físico-naturales y una expansión del régimen estatal que en las instituciones de Derecho internacional en actual discusión ha de subordinar a todas las comunidades nacionales disolviendo el dogma de la soberanía.

En conclusión nosotros sustituimos la ambigua fórmula de Jellinek por esta otra, muy clara y muy simple: el Estado se justifica teleológicamente cuando favorece los intereses solidarios de la humanidad en el sentido de su felicidad. Como la felicidad es en cuanto actitud emocional, forzosamente individual, en ello van entendidos individuos y grupos de individuos, llámense clase o nación, pero no como amos de la humanidad, sino como sus miembros en la misma jerarquía, como unos hombre entre los demás hombres. Que la casuística de esta teleología se vuelve a menudo complicada y azorosa?..

No es objeción valedera. Ello queda librado al talento y honestidad de gobernantes y gobernados, a la educación en general y al tiempo, el mundo marcha, por fortuna, hacia una cierta unidad cultural, y esto facilitara muchísimo la casuística de la felicidad.

**Capitulo Cuarto**

**L A L E Y**

## 1.- MOCIÓN DE LEY

### a) Ser y Deber Ser

La fisiología dice que si un arma cortante, introducida adecuadamente, perfora o secciona el corazón, la víctima de semejante operación debe morir. El Derecho penal boliviano expresa que si una persona mata "a otra persona voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima" (art. 479 de Código Penal), debe morir también. He aquí dos leyes que coinciden en la misma consecuencia del acto ejecutado. Esa consecuencia es la muerte. Pero, funcionan ambas leyes de idéntica manera? inmediatamente nos damos cuenta de que no: en la hipótesis de la primera ley, él "debe morir" es un morir necesario y fatal; en la segunda hipótesis puede ocurrir y ocurre perfectamente el caso de que el destinado a morir no muera, sencillamente porque consiguió evadirse de los policías encargados de capturarlo para ponerlo a disposición del pelotón de fusilamiento, o porque, debió a su astucia o a su mal empleada influencia en el medio social en que actúa, el juez encargado de aplicar la ley mencionada, no la aplico, etc. Esto nos hace ver objetivamente como las leyes de la naturaleza no pueden, en ningún caso, confundirse con las leyes del mundo jurídico.

Pero, si hemos de reproducir, con propiedad, la primera ley ella no nos dirá que el herido en la forma descrita "debe morir", sino categóricamente que muere o morirá, como resultado ineludible y forzoso. Y es así como funcionan todas las leyes físico-naturales.

En cambio, en las leyes jurídicas no se trata ya de un ser necesario y uniforme, sino de un ser posible y eventual que simple y meramente se quiere que así sea; se trata, en suma de sólo un deber ser.

### b) Derecho no Escrito y Derecho Escrito

Esto recordado, en relación con la lógica jurídica de la Teoría Pura del Derecho, se nos plantean dos modos de expresión de la norma jurídica distintos: hay un Derecho no escrito que aloja su deber ser en los usos y costumbres y que rige la vida de relación particularmente de los pueblos primitivos pero que también aparece vigente en naciones modernas como Inglaterra; y hay un Derecho escrito hacia el que ha evolucionado el consuetudinario, Derecho característico de la sociedad moderna y que explica su voluntad o

configura el estado social deseado en fórmulas verbales más o menos unívocas y constantes; estas fórmulas son las leyes.

"Las primeras normas jurídicas surgieron como hemos visto atrás en forma espontánea, irreflexiva e inconsciente, expresándose en la costumbre primitiva. Recién en una etapa posterior comienza a intervenir la razón en la elaboración del Derecho. Se produce un tránsito de lo inconsciente cuando empiezan a aparecer técnicos con autoridad para interpretar, fijar y hasta modificar la costumbre, con lo que presenciamos el advenimiento de la legislación propiamente dicha. Así llegamos a los tiempos actuales, que se caracterizan precisamente por la preeminencia de la formulación legislativa, racional", por la normación explícita y verbal sobre la consuetudinaria.

De este modo, la ley viene a ser la norma jurídica consagrada deliberada y conscientemente por órganos competentes, o, en otra definición: todo precepto obligatorio que, emanado de autoridad competente, se acompaña de una sanción y es suficientemente promulgado.

Portalis, en su discurso preliminar sobre el Código Civil francés, define a la ley como: "La declaración solemne de la voluntad del soberano, sobre un objeto de interés común". Los códigos boliviano, argentino y peruano no la definen; tampoco, el Derecho soviético. El art. 1º del Código Civil chileno dice: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite".

La ley, desde el punto de vista político, es la norma jurídica consagrada e impuesta por los órganos supremos del Estado: legisladores, jueces y administradores. El fundamento en que estos órganos se basan para imponerla depende naturalmente del régimen en la autocracia es el dictador o el monarca absoluto; en la democracia, el pueblo por la voluntad de la mayoría.

Teóricamente la ley es despótica, es decir, que su carácter de tal no está en conexión con su contenido axiológico, de modo que la potestad legislativa es absoluta; y, así en principio, la "ley monstruosa" es siempre ley. Por ello el romano pudo consagrar la fórmula dura lex, sed lex. Pero en el hecho, en su mecanismo genético sociológico, la ley tropieza con limitaciones de todo género impuestas por la costumbre, la moral social reinante, la

estructura geográfica y económica, la raza, la historia, la herencia, la convivencia internacional y sus correlativa determinantes, etc., etc., y, así, su eficacia y, por tanto, su vigencia, y, en suma, su ser como deber ser, su ser ley no deja mucho campo a la improvisación o al capricho.

## 2.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA LEY

### a) Disposición y Sanción

Cuando se dice "elementos constitutivos de la ley" debiera uno referirse al Derecho escrito en cuanto escrito, puesto que la ley es eso, pero, entendido así el asunto, habría que ocuparse solo de los signos con que el Derecho se escribe o se inscribe, de la ley en cuanto expresión; mas el tema, así enfocado, no nos permite hallar otros elementos que no sean los propios del análisis lógico gramatical, es decir, un sujeto, el verbo ser y un predicado, u otro verbo y complementos. Este asunto, como se ve, no tiene mayor importancia para el punto de vista del jurista, a quien le interesa mucho menos la expresión que su significado, la norma jurídica que se explicita en el signo. Y es así que el tema que se estudia bajo el dicho epígrafe es el de los elementos de la norma, o si se quiere, de la ley en cuanto norma jurídica, no en calidad de texto.

Como la ley es una conceptualización de la conducta querida por la sociedad que la instituye; como por otra parte, el hombre se mueve solo en función de motivos como en fin los motivos del hombre son en un asola antítesis, placer y dolor, toda ley se integra siempre con dos miembros: una disposición que es lo querido por la ley, el estado social deseado; y una sanción que por regla general, es el motivo adverso al hombre, el dolor, impuesto coercitivamente, ya sea en forma de privación de la vida, de restricción de la libertad o de cercenamiento de la propiedad, o cuando menos, de reposición de lo hecho a su estado anterior. Frente a estos métodos de la sanción punitiva, lo general de la motivación sancionaria es que la ley se dan algunos casos de leyes remunerativas, prémiales o "graciables", como las que otorgan distinciones y condecoraciones, las que ceden al denunciante de ciertas defraudaciones fiscales una parte de lo defraudado o de las multas, etc.

### **b) Formula Estructural de la Teoría Pura**

Aparentemente hay una contradicción o una desconexión entre disposición punitiva (penal o civil), pues a lo querido por la ley lo que psicológicamente debe relacionarse es una sanción remunerativa, y a lo no querido por ella que es lo dispuesto una sanción punitiva. La formula si es A, debe ser B de la Teoría Pura del Derecho nos puede servir muy bien para representar sinópticamente las dos situaciones, de modo que el primer miembro si es A exprese, al mismo tiempo, tanto lo querido por la ley (la disposición) como lo abominado por ella, la condición de la técnica de formulación propia especialmente de los códigos penales; el segundo miembro deber ser B tanto la pena como la no pena, o el premio.

Así, la formula sintética al máximo es bímembre: una condición con su consecuencia. La disyunción de Carlos Cossio la desarrolla sin embargo inicialmente en sus cuatro conceptos: Si es A, debe ser B; si es no A, debe ser no B; o sea: Si es el homicidio, deber la prisión del homicida; si es el no homicidio, debe ser su libertad (no prisión).

Traslademos esto a algún artículo de nuestra legislación, v. gr., el 1013 del Código Civil: "Los gastos de las escrituras... del la venta son de cargo del comprador". Su elaboración cuadrilateral transformaría su texto en estos términos: si el comprador no paga los gastos de las escrituras del venta, debe ser su ejecución civil, si los paga queda libre de ella.

### **c) La Formula Estructural de la Teoría Ecológica**

Pero en la Teoría Geológica los elementos (conceptos entitativos) de la norma jurídica completa ascienden a ocho, ingresando en ellos, como integración inexcusable de la sanción, el juez obligado como tal a sancionar y la comunidad facultada para exigirselo, eliminándose la hipótesis del cumplimiento de la obligación.

La norma se presenta así:

- 1.- Dado un hecho con su determinación temporal
- 2.- Debe ser la presentación
- 3.- Por alguien obligado
- 4.- Frente a alguien pretensor;

- 5.- O dada la no prestación
- 6.- Debe ser la sanción
- 7.- A cargo de un funcionario obligado
- 8.- Por la comunidad pretensora.

Lo que en el artículo de nuestro ejemplo corresponde al siguiente desarrollo:

- 1.- Dada una venta
- 3.- Debe ser el pago de los gastos de las escrituras
- 4.- Al abogado y el notario
- 5.- O, dado que aquel no pagara
- 6.- Debe ser su ejecución civil
- 7.- A cargo del juez competente y sus auxiliares
- 8.- Responsables por ella ante el Estado.

Ocho elementos pues, que son, en suma los siguientes: hecho prestación, deudor, acreedor, delito, sanción, juez y comunidad. Con los cuatro primeros elementos se integra la disposición, y con los cuatro siguientes la sanción. Estos últimos funcionan idéntica y respectivamente como los cuatro primeros: el delito es el hecho antecedente; la sanción es la prestación del juez; el juez, el deudor y el Estado su acreedor. Sin embargo, forman los ocho una sola y única norma.

La reducción de cualquier texto legal a esta fórmula no ofrece mayor dificultad. Coloquémonos frente a dos otros ejemplos donde la expresión verbal pareciera resistirse a esta elaboración. Sea el art. 275 del Código Civil nuestro: Es inmueble el usufructo de las cosas inmuebles. Se transforma así:

	Hecho...	1. Dado el usufructo de una cosa inmueble
Disposición	Prestación	2. Debe el goce de aquel ser tenido como inmueble
	Deudor...	3. Por los miembros de la comunidad
	Acreedor...	4. Frente a esta en la persona de sus órganos
	Delito...	5. Pero, dado que así no fuere
Sanción	Sanción	6. Debe ser la anulación del acto (por ejem.)
	Juez...	7. A cargo del juez competente y sus auxiliares
	Comunidad....	8. Que responden por ella ante el Estado

Elaboremos ahora el art. 233, v. gr., del Código Penal boliviano. Este artículo dispone, en una de sus varias hipótesis, que el que estorbare a la autoridad el libre ejercicio de sus funciones (véase art. 231 del mismo código) mediante arma de fuego empleada contra ella, sufrirá una prisión máxima de dos años. Elaborado en la estructura "Cossio", adquirirá esta forma:

	Hecho...	1. Dado que una autoridad se hallara en ejercicio de funciones
Disposición	Prestación	2. Debe ser la obligación de no estorbársele
	Deudor...	3. Por los miembros de comunidad
	Acreedor...	4. Frente a ella misma en la persona de sus órganos
	Delito...	5. Pero si alguien lo hiciere
	Sanción	6. Debe ser prisión (máxima de dos años)
Sanción	Juez...	7. A imponerse por el juez competentes y sus auxiliares
	Comunidad..	8. Que son responsable de ello ante el Estado

En fin, una disposición graciable o de Derecho remunerativo nos ofrece el art. 416 de la Ley Orgánica de Administración Aduanera. Su redistribución estructural en la formula "Cossio" se muestra así:

	Hecho...	1. Dada la denuncia de un contrabando de mercaderías
Disposición	Prestación	2. Debe el producto de su venta en pública subasta ser adjudicado
	Deudor...	3. Por los funcionarios aduaneros respectivos, o por el súbdito que lo retuviere
	Acreedor...	4. A los denunciantes;
	Delito...	5. Más, si aquellos no lo entregaren
	Sanción	6. Debe ser su prisión (o su enjuiciamiento criminal)
Sanción	Juez...	7. A cargo del juez competente y sus auxiliares
	Comunidad...	8. Responsable de ello ante el Estado

#### **d) La Formula Estructural de la Teoría Integral**

Pero la Teoría Integral del Derecho ha de retomar la disyunción que, para luego abandona, revelara Cossio, incorporando a los elementos de la norma jurídica dos más: los

que integran el cumplimiento de la obligación. La fórmula de la Teoría Geológica no agota la estructura normativa puesto que solo ha tomado en cuenta el incumplimiento de la prestación y su correspondiente sanción punitiva, desentendiéndose de la otra consecuencia unida al deber ser de la prestación. Porque la prestación puede cumplirse, y lo "normal" es justamente que se cumpla. De este modo, la estructura integral de la norma jurídica se apoya en dos pies; el estado social deseado se apoya psicológicamente no solo en el dolor bajo la forma de sanción punitiva, sino también en el placer, bajo la forma de cuando menos no-sanción. Poniendo algo de humor en el representación de la estructura integral normativa, podemos, pues, figurarla así:

Se trata, como se ve, de tres juicios, y no solo de dos, como resulta de la Teoría Geológica: es un juicio antecedente en que se figura lo inicialmente querido por el régimen jurídico (la disposición) y dos juicios en que se explicita lo ya subsiguiente querido por aquel:

- I. Si es el hecho de ser la prestación.
- II. Si es la prestación deber la no-sanción
- III. Si es la no-prestación, debe ser la sanción.

Esta triple estructura normativa se halla admirablemente representada en la fórmula de la Teoría Pura "si es A, deber B", y en cualquiera de los tres casos el juicio opera con la copula deber ser, y en cualquiera de los tres se trata de una consecuencia imputada a una condición.

### **3.- NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LAS LEYES**

#### **a) Nacimiento de las Leyes**

Con la denominación de "nacimiento" de las leyes entendemos su formación, es decir, su iniciativa, discusión, sanción, promulgación y publicación, y con el epígrafe de ", su derogación o su caducidad.

La iniciativa es la facultad de proponer la ley así como el acto por el que esta se propone. En Roma, esta facultad pertenecía al pueblo reunido en los comicios; en los Estados Españoles, durante la Edad Media, lo mismo que en Inglaterra, los representantes de la ciudades y villas ejercían un derecho de petición, solicitando del rey la sanción de tal o cual ley; la dinastía de los Tudor confirió a los Comunes el derecho de iniciativa de la ley sin necesidad de previa petición al rey. En Francia, durante el Segundo Imperio, solo el Poder Ejecutivo ejercía este derecho. En los cantones de la Suiza actual, igual que en Roma, su ejercicio pertenece al pueblo, y en las modernas naciones comparten el derecho de iniciativa el Poder Legislativo y el Ejecutivo. En Bolivia, la Constitución de 1945 hace extensiva la Corte Suprema de justicia la facultad de iniciar leyes. El art. 72 de nuestra novísima Carta Fundamental (1947) dispone que las leyes pueden tener origen el Senado o en la Cámara de Diputados, a proposición de uno de sus miembros, o por mensaje del Ejecutivo, a condición, en este caso, de que el proyecto sea sostenido en los debates por el ministro del respectiva Despacho. La Corte Suprema de Justicia puede, mediante mensaje especial, iniciar proyectos sobre reforma de los códigos.

La discusión, en nuestra ley, se opera así: aprobado el proyecto de Ley en la Cámara de origen, pasa a la otra, que deberá discutirlo, en revisión, dentro del plazo de veinte días. Si la Cámara revisora lo aprueba, pasa la ley el Poder Ejecutivo para su promulgación. El proyecto de ley que es desechado en la Cámara de origen no puede ser nuevamente propuesto en ninguna de las Cámaras hasta la legislatura siguiente.

Si la Cámara revisora se limita a modificar o enmendar el proyecto, este se considera aprobado en caso de que la Cámara de origen acepte, por mayoría absoluta, las enmiendas o modificaciones. Pero si no las acepta, o si las corrige o altera, las dos Cámaras se reúnen para deliberar sobre el proyecto corregido. En caso de aprobación es remitido al Ejecutivo para su promulgación como ley de la República mas, si es desechado, no puede ser propuesto de nuevo sino en una de las legislaturas siguientes.

Cuando la Cámara a la que se remite un proyecto de ley no lo aprueba, la Cámara de origen debe reclamar su despacho con un termino adicional de diez días, al cabo de los cuales deberán ambas Cámaras reunirse en Congreso (Art. 76).

La sanción de la ley consiste en su aprobación por el Poder Ejecutivo, o el Legislativo. En el sistema bicameral que es el nuestro la sanción es legislativa y reside en el acto de la firma del proyecto de ley por los representantes de ambas cámaras.

Por su parte, el Poder Ejecutivo posee el derecho de veto, o sea, la facultad de negar su sanción a la ley aprobada por el Poder Legislativo. Este veto es, en algunas países monárquicos, absoluto; en las repúblicas es solamente suspensivo. En nuestra organización es pues de este último carácter. El art. 77 de la Constitución Política del Estado determina que "toda ley sancionada por el Legislativo podrá ser observada (vetada) por el Presidente de la República en el término de diez días desde aquel en que la hubiera recibido".

"La ley no observada dentro de los diez días será promulgada. Si en este término recesare el congreso, el Presidente de la República publicará el mensaje de sus observaciones para que se considere en la próxima legislatura".

La promulgación se hace por el Presidente de la República (art. 81) bajo esta fórmula: "Por cuanto el Congreso Nacional ha sancionado la siguiente ley: Por tanto la promulgo para que se tenga y cumpla como ley de la República".

La ley (art. 82) es obligatoria desde el día de su promulgación. La promulgación no es otra cosa que la orden de publicación que da el Poder Ejecutivo.

La publicación, entonces, es simplemente el hecho de poner la ley en conocimiento de todos los habitantes del país, publicación cuya fecha señala el momento de partida de la obligatoriedad de la ley. El art. 1º de nuestro Código Civil dispone que "las leyes obligaran en todo el territorio boliviano y serán ejecutadas en cada parte de la República en virtud de solemne promulgación", entendiéndose que la solemnidad de la promulgación es la publicación. Esta se hace por medio de la inserción de la ley en los diarios oficiales de la República, como por su lectura en las radiotransmisoras del Estado para el servicio del público.

## b) Extinción de las Leyes

Y, ahora, como mueren o se extinguen las leyes? La vida o vigencia de las leyes se prolonga mientras estas no hayan sido derodadas (o abrogadas) expresa o tácitamente por otras, o mientras no hayan caducado si ello en derecho se admite. La derogación, pues, no se presume; ella debe resultar del texto de las leyes, aunque no fuera en forma precisamente explícita. Toda ley deroga las disposiciones de la ley anterior que sean incompatibles con ella, pero conviene que así lo declare para evitar errores de interpretación. Una ley general no deroga a una ley especial sino cuando lo declara expresamente. Una ley especial deroga a una general en todo cuanto se opone a aquella.

El desuso ocurre cuando una ley cuando una ley no es invocada ni aplicada; cuando se la olvida considerándola inoficiosa, tal como ocurre, entre muchos ejemplos de nuestra impaciente legislación, con el art. 293 de Ley de Organización Judicial que establece que el abogado debe exigir de su cliente una relación escrita y firmada de la causa sometido a su patrocinio. "En el antiguo Derecho, el desuso (desuetudo) determinaba la caducidad de la ley cuando se constituía una costumbre contraria. Hoy el desuso no acarrea consecuencia alguna para la vida de la ley que, en tanto no sea abrogada, tiene tanto vigor presunto como la mas usada". En nuestra legislación no cabe la caducidad, aunque nada expreso hay sobre esto ni sobre la derogación de leyes vigentes, aplicándose la doctrina general que la legislación argentina, mas bien, la incorpora a su Código Civil, art. 17: "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. El uso, la costumbre practica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos".

La inconstitucionalidad, o contradicción de una ley de grado inferior en relación con lo establecido por la Carta Fundamental del Estado, prepara el desuso y, a la postre, la abrogación de la ley inconstitucional; puede decirse de su efecto sobre esta, que es una caducidad operativa por individuación. La ley inconstitucional es vigente en su grada, plenamente, pero al individualizarse en la sentencia, el sujeto que tenga interés jurídico afectado y que, sobre esta base, aduce la inconstitucionalidad en juicio con el Estado que ha de ser citado como parte, en su calidad de custodio del régimen legal, obtendrá una declaración judicial por la cual se despojara a la ley acusada, de sus efectos en relación con el sujeto afectado y el concreto interés reclamado. Así pues, mientras no exista un interés concreto perjudicado y una demanda especifica a s respecto, la ley inconstitucional mantiene

su vigencia, y actúa, por decir así, a pesar de su incongruencia. Nuestra Constitución funda, en su art. 182 la unidad de todo el orden jurídico y abre la acción de inconstitucionalidad al declarar que "las autoridades y tribunales aplicaran esta Constitución con preferencia a las leyes y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones".

En suma, las leyes pueden extinguirse: por derogación o alteración parcial, por abrogación o sustitución total, por caducidad como efecto de su desuso y por inconstitucionalidad eventualmente y a tiempo de su aplicación, bajo la forma de suspensión condicional.

#### **4.- LA LEY EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO**

##### **a) La Ley en el Espacio**

Ya al tratar del Estado habíamos visto que el Derecho posee un ámbito espacial de validez; este ámbito espacial es el territorio; las son, pues, territoriales, es decir, que se aplican a todos los que habitan o están en el territorio nacional, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes. El art. 1º de nuestro Código dispone, como ya lo vimos, que "las leyes obligan en todo el territorio boliviano" pero, además, el art. 3º establece que "los bienes inmuebles, aunque se posean por extranjeros, serán regidos por la ley boliviana", el art. 4º hace extensivas "a todos los que habitan en el territorio" las leyes de policía y de seguridad.

Sin embargo, la capacidad de las personas se juzga bajo principio de la extraterritorialidad, es decir, por el domicilio o por la nacionalidad, según los casos y legislaciones. Son igualmente extraterritoriales las leyes que rigen las formas y solemnidades de los contratos y de los instrumentos públicos, que son válidos si ha sido observadas de las leyes del país en que se han otorgado.

##### **b) La Ley en el Tiempo**

Con relación al tiempo, es norma general del Derecho que las leyes deben disponer para el futuro; por consiguiente, no tienen efecto retroactivo y no pueden alterar derechos ya adquiridos.

Se comprende fácilmente que la no retroactividad sea la base de las relaciones jurídicas sobre que reposa y se asiente el orden social, puesto que lo contrario dejaría librado al capricho del legislador cuanto al hombre le es caro y condeciría, en fin de cuentas a la negación del Derecho, estos es, a la anarquía.

La no retroactividad de las leyes es un principio generalmente incorporado al Código Civil; sin embargo, en Estado Unidos, Noruega y Suecia es principio constitucional. En Bolivia es también principio constitucional, conforme al art. 31 que expresa: "La ley dolo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo"; pero, a la vez, aparece en nuestro Código Civil cuyo art. 2º, 1º reproduce en iguales términos. El art. 13 de nuestra Constitución consagra por jueces designados con anterioridad al hecho de la causa.

La nueva ley no puede afectar los derechos adquiridos, entendiéndose por tales los que están irrevocable y definitivamente obtenidos antes del hecho, del acto o de la ley que se les quiere oponer para impedir su pleno y entero goce. Derecho adquirido es pues el obtenido legitimamente, de conformidad con ley anterior y que ha entrado a formar parte del patrimonio de su titular. No comprende las meras esperanzas o expectativas, de modo que si... Perico Pérez hace testamento mejorado a uno de sus hijos con el tercio de sus bienes, conforme a ley vigente, y mañana se promulga una nueva ley que limita a solo un cuarto esa cuota de mejora, ella será de solo un cuarto.

Tampoco hay derechos adquiridos en lo que se refiere a la capacidad civil de las personas, como la del menor emancipado o la del mayor, la capacidad de la mujer casada, las facultades inherentes a la condición de marido, etc. si hoy la ley determina que la mayoría se alcanza a los 21 años y mañana que a los 25 los que en el intervalo de hoy a la nueva ley tuviesen 21 a 24 años cumplidos tomarían automáticamente a la minoridad, hasta cumplir la edad requerida según la nueva ley. El legislador puede, pues modificar la capacidad de las personas pero debe respetar los actos y contratos realizados por ellas en virtud de su capacidad anterior. Tal, si el mayor vuelto a la minoridad del ejemplo imaginado hubiera contraído matrimonio sin el consentimiento de sus padres, en el intervalo dicho, y supuesto que lo hiciera dentro de la mayoría e la primera ley, su matrimonio seguiría siendo válido.

Tiene también efectos retroactivos las leyes interpretativas de otras leyes, siempre que no afecten los casos ya juzgados definitivamente. Se trata de las leyes que explican una ley anterior y fijan su sentido; se reducen a aclarar la ley antigua, salvando sus dudas.

Por último, tampoco hay irretroactividad en las leyes penales, pues es tanto de doctrina como la legislación que, cuando una ley modifica la pena señalada por otra anterior, debe aplicarse la pena menos severa. Es en este principio que se inspira el art. 693 de nuestro Código Penal cuando dispone que a los reos que se juzga por delitos cometidos antes de su publicación se castigara con las penas señaladas en él toda vez que estas sean menores que las establecidas en el anterior.

## 5.- CUERPOS DE LEYES

### a) La Recopilación

El progreso de la legislación al compás del mismo de la ciencia del Derecho permite, e impone, cuando las reglas jurídicas han llegado a formas un conjunto difícilmente manejable en su totalidad, su clasificación conforme a ciertas notas comunes o a cierta categoría de objetos legislados. Así, bien pronto aparece, en el primitivo conjunto indiferenciado, la recopilación. Disposiciones aisladas en textos diversos se reúnen de acuerdo a una determinada materia legislativa, o cuando menos, simplemente se reúnen, y es este último, en realidad, el primer paso, como bien se comprende. Se recogen costumbres, y se fijan por la escritura, primero en disposiciones desperdigadas y después en un solo libro, documento o texto en el que suele haber, desde la primera intentona, alguna clasificación temática que fundara la unidad de los futuros códigos. Con este adecuado nombre tenemos, en las fuentes históricas de la legislación americana las Recopilaciones de Indias, la Novísima Recopilación de las leyes de España, las Leyes de Toro, Las Siete Partidas, etc.

En nuestra presente legislación nacional, la recopilación más importante es el Nuevo Digesto de LEGISLACIÓN BOLIVIANA (1929-1943) de Mario C. Aráoz, conjunto general de toda la legislación donde hay, además, un trabajo más o menos logrado de clasificación. Recopilaciones, asimismo, son: la del Ministerio de Fomento que reúne las Leyes y Reglamentos sobre Tráfico Lacustre (1930); la de Humberto Delgado Llano sobre colonización (1928); la del Ministerio de Educación sobre Legislación Educacional (1938);

la legislación Universitaria Boliviana, de Oscar Frerking Salas y Manuel Duran P. (1944); la Legislación Boliviana del Trabajo y de la Previsión Social, Gastón Arduz Eguía (1941), etc.

La recopilación puede hacer simplemente por agregación sin más requisito, o en ordenación cronológica, o en fin, por materias, forma, esta ultima, que abre las puertas de la codificación.

### **b) Codificación**

Cuando el sistema se ha aprobado de las provisionales recopilaciones, se esta en la codificación. Sus requisitos son, por lo menos, tres agrupación de la materia legislada alrededor de un objeto común e invariable, subclasificación por subtemas y ordenación lógica que coloque en el primer lugar de la exposición los temas antecedentes por su contenido material y su mayor extensión lógica, y en segundo los consecuentes y subsiguientes.

Es claro que la perfección del resultado es cosa muy relativa. Aun con respecto al primer requisito la unidad de materia hay cuerpos leyes, como el Código Civil, en el que semejante unidad no esta lograda aun, a pesar de su enorme tradición y acaso por ella misma; su materia abarca dos temas generales en lugar de uno solo; la familia y el patrimonio. Pero la legislación de Minas, por ejemplo, la legislación del Trabajo, la penal, la constitucional forman cuerpos satisfactoriamente unitarios y sistemáticos. El concepto unificador es, en la primera, la explotación y aprovechamiento de la riqueza minera; en la segunda, los conflictos y problemas referentes al trabajo sujeto a salario; en la tercera, muy típica, se trata del orden social no deseado que se explicita en sanciones punitivas, reglas legales, todas, en que lo afirmativo o constructivo del ordenamiento, o sea, en una palabra, la disposición esta definidamente llamada por el texto; el cuerpo constitucional reúne, o debe reunir, solamente aquellas disposiciones que se ocupan de la estructura general del Estado y de los derechos del súbdito que se reputa fundamentales, etc.

El segundo requisito de la tarea codificadora, esto es la subclasificación por subtemas, nos mostrara, v. gr., en el Código Civil, un "título" especial que se ocupe del arrendamiento, y nada mas; otro que regle solo el contrato de compañía otro que trata del préstamo, etc.

Por el requisito numero tres, el cuerpo constitucional instituirá, antes que nada, la forma del Estado en un par de conceptos, eventualmente la religión y el rol de pueblo y del ejercito; hará bien en tratar a continuación los derechos y garantías individuales de más alto valor vigente, y luego, la estructura de los Poderes, para concluir en la manera de reformar el régimen fundamental que aquel instituye; el Código Civil dirá, primero, para que espacio territorial, para que categoría de hombres y en que modo de tiempo se propone valer; hablara de las personas antes que de los bienes por aquellas gozados o poseídos, etc., y dentro de un subtemas, comenzara, cuando haya lugar, por las disposiciones generales a él hablando v. gr., del usufructo; explicara primero, el usufructo; dirá, a continuación, las obligaciones del usufructuario, y acabara con los modos de acabarse el usufructo, etc.

Así pues, la codificación tiene por objeto reunir las disposiciones legislativas en un solo cuerpo o conjunto orgánico y homogéneo que facilite su conocimiento y concordancia, así como su aplicación e interpretación.

La codificación comenzó en realidad, recién a fines del siglo XVIII, y tiene orígenes revolucionarios. Los primeros códigos fueron el de Prusia (1794), el Código de Napoleón (1804) y el Código austriaco (1811).

El Código Napoleón o Código Civil de Francia ha ejercido una notable influencia sobre los códigos civiles, del siglo XIX, y es sobre sus bases que ha sido redactado el nuestro, a tal punto que, según algunos juristas nacionales, "es una copia servil de aquel".

El proceso de la codificación recibió un gran impulso con Revolución Francesa, por Napoleón y su código. Conocemos el mapa legislativo de la Francia de 1789 dividida en dos partes por el Derecho consuetudinario y por el Derecho romano; el Norte, representante del Derecho no escrito, y el sud, del romano. Sin embargo, se habían ensayado ya algunas recopilaciones, como las de los Usos de Tolosa y de Burdeos, entre otras. Producida la revolución de 1789, se hicieron dos tentativas de codificación, una de ellas por la Convención y otra por el Directorio, ambas fracasadas. Elevado a Primer Cónsul, Napoleón puso su entusiasmo en esta magna obra, a cuyo efecto nombro el 13 de agosto de 1800 una comisión de la que formaban parte cuatro juristas: Tronché llamado por el Emperador "primer jurisconsulto de Francia" Bigot-Préameneu, Maleville y Portalis. El mismo Napoleón asistió a las reuniones tomando parte en las discusiones con tan buen sentido

jurídico que muchas de las disposiciones con tan buen sentido jurídico que muchas de las disposiciones que se insertaron él se deben como por ejemplo, las que se refieren a la adopción.

Cuatro meses se necesitaron para confeccionar el proyecto primitivo del que mas tarde seria el Código Napoleón. Una vez redactado, se lo envió a los jueces y tribunales encargados de aplicarlo, con el fin de que sugirieran modificaciones, las cuales una vez recibidas, fueron estudiadas y aplicadas al Código. Fue publicado el 21 de marzo de 1804 con el nombre de Código Civil de los Franceses.

**Capítulo Quinto**

**TÉCNICA CIENCIA Y ARTE**

## 1.- TÉCNICA, CIENCIA Y ARTE

Técnica, originalmente, es lo mismo que arte como significado de procedimiento, modo o manera, o método de hacer alguna cosa. Sin embargo, se hace un distinguo, que conviene reconocer, entre los conceptos técnica, arte y método que así parecen poco menos que sinónimos. En este distinguo se reserva, por lo pronto, la denominación de arte para el que suele escribirse mejor con mayúscula, para el Arte que dicho con las salvedades del caso, persigue la belleza es, por naturaleza, emocional y subjetivo; para el Arte en tarea de proporcionarnos una imagen personal y singular del mundo, producto de una situación vital eminentemente contemplativa. En la Técnica, la nota sobresaliente, lo que caracteriza la actitud humana técnica, es la acción orientada al dominio de la naturaleza y el espíritu. Mientras el Arte va preferentemente en persecución del goce, la Técnica se afana por alcanzar el poder, en tanto que la Ciencia, por su parte, persigue el conocimiento.

"La técnica, dice Spengler, es la táctica de la vida, pero una táctica que adquiere su sentido por la finalidad e la vida misma, por lo que la vida humana es propiamente. Una teoría de la técnica requiere, por consiguiente, una teoría de la vida humana... Según Ortega y Gasset, hay que distinguir en la evolución histórica de la técnica tres estadios bien diferenciados: la técnica del a zar, propia del hombre primitivo, accesible a todos los miembros de la comunidad y casi confundida con el repertorio de los actos naturales; la técnica del artesano, propia de la Antigüedad y de la Edad Media, patrimonio de ciertas comunidades, como una manera de hacer diferente de las demás; la técnica del técnico, tal como se ofrece en nuestra época, con intervención de la maquina y una gran diferencia no solo entre el técnico y el no técnico, sino entre el técnico, el artesano y el obrero..." Los cierto es que al Evolución de la Técnica viene sin duda, de los inconsciente y asistemático hacia lo sistemático y ampliamente consciente.

El arte, cuando entienda destinado a procurar la utilidad, o mejor el poder, en el latisimo sentido que aquí le damos, se confunde con la Técnica.

La Técnica, en fin, es un sistema de conocimientos independientes de toda consideración lógica o gnoseológica, organizados en vista de un fin practico y aplicados a este, vale decir, organizados en vista del poder cuando con él se signifique "dominio de la naturaleza y el espíritu".

El método ahora, es una manera razonada de conducir el pensamiento hacia un resultado determinado que lo mismo puede ser la belleza que la utilidad o la verdad; lo mismo el goce estético, que el poder, o el conocimiento. Método es "camino", persecución" con un plan prefijado y con unas reglas determinadas y aptas para conducir al fin propuesto; el método se contrapone, así, a la suerte, y supone desde luego, que hay una ordenación en el objeto al cual se aplica..." La técnica tiene, pues su propio método, es decir, su propio modus operandi, como tienen el suyo Ciencia y Arte.

Empero, la eficacia de la Técnica esta subordinada a la Ciencia, puesto que como aplicación adecuada, que es aquella, de ciertos medios para el logro de ciertos fines prácticos, supone el conocimiento de los procedimientos empleados. "La técnica mas rudimentaria que imaginarse pueda, implica necesariamente un minimum de saber y, en este sentido, es técnica científica".

## 2. LA DOBLE TAREA DE LA TÉCNICA JURÍDICA

Ahora bien, cual es el fin practico que el Derecho persigue?

- Ya hemos visto que él se propone realizar un estado social cuyo contenido en ultimo resultado, la felicidad equitativamente distribuida. Cuál es el medio o cuáles los medios que a este objetivo la comunidad aplica? Un sistema de normas de conducta coercitivas. Pero esta actividad, que puede llamarse normación, plantea, en lo practico, más de un problema, v. gr.: Qué reglas ha de subordinarse la interpretación de esta? Qué métodos penales se muestran mas aptos para la oportunidad y efectividad de la coacción? Etc.

Es así como prescindiendo aquí de la pregunta numero tres se habla de una técnica de la formulación que bien puede designarse con el nombre de gramática jurídica, y de una técnica de la interpretación que quizás pueda designarse como industria jurídica.

La técnica de la formulación o gramática jurídica nos enseñara como inscribir las leyes; nos dirá que su redacción debe ser clara, concisa, sobria e inequívoca; delimitara asimismo, la extensión lógica de los conceptos propios de cada escalón de la pirámide jurídica de manera que los conceptos constitucionales puedan subordinar a sus determinaciones los de la legislación; y estos, los contenidos en las sentencias, actos administrativos y negocios jurídicos hallara inadecuado, v. gr., poseer en la Cara Política de

un Estado alguna disposición que determine la tasa de una multa, el plazo de una acción las causas de divorcio, etc. que no son temas constitucionales, sino de la grada de la legislación, etc.

La técnica de la interpretación, en cambio tan importante o mas que la anterior, enseñará a leer los textos jurídicos, a hallar el significado de estos o el de las normas consuetudinarias y, sobre todo, a configurar en relación con esas significaciones, las normas que en las gradas inferiores de la pirámide determinan ellas; nos enseñara, en una palabra, el modo de producción o creación de las normas jurídicas.

De la caracterización de ambas funciones como formulación y producción subordinada a ella surge la estrecha vinculación de ambas, pues, si los textos legales no son otra cosa que fórmulas verbales, estas fórmulas verbales funcionan como expresiones preñadas de significaciones, y estas significaciones son justamente las normas que integran el Derecho.

### **3.- LA INDETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN NORMATIVO**

#### **a) La Indeterminación General Necesaria**

El ser de la interpretación como industria jurídica, como actividad productora de normas jurídicas, surge de la indeterminación necesaria del régimen normativo. Esta indeterminación es mostrada caramente por la Teoría Pura del Derecho en tres maneras: como indeterminación general de la grada inferior en relación con la superior, como indeterminación eventual intencionada de las gradas inferiores, y como la misma no intencionada. Pero estas tres maneras de la indeterminación general necesaria que puede designarse como indeterminación de ejecución, y una indeterminación eventual interna que se puede llamar indeterminación de significación.

La indeterminación general necesaria se funda en el hecho de que, dentro de la regulación efectuada por la grada superior no es posible ligar en toda dirección el acto por el que es ejecutada, es decir, el procedimiento y el contenido material de la norma de grado inferior. Y, así, "hasta una norma que llega al detalle tiene que dejar al ejecutor una multitud de determinaciones. Si el órgano A dispone que el órgano B detenga al súbdito C,

el órgano B ha de decidir, según su criterio, cuándo, dónde y cómo realizara la orden de detención.

En las relaciones de la Constitución con la Legislación, si aquella ha dispuestos que el trabajo y el capital gozan de la protección del Estado (art. 124), los mismo que la familia, el matrimonio y la maternidad (art. 133), se plantean para el Legislador un sin número de expedientes, y a menudo abiertamente contrapuestos, que es posible reputar como adecuados para semejante protección. Baste pensar en el continuo choque de opiniones que provoca la consideración del divorcio, por ejemplo, en relación con la estabilidad familiar.

#### **b) La Indeterminación Eventual Intencionada**

La indeterminación eventual intencionada se produce en los casos de delegación, como aquel de la ley sanitaria que dispone que los habitantes de una ciudad deberán tomar precauciones sin especificar cuáles para evitar la propagación de epidemias. La autoridad administrativa determina entonces según sea la enfermedad, la naturaleza de aquellas precauciones.

Este mismo tipo de indeterminación aparece a menudo en nuestra legislación penal cuando las penas de reclusión, prisión, obras públicas o extrañamientos se establecen entre dos límites de tiempo: uno a tres años, seis a diez, etc., así como cuando el juez puede elegir entre la pena pecuniaria o la privativa de libertad. ES, así mismo, indeterminación eventual intencionada la del art. 257 del Procedimiento Civil boliviano cuando estatuye la independencia del juez frente al parecer de los peritos. Hay la misma indeterminación en todas las leyes que otorgan una facultad, por cuanto considerado el súbdito en general como órgano del Estado o creador de Derecho, goza de una forma particular de delegación al dejarse librado a su arbitrio el hacer o no hacer, el tener o no tener y, con estas cuatro hipótesis, el modo o manera y las circunstancias de las mismas.

#### **c) La Indeterminación Eventual no Intencionada**

Se presenta allí donde la palabra o frase empleadas ofrecen pluralidad de acepciones, de modo que el ejecutor de la norma se encuentra ante dos o más significaciones posibles. Es esta la situación que plantean las expresiones necesidad y utilidad públicas, cómoda

división, fuerza o violencia, etc., los materiales preparados del art. 1197 del Código Civil, la conducta inmoral del art. 9, inciso h), del Reglamento de la Ley General del Trabajo, etc. Surge, asimismo, cuando el ejecutor de la norma cree poder aceptar que existe una discrepancia entre la expresión verbal de la norma y la autoridad que la dicta, o la llamada "Voluntad del Legislador", tal como ocurre en los arts. 1018 y 1037 de nuestro Código Civil, o el 123 de la Constitución de 1945.

En el citado art. 1018 del Código Civil se dispone que "es nula la venta de la cosa ajena y puede dar lugar a daños e intereses, aun cuando el comprador ignore que era ajena" (sub-rayo " aun"). Esa palabra aun "tan desacertada y oficiosamente añadida dice bien Germán Mendoza, querría decir que cuando el adquirente no ignora que esa cosa era ajena, conservó siempre su derecho a los daños e intereses", siendo así que en el texto del original francés que cabe esperar traduce el pensamiento de nuestro Legislador se añadía, sin la incomoda palabra aun, simple y claramente esto: "Lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut d'autrui".

En el art. 1037 del mismo Código (1618 del Código Francés), el comprador tiene la elección aumentar el precio o desistir del contrato si el exceso resulta ser veinte veces mayor que la medida expresada, en tanto que el original francés decía: una vigésima mayor... Es dado al órgano ejecutor pensar que se trata de un error de traducción.

En el art. 123 de dicha Constitución (edición de Ciro Felix Trigo debidamente autenticada por el Ministerio Publico) se dice cuando la voluntad de nuestro Legislador quiso, sin duda, decir: descanso...

#### 4.- LA INTERPRETACIÓN

##### a) Método Gramatical

Cierto individuo visita a cierto profesional abogado y el cuenta su caso en estos términos:

- Doctor, he venido a pedirle que me defienda, pues mi mujer se ha querellado ante el fiscal, y dice que ha de conseguir me encierren seis años en cárcel publica! Esta verdaderamente encolerizada...

- Y bien, qué ha hecho usted?

- Pues... mire...casi nada: me casé

- Se casó usted... y qué más? Casarse no es un delito.

- Es que... me casé dos veces.

- Bueno, muchos lo hacen, Cuándo enviudó usted?

- Es que...no enviudé...

- Ah!... Ya veo, quizás no estaba todavía sentenciado su divorcio de la primera mujer?

- Le diré de una vez, doctor: ni murió mi primera mujer, ni me divorcie de ella.

El abogado calla un momento tratando de coordinar sus ideas jurídico-penales, mientras el "laborioso" cliente espera compungido la decisión de su posible salvador:

- Si, si, si, si... Artículo 428 del Código Penal... Su caso es difícil, mi amigo . Es usted bigamo!

- Así será, mi doctor... Y... Que puedo hacer?... Usted me defendería. Yo he de pagarle lo que me pida, aunque soy muy pobre...

- De inquietudes sexuales, al menos, no parece usted muy pobre. Venga mañana, a esta misma hora. He de estudiar su caso.

- Nuestro apurado cliente encuentra a su causídico de excelente humor la mañana, siguiente:

- Creo que he hallado la solución perfecta de su caso.

- Diga, doctor.

- Cásese usted una vez más.

- Pero... si por bigamia me llevan a la cárcel

- No se alarme, ni se apure. Nuestro Código Penal castiga la bigamia, pero nada dice de la... "trigamia", y como todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido...

Carlos Cossio ha tratado el tema de la interpretación de la ley con acierto y profundidad, clasificando las distintas concepciones interpretativas según el sinóptico que aparece al final del presente párrafo.

Hay, desde luego, dos modos contrapuestos de encarar el significado de las palabras en general y por consiguiente, el de las palabras contenidas en la ley, modos que se corresponden con la vieja clasificación hegeliana de espíritu subjetivo y espíritu objetivo: o las palabras son subjetivamente interpretadas de acuerdo a la intención de quien las dice, o lo son objetivamente conforme a su significado autónomo, tal como en el diálogo que antecede. Con harta frecuencia, en efecto, la conversación corriente, y más aun, en el lenguaje literario substituyen los significados autónomos, es decir, gramaticales, por otros a veces enteramente contrapuestos cuyo uso repetido puede incluso provocar la caducidad del significado independiente y autónomo. Tal, por ejemplo, el adjetivo nimio que, significando objetivamente demasiado o excesivo, adquiere la significación intencional o subjetiva de diminuto o exiguo.

Esta misma contraposición de concepciones interpretativas aparece frente a los textos legales, cuyo sentido se arranca, o de su letra según la conversación reproducida, o de la intención del Legislador; método empírico-gramatical, el primero; método empírico-histórico, el segundo. Por el método empírico-gramatical que es el empleado igualmente por Shakespeare en el desenlace de The Merchant of Venice, la elaboración del vocabulario de la ley se efectúa "en base a la autonomía que gramaticalmente pueden tener cada palabra o frase de la ley, prescindiendo de las conexiones lógicas que existen entre las diversas leyes". El hecho de las palabras regula, pues los contenidos significativos y "limita las significaciones jurídicamente valederas", con lo cual se prescinde totalmente de la consideración del encadenamiento y coordinación lógicos de todo el sistema jurídico positivo. Conforme a este método, si nos vemos frente a las citadas disposiciones de los arts. 11018 y 1037 del Código Civil, o 123 de la nueva Constitución, nos está vedado admitir que se trata de errores de traducción o de imprenta.

## b) El Método Exegético

Por el método empirico-histórico o exegético, como con preferencia se designa, ya no cuenta la expresión verbal, "el método exegético se vuelve hacia la significación que efectivamente correspondió a la palabra en la conciencia del Legislador en el momento de creación de la ley", y trata de revivirla desplazando las significaciones autónomas que en la palabra queden caber. Más conviene aclarar que por "intención del Legislador" entiende esta concepción aunque a veces caiga en psicologismo no la individual o personal del individuo hacedor de la norma, sino la conciencia histórica de su tiempo, la ideología reinante, los problemas sociales coetáneos, etc. que pudieron haberla sugerido y orientado. Cossio hace a este propósito un distingo entre empirismo histórico y empirismo psicológico que no nos parece adecuado, puesto que la desinterpretación exegética que busca la intención del Legislador en una voluntad individual no es menos histórica que la otra.

Si en el art. 428 de nuestro Código Penal lee exclusivamente bigamia el método gramatical, el exegético lee poligamia; si en el contrato de Shylock lee carne el primero, ha de leer carne y sangre el exegético.

Dentro de nuestra legislación el art. 748 del Código Civil hace una declaración expres sobre el método a seguir en la interpretación de las convenciones: "... se debe averiguar cual ha sido la común intención de las partes, mas bien que sujetarse al sentido literal de los términos" (Código francés, art. 1.156), declaración con la que instituye el método exegético para aquellas.

## c) El Método Dogmático

Dentro de la corriente general intelectualista se ubica, en el hábil esquema o sinóptico de Carlos Cossio, al par las concepciones racionalistas que las dos empiricas descriptas. El citado opúsculo describe tres concepciones racionalistas: la lógico-dogmática, la eidética-fenomenológica y la metafísica de la libre investigación científica, de Geny.

El método dogmático se funda en la ley misma considerada eminentemente como una significación objetiva, empero ya no como significación autónoma o aislada, la modo del

empirismo gramaticalista, sino como significación subordinada a otras o coordinada, "hasta llegar a una noción sistemática del orden jurídico que las comprende a todas y en don la base de la unidad y de la universalidad reposa en ciertas significaciones meramente lógicas y supremas, como el postulado de la plenitud hermética del Derecho, como el juicio de que todo lo que no esta prohibido esta jurídicamente permitido, como la evidencia de que el juez no puede dejar de juzgar, etc." El método dogmático toma, al mismo tiempo, muy en cuenta al mismo tiempo, muy en cuenta "la finalidad de la ley" (método teleológico de Seleille) que el empirismo gramaticalista también desatiende.

Un artículo del profesor Manuel Duran, Interpretación del art. 64 del Código Penal, nos ofrece un interesante conflicto de los métodos dogmático y exegetico combinados por los que el dicho profesor se decide, frente al dogmáticos poro que sustenta el presidente de la Corte Suprema de Justicia. Por el art. 64 del Código Penal los menores de 21 años, los mayores de 60, los sacerdotes y las mujeres no podrán ser, en ningún caso, condenados a prisión y obras, públicas debiendo sufrir el tiempo de estas penas en una reclusión. Ahora bien la ley de 6 de octubre de 1903, art. 60., da paso ala libertad provisional del acusado entre otras hipótesis, cuando la pena es de simple reclusión, no habiendo sido el reo sorprendido in fraganti con lo que reclusión, no habiendo sido el reo sorprendido in fraganti con lo que se plantea el interprete la siguiente situación de duda: -Si las perse plantea al interprete la siguiente situación de duda: -Si las personas que enuncia el citado art. 64 del Código Penal fueran acusadas de un delito que merezca prisión u obras públicas para las personas no exceptuadas en ese artículo, podría concedérsele libertad provisional?.. -El presidente e la Corte Suprema de Justicia declara que no, razonando en un posición dogmática pura que quizás se pueda exponer así:

-El art. 64 del Código Penal instituye en favor de ciertas personas, un derecho a la conversión de la pena reglada en general. Ahora bien, es posible, en logica, convertir una pena que no ha sido imputada aún por la respectiva sentencia y que, por lo mismo, no existe todavía? sin duda que no Por consiguiente, la jurisprudencia que han interpretado, el dicho art. 643 del código Penal "En la respectiva sentencia definitiva y no antes" se ha atendido fielmente al texto de la ley.

El profesor Durán enfoca el asunto desde ellos ángulos histórico-exogético y dogmático, arguyendo, o por una parte, que "el pensamiento del Legislador, al dictara la

disposición del art. 64, no ha podido ser otro que el de mostrarse benigno con los acusados de cierta condición a categoría método exegetico, y, pro otra, que n la "Aplicarse lo favorable al reo", de acuerdo al espíritu de los arts. 43, 46 , 56, 101 y 110 del Código Penal y conforme a un criterio generalmente aceptado (posición dogmático- formal)\_ , y que, en fin, si se esperaba sentencia para efectuar la conversación, el nombrado art. 64 no cumpliría su finalidad (posición dogmático -teológica) de protección a los reos que menciona, por razón de la lentitud de los trámites judiciales, y porque el régimen carcelario boliviano no hace, en el hecho y a pesar del Código Penal, diferencia alguna entre las penas de presidio, obras públicas y reclusión, pues los condenados a una u otra reciben por igual el mismo trato cumplen su condena sometidos al mismo régimen.

Y bien, cuál será aquí la posición legitima? - Considero que las dos. Se trata de un caso de indeterminación eventual involuntaria que abre al juz la posibilidad de dos significaciones, y por consiguiente, la de producir la norma individual correspondiente en el circulo de cualquiera de ambas. porque el orden jurídico no establece un método de interpretación con preferencia a otro, con lo cual viene a permitir todo los métodos, es decir, el método que a juicio del juzgador sea el más adecuado.

#### **d) método fenomenológico**

El método idéntico -fenomenológico de Reinach y Schapp trae también su singular aparte a la interpretación de la ley. Más bien que los conceptos formales de l interpretación dogmática , le interesan aquellos contenidos materiales que pueden constituirse en verdades de razón con independencia de lo que la ley pudiera establecer a su respecto. Se trata de contenidos materiales que funcionan como verdades apodícticas y que, por lo mismo, no es dado a la ley contradecirlas sin incurrir en el absurdo. De este género de esencias materiales son, por ejemplo, la contenidas en los arts. 825 y 826 de nuestro código civil cuando el primero de ellos expresa que el pago extingue la obligación o, el segundo, que todo pago supone una deuda. "El método fenomenológico se desentiende de los hechos y sostiene que hay una única significación pura y libre de contenido empírico... como núcleo de todas las significaciones empíricamente posibles" porque estás solo le añaden las particularidades con que se realiza en la Experiencia. De este modo, el método fenomenológico se limita a aclarar ciertos sentidos generales y constantes de la ley, dando por concluida aquí su tarea para dar paso a la gramática o a la historia, o al método dogmático, frente a las

particularidades contingentes de cada ordenamiento y a su adecuación con el hecho singular que se juzga.

#### **e) El método de la libre investigación científica**

La escuela de "la libre investigación científica" que funda Francois Gény, racionalista como la dos anteriores, "Trata de constituir, por un esfuerzo científico, una especie de derecho común, la lagunas de la fuentes formales y dirija todo el movimiento de la vida jurídica", y es esta actividad de que permite ubicarla, así, como concepción racionalista, pues, por los demás -y es útil advertirlo-, la interpretación que sería tal por existir una ley que ha previsto el caso lo que cuenta es la intención del Legislador. Interpretar la ley por las convicciones personales del intérprete es falsificar la voluntad legislativa. "El estado social contemporáneo del juez no debe pensar sobre la interpretación del texto legal..", sino que ella ha de hacerse en función de la voluntad de sus autores y de la finalidad que éstos pudieron haber perseguido vistas las circunstancias sociales, económicas, técnicas etc. en que actuaron.

Mas, el aporte característico de esta escuela reside en que, sobre la negación de la plenitud hermética del orden jurídico y la correspondiente aceptación de las llamadas "lagunas", procuran una resurrección del antiguo Derecho Natural decidiendo que, en presencia de lagunas, es indispensable acudir a la naturaleza de las cosas -entendida quizás como una estructura social necesaria-, "a los ideales de justicia y utilidad común que el legislador habría perseguido" en defensa de la igualdad de los seres humanos, del derecho absoluto a desarrollar las propias facultades naturales, a la equidad, en fin. En suma, la libre investigación científica bien a rematar en los datos metafísicos que el Juez simplemente descubre... El derecho, en su parte más valiosa, está creando desde toda eternidad y para toda eternidad".

#### **f) La escuela del Derecho libre.**

El estudio más conocido y característico de este movimiento aparece en 1906 con el título la lucha por la Ciencia del Derecho. su autor, el profeso Kantorowicz afirma en él **enfáticamente** que el derecho libre no es sino una especie de "derecho natural rejuvenecido". La ciencia jurídica debe desempeñar un papel creador en vez de limitarse a ser simplemente un medio de conocimiento. El juez no está llamado solamente a descubrir el Derecho en los textos legales, sino a crearlo. Y , en esta labor creadora, su última finalidad debe ser a

realización de la justicia. "La verdadera ciencia Jurídica es antirracionalista y antidogmática. Le repugnan la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los pretendidos razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales que sólo valen por la individualidad de su autor, y la maquinal y vacua deducción".

El advenimiento del régimen nazi, en 1933, prohija resueltamente, en Alemania, las ideas de esta escuela. Las construcciones lógicas de los romanistas son repudiadas por las nuevas generaciones que confían en el sentido innato que del derecho claramente reconocido, sentido y enérgicamente realizado por el juez alemán".

En la caracterización de este movimiento Cossio dice bien que "Si apurara rigurosamente sus premisas, debería propiciar la supresión de todas las normas jurídicas generales para que quede el Juez como árbitro libre y único de los conflictos, resolviéndolos según su conciencia de la justicia:". La ley, e suma no obligada al juez, y es sólo una referencia de orientación.

Así, la Escuela del Derecho libre representa una verdadera novedad en la historia de las concepciones interpretativa, pues al intelectualismo de todas las posiciones tradicionales opone una actitud netamente voluntarista: el contenido de la decisión judicial es libre y depende del arbitrio del Juez.

#### **g) La teoría Pura del Derecho.**

Con la Teoría pura del Derecho, cuyos conceptos nos son ya en buena parte conocidos - pues que desde su punto de vista hemos adelantado algunos exámenes-, se presenta en el campo de la interpretación de la ley una novísima solución voluntarista, pero ya no "invertebradas e informe, sin más ley que la de sus propia intimidad", sino subordinada a los principios reguladores contenidos en la legislación, de manera que el acto de juzgar se realiza como ejecución de una regla objetiva. Aquí también hay creación, pero no creación anárquica, sino limitada dentro de la estructura de un orden jurídico válido y explícito.

Si las concepciones que hemos pasado revista encuentran una imagen cabal en la flecha del arquero frente al blanco -que dice Cossio-, la Teoría Pura del Derecho la encuentra

en la hábil metáfora de la lente de aumento que concentra en un punto movable, dentro del plano de su foco, toda la luz que al atraviesa. El lugar en que incide el vértice del cono luminoso depende de la inclinación que demos a la lente, pero este cono luminoso no puede salir del círculo de proyección, mientras, en cambio, la inclinación de la lente es "Algo diverso de la luz que al atraviesa", y está en la voluntad de quien maneja el instrumento.

En efecto las concepciones tradicionales interpretan el Derecho extrae del mismo texto una serie indefinida de silogismos. mientras que la Teoría pura del Derecho extrae del mismo texto una serie indefinida de silogismo. Se trata aquí de la indeterminación eventual e interna de la norma, sea voluntaria o involuntaria, es decir, e la indeterminación del significado propio, no d ella indeterminación immanente al proceso de individuación que pasa de una grada superior del orden jurídico a la inferior, caso, este último, en el que la indeterminación juega al modo de un árbol silogístico cuyo tronco es la norma hipotética fundamental. Ilustrando, pues, la hipótesis de indeterminación interna -que es, por lo demás, la única que tratan de resolver las concepciones tradicionales-, tomemos, al azar, v. gra. , el art. 1197 de nuestro Código Civil. Este nos dice que en el supuesto de que se disuelva el contrato de alquiler de obras por muerte del empresario, el dueño de, por ejemplo, el edificio en construcción deberá pagar a los herederos de aquél los materiales preparados...

Ahora bien, que son "materiales preparados"?... Pongamos por caso que se trate de la cual a emplearse en la edificación, y el su precio, pero la cual no está ni siquiera que mada en a instalaciones de éste. una hipótesis. O la piedra de cual ha sido quemada, pero no ha llegado aún a la ciudad en que se levanta la dicha edificación ene l sitio mismo de la edificación, pero nada mas que esto o por ultimo, se ha hecho ya la mezcla en agua para su inmediata aplicación a los muros. Etc. Ante esta diversidad de situaciones, las concepciones tradicionales tienen que decidirse por una sola de ellas, en esta forma.

Premisa mayor: Si se disuelve el contrato de alquiler de obras pro muerto del empresario, el dueño deberá pagar a los herederos de aquél el valor de los materiales preparados

Premisa menor: De las prueba del expediente surge que la cual cuyo valor se reclama para por los herederos del empresario se encontraba y se encuentra todavía en el lugar de los hondos de quema

Conclusión: luego a cual cuyo valor se reclama no es material preparado, y se absuelve de toda responsabilidad al demandado.

De este modo, es un solo silogismo el que funciona, y una solo hipótesis la admitida como verdadera, con exclusión de la demás. El fallo que otorgará la razón al demandante, en nuestro litigio, es considerado, eventualmente, como injusto o como contrario a la voluntad de la ley. en cambio, para el voluntarismo estructurado de la Teoría pura del Derecho, la decisión del juez se mueva libremente dentro del círculo de acepciones que pueden tener la expresión materiales preparados, y, así cualquiera de las hipótesis imaginadas realiza plenamente el sentido d ella norma, que, por tanto, permite, sin contrariar la ley, el desarrollo de tantos silogismos paralelos como situaciones quepan en la palabra o frase equivocadas que, en rigor, son palabras o frase multivocas

Pero no es ésta todo la labor interpretativa, ni mucho menos con ella sólo se ha aprehendido el dato de la ley a aplicarse. Ahora , el juez ha de operar a modo del Legislador, y crear la norma jurídica individual de la sentencia presidiendo el bipersonal "Parlamento" de los litigantes y con apoyo de la dialéctica por éstos desenvuelta. Por consiguiente, para al Teoría pura del derecho la tarea interpretativa no concluye en el menester intelectualista de hallar un significado -que es como entienden el problema las concepciones tradicionales-, sino en el acto creativo de la norma de inferior que ejecuta a la de grado superior, puesto que sólo en virtud de este acto es que el texto oro sí inocuo de las leyes se hace Derecho positivo, es decir, alcanza a la conducta, que es siempre conducta de alguien individualmente determinado. Es por eso también que, para el voluntarismo estructurado, la tarea d ella interpretación no sólo se realiza frente a los textos oscuros a ambiguos -como el que nos ha servido en nuestro ejemplo-, o frente a las llamadas "lagunas" - que nos son tales,- sino en todo el ordenamiento.

Sin embargo, hay que esos límites dentro de los cuales actúa la dilección voluntaria de la Teoría Pura del Derecho no se proponen amojonar un marco de posibilidades entre las que el juez pudiera optar a capricho o por azar. Lo único que se propone de cualquiera de

esas posibilidades es perfectamente lícita y se aviene al querer objetivo de la norma ejecutada. pero el juez debe siempre fundar su criterio, en el acto de elección, hasta donde le sea posible, aplicando a este propósito cualquiera de los otros métodos que no sea el de la Escuela de Derecho libre.

Y, para terminar, se advierte sin esfuerzo que la concepción interpretativa de la Teoría Pura del Derecho proporciona a la teoría jurídica una explicación ampliamente satisfactoria del problema de la jurisprudencia varia y aun contradictoria que a menudo se da en la practica judicial, problema frente ala cual las concepciones tradicionales se ven obligadas a afirmar, con evidente insensatez que se trata de una colisión de reglas jurídicas de las cuales sólo una es de Derecho justo; y las otras, violaciones de éste, o quizás reglas de "Derecho injusto".....

### SINOPSIS

