

RESENCIONES

JOSÉ PEDRO GALVAO DE SOUSA. *La Historia del Derecho y la Elaboración Legislativa*. Traducción y apéndice por Juan Antonio Sardina-Páramo. Madrid, Ed. Escelicer, 1972. 193 p.

En este libro su autor nos muestra a grandes rasgos la lucha constante, de más de dos siglos que da el derecho —entendido como un conjunto de normas reguladoras de la vida social— basado en la naturaleza humana y en el condicionamiento que la historia y el medio le impone, contra la pretensión abstraccionista de sujetar las sociedades a un derecho emanado de ideologías apriorísticas y de la consideración puramente abstracta del hombre.

Con todo, el autor hace unas precisiones para no caer en equívocos, y ellas consisten en distinguir claramente el derecho histórico del historicismo jurídico. El derecho histórico representa la tesis del profesor Galvao que, en general, puede resumirse tal como lo hicimos más arriba. El historicismo jurídico viene a ser la expresión en el campo del derecho de aquella tesis que concluye que la historia es una especie de entidad propiamente tal “según la consideran aquellos que hacen de ella una fuerza misteriosa que impulsa de modo fatal la evolución de la humanidad. Tal concepción, trazada en el siglo pasado por pensadores como Marx, Comte y los evolucionistas, es la del progresismo de nuestros días, enseñando que la suprema sabiduría consiste en dejarse llevar pasivamente por el “movimiento de la historia” (p. 24).

El problema se ha agravado radicalmente en nuestros días, pues durante el imperio de Roma, el derecho reflejaba la peculiar realidad del mundo regido por ella. Lo mismo sucedió en el medievo y aún durante el tiempo del absolutismo monárquico. Es significativo, al efecto, el ejemplo dado por Luis XIV y que el autor transcribe al tomar Francia posesión de Alsacia, en el sentido de que este monarca habría dicho: *il faut ne point toucher aux usages du pays d'Alsace*.

En nuestra época, marcada por la Revolución Francesa, el derecho se ha hecho ideológico; es fruto de esquemas mentales arbitrarios, universales y desligados de la realidad. El derecho no aparece ya como resultado del conocimiento de la naturaleza de las cosas, sino que trata de modelarlas según el cartabón rígido y dogmático de la ideología de turno.

Sin embargo, lo dicho no debe entenderse como pretendiendo que la norma jurídica debe ser concreta. Ella es abstracta, y no puede ser de otro modo, pero ha de ser elaborada teniendo a la vista las condiciones

concretas de la sociedad a la que va a aplicarse y las del momento histórico de su elaboración.

En el capítulo I, el profesor Galvao expresa su tesis: "Sociedad, derecho e historia indican la presencia del hombre y señalan el reino de la libertad" (p. 31).

La sociabilidad es un predicado propio del hombre: algo que lo caracteriza necesariamente, pero ella no provoca un mero gregarismo animal sino, por ser el hombre un ser dotado de inteligencia, una unión moral de hombres que cooperan para un fin común.

Sin embargo, los hombres no son entes abstractos sino concretos cuya existencia se desarrolla en el tiempo y en el espacio y que son lo que son en un momento determinado por la historia que los antecede: "Todo hombre es una tradición acumulada, y prescindir de la tradición sería lo mismo que renunciar a la memoria" (p. 34).

Esta historicidad propia del hombre también caracteriza al derecho. El derecho se realiza en la vida de los pueblos dentro de los condicionamientos que le son peculiares. Con todo, el carácter histórico del derecho no presupone la negación de ciertos valores absolutos que se mantienen cualesquiera sean las circunstancias que rodeen la vida de un pueblo. En esto hay una perfecta analogía con la naturaleza humana: los hombres son seres históricos, pero no son pura historia. Hay algo que permanece en el hombre a través del tiempo, que es su esencia, de la cual se predica la historicidad. En tanto que universal ella es común a todos los hombres de todas las épocas, y es lo que les permite llamarse hombres. El derecho, siendo fundamentalmente un reflejo de esa naturaleza intemporal, es algo que también tiene historia, es decir, que se realiza en el tiempo acomodándose a las circunstancias peculiares de cada momento y recibiendo el influjo del pasado, pero sin perder nunca —en tanto que derecho— su esencia que lo hace ser tal.

El antagonismo entre el derecho y la historia nace precisamente de considerar a aquél como algo desligado de la realidad y que puede ser elaborado a sus espaldas en el laboratorio de la mente.

La aplicación de aquella concepción realista del derecho es de suma importancia en los más variados campos. Basta considerar el del juez: éste, "lejos de ser un mero aplicador mecánico de la ley, ejerce una función creadora, no sólo en los países del *common law*, en los que les corresponde "hacer la ley" (*judge made law*), sino también en los de predominancia legislativa. Es cierto que, al dictar sentencia, el juez no tiene poderes discrecionales y no puede formular reglas de carácter general o desconocer el derecho vigente, pero tiene una libertad de juzgar que se manifiesta sobre todo con relación a las lagunas o a las insuficiencias del ordenamiento jurídico positivo" (pp. 40-41).

La labor del juez no consiste en una aplicación rígida del texto legal, sino fundamentalmente en discernir "lo justo", lo suyo de cada uno. Es evidente que, para estos efectos, lo dispuesto por la ley es el factor fundamental que el juez ha de tomar en cuenta, pero no puede perder de vista la objetividad propia de las relaciones de justicia. Si se parte de la base que el legislador no "inventa" el derecho sino que lo educe de la realidad, es posible para el juez usar la equidad para interpretar la ley y para suplirla. Si, al revés, consideramos al derecho como expresión de la voluntad dominante, deja ya de ser una norma racional basada en la naturaleza de las cosas, y no hay equidad objetiva posible a la cual recurrir.

Además de lo que hemos dicho cabe considerar, para los efectos de una adecuada elaboración legislativa, la peculiar formación que tiene una sociedad política. Ella no se nos presenta como una organización de individuos atomizados frente a un estado todopoderoso, sino como la unidad armónica de sociedades menores y anteriores al Estado. La sociedad política viene entonces a ser una sociedad de sociedades.

Lo interesante es considerar a estas sociedades como realmente son; es decir, con una naturaleza peculiar que no depende de la voluntad de legislador sino de sus fines propios. La familia, el municipio, la empresa de cualquier orden, la corporación tienen unos fines y una estructura peculiar que es obligación para el legislador respetar si en verdad quiere el bien de la sociedad para la cual dicta leyes. La función del Estado no es tanto crear la realidad social como armonizarla en una unidad orgánica y jerárquica que a todos permita alcanzar su bien.

El moderno absolutismo de la soberanía de la voluntad popular ha venido a hacer tabla rasa de estos organismos naturales e intermedios entre el hombre y el Estado, con lo cual aquél ha quedado indefenso de manos en éste, con el agravante de que, elevada la voluntad de la mayoría a norma moral absoluta, los hombres quedan despojados de todo derecho inherente a su personalidad: "Tratándose del Estado moderno—organización jurídica de la comunidad nacional— y ante tal corolario, vemos desde luego que las concepciones que hacen de dicho Estado la única fuente del derecho, no resisten la prueba de la historia y de la observación sociológica. El monismo estatal, así como el individualismo contractualista, al hacer de la sociedad política una suma de individuos, prescinde de los cuerpos intermedios y, de esta forma, prepara el Estado totalitario" (p. 50).

La más alta expresión del subjetivismo jurídico son las constituciones que se empiezan a redactar en el mundo entero en cantidades ilimitadas a partir de la Revolución Francesa y de la norteamericana. Eran tales los estragos que había hecho el "iluminismo" en la mente de los contem-

poráneos que con ellas se creía, a pies juntillas, haber encontrado la fórmula mágica que asegurara la eterna felicidad de los pueblos. Cada cual aseguraba haber encontrado la mejor, la más perfecta y acabada.

Lo grave fue el principio que implicaban las constituciones: las naciones vienen a ser tales cuando se dan alguna; antes, poco menos, que es imposible reconocerles esa condición. El despropósito es evidente, y de ahí, del olvido de la realidad en la regulación jurídica de la sociedad, viene fundamentalmente el carácter revolucionario del siglo XIX. La pretensión de introducir a las sociedades en rígidos esquemas ideológicos sólo podía traer todo tipo de convulsiones, ya sea para imponer otra ideología o para volver las cosas a su cauce natural.

En el plano del derecho privado algo similar sucedió con la proliferación de códigos civiles que pretendían regular todo el ámbito de las relaciones entre los particulares y que tomaron su modelo en el código napoleónico. Con éste sucedió algo similar a la Constitución americana que sirvió de modelo a las demás. Ambos cuerpos legales —dejando de lado la cuestión de principios ya enunciada— más o menos correspondían a la realidad de sus respectivos países. Es decir, en alguna medida podían ser considerados como ejemplos de derecho histórico. Lo grave fue su trasposición a países de distinta realidad, historia e idiosincrasia. El afán de imitación y de copia no pudo producir sino nefastos efectos, uno de los cuales fue la cadena ininterrumpida de constituciones en un mismo país, y las continuas modificaciones que hubieron de sufrir los códigos civiles, amén de serles desglosadas muchas materias —derecho del trabajo, derecho comercial, derecho matrimonial— para tratarlas en leyes apartes, pues así lo exigía y exige la realidad. En buenas cuentas, ésta como siempre, se impuso y desbordó los marcos en que se había pretendido introducirla.

Todos estos datos han de tenerse en cuenta, en fin, para analizar el problema de la elaboración legislativa en nuestra época.

En primer lugar, una de las características propias de nuestro tiempo es la noción de soberanía entendida como poder absoluto y como atributo propio del Estado. Este deja de tener objetivos naturales y convierte a su voluntad en la discernidora del bien y de la verdad sociales. El Estado decide en última instancia lo que es bueno y lo que es verdadero.

En un principio, la voluntad estatal se confundía con la voluntad real. Después de la Revolución Francesa, con la voluntad de la mayoría, al menos, teóricamente. Para el caso da lo mismo. La ley ya no es expresión de la razón práctica que busca hacer el bien y evitar el mal, sino expresión de voluntades subjetivas que rigen su propio querer como norma ética absoluta.

Para obviar los peligros que implicaba tal sistema, Montesquieu ideó la división de los poderes, de manera de dejar al legislativo la tarea de elaborar las leyes, al ejecutivo la de aplicarlas y al judicial la de resolver los casos que se presentaren en su aplicación.

Sin embargo, por la necesidad misma de la vida, en muchos pueblos no ha sido posible mantener con la rigidez de la teoría esta división, y así se ha visto como, en no pocas partes, el poder ejecutivo ha ido cobrando cada vez mayor importancia legislativa, constituyéndose, en la práctica, en el más importante de los tres, siendo que, en la teoría, el predominio corresponde al legislativo que, junto con dictar la ley fija el contenido y atribuciones de los demás poderes.

Otro hecho que ha contribuido a desvirtuar la labor legislativa, lo constituye la confusión entre los conceptos de autoridad y representación.

Según la teoría de la democracia liberal, los parlamentarios representan a la voluntad popular y por este motivo gobiernan, cuando en verdad, el sentido auténtico del término representar implica una distinción entre la autoridad y los súbditos ante la cual éstos acuden, representados, para dar a conocer sus aspiraciones. Es decir, es contradictoria la pretensión de los poderes legislativos de querer ser a la vez autoridad —ya que dictan la ley— y cámara representativa a la vez. Los auténticos representantes, en cambio, por ser de ámbitos sociales determinados, conocen muy bien lo suyo, pero carecen de la visión global del ejercicio del gobierno.

El meollo del problema consiste en averiguar si es posible al Estado erigirse en fuente única del derecho. Para el subjetivismo, el derecho lo absorbe todo y es la expresión de la voluntad del Estado, excluyendo la ley, consecuentemente las normas jurídicas que no fuesen emanaciones del poder estatal.

Así el voluntarismo conduce lógicamente al positivismo jurídico y éste al estatismo absoluto. La tesis de la autosuficiencia es al mismo tiempo una afirmación del Derecho por el Estado.

De aquí que, para esta tesis, la legislación estatal sea suficiente para resolver todos los casos de la vida jurídica y los códigos agoten definitivamente en sus artículos las hipótesis posibles en la respectiva rama del derecho, a la vez que la Constitución se convierte en la ley magna de que dependen las otras leyes y contenga virtualmente todos los preceptos de la legislación.

La realidad de las cosas demuestra algo muy distinto. Ni el ordenamiento jurídico está constituido sólo por el ordenamiento estatal ni cubre todos los casos de la vida jurídica. Además de la legislación "oficial" están los ordenamientos de los cuerpos intermedios que forman la sociedad

política a lo largo de su desarrollo histórico, y siempre el derecho estatal dejará lagunas que deberán ser llenadas por la prudencia judicial.

Por su parte, los códigos no son obras definitivas, sino que están sujetos a alteraciones y revisiones y en ellos no están comprendidos todas las hipótesis posibles, dejándose, por lo tanto, campo a otros cuerpos legales y, nuevamente, a la labor judicial.

Por último, la Constitución es ley fundamental que puede fijar algunos principios generales que han de ser observados por la legislación ordinaria, lo que no quiere decir que contenga, siquiera implícitamente, los preceptos de las diversas ramas del derecho (p. 151-154).

En síntesis, el libro del profesor Galvao de Sousa representa un aporte positivo en la dilucidación del problema que significa la elaboración legislativa y de los factores que en ella deben intervenir.

Se echa de menos, con todo, una mayor explicación de lo que constituye lo permanente del derecho, de su esencia intemporal y universal, de la cual decimos debe ajustarse a los condicionamientos históricos y circunstanciales de las diversas sociedades políticas. A pesar de eso, es un paso significativo en la lucha contra el positivismo y el estatismo jurídico.

GONZALO IBÁÑEZ S. *

* Profesor Auxiliar, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile.