

iuris

REVISTA DE LA
FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS
POLITICAS
Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE CUENCA

Indice



5

La relación de la Universidad con el Estado en la sociedad actual
TEODORO COELLO VAZQUEZ

10

El Recurso de Casación y la "Ley de Casación"
HERNAN COELLO GARCIA

17

El levantamiento del cadáver: una diligencia médico legal
GABRIEL TENORIO SALAZAR

21

El concubinato
HOMERO MOSCOSO JARAMILLO

28

Nociones generales sobre el Derecho Comparado
PEDRO CORDOVA ALVAREZ

41

El reenvío: ¿Puede resolverse el problema a que da lugar el reenvío?
HERNAN COELLO GARCIA

53

Verbum juridicum
VICTOR MANUEL QUESADA

56

El Código Civil Chileno quedó obsoleto
FERNANDO FUEYO LANERI

(CONTINUA EN LA SIGUIENTE PAGINA)

Octubre 1993

DECANO:

Dr. Jacinto Cordero E.

SUBDECANO:

Dr. José Peña R.

CONSEJO DE REDACCION

Dr. Raúl Andrade Z.

Dr. Pedro Córdova A.

Dr. Homero Moscoso J.

Lcdo. Eloy Palacios E.

Dr. José Peña R.

DIRECTOR

Dr. Pablo Estrella Vintimilla

DISEÑO GRAFICO:

Sebastián Naranjo C.

IMPRESION:

Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca

Para todo lo relacionado con esta publicación dirigirse a:

REVISTA IURIS

Facultad de Jurisprudencia

Universidad de Cuenca

Casilla No. 168

Cuenca-Ecuador

Editorial

77

De la creación del Derecho

JOSE PEÑA RUIZ

58457

84

Sugerencias para el descongestionamiento de los centros de rehabilitación social del Ecuador

ARTURO JAVIER DONOSO C.

90

Las reformas constitucionales en el campo fiscal

LEONARDO MORENO

93

Una malhadada resolución de la Sala Constitucional

RAUL TORRES HERNANDEZ

97

Grupo Focal: una técnica cualitativa eficaz en investigación social

LUIS D. ARANEDA ALFERO

104

¿De dónde viene y a dónde va América Latina?

JEAN PIEL

112

Un juicio por la vida

DARIO ORDOÑEZ ARAY

117

Hegel: dialéctica, ética y estado burgués

PATRICIO CRESPO

58464

Con este número de la Revista IURIS, la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, reinicia la publicación de un medio de difusión académica y científica que está dedicado fundamentalmente a divulgar en los medios universitarios y fuera de ellos, temas de interés jurídico, político y social.

Ha sido preocupación de las actuales autoridades de la Facultad, reabrir un espacio en el que profesores, investigadores, profesionales y estudiantes vinculados al quehacer jurídico, den a conocer los resultados de sus reflexiones e investigaciones, para suscitar un sano debate que posibilite el desarrollo creativo de las ciencias jurídicas y políticas, no solo en el seno de nuestra Facultad, sino en todos los ámbitos sociales en los que resuenan el Derecho y la Ley.

Al realizar la publicación del número ocho de la Revista IURIS, queremos recordar la dimensión humana y científica de un verdadero Maestro de nuestra Facultad, el Dr. Agustín Cueva Tamariz, quien dedicó su talento a esta Revista, abriendo sus canales de manera democrática para que recogiera lo mejor de la producción de profesores y alumnos. Queremos que su ejemplo nos sirva de guía y de impulso en nuestra Facultad para mantener la publicación de IURIS de manera periódica, dos veces al año, en los meses de octubre y abril.

Invitamos a todos quienes estén empeñados en desarrollar las ciencias jurídicas y sociales en nuestro medio, para aunar esfuerzos y cumplir el objetivo que se ha propuesto la Facultad de Jurisprudencia, extendiéndoles una invitación cordial para que hagan llegar sus trabajos y reflexiones sobre aquellos temas que consideren necesarios tanto

para el desarrollo científico, cuanto para el mejoramiento de la estructura jurídica de nuestro país. Así mismo, en cada número se publicará una selección de las tesis doctorales o de licenciatura que hayan sido recomendadas para su publicación.

Finalmente, queremos agradecer la decidida colaboración demostrada por las autoridades universitarias, en especial del señor Rector, Dr. Teodoro Coello Vázquez, que nos dieron las facilidades necesarias para que la reaparición de la Revista IURIS se hiciera realidad. ■

La relación de la Universidad con el Estado en la sociedad actual *

TEODORO COELLO VAZQUEZ

En esta ocasión me permitiré reflexionar en conjunto sobre la relación entre el Estado y la Universidad, sobre las formas vigentes de esa relación y los cambios que deberíamos impulsar en un esfuerzo global destinado a consolidar a la Nación y a sus instituciones, dentro de una estrategia de desarrollo social, de fortalecimiento de la democracia, de justicia social.

La Universidad, para mantener en el devenir histórico su esencia, debe ser una institución extraordinariamente sensible a las modificaciones de la vida social, abierta siempre al mundo para captar el sentido y las tendencias de la actualidad. Por su relación fundamental

*Extracto del discurso pronunciado por el Dr. Teodoro Coello Vázquez, Rector de la Universidad de Cuenca y Presidente del CONUEP, en la sesión inaugural del Seminario en el cual se presentó el Proyecto "Misión de la Universidad Ecuatoriana para el siglo XXI", Quito, 26 de mayo de 1993.

con el conocimiento, con las ciencias y las tecnologías, con los valores culturales, por su consustancial vínculo con la eticidad de los pueblos en que se arraiga, está obligada a pensar constantemente su destino y a impulsar desde sí misma las transformaciones que requiere para mantener su vigencia.

En la actualidad es, entonces, en relación con el saber, la función política, social y cultural de la Universidad, el horizonte que fija los problemas que deben ser pensados y enfrentados, el ámbito en que se delinear las tendencias, las posiciones, los compromisos y ciertamente las diferencias. La misión de la Universidad sólo puede configurarse en la aprehensión del presente con una visión hacia el futuro, contenido ya como posibilidad cierta en el presente, a fin de que la reflexión encarne en la vida y podamos advertir las transformaciones posibles y necesarias que las instituciones universitarias deben impulsar en el futuro próximo. Futuro cuya realidad será en gran parte nuestra obra, nuestra construcción; dependerá en gran medida de lo que definamos como nuestra misión, de lo que hagamos con nuestra fortaleza y voluntad, y desde luego también de lo que dejemos de hacer, pudiéndolo y debiéndolo hacer.

Concebir la actualidad y las tendencias hacia el futuro podría convertirse en una tarea estrictamente especulativa si no se realizase como aspecto de la acción. Pero también, una acción que se realice al margen de los procesos de conocimiento, de reflexión y de vívida imaginación, cae inexorablemente en la reiteración rutinaria de lo dado, en el estancamiento o en la desordenada actividad propia de la improvisación, ausente de grandes objetivos, de fortaleza, de voluntad.

La pregunta radical que debemos situar en torno de la misión de la Universidad en esta época tiene que ver entonces con lo que en el presente constituyen las tendencias históricas fundamentales que comprometen la vida colectiva. Vivimos hoy día en una época de transformaciones profundas en los sistemas económicos, políticos, culturales, del conocimiento.

Los cambios en la organización de la producción económica, el intercambio y el consumo son ampliamente debatidos por su influencia en las sociedades. Sabemos claramente que sociedades como la ecuatoriana tiene que realizar ingentes esfuerzos para modificar sus formas de producción y de inserción en el contexto económico internacional. Últimamente se insiste en distintos foros, pero desde distintas perspectivas siempre, en la necesidad de cambiar las formas económicas, de impulsar cambios en la estructura productiva, de mejorar la calidad y la capacidad competitiva de nuestra producción y, por tanto, de la actividad laboral.

Asimismo, los cambios mundiales y regionales en las formaciones políticas, en la organización estatal nacional, afectan de manera sustancial las relaciones entre las sociedad y, al interior de cada una de ellas, entre sus componentes clasistas, étnicos, grupales.

Los procesos culturales ponen en relación distintas vertientes históricas con tendencias globales, configuradas en relación con las actuales formas de la comunicación: medios de alcance masivo, procesos informatizados, incorporación general de la telemática, frente a los cuales a la Universidad, esencialmente, le corresponde su presencia.

Modernidad y dignidad humana

Hemos arribado a un mundo profundamente interrelacionado, a un momento de la historia humana en que somos copartícipes de la suerte del planeta y de los hombres. Pero en ese contexto, como pueblo, como nación, debemos indagar nuevamente por nuestra particular manera de existir en el movimiento de la modernidad, por la específica modalidad de proyectamos hacia el futuro como comunidad a partir de nuestra cualidades.

Actualmente se reconoce que la modernidad ha significado un proceso en el que se entrelazan potencias sociales afirmativas de la vida humana con tendencias destructivas; vivimos en un ámbito civilizatorio en que detectamos capacidades creativas razonables y procesos destructivos. Nuestra época se reconoce en las posibilidades de proyección de la libertad humana hacia formas sociales más justas, democráticas, pluralistas, de respeto a las diferencias entre sexos, culturas, edades. Pero a la vez no dejan de acosarnos los fantasmas del fanatismo, de la intolerancia, la xenofobia, los nacionalismos perversos.

La humanidad ha creado potentes fuerzas productivas, pero su uso irracional se vuelve contra la naturaleza, contra la especie misma. Un productivismo ciego, un impulso brutal y bárbaro hacia la mera ganancia, un ímpetu tecnocrático, que pretende incluso subordinar la riqueza multifacética de la vida al control administrativo, al mero análisis cuantitativo, corroe el fundamento racional de esas fuerzas productivas y genera una economía que se pone de espaldas a la vida, que se divorcia y enfrenta al desarrollo social. Pese al progreso

tecnológico, las condiciones de vida del ser humano no han mejorado por desgracia, al punto de que la pobreza y aún la miseria afectan a la mayoría de la población.

El esfuerzo liberador de las sociedades se encuentra así contrarrestado, frenado, obstaculizado por tendencias que en momentos se vuelven hegemónicas en la conciencia colectiva. Si algo se debe rescatar del antiguo liberalismo no es la irresponsable voracidad económica que se vuelve destructiva de la vida social, de la naturaleza, de la cultura, del mundo, sino el esfuerzo por configurar una sociedad razonable, democrática, de tolerancia mutua entre mujeres y hombres que se respetan en el reconocimiento de su dignidad. Si a algo no podemos renunciar es al espíritu de justicia social, de interacción colectiva para continuar una vieja batalla destinada a crear formas sociales en que la vida de cada ser humano lo potencie como ser creativo, libre, razonable.

La Universidad y el destino de nuestros pueblos

Preguntarnos por la actualidad de la Universidad Ecuatoriana es entonces volver a reflexionar por el vínculo con el destino histórico de nuestro pueblo, de América Latina, de nuestro mundo.

Preguntarnos por la actualidad es dirigimos reflexivamente a nosotros mismos para definir las tareas que tenemos con miras al futuro. Y ello implica reflexionar sobre el vínculo de la Universidad con su entorno, con las formas de existencia de la sociedad, no para convertirnos en agentes conservadores de ellas, sino como agentes de cambio, de interacción, de inter-

locución. Hay ciertamente fundamentos histórico-culturales de los pueblos que debemos conservar y proyectar hacia el porvenir, pero la libertad asociada al conocimiento debe renovar permanentemente en la Universidad su función ética, política. Cuando se debate sobre los procesos de modernización entendemos que deben colocarse principios claros sobre lo que en cada caso se quiere entender. Por ello es evidente que debemos reformar la Universidad, como el conjunto de la institucionalidad estatal, los sistemas económicos, el sistema político.

Creemos en una transformación que recupere el proyecto de desarrollo de la libertad, la equidad social, la justicia y el pluralismo, que ponga como aspecto central el desarrollo de los pueblos; que retome el impulso moderno a fin de incorporar el conocimiento en el esfuerzo orientado a mejorar la calidad de la vida, y que por tanto se oriente a proteger la naturaleza y la sociedad como condición fundamental de la vida humana. Para ello cabe reformar, cabe modernizar las instituciones y no para impulsar heterogeneidades sociales que profundizan los abismos entre riqueza y miseria. Es en esta perspectiva que debemos pensar en los cambios que deben producirse en la Universidad Ecuatoriana.

Problemas y desafíos de la Universidad Ecuatoriana

Estamos conscientes de las graves dificultades, de los límites de la Universidad Ecuatoriana. Esas dificultades, esos límites tiene que ver parcialmente con la estructura académica, administrativa, de gobierno de las instituciones universitarias. Pero también hay

problemas serios que derivan de enfoques conservadores respecto de la corresponsabilidad del Estado y la Universidad en el desarrollo de la educación superior; de mutos prejuicios entre la Universidad y los sectores productivos; de serias trabas nacionales en el proceso de incorporación y apropiación de la ciencia y la tecnología.

La Universidad debe formar profesionales eficaces. La eficacia no se circunscribe al manejo de dispositivos técnicos, sino a la conciente intervención en las actividades sociales para mejorar la vida de las mujeres y los hombres concretos. La Universidad debe desarrollar el conocimiento y, por tanto, fortalecer la investigación de modo multifacético. Y a la vez desarrollar institucionalmente las condiciones para forjar un nuevo concepto de ciudadanía, con base en las relaciones de razonable interlocución, pluralismo, respeto mutuo.

Las tareas que tiene la Universidad Ecuatoriana tienen efecto sobre el conjunto de la sociedad y es por ello que los problemas de las instituciones universitarias y politécnicas deben ser asumidas como problemas colectivos, que demandan la participación democrática, pluralista y decidida de gobernantes, legisladores, partidos políticos, profesionales, sectores empresariales, organizaciones sociales y sobre todo de la propia comunidad universitaria. Todos tenemos que expresar de manera libre nuestras expectativas sobre el destino de la Universidad Ecuatoriana.

Al presentar el debate que hoy iniciamos, en el marco del Proyecto **"Misión de la Universidad Ecuatoriana para el siglo XXI"**, queremos destacar la disposición que nos anima para actuar en ese clima de razonable

reflexión con los diversos actores de la educación superior. Queremos nuevamente insistir en nuestra invitación a un debate que tiene como propósito delinear colectivamente problemas, retos, objetivos y acciones. Consta a nuestros distinguidos invitados aquí presentes la amplitud de nuestra convocatoria para este evento; agradecemos cordialmente su presencia y a la vez queremos dirigirnos a los ausentes para reiterarles nuestra demanda de integración a la reflexión, nuestro llamado a establecer un nuevo curso en las relaciones interinstitucionales, en lo que tiene que ver con el desarrollo de las universidades y escuelas politécnicas.

No queremos, debemos señalar claramente, establecer meros diagnósticos y menos justificaciones. Nuestro propósito es propiciar e impulsar cambios en torno a los distintos aspectos críticos de la Universidad. Hace un año expresamos a los dos candidatos finalistas en la contienda electoral por la Presidencia de la República nuestra disposición clara y firme para debatir en conjunto sobre el destino de la Universidad Ecuatoriana. Hoy queremos insistir a todos nuestra propuesta de encontrar consensos, razonables espacios de tratamiento de las diferencias y voluntad común para iniciar una nueva fase de la Universidad Ecuatoriana.

Finalmente con nuestro espíritu universitario renovamos nuestra fe en la juventud, nuestra esperanza en el desarrollo del país y para ello reiteramos la invitación a los poderes del Estado, y a todos, a unimos para fortalecer a la Universidad Ecuatoriana. **R**

El Recurso de Casación y la "Ley de Casación"

HERNAN COELLO GARCIA

La reforma constitucional de 23 de diciembre de 1992 fue la base de un nuevo criterio que, sobre el recurso de casación, ha comenzado a regir en el sistema legal ecuatoriano. Queremos decir que con esta reforma constitucional no se ha instaurado en el país este recurso extraordinario que ha tenido ya una larga vigencia en materia penal y otra, menos dilatada, pero no por eso de muy reciente data, en materia tributaria. Lo novedoso de la reforma consiste en haber ampliado a otros ámbitos del derecho positivo, como el civil y el laboral, este recurso indispensable para tratar de unificar -cuando su regulación es adecuada- la jurisprudencia nacional. La reforma constitucional, sobre la que habíamos manifestado nuestro más favorable criterio, trajo como algo nuevo el imponer el recurso de casación para materias que, como la civil, curiosamente, no habían merecido la atención legislativa a pesar de haber sido a través de los tiempos la que había

instaurado y demostrado la necesidad de esta forma de impugnación.

El Plenario de las Comisiones Legislativas, cumpliendo la exigencia impuesta por la reforma constitucional, ha expedido la "Ley de Casación", sobre la que nos permitiremos hacer algunas reflexiones, particularmente por el interés que ha cobrado dentro del sistema procesal ecuatoriano.

La amplitud del tema y lo reducido del espacio de que disponemos, nos obligará sintetizar cuanto nos sea posible los principales problemas de la cuestión.

Una breve noción preliminar

Un concepto general de lo que debe entenderse por la casación nos enseña que se trata de un recurso extraordinario, llamado a reparar un agravio cometido en una sentencia cuya fase ordinaria de impugnación se ha agotado; lo cual, de no mediar esta fase extraordinaria de impugnación, llegaría a permitir que el fallo quede firme y, por lo mismo, consagre, por ser violatorio del derecho, una infracción al fondo de la ley ó a las formas sustanciales de procedimiento.

Antecedentes de la casación

Los autores encuentran fundadas razones que permiten vislumbrar el antecedente de la casación en el Derecho Romano, en el que, sin duda alguna, es posible hallar una preocupación, o, si se quiere, unos ciertos rasgos que se destacan en lo que se denominó la *querella nulitatis insanabilis* como contrapartida de la acción de *restitucion in integrum*; ya que la

primera de las pretensiones mencionadas era susceptible de ser propuesta cuando había faltado la defensa o ésta era defectuosa, o se habían descubierto otros medios de prueba, o, finalmente, cuando no se habían examinado correctamente las justificaciones hechas en el proceso.

Es, no obstante creer innecesario arribar a los detalles de la antedicha *querella*, de mucha utilidad destacar que el resultado del fallo, en el sistema romano, si se admitía el recurso, era el de considerar *inexistente* la sentencia inicialmente pronunciada.

A pesar de los datos que hemos destacado del sistema jurídico romano, no todos los autores creen que Roma haya sido la cuna de la casación; pero todos están conformes en que este recurso se instauró en forma indiscutible en el Derecho francés. La Asamblea Constituyente de Francia, en el año de 1790, creó el Tribunal de Casación, con el fin de *anular* todos los procedimientos en los que las formas hubiesen sido violadas y todas las sentencias que tuvieran una contravención expresa de la ley.

Se trataba, entonces, de garantizar la separación de los *poderes* del Estado (ahora diríamos las *funciones del poder*, porque el poder, que es uno solo, se ejercita a través de las funciones que le son propias, como ocurre, en el sistema ecuatoriano, con las funciones ejecutiva, legislativa y judicial). Debemos insistir en que el propósito inicial de la casación francesa fue impedir que el ámbito de competencia de la función judicial fuese invadida por la función ejecutiva. Luego se reguló como recurso de fondo contra los errores de aplicación del derecho en la sentencia y con

esta regulación los fallos dictados por el Tribunal de Casación de Francia han sentado jurisprudencia particularmente en los países de la familia Actualmente la doctrina y varios sistemas de Derecho atribuyen a la casación dos finalidades peculiares, diferentes entre sí pero inseparables: la seguridad jurídica, motivación primordial de la norma de derecho, puesta en vigencia práctica por las acciones que se ejercitan ante los órganos jurisdiccionales, y la unificación de la jurisprudencia, como finalidad mediata, aunque no menos trascendente.

Por otra parte y para referirnos al recurso de casación consideramos necesario destacar el hecho de que la utilización correcta de los términos no es solamente una necesidad que reclama la adecuada construcción gramatical de las normas legales, sino por sobre todo una necesidad que impone la adecuada proposición de lo que se ha llamado la intención de la ley. Es, por ejemplo, en nuestro sistema de derecho positivo, particularmente complejo el problema que plantean las expresiones nulidad, inexistencia, *resiliación*, terminación, etc. que, aplicadas como se hallan en los textos legales sin el cuidado debido, han llevado a extremos como el de no poder conocer el verdadero alcance de una determinada regla de derecho. Y si esto debe reclamarse en la elaboración de la ley, en general, en la que regula el recurso de casación debió considerarse particularmente necesario el que se utilice la mayor precisión terminológica posible, para que el recurso no se distorsione y, de este modo, llegue a permitir precisamente lo contrario de lo que persigue su regulación. Si la casación procura restablecer el imperio del Derecho, de manera que no sea posible que dos cuestiones idénticas, basadas

en iguales premisas, sean resueltas en forma diferente en lo que a la aplicación del Derecho se refiere, la Ley que establece este recurso debe ser especialmente cuidadosa en el empleo de las palabras, a fin de que ellas reflejen con la mayor precisión posible la intención que persigue la Ley.

Rasgos definitorios de la casación

Una adecuada regulación de este recurso supone que se reconozcan ciertos rasgos que hacen de la casación no sólo el máximo recurso, sino una muy particular forma de impugnación:

Tales notas particulares son, especialmente, las que anotamos a continuación:

a) Que la regulación de éste, que es un derecho de las partes, se la ha hecho siempre como un recurso, esto es, como una forma de impugnación de los fallos judiciales;

b) Que se la ha establecido como un recurso extraordinario, de modo que sólo puede tener cabida si los demás recursos ordinarios han sido ya resueltos;

c) Que se lo debe proponer y conceder exclusivamente por errores de aplicación de la ley en la sentencia y no por ninguna otra razón, para lo cual las normas que regulen las causas del recurso deben ser taxativas e inflexibles; y,

d) Que sólo puede ser resuelto por un Tribunal Supremo, especialmente atribuido de competencia para sustanciarlo.

Efectos de la casación

Generalmente se conceden a este recurso dos efectos, a saber: el rescindente y el rescisorio. El primero exige que el propio tribunal de

casación resuelva el caso, corrigiendo, de haber lugar a ello, el error en la aplicación y de la ley, y el denominado rescisorio, que exige que se remita el proceso al juez *a quo* para que pronuncie un nuevo fallo, enmendando el error.

En los casos en que se aplica este segundo sistema, pueden presentarse los más variados inconvenientes. Esta forma, que permite el llamado *reenvío*, entendido en su acepción puramente procesal y de derecho interno, ha sido, insistimos, no obstante los problemas que suscita, reglado en varios sistemas, como el español, el francés, el alemán y el italiano. Lo ha recogido, además, como observaremos, la reforma legal que hoy rige en nuestro país, aunque para un solo caso, pues, para los demás, se concede al recurso el efecto rescindente.

No obstante la variedad de sistemas, en todos ellos el recurso de casación examina el documento sentencia y, si este documento contiene una violación de la ley, la admisión del recurso importa su corrección para que la violación de la ley desaparezca.

La Ley de Casación

En el registro oficial Nº 192, de 18 de mayo de 1993, se halla publicada la "Ley de Casación" expedida por el Plenario de las Comisiones Legislativas para regular el recurso "en las materias de las distintas Salas especializadas ante la Corte Suprema de Justicia". La ley, contenida en 22 preceptos, regula principalmente las siguientes materias:

a) Competencia

Como es obvio, la competencia para conocer y sustanciar el recurso de casación

corresponde a la Corte Suprema de Justicia, a través de sus Salas Especializadas. Se cumple, de este modo, la recomendación doctrinaria de atribuir competencia para conocer de este recurso solamente al más alto tribunal jurisdiccional del país.

b) Procedencia

Se puede impugnar mediante este recurso extraordinario toda sentencia o auto que "ponga fin a procesos dictados por las cortes superiores, los tribunales distritales u otros tribunales de apelación". Lo cual obliga a observar que tales tribunales no dictan los procesos sino las sentencias y los autos, aunque debamos entender que se quiso decir que eran las sentencias y los autos, dictados por estos tribunales, los que pueden ser impugnados. No obstante este esfuerzo para entender lo que seguramente fue "la intención del legislador" para recoger la tesis de la doctrina alemana que se aparta de la española que habla de la "intención de la ley", no sabemos qué deberá hacerse para comprender cómo ha de intentarse el recurso de casación en materia tributaria, en la que no siempre se recurre a un tribunal de apelación, ya que el tribunal distrital correspondiente no sólo conoce del recurso de apelación; lo cual, a nuestro modo de ver, enfrenta la norma de la ley con el precepto contenido en el inciso segundo del Art. 39 de la Constitución Política del Estado y causa, desde luego, la correspondiente dificultad en cuanto surge la necesidad de suponer qué se quiso decir en lo que la ley no lo dijo y, además, nada menos que en el Derecho Público. Acaso este esfuerzo deba entenderse admisible porque el literal b) del Art. 2 de la Ley, se refiere

a "las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos que no son susceptibles de impugnación (han de ser los fallos los que no son impugnables y no los procesos, seguramente) por medio del recurso de apelación".

Procede el recurso, finalmente, respecto de las providencias que, dictadas para ejecutar sentencias, resuelvan puntos esenciales, no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo o que contradigan lo ejecutoriado. Habría que averiguar qué es lo que ha de entenderse por "puntos esenciales" que, además, no hayan sido controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, que contradigan lo ejecutoriado; puntos esenciales que, además, pueden constar en un simple decreto de trámite, que, por tratarse también de una providencia, podría provocar nada menos que la posibilidad de un recurso de casación, dando, de este modo, opción para que se haga todo lo posible para que un proceso no termine nunca.

c) Causales

Aunque el Art. 3 de la Ley que señala las causas en virtud de las cuales se puede interponer el recurso de casación ya no habla de **providencias** sino de sentencias y autos, delimitando, entonces, el extenso concepto previsto en el precepto anterior, en esta norma se establecen cinco razones por las cuales procede el recurso; razones de las cuales encontramos fundadas las que se refieren a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, que se supone deben ser del derecho sustantivo porque especialmente se establece también la misma razón respecto de las normas procesales y las que se refieren a la valoración

de la prueba que son, sin duda, también normas procesales. Esta causa es discutible, porque el criterio de valoración de la prueba es objeto de otros medios de impugnación que no debe corresponder al Tribunal de Casación que, como siempre se ha admitido, no permite examinar el proceso sino el documento sentencia o también auto, si se quiere- pero no el proceso, insistimos, porque, en este caso, se vuelve un recurso ordinario. Se señalan también como razones para casar la sentencia las de que el tribunal haya resuelto lo que no fue materia del litigio o lo que, siéndolo, no haya sido resuelto y, finalmente, el que la sentencia o auto no contengan los requisitos exigidos por la ley "o en su parte dispositiva se adoptan (adopten, habrá querido decir el legislador) decisiones contradictorias o incompatibles".

d) Legitimación

Si algún precepto de la "Ley de Casación" resulta ininteligible, es, precisamente, el que se consagra en el Art. 4. Dice este precepto que el recurso sólo puede interponerlo la parte que haya sufrido agravio en la sentencia o auto. Esto bastaba. Sin embargo se ha agregado una norma prohibitiva que no sólo que no se puede comprender cómo pudo incorporarse en la ley, sino que, desde luego, habrá de causar serias dificultades en la práctica. En efecto, la regla declara que: no podrá interponer el recurso quien "no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia"; y como de acuerdo con lo que dispone el Art. 9 del Código Civil, "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor", la parte que admita que su suerte se halla en manos del "Majestuoso y respetable azar de la justicia", no tendrá otro

camino que, a pesar de haber obtenido un fallo favorable en primera instancia, apelar de él. Pero esto que es incomprensible, no lo es tanto como lo que la norma señala al decir que "No podrá interponer el recurso (de casación) quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella". Pero, ¿cómo es posible que alguien se adhiera a la apelación de la contraparte cuando la resolución del superior haya sido totalmente confirmatoria de *aquella*, cuando *aquella* es la contraparte, y aunque, haciendo un esfuerzo extragramatical, supongamos que *aquella* es la apelación, que puede ser "totalmente confirmatoria" a pesar de que lo que puede confirmarse es la sentencia y no la apelación.? ¿Es que no le quedará otro recurso a todos quienes obtengan una sentencia favorable que apelar del fallo, para evitar que la otra parte no lo haga y, luego, obtenga que se le conceda el recurso de casación? Pero si todo esto es ya de por sí completamente confuso, lo es más todavía si analizamos las normas especiales que contiene el Código Tributario, que, al regular los recursos, lo hace respecto de los de nulidad, de queja, de reposición, de revisión y sólo, en el régimen aduanero, habla de apelación. ¿Será que, entonces, sólo respecto de estas decisiones quepa la casación, violentando, de este modo, no sólo el propósito de la ley sino su letra misma, contenida en otros preceptos? Creemos que no, porque no podría entenderse la ley de esta manera. No obstante, la norma es tan, pero tan defectuosa que, sin duda alguna, habrá de provocar las más difíciles situaciones a corto plazo.

e) Efectos

La ley ha querido dar al recurso el efecto suspensivo solamente en los casos de sentencias que versen sobre el estado civil de las personas. Creemos que este criterio es particularmente peligroso, porque en muchos casos la ejecución de la sentencia, a pesar de que el fallo de casación sea favorable al recurrente, puede situarle frente a una imposibilidad absoluta de lograr el efecto supuestamente conseguido con el fallo, ya porque la ejecución lograda de la sentencia pueda producir efectos irreversibles por las circunstancias de hecho que se presenten, ya por cualquier otra circunstancia. Claro que, de acuerdo con el Art. 16 de la Ley, el recurrente puede solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, rindiendo caución suficiente sobre *los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda causar a la contraparte* (y no sobre nada más, porque la ley no lo exige; perjuicios estimados que, sin duda, serán también fuente de innumerables controversias, por lo indefinido de la proposición).

La misma caución debe rendir el recurrente si, negado el recurso de casación, interpone el de hecho. Asimismo, a pesar de haberse interpuesto el recurso de hecho, con iguales efectos que el recurso de casación, debe ejecutarse el fallo.

Creemos que el efecto suspensivo de los recursos ordinarios debería también constar para el recurso de casación, con las excepciones que, del mismo modo, se reconocen para los demás recursos. Sería, por ejemplo, inadmisibile la suspensión de los efectos del fallo que impone una pensión alimenticia. En este, y en otros

casos de excepción, el fallo debe ejecutarse a pesar del recurso interpuesto.

Entre los efectos que concede la ley al fallo de casación debe destacarse el que consta del Art. 15. Nos hemos referido ya al régimen denominado de *reenvío* dentro de los recursos de casación. Esta norma establece la posibilidad de que la Corte Suprema anule el fallo (cuando se refieren a infracciones relativas a la aplicación o interpretación de las normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad "insanable" o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente); anulado el fallo por esta causa, cabe que se ordene la remisión del proceso al juez u órgano judicial al cual tocaría conocerlo en caso de recusación de quien pronunció la providencia casada, a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho.

Otro efecto, efecto éste que lo juzgamos de gran importancia por la influencia que puede tener en la práctica, es el que le ha dado al recurso el Art. 19 de la Ley. Este efecto se reduce a tres consideraciones diferentes que la ley hace para establecer la fuerza vinculante del fallo de casación. En primer lugar, se declara que las sentencias de casación han de constituir precedente para la aplicación de la ley; pero un precedente que, como cualquier otro criterio, es solamente esto: un criterio respetable, pero no de aplicación obligatoria; en segundo lugar, si existe una "triple reiteración de

un fallo de casación", esta reiteración le da a la sentencia la fuerza de un "precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes", es decir, una fuerza obligatoria que es comprensible, en cuanto a esta fuerza, pero difícil de suponer cómo pueda aplicarse en la práctica, porque seguramente se comenzará por discutir si efectivamente existe la reclamada "triple reiteración de un fallo de casación" que se impone por el precepto. Con seguridad habrá más de una seria dificultad en resolver si el criterio ha sido realmente reiterado o simplemente semejante. Pero ni siquiera esta triple reiteración obliga a la Corte Suprema, la que puede, según la regla que propone este precepto, apartarse del criterio tres veces reiterado para proponer otro. Lo que no se sabe es lo que habrá de ocurrir si se dan otros tres criterios diferentes de los tres primeros. Nada de esto se halla resuelto por la ley.

El espacio que se nos ha concedido para realizar este brevísimo comentario sobre la casación en vigencia no permite que nos adentremos en otras circunstancias que, sin duda, ofrecen marcado interés. Creemos que una ley de la importancia que tiene la casación, ahora que se ha ampliado a todas las áreas jurisdiccionales, debe merecer la más amplia difusión y, desde luego, el más profundo análisis a fin de tratar de perfeccionar este instrumento que, sin duda, debe servir para que, logrando la unificación de la jurisprudencia en la aplicación correcta de la ley, se consiga el más caro propósito que corresponde cumplir al proceso, esto es, realizar la justicia. **R**

El levantamiento del cadáver: una diligencia médico legal

GABRIEL TENORIO SALAZAR

E

l levantamiento del cadáver, *levé du corps* o simplemente el levantamiento del cuerpo, es una diligencia judicial regulada por el Código de Procedimiento Penal en su artículo 83, el que remite a que en los casos de muerte violenta el Juez proceda entre otras acciones a: al reconocimiento del lugar del hecho en la forma indicada en el artículo 70. Es decir debe practicar el reconocimiento junto con el secretario y con la ayuda de peritos.

Es excepcional que a los médicos legistas se los nombre peritos para la práctica de este tipo de diligencias; la labor que cumplirían estos profesionales se la deja en manos de personas no preparadas, que por costumbre y por conocimientos empíricos realizan lo mejor que pueden, sin cumplir en la mayoría de las ocasiones los objetivos de ese tipo de pericia.

No es raro, que luego de la autopsia, a veces días después de la misma, la autoridad competente acuda recién a revisar el lugar de

los hechos y a "reconstruir" lo que supuestamente pudo ocurrir.

En los hechos criminales o accidentales es de tal importancia el levantamiento del cadáver, que los autores refieren que el mismo tiene un ochenta por ciento de validez para llegar a conocer lo que realmente pudo suceder. ¿Será tal vez por la falta de una buena diligencia médica legal de levantamiento del cadáver que muchos crímenes o accidentes de tráfico quedan en la impunidad en nuestro país?. Pregunta difícil de responder mientras no cambie la costumbre de los juzgados de instrucción de soslayar la intervención médica especializada en esos hechos.

El levantamiento del cadáver, desde el punto de vista médico legal, tiene tres objetivos:

1. Comprobar si en realidad se trata de un cadáver.
2. Fijar la hora aproximada de la muerte.
3. Precisar el mecanismo de la muerte.

Para comprobar si en realidad se trata de un cadáver, se recurre a la verificación del cese de las funciones vitales: respiratorias, cardiocirculatorias y neurológicas en el recién fallecido; y a la verificación de los fenómenos cada- véricos o putrefactivos.

Signos del cese de las funciones vitales

a) Signos del cese de las funciones respiratorias: ausencia de movimientos respiratorios, de ruido del paso del aire por la tráquea a nivel de la cara anterior del cuello y en las regiones interescapulo vertebrales, ausencia de aliento.

b) Signos del cese de las funciones

cardiocirculatorias: ausencia de latido cardíaco, de pulso, de reflejo rojo a la transluminación de la mano con los dedos juntos, de circulación en el fondo del ojo.

c) Signos del cese de la función neurológica: inmovilidad, falta de respuestas a estímulos dolorosos profundos, tales como presión en las tetillas o pezones, presión bajo las orejas, presión en los testículos; ausencia de reflejos pupilares a la luz, ausencia de reflejo corneal (en el vivo el ojo se cierra si se toca su superficie); ausencia de reflejo nauseoso o de tos al tocar el fondo de la boca; inmovilidad de los ojos al girar la cabeza (ojos de muñeca).

Establecimiento de los fenómenos cada- véricos y putrefactivos: como sirven también para saber la data de la muerte, se los tratará a continuación.

Fijar la hora aproximada de la muerte

En el momento del levantamiento, en el cadáver reciente se analizan los fenómenos cada- véricos, los cambios putrefactivos y cierto tipo de fenómenos de supervivencia de los tejidos y cambios circulatorios.

Mientras más tiempo haya pasado entre el momento de la muerte y el momento en que se realice el estudio del tiempo que el cadáver lleva en ese estado, más difícil es fijar con precisión la data de la muerte. Por eso es que no estoy de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, que dispone que el tiempo de la muerte se lo fije en el momento de la autopsia.

El estudio que se realiza del cuerpo fallecido con el fin de fijar la hora de la muerte comprende:

Fenómenos cada- véricos

a) La rigidez cada- vérica: es un endurecimiento, tiesura o contractura de los músculos del cuerpo debido a cambios bioquímicos supravitales de la fibra muscular. Por el grado de contractura muscular que alcanza, se divide en tres períodos: de formación, de estado y de resolución.

En el período de formación, es posible doblar las articulaciones del cadáver y la rigidez se establecerá nuevamente; ello toma desde los treinta minutos a dos horas luego del fallecimiento, hasta las doce a quince horas.

En el período de estado, existe una máxima rigidez, el cuerpo tiene aspecto atlético, podría ser levantado por los pies sin que se doble; para lograr doblar las articulaciones se requiere del empleo de gran fuerza; este período dura de las quince a veinticuatro horas hasta las treinta a treinta y seis horas luego de la muerte.

Cuando la destrucción celular se inicia y la putrefacción avanza, la rigidez va cediendo lentamente dentro del llamado período de resolución. El cadáver pierde la contractura en unas treinta y seis a setenta y dos horas luego de la muerte.

b) Las livideces cada- véricas: son manchas de color violáceo que se ubican en los sitios declives del cadáver. Tienen un período de formación que se inicia hacia los treinta minutos luego de la muerte y se extiende hasta las quince a dieciocho horas. Se inician las livideces en forma de pequeñas manchas puntiformes que luego confluyen y se extienden en superficie; durante este período las manchas desaparecen momentáneamente al presionarlas. Si no desaparecen, están en período de

fijación, lo que significa que han transcurrido más de quince a veinticuatro horas del fallecimiento.

c) El enfriamiento cada- vérico: como todo objeto físico, el cuerpo al haber perdido por la muerte los mecanismos de regulación térmica, va a igualar su temperatura con la del medio ambiente. Lo mejor es tomar la temperatura rectal con un termómetro distinto al de uso médico; en caso de no tenerlo, puede orientarse por el tacto con el dorso de la mano: cadáver caliente: menos de una a dos horas de fallecido. Se enfrían las manos, cara y pies hacia las dos a cinco horas de fallecido. Frías las extremidades íntegras: ocho a doce horas de fallecido. Caliente al tacto en abdomen, ingles, axilas y región lumbar: doce a quince horas de fallecido. Frío todo el cuerpo: más de veinticuatro horas de muerto. (Estos períodos son tomando en cuenta de acuerdo al clima de Cuenca: ocho a veinte grados centígrados.

Si se toma la temperatura rectal, se aplica la siguiente fórmula:

10 (37-temperatura rectal)

d) La deshidratación cada- vérica: se produce la pérdida de líquido debido a la evaporación. Se la observa en los ojos: opacamiento de los mismos significa más de una a tres horas de fallecido si está con los ojos abiertos, y más de las ocho horas si está con los ojos cerrados. Mancha esclerótica (color café en la zona blanca del ojo): más de quince a veinticuatro horas de fallecido. Hundimiento de los ojos: más de tres días de fallecido.

Otros aspectos que el médico puede buscar es la reacción de los músculos de la cara a la corriente eléctrica de dos pilas grandes y el estado de los vasos del fondo de ojo.

Mecanismo de la muerte

Para precisar el mecanismo de la muerte, debe estudiarse el cuerpo, los vestidos del mismo y el ambiente en donde se encuentra.

En el cuerpo debe describirse la posición del mismo, su relación con objetos o cosas del medio, signos de violencia, manchas, olores extraños.

En los vestidos: orden de los mismos, manchas, desgarros, perforaciones, manchas de pólvora, manchas de pintura, huellas de neumáticos, polvo, etc.

En el ambiente se observará la presencia de orden o no, signos de lucha, muebles caídos, manchas de sangre, de esperma (mejor si se usa luz ultravioleta), casquillos de armas de fuego, armas de cualquier tipo, medicamentos, sustancias que podrían ser tóxicas y todo aquello que podría ser de utilidad para poder deducir qué es lo que sucedió.

Es recomendable tomar fotografías y realizar un esquema breve a manera de un sencillo plano en el que se dibuje el lugar de los hechos; si es un local, se dibujará esquemáticamente el piso, las paredes y el techo; dentro de él se anota la ubicación de objetos, manchas, armas y del cuerpo. Si es una zona abierta, se dibujarán los elementos más llamativos del medio, árboles, ríos, etc, anotando en los dos casos las distancias entre los objetos.

Se concluye la pericia anotando el tiempo probable de fallecimiento, mecanismo probable de la muerte y la recolección de muestras o

de objetos que junto con el cadáver serán examinados posteriormente.

El cuerpo, luego de la diligencia de levantamiento, debe ser trasladado a la morgue o lugar en donde se vaya a practicar la autopsia, sin permitir que se lo cambie de ropas, se lo limpie o se altere cualquier huella que puede ser útil para los médicos que practiquen la autopsia.

Bibliografía

- Bonnet **Medicina Legal**. 2º ed. López Libreros B. A. Argentina. 1985.
- Franchini A. **Medicina Legale**. 7º Ed. Cedam Padova. Padova Italia. 1977.
- Girakdo G. C. A. **Medicina Forense**. 4º Ed. L. Vieco Medellín Colombia. 1984.
- Gisbert Clabuih J. A. **Medicina Legal y Toxicología**. 2º Ed. Fundación García Munoz. Valencia, España. 1983.
- Martínez Murillo S. **Medicina Legal**. 12º Ed. Librería de Medicina México. 1980.
- Montiel Sosa J. **Manual de Criminalística**. 1º Ed. Ediciones Ciencia y Técnica. México. 1991.
- Muñoz Tuero L. M. **Tanatología**. Ramos. Madrid, España. 1975.
- Simón C. **Medicina Legal Judicial**. 2º Ed. Editorial Jims. Barcelona, España. 1966.
- Tello Flores F. J. **Medicina Forense**. 1º Ed. Harla. México. 1991.
- Uribe Cualla G. **Medicina legal, Toxicología y Psiquiatría Forense**. 10º Ed. Ed. Temis. Bogotá, Colombia. 1977. 

El concubinato

HOMERO MOSCOSO JARAMILLO

La promulgación de la "Ley que regula las uniones de hecho", constante del Decreto No. 115, publicado en el Registro Oficial No. 399 de fecha 29 de diciembre de 1982, ha ocasionado una serie de polémicas sobre su contenido y muchos otros aspectos de orden práctico vinculados con el concubinato; las mismas que a pesar de haber transcurrido más de diez años desde entonces, no se han terminado.

El primer punto de discordia que ha provocado la ley en mientes, se relaciona con la forma de regular el concubinato; pues muchos opinan que esta ley está muy mal concebida, por cuanto otorga efectos jurídicos a uniones concubinarias que están en contra de la moral, las buenas costumbres, e inclusive la estabilidad de la familia.

Han sido también objeto de discrepancias, asuntos vinculados con la prueba de los requisitos establecidos en la ley, para que el concubinato produzca efectos, así como con el



trámite que debe seguirse cuando se presenta oposición a una demanda de disolución de la sociedad de bienes que se forma con ocasión del concubinato, alegando inexistencia de tal sociedad.

Creo de enorme trascendencia tratar estos puntos en el presente trabajo.

Con relación al primer aspecto, cabe recordar que siendo el concubinato una unión estable entre un hombre y una mujer que no están casados entre sí, esta relación puede darse entre quienes no tienen problema alguno para contraer matrimonio el momento que lo crean pertinente, por cuanto no existe impedimento alguno para ello. Se da también la relación concubinaria, entre un hombre y una mujer que no pueden optar por el matrimonio; es decir, entre quienes fatalmente deben mantenerse como concubinos, por cuanto el matrimonio les está vedado. El primer caso comprende el llamado concubinato voluntario y el segundo, el forzoso o sanción.

En los últimos tiempos, se ha visto la necesidad de otorgar efectos jurídicos al concubinato; existen muchas parejas que han optado por esta clase de unión, siendo varios los problemas que se suscitan ya sea en vida de los concubinos o por la muerte de uno de ellos.

Estos efectos, tienen que ver fundamentalmente con la formación de una sociedad de bienes entre los convivientes, de tal suerte que a la terminación de la unión, sean repartidos entre ellos, como ocurre con los bienes que pertenecieron a una sociedad conyugal que se ha disuelto, que deben ser divididos entre los cónyuges, excónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, en base a la liquidación de dicha sociedad conyugal.

La mayoría de las legislaciones, al otorgar efectos al concubinato, lo han hecho única y exclusivamente con relación al concubinato voluntario, dejando al margen al concubinato forzoso o sanción.

Nuestra ley ha optado por otorgar efectos jurídicos tanto al concubinato voluntario, como al forzoso; el artículo 1 de la Ley que regula las uniones de hecho, determina como condiciones para que se forme la sociedad de bienes, que el concubinato haya tenido una duración mínima de dos años, que se trate de una unión estable y monogámica y que los concubinos estén libres de vínculo matrimonial.

La existencia de un vínculo conyugal no disuelto, no es el único impedimento para contraer matrimonio; existen otras circunstancias que determinan igual prohibición, derivadas de la incapacidad en general, de la incapacidad sexual y del parentesco.

De conformidad con nuestro sistema jurídico, si se dan relaciones concubinarias entre parientes de diferente sexo, que no pueden contraer matrimonio entre sí, se producen los efectos contemplados en la Ley que regula las uniones de hecho, fundamentalmente la formación de la sociedad de bienes, si no existe vínculo matrimonial vigente, respecto de alguno de los dos.

Esta situación ha sido muy objetada, manifestando que no se puede admitir que se produzcan efectos jurídicos en base a una unión concubinaria entre hermanos o entre el padre con su hija. Una situación de esta naturaleza, repugna inclusive a la imaginación.

Sin embargo, con el riesgo de recibir críticas, creo que la ley, no hace del todo mal, en normar la sociedad de bienes entre concubinos,

de la manera indicada, por cuanto no se trata de regular u otorgar efectos a una relación concubinaria que se va a establecer, sino a un hecho que ya se ha dado y se ha mantenido por un espacio mínimo de dos años. Los problemas que se suscitan, son fundamentalmente de orden económico. Generalmente es el concubino quien, por estar dedicado a la actividad económica, genera ingresos con los cuales es posible la adquisición de bienes, los mismos que usualmente constan como patrimonio exclusivo suyo; sin embargo, la concubina ha aportado también con su trabajo en dicha actividad o con la dedicación a los menesteres del hogar, ha colaborado en gran parte, por cuanto ha brindado a su compañero la atención debida.

Al ser aspectos de orden fundamentalmente pecuniario los que están considerados por la ley que regula las uniones de hecho, parece ser que sí hay argumentos para que los efectos se den o se produzcan siempre que no haya vínculo conyugal respecto de alguno o ambos concubinos; pues existiendo tal vínculo, se presentaría un colisión entre la sociedad conyugal y la sociedad concubinaria; mientras que, al no existir el indicado vínculo conyugal, no se presentaría enfrentamiento alguno, que si se daría en el caso anterior, a pesar de que subsista el matrimonio sin sociedad conyugal, por razones totalmente obvias.

No obstante la dureza de la situación, bien vale la pena traerla a colación, para demostrar lo aseverado: un matrimonio tenía cuatro hijas; la miseria era el pan de todos los días; tanto el padre como la madre eran prácticamente ebrios consuetudinarios. Falleció la madre y las tres hijas abandonaron al padre con

la hija mayor. Se entabló entre padre e hija una relación concubinaria. El padre dejó la bebida y conjuntamente con su hija-concubina, comenzó a formar fortuna, hasta que se logró una buena cantidad de bienes, todos los cuales constaban a nombre del padre. Las tres hijas no volvieron. Murió el padre y al cabo de algún tiempo, aparecieron las tres hijas, quienes se habían enterado del particular y, sobre todo, de la fortuna que había de por medio, procediendo a reclamar su cuota hereditaria.

En este caso, se puede apreciar algún sentido de justicia que tendría la aplicación de la Ley que regula las uniones de hecho, efectuando una abstracción total de lo negativo en el orden moral. Si se acepta que se ha formado la sociedad de bienes, corresponderá a la hija-concubina el cincuenta por ciento de los bienes, y el otro cincuenta por ciento debería repartirse entre todas las hijas, incluyendo aquélla. De no aceptarse la formación de la sociedad de bienes, todas las hijas tendrían el mismo derecho sobre los bienes sucesorios, a pesar de que su participación en la adquisición de la fortuna ha sido totalmente dispareja.

Materia de muchas discusiones ha sido lo relacionado con la manera de probar que el concubinato reúne las condiciones para dar lugar a la formación de la sociedad de bienes. Hay quienes sostienen que se necesita declaratoria judicial; y profundizando aún más en el asunto, se ha deliberado sobre el procedimiento a seguirse para llegar a tal declaratoria, existiendo opiniones que es menester la vía ordinaria.

Respetando este criterio, considero que no puede exigirse esta declaratoria, por cuanto el objetivo de la norma constante en el art. 25

de la Constitución Política de la República, que ha motivado la regulación sobre el concubinato, es el reconocimiento de los hogares de hecho que se han formado en el país; sabiendo que en la mayoría de los casos, no se ha llegado al matrimonio, por no someterse a los formalismos de éste, que, dicho sea de paso, en nuestro sistema jurídico son de lo más sencillos.

Exigir la declaratoria judicial para el concubinato conlleva al absurdo de que, en la práctica, éste resultaría mucho más solemne que el matrimonio. De ser la vía ordinaria la procedente, incluso en tiempo sería necesario para el concubinato un período largo, mientras que para la formalización del matrimonio es necesario solamente un instante.

Obviamente que será necesario probar que el concubinato ha reunido con los requisitos puntualizados en la ley, para que se haya formado la sociedad de bienes, prueba que deberá ser aportada en cualquier causa judicial en la que el concubino alegue su derecho, fundamentado en la unión libre.

Si se plantean derechos del concubino sobreviviente, será en el juicio de inventarios o en el de partición y, siempre que dichos derechos hayan sido objetados por los demás interesados, en los que, como un asunto de resolución previa, deba decidirse si existe o no la participación del concubino, ya sea en la liquidación de la sociedad de bienes o en la herencia misma; y en este último caso, respecto de la calidad de heredero o con relación a la porción concubinaria a la que hace alusión el considerando cuarto de la Ley que regula las uniones de hecho.

La sociedad concubinaria termina, además que por la muerte de uno de los convivientes,

por mutuo consentimiento de éstos, por voluntad de uno de ellos, y por el matrimonio de uno de los unidos con un tercero; y, el matrimonio entre los convivientes, transforma la sociedad de bienes, en sociedad conyugal.

En los casos en los que la sociedad formada con ocasión del concubinato termine por la voluntad de los dos convivientes, la prueba de la fecha de formación de dicha sociedad, así como la relacionada con los bienes que la integraron, deberá practicarse en el juicio de inventarios y en el de liquidación de la sociedad, toda vez que existe el medio apropiado para ello, considerando al particular como un asunto de resolución previa, que es factible darse en ambos casos.

En forma idéntica debe obrarse cuando la sociedad concubinaria haya terminado por el matrimonio de uno de los convivientes, toda vez que en este caso no procede la demanda de disolución de la sociedad que ya se ha extinguido.

Si la sociedad de bienes termina por el matrimonio celebrado entre los concubinos, se podrían presentar también inconvenientes sobre los asuntos anotados; pues es posible que dependiendo de la fecha de formación de esta sociedad, ciertos bienes tengan un destino determinado. La ley no establece una solución categórica al respecto, pero creo que aplicando la lógica deberían solventarse los inconvenientes en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal (incluyendo el inventario de los bienes sociales), o en los trámites de inventarios y partición, en caso de fallecimiento de uno de los convivientes-cónyuges.

Lo que tiene que ver con la prueba de la existencia de la sociedad de bienes y más

aspectos inherentes a ello, cuando uno de los concubinos demanda la disolución de las tantas veces indicada sociedad, por cuanto tiene un interés práctico especial, lo trataremos más adelante.

Lo afirmado se refuerza, en vista de que en el considerando segundo de la Ley que regula las uniones de hecho, se manifiesta que uno de los móviles para el reconocimiento de los efectos jurídicos que esta Ley otorga al concubinato, ha sido el pronunciamiento que ha efectuado la Exma. Corte Suprema de Justicia, que con ocasión de las uniones libres entre un hombre y una mujer libres de vínculo conyugal, se ha dado un cuasi contrato de comunidad, que a su vez ha motivado una sociedad de bienes.

Podría entonces afirmarse que la inspiración de la ley está en estos fallos judiciales, siendo lógico que se considere al cuasi contrato de comunidad, como el antecedente de la sociedad concubinaria.

Vale la pena hacer referencia a lo manifestado por Manuel Somarriva Undurraga, quien en su obra "Derecho de Familia", Tomo Uno, página 172, haciendo relación a resoluciones de la Corte Suprema de Santiago y citando a la página 970 de la sección primera del tomo XXI de la "Revista de Derecho y Jurisprudencia", expresa: "Este mismo tribunal, en sentencia de 11 de noviembre de 1922, falló un caso similar a los anteriores, con la diferencia de que en la especie se trataba de un concubinato indirecto, puesto que los concubinos se encontraban ligados por el matrimonio religioso. Además, en este mismo fallo se dijo que la sociedad de hecho era una verdadera comunidad, y que, como tal, su existencia podría acreditarse por cualquier medio de prueba".

Especial atención merece el problema referente al trámite que debe darse cuando uno de los convivientes plantea una demanda de disolución de la sociedad de bienes formada con ocasión del concubinato; y el conviviente demandado, plantea como excepción, la inexistencia de la referida sociedad.

Hay quienes opinan en el sentido de que la Ley que regula las uniones de hecho, en sus artículos 8 y 10, se refiere a la identidad normativa entre las reglas que rigen el matrimonio y la sociedad conyugal, frente al concubinato y la sociedad de bienes; únicamente en el campo del derecho sustantivo, por cuanto las mencionadas disposiciones legales aluden precisamente a las regulaciones del Código Civil.

Como es de conocimiento de las personas que estamos vinculadas al derecho, las normas que establecen aspectos que tienen que ver con el trámite de las reclamaciones que se presentan ante los organismos jurisdiccionales para su resolución, por regla general, constan en los códigos adjetivos; concretamente el procedimiento a seguirse para la disolución voluntaria de la sociedad conyugal, a pedido de uno de los cónyuges, está regulado por el Código de Procedimiento Civil; en consecuencia, al no referirse la Ley que regula las uniones de hecho a que serán aplicables a la disolución de la sociedad concubinaria, las normas que para el efecto de la disolución de la sociedad conyugal establece el Código de Procedimiento Civil para la disolución de la sociedad conyugal, éstas no serían pertinentes al caso que nos ocupa.

Con los argumentos expuestos, se colige que al presentarse la situación en análisis, debe tamitarse en la vía ordinaria el pleito, para que

se llegue a establecer si procede o no la excepción planteada; y por lo mismo, si procede o no la disolución de la sociedad concubinaría solicitada. Constituye el fundamento de esta tesis, el principio procesal de que todo asunto para el cual no se ha establecido expresamente un procedimiento especial, debe ser tramitado en la vía ordinaria.

Respetando mucho este criterio, creo que las normas procesales determinadas para la disolución de la sociedad conyugal, son plenamente aplicables a la disolución de la sociedad concubinaría; pues la idea del legislador ha sido establecer, en todos los campos, una similitud entre la sociedad conyugal y la sociedad concubinaría; hasta tal punto que no es del todo desacertada la expresión de que sus gestores, es decir, el matrimonio y el concubinato, respectivamente, se diferencian únicamente en tanto en cuanto el primero tiene constancia de su celebración en instrumento público que constituye el acta matrimonial, mientras que el concubinato carece de aquello.

Lo manifestado está expresamente reconocido en el considerando tercero de la Ley que regula las uniones de hecho, que dada su trascendencia me permito transcribir:

“Que en esencia, esta unión debe ser tratada en forma similar a la de los cónyuges”.

Por otro lado, el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil, para la disolución de la sociedad conyugal, parece ser que con más propiedad se acopla a la sociedad concubinaría que a la que se genera como consecuencia del matrimonio, por cuanto una de las dos únicas excepciones que son posible plantearse, constituye la inexistencia de la sociedad conyugal cuya disolución se demanda.

Es totalmente lógico que esta excepción tiene más oportunidad de prosperar en la sociedad de hecho que en la conyugal, por cuanto resulta bastante inconcebible que uno de los cónyuges demande la disolución de una sociedad conyugal inexistente, ya que se estaría frente a una situación en la que ya se ha disuelto dicha sociedad o ésta nunca se formó por haberlo así resuelto los esposos antes de la celebración del matrimonio, mediante las capitulaciones matrimoniales; o porque el matrimonio mismo jamás existió.

Sí es, en cambio, totalmente explicable que una persona, hombre o mujer, con el ánimo de obtener alguna ventaja patrimonial, plantee demanda de disolución de una sociedad concubinaría que nunca se formó.


Por otro lado, el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil para la disolución de la sociedad conyugal, al comprender período de prueba, permite la plena posibilidad de que se aporten los mecanismos justificatorios pertinentes, a fin de que el juez tenga los suficientes elementos de juicio para dictar su fallo aceptando la demanda o la excepción, lo cual se basará precisamente en haberse demostrado o no, la existencia de la sociedad concubinaría.

Cabe también mencionar, que al aceptar la tesis de la procedencia de la vía ordinaria, lo único que se consigue es prolongar la tramitación de un proceso que dada la naturaleza misma de los puntos materia de la litis, requiere de la máxima agilidad.

No olvidemos también que quizá la motivación más fuerte para que el legislador ecuatoriano haya creído conveniente otorgar efectos jurídicos al concubinato, cuando reúne ciertos

requisitos, ha sido precisamente el ánimo de protección a la mujer, lo cual constituye también un fuerte argumento para que, consecuentes con este propósito, tratemos de evitar bajo todo punto de vista, prolongaciones procesales que lanzarían por la borda el mismo.

Es también digno de notar el hecho de que las demandas de disolución de la sociedad concubinaría, se presentan en la práctica, cuando la relación entre los convivientes ha terminado o está en las peores condiciones y en este estado de cosas, primará el interés económico sobre todo, sin que importen los mecanismos a utilizarse, para que cada parte cause el máximo daño a la otra, lo que justifica plenamente que se solucione el problema lo más rápido posible.

Para terminar, debo aclarar que los puntos analizados no agotan los temas de interés que giran en torno al concubinato y a la sociedad de bienes que se forma entre los convivientes; constituyen nada más, una parte minúscula de ellos. 



Nociones generales sobre el Derecho Comparado

PEDRO CORDOVA ALVAREZ

Arrivar a una meta y lograr un objetivo previsto o no, implica la presencia de un proceso que conduce, precisamente, a la consolidación de eso que en virtud del esfuerzo y del trabajo o de la simple acción de las leyes naturales, debió realizarse. Tender, aspirar a algo, evoca la actitud de iniciar con o sin voluntad, con o sin interés el camino que ha de recorrerse en una realización cualquiera. Sin embargo, no significan lo mismo. Encontramos en la "tendencia" una connotación fatalista que en cambio, ni por asomo, se presenta en la "aspiración". Esta es la sencilla razón que nos ha llevado a utilizar los dos términos, cuando queremos referirnos, como vamos a hacerlo ahora, a un punto de llegada en ese trajinar constante del ser humano. Se trata de la simplificación, si se quiere, de la unificación, de esa permanente búsqueda de un denominador común que abarque sin reparos, un número cada vez mayor de seres.

Es ciertamente algo que llama la atención dentro del desarrollo de la humanidad el que podamos encontrar en él, a manera de constante cierta, una clara tendencia y una sincera aspiración hacia la necesidad de simplificarlo todo, de poder remontarse hasta una verdad que sea única y valedera para todos los órdenes y todos los temas. Simplificación que implica una reducción, una concentración de aquello que se encuentra disperso dentro del universo, que se presenta como heterogéneo, pero que gracias a la observación unas veces espontánea, otras ocasiones premeditada, se logra encontrar relaciones, parentescos entre los diversos objetos, lo cual permite, cuando menos intentar su homogeneización, su unificación.

Esta aspiración o tendencia humana que se ha registrado desde siempre ha concretado su mejor expresión tanto en la Filosofía, como en la Religión y en la Ciencia.

Si recordamos en efecto, cuál ha sido, es y será el papel de la Filosofía, habremos de coincidir en afirmar que la vocación suya es ciertamente aquella que mira a la simplificación, a la necesidad racional de concretar todo o siquiera la mayor parte de los seres dentro de un concepto que haga de común denominador y que por tanto los unifique. La búsqueda del "argé" del universo, emprendida por los primeros filósofos y la averiguación de la verdad radical, en la que andan los pensadores de nuestro tiempo, no son sino irrefutables ejemplos de un afán perenne del hombre, de simplificar, de unificar las verdades, los conceptos y las cosas. La Filosofía por su parte, nace y permanece fiel a su objetivo de intentar la determinación del primer principio y la última

causa de las cosas, como algo que le es esencial.

En el amplio campo y por lo mismo difícil de delimitar, de la Religión, habremos de encontrar igualmente, un persistente empeño de arribar a una raíz común, a una unidad que dé sentido, razón de ser y trayectoria clara a una creencia o a un conjunto de ellas. Generalmente, el sentimiento religioso, connatural al ser humano, ha sabido manifestarse en todos los pueblos, con un marcado politeísmo, que lo caracteriza en sus inicios. El simple hecho de atribuir cualidades sobrenaturales a todos aquellos objetos cuyo comportamiento no es posible explicarse de modo directo e inmediato, no es ciertamente una expresión de religiosidad en el pleno sentido del término, pero, la determinación de totems y de tabúes que al representar ancestros y prohibiciones, respectivamente, implican una actitud incluso personal de reverencia a lo que se estima su origen o a lo que se considera que no puede o no debe acceder, nos ubican frente a una concepción religiosa. Sin embargo, a medida que la razón humana evoluciona y que van ordenándose y encasillándose las ideas, los sentimientos, las pasiones mismas, el hombre, el grupo, la humanidad, va encauzando su interés, su devoción hacia un ser que simbolice la más alta expresión de la fe y al mismo tiempo sinteticice el más elevado poder. Las Religiones que a lo largo de la historia han perdurado y se han consagrado como genuina representación del sentir de un pueblo, alcanzando con ello la denominación, precisamente de "grandes religiones", han exhibido y exhiben una reducción llevada a límites realmente singulares como el caso de la trilogía propuesta por el

Brahmanismo, o el monoteísmo absoluto establecido por el Judaísmo, el Cristianismo o el Islamismo. En todas estas religiones y también por cierto en el Budismo, no sólo que hay una simplificación, una unificación de la Divinidad, sino que al ser ella el alfa y el omega de lo que en el mundo existe, provocan también, como lógica consecuencia una simplificación también en lo que al universo mira, pues todo, absolutamente todo, se explicará a partir de esa Divinidad.

Tomando la mirada hacia el ámbito de las ciencias, habremos de encontrar, querámoslo o no, la presencia igualmente notoria de un vívido deseo de simplificar, de reducir los conocimientos y las verdades que sobre las cosas y el hombre han obtenido, a ciertas nociones y principios básicos que pudiesen ofrecer una especie de condensación, no por pereza ni fatuo impulso de observarlos, de mostrarlos y de explicarlos menos, sino, paradójicamente, por haberlos analizado, estudiado y examinado hasta la saciedad, encontrar que objetos y fenómenos tienen entre sí sus vinculaciones, sus parentescos, su posibilidad de integración, aunque inicial y accidentalmente aparezcan como diferentes y hasta antagónicos. El hecho de que, dentro de las ciencias naturales, por ejemplo, se venga hablando desde muy antiguo, de la existencia de tres reinos: el mineral, el vegetal y el animal; o el que contemporáneamente se tenga establecido, en ese mismo campo, de la presencia de sólo dos mundos: el de lo orgánico y el de lo inorgánico, son muestras claras de la existencia incontrovertible de ese sentido de simplificación que parece ser connatural a la razón humana. Es quizás, en el área que trata la Química donde podremos, sin

embargo, toparnos con más claro ejemplo de este afán simplificador de las ciencias, pues ella, desde Mendeleev hasta ahora al elaborar la llamada tabla periódica de los elementos, que componen el mundo y fijarlos en sólo 114, ha provocado una reducción considerable de esa multiplicidad prácticamente incontable de seres u objetos materiales existentes en el mundo. Hay algo más todavía, aquella proposición que representa el clímax del espíritu simplificador y que nos habla de que el mundo se origina a partir de una simple molécula de hidrógeno o de nitrógeno, según el científico o la corriente que lo afirme.

A la luz de estas consideraciones, parece pues innegable que la simplificación, el afán de síntesis, constituye en efecto una tendencia y una aspiración del hombre.

El Derecho como agente de simplificación de la conducta humana

La vida humana de por sí es compleja, variada, tanto la que realiza el hombre en calidad de individuo, como la que lleva a cabo en función de su pertenencia a un grupo, pues en uno y otro caso hay la posibilidad de que la personalidad humana, es decir la individualidad de cada quien, se exteriorice en un acto fuera de lo establecido como comportamiento normal y general de los integrantes de una colectividad. Cada persona es ciertamente un universo aparte, un mundo interior rico en matices y en intenciones, que le hace aparecer como distinto de su prójimo, a pesar de la igualdad esencial existente entre ellos. Varían además las "circunstancias" en las cuales el hacer de cada instante para toda persona, se ve

asistido de un rasgo inconfundible, irrepetible, por lo que aún en el normal desarrollo de la vida de un individuo, habremos de encontrar ciertas variaciones que a veces desconciertan, pero que en ningún caso significan alteración psíquica, ni por supuesto, falta de consistencia de la personalidad. Quiero decir tan solo, todo lo aquí expuesto, que resulta incontrovertible aquello que Heráclito ya en el siglo VI A.C. expuso con aquella sentencia de que nadie se baña dos veces en el mismo río, porque ni la persona ni el río permanecen inmutables.

En el caso de las actuaciones colectivas, la complejidad es mayor, se amplía, se hace más notoria. Eso nos lleva a pensar entonces que existe en el mundo social una variedad muy considerable de posibilidades de actuación, variedad que se halla en función de la pluralidad de caracteres, pensamientos, ambiciones e intereses que mueven la voluntad humana para decidirla a la acción.

En resumen, lo que objetivamente encontramos respecto del comportamiento del hombre solo, o en compañía de otros, es la presencia de una gama casi infinita de formas o modalidades casi imposible de catalogarlas a causa de su heterogeneidad. Sin embargo, se está en condiciones razonables de afirmar que en situaciones de orden normal, las personas se comportan de una manera más o menos homogénea; en suma, que puestas ciertas condiciones que podríamos decir son factibles de cumplir por la totalidad o por una mayoría de asociados, la respuesta en cuanto manifestación de conducta, es similar. De estas formas de comportamiento más o menos homogéneas, a las que se ha aludido, se busca y se escoge una que sea considerada como la me-

yor, como la más conveniente y adecuada para el grupo. Al hacerlo se la establece como norma, como regla que debe ser seguida y respetada por todos. Para darle un carácter obligatorio, de ejecución forzosa, se la hace jurídica, quedando de esa manera, establecido el Derecho, con lo cual, automáticamente esta forma de comportamiento escogida, se transfigura en una especie de molde dentro del cual es menester que se vacíen las conductas de todos y cada uno de los asociados, a fin de obtener un modo de actuar uniforme que establece la armonía dentro de la sociedad.

Así pues el Derecho, dentro de cualquier sociedad en cualquier época se ha presentado siempre como un agente de simplificación de la conducta humana. El mero hecho de obligar a todos a transitar por el mismo camino, "el camino recto", que pretende representar fundamentado en su propia noción etimológica, demuestra que su papel simplificador de la conducta, no es sólo un enunciado, sino una efectiva realidad, pues de una pluralidad de opciones respecto del actuar humano, el Derecho selecciona una sola por considerarla la más adecuada, la más justa, la más correcta, la más generalizada, o en fin, la que mejor se acomoda al criterio del creador de la norma que puede ser el Legislador como en el caso de la Ley, la propia colectividad, si nos referimos a la costumbre, o el Juez si es que se trata de la regla jurisprudencial.

El Derecho Comparado como agente simplificador de las legislaciones

Se ha podido constatar a lo largo de la historia, que la forma de conducirse de los

pueblos que sobre la faz de la tierra han desarrollado su existencia, es distinta según el lugar y la época. Varias razones y circunstancias han determinado que así sea. Si las formas de actuación humana son diferentes, es lógico concluir que las regulaciones que de ellas existen habrán de ser también diferentes. Conocemos por otra parte, que la vigencia de una norma jurídica en lo que al espacio concierne, está siempre en función de la soberanía que sobre ese sector se ejerza. El ejercicio de la soberanía corre parejo con la manifestación del poder de un Estado, por lo que, consecuentemente, habremos de afirmar que a cada Estado corresponde un derecho que para efectos de mejor identificación podríamos llamarlo Legislación, aunque en estricto sentido conceptual no sea del todo correcto, pues el término Legislación, abarca en principio solo lo que corresponde a la Ley. Sin embargo, con el único propósito de disponer de una sola palabra para designar a todo el conjunto de normas jurídicas de un Estado, me tomo la libertad de darle este significado genérico al término Legislación. Por lo tanto, habiendo hecho la aclaración necesaria, diremos que hay tantas legislaciones en el mundo, cuantos Estados lo conforman. Las diferencias que por evidentes motivos se hacen presentes entre los países y sus respectivas normas jurídicas provocan un distanciamiento que en veces se acentúa hasta aparecer como irreconciliables y antagónicas en razón de su ideología o de su técnica.

No obstante este antagonismo y esa aparente imposibilidad de conciliarse dos o más tipos de Legislación, es posible confrontarlos, compararlos, tal como hacemos con cualesquier objeto por mucho que a primera vista se

presenten como totalmente diferentes; y por experiencia sabemos que al hacerlo, habremos de encontrar ciertas conexiones, ciertas semejanzas que nos permiten remontarnos hasta posibles orígenes comunes, o buscarles, exprofesamente esos ancestros, con el propósito de formar una reducción que haga mejor inteligibles todos los asuntos a los cuales se refieren.

Quando hacemos la confrontación, que no siempre es necesariamente consciente, establecemos, igualmente a veces sin quererlo, semejanzas y diferencias entre los objetos comparados. De la misma manera determinamos la presencia de ventajas e inconvenientes que, según el uso o la circunstancia puedan ostentar. Es necesario enfatizar que no es la razón la que exclusivamente, ni siquiera frecuentemente percibe estos aspectos; ellos son más bien establecidos por vía emotiva, afectiva, lo cual desde el punto de vista científico no sería aceptable. Pero objetivamente hablando, allí están y no es posible prescindir de ellos en su integridad.

Volviendo a referirnos de modo concreto al Derecho, habremos de decir que a pesar de las diferencias, que existen entre una y otra Legislación, a pesar incluso de las oposiciones que se puedan encontrar entre las normas imperativas en dos o más regiones, es también incuestionable que esas reglas jurídicas se presentan como teniendo algo en común y no sólo en el orden formal, ni en el objetivo primordial que persigue todo Derecho, sino incluso en el contenido y modo de buscar solución a los problemas sobre los cuales versa. Precisamente valiéndose de ese algo común que tienen las normas jurídicas que han

regido y rigen en el mundo, es que el Derecho Comparado procura la simplificación entre ellas. Al hacer la confrontación de las normas, que en definitiva no son sino soluciones a los problemas sociales, quizás inconscientemente también, establecemos lo adecuado o lo inadecuado de ellas, la justicia o injusticia con que fueron creadas o son aplicadas, las ventajas o los inconvenientes que de su vigencia se hayan derivado, etc, etc. Y aunque tales consideraciones no sean fruto exclusivo de la actividad intelectual, conforme se ha anotado ya, la persona que las hace se siente enriquecida por esa experiencia y busca, instintivamente, el mejoramiento, la superación, escogiendo de acuerdo con su criterio lo que aprecia como más inconveniente, o como simplemente bueno, lo cual automáticamente implica una simplificación, porque lo que se considere como inconveniente o como malo, será descartado, prevaleciendo en consecuencia una única solución, estimada como la mejor.

En nuestra época, más que en ninguna otra, hasta ahora, la interrelación entre individuos de diferente nacionalidad se fortifica y amplía cada vez con más fuerza. Hay, qué duda cabe, un sentido cosmopolita que cada día se ahonda más en los seres humanos, haciendo que importe cada vez menos dónde, cómo o con quienes vivamos. Este sentimiento de que la humanidad es una gran familia, da la pauta para pensar en la necesidad de unas mismas normas que nos cobijen por igual. El Derecho Comparado aspira a ello, no como un simple enunciado o lírica pretensión, sino como una gran realidad. La existencia de un solo Derecho para el mundo es su más alta finalidad y aunque esté lejos de conseguirla por el mo-

mento, sique siendo, el Derecho Comparado, el instrumento más idóneo para tratar de alcanzarlo. Su aptitud para lograr la simplificación jurídica en ámbitos regionales, e incluso mundial, ha sido ya comprobada. Por ello se ha dicho reiteradamente que el mejor logro obtenido hasta ahora en este campo de la simplificación es el haber reducido el incontable número de Legislaciones nacionales existentes en el mundo actual, a sólo seis familias: 1) La Romanista; 2) La de la Common Law; 3) La Socialista; 4) la Hindú; 5) la China; y 6) la Islámica, que serán materia fundamental de nuestro estudio, dentro de esta asignatura.

El concepto del Derecho Comparado

Aunque la inquietud por comparar reglas de conducta, parece ser tan vieja como las relaciones humanas intergrupales, los antecedentes expuestos en la disciplina nueva, lo cual nos sirve, si no para justificar, al menos para explicar el por qué no existe todavía en el mundo de los comparatistas una noción uniforme sobre lo que se entiende por Derecho Comparado, disciplina que, por así decirlo, se encuentra de moda en los círculos intelectuales, particularmente vinculados al mundo de lo jurídico. Esta es, quizás, la razón por la cual la mayoría de tratadistas dedicados a este quehacer comparatista, han esbozado, de acuerdo con su criterio, su enfoque, su noción general del Derecho, y hasta su sentir político y social, un concepto, una definición del Derecho Comparado. Como resultado de esta febril inquietud, existen innumerables ensayos de conceptualización, que antes de mostrar verdadero interés por precisar su significado, indican

más bien, según el decir de maestros de esta asignatura, una falta de consistencia, una penuria, que es propia de las disciplinas nuevas.

La falta pues de una definición unánimemente aceptada, o al menos mayoritariamente enunciada, nos pone frente a una pluralidad de nociones que en principio, antes que orientar, desconciertan, por lo variadas y disímiles.

A pesar de esta multiplicidad de enfoques y perspectivas desde las cuales se mira al Derecho Comparado, dejándonos llevar por ese mismo espíritu simplificador al que hemos reiteradamente aludido, podremos concretar en unas pocas corrientes y vertientes, como también suele designárselas, a esa variedad de conceptos y definiciones. Generalmente, se habla de tres modalidades, pero suele también aludirse a una cuarta, que ya oportunamente la enjuiciaremos. A continuación se hará referencia a dichas corrientes y sus objeciones, pero sin entrar en detalles mayores.

Primera corriente

Considera al Derecho Comparado como a "la ciencia que se ocupa de la confrontación de derechos, con miras a establecer una sola Legislación en el mundo".

Dejando a un lado la última parte de esta definición, en la que se alude claramente a la finalidad más alta del Derecho Comparado, cual es la unificación del Derecho en el mundo, aspecto que de por sí es controvertido y suscitador de una de las más fuertes querellas que se han sostenido en el campo de esta rama, conforme lo trataremos en el capítulo correspondiente, concentremos nuestra atención en su primera referencia, cuando manifiesta que se trata de una ciencia. La simple alusión a una

pretendida científicidad del Derecho Comparado, hace crecer objeciones y reparos a esta forma de definirlo, porque bien sabemos que incluso el carácter de científica que se atribuyó a la Jurisprudencia, haya sido seriamente cuestionado por innegables valores de la Filosofía del Derecho, tal el caso específico de Herman von Kierchmann cuyas objeciones a la posibilidad de que el Derecho sea considerado como objeto de una ciencia jurídica son contundentes.

En consecuencia, se dice, y con mucha propiedad, que si ni el Derecho en general ha merecido una mayoritaria aceptación en su pretendido rango de ciencia, peor una simple rama de él que ni siquiera se halla bien consolidada, y cuya naturaleza es más bien de orden especulativo.

Segunda corriente

Establece a su vez que el Derecho Comparado es una "disciplina que se ocupa de la confrontación de diversos Derechos vigentes en el mundo".

Si bien esta alusión a lo que se entendería por Derecho Comparado, es mucho más aceptada que la anterior versión, existen también, no obstante, puntos de crítica que la debilitan y la tornan ineficaz. Dos son los aspectos que han merecido observaciones que descartan la posibilidad de contar con este concepto como valedero. Uno referente al término "diversos" y el otro que hace alusión a la palabra "vigentes". Ambos se presentan como restrictivos, como elementos que al circunscribir posibilidades para el pleno desenvolvimiento del Derecho Comparado, lo vuelven incompleto.

El primer aspecto, que se concentra en la consideración de confrontar "diversos derechos", ha sido objetado porque deja a un lado la posibilidad de que puedan también compararse los derechos que sean semejantes o parecidos. La expresión "vigentes", a su vez, puesto que resulta también limitativa, ha sido rechazada por cuanto pone al margen de la confrontación a todos los llamados derechos históricos, esto es, a todas las Legislaciones que han dejado de ser normas imperativas.

Como bien podemos darnos cuenta las objeciones planteadas son razonables y por ello también este tipo de definición ha sido rechazada.

Tercera corriente

Procurando evitar críticas y comentarios se ha hecho presente una tercera posibilidad que busca la aprobación si no de todos, al menos de la mayoría de comparatistas. Ella dice sencillamente: "El Derecho Comparado es la disciplina que se ocupa de la confrontación de derechos".

Naturalmente que esta definición, precisamente por escueta no da motivos para mayores críticas: no obstante, se la observa, acusándola de muy general, de vaga y por tanto de inexpresiva. Para otros, en cambio, su amplitud resulta ser la cualidad sobresaliente, en virtud de que gracias a ella es posible llevar adelante todo tipo de confrontación de no importa qué clase de derechos, pues en principio cabe pensar que el Derecho Comparado ha de englobar en su acción y en su tarea relacionadora, a todo aquello que se identifica con una norma de carácter jurídico.

Por todas estas razones, y a pesar de los reparos hechos y de las reservas que pueden hacerse, resulta la definición más aceptada.

Cuarta corriente

Estima al Derecho Comparado como la simple "aplicación del método comparativo al estudio del Derecho".

Ya habíamos advertido que esta forma de definir al Derecho Comparado conocida como la cuarta vertiente, es fuertemente objetada, porque se la considera peyorativa y en cierto modo denigrante para una disciplina a la que incluso se le ha querido atribuir la calidad de ciencia. Pero aparte de este reparo un poco emocional, es cierto que esta definición lo que hace es confundir entre el Derecho Comparado, estimado como rama aparte e independiente y el método, es decir un simple procedimiento del que dispone el Derecho para su estudio. Dicha confusión resulta a todas luces incorrecta porque un método por muy valioso y decisivo que aparezca en una investigación, no deja de ser sino un instrumento, un auxiliar en ella, cuya sustancia corresponde en cambio a la disciplina que se vale de un método, como de una herramienta de trabajo, de las varias de que puede disponer.

En todo caso, algunos comparatistas consideran que ésta es una definición del Derecho Comparado y hemos estimado una obligación hacerlo constar dentro de este punto de nuestro estudio, aclarando que estamos en libertad plena de aceptar cualesquiera de los conceptos expuestos, si logran convencernos, o incluso de intentar una propia, nacida de nuestra personal apreciación.

Distinciones entre Derecho Comparado, Derecho Internacional y Derecho Extranjero

Por desgracia, con alguna frecuencia, hasta entre tratadistas de esta asignatura, se ha encontrado una lamentable confusión respecto de estos tres términos que representan diversas fases del Derecho. Conviene por lo tanto, precisar el contenido de cada una de esas denominaciones a fin de no incurrir en el mismo yerro que estamos criticando y poder así distinguirlos en forma más o menos clara.

Podríamos decir que sabemos ya lo que es el Derecho Comparado, merced a la cita que hemos hecho sobre la distinta manera de conceptuarlo, así como a las críticas que respecto de tales apreciaciones se han enunciado. A manera de conclusión de tales intentos por definirlo y extrayendo de ellos lo más aceptado, por la generalidad de tratadistas, diríamos que lo podemos entender como una disciplina de carácter especulativa que se ocupa de la confrontación de Legislaciones, con miras a su unificación.

El Derecho Internacional a su vez, lo entendemos como al conjunto de reglas que rigen las relaciones de los Estados entre sí, de las diversas entidades públicas o privadas de un Estado, con las de otro, o en fin, de las relaciones de los particulares miembros de un Estado, con otro Estado, con entidades públicas o privadas de otro Estado, o con particulares de otra nacionalidad. También regula las situaciones, derechos y deberes de una persona que se encuentra en territorio ajeno al de su país. Recordemos aquí el criterio de que,

siempre que el Estado, por sí o a través de una entidad que la represente, sea parte de una relación, estaremos frente al Derecho Internacional Público, que también se ocupa de estudiar los organismos internacionales como la ONU y la OEA, por ejemplo. Si por el contrario, el Estado está ausente de la relación y ella se da exclusivamente entre particulares o con entidades no oficiales, se tratará del Derecho Internacional Privado que además busca solucionar el conflicto que ofrece la concurrencia de varias leyes que pretenden tener el poder suficiente para resolver el asunto en cuestión.

El Derecho extranjero, finalmente, aunque se lo menciona con relativa frecuencia, sin embargo no ha merecido una definición expresa, quizá por la dificultad que entraña tal cometido, quizá precisamente por la confusión en que se incurre. En cualquier caso, se impone su categoría de noción aparte y diferente a las dos citadas anteriormente. Guiados precisamente por esa obvia diferenciación que se manifiesta a simple vista, podemos decir que el Derecho extranjero es el conjunto de normas que rigen o han regido en un país extraño aquel del cual es nacional la persona que hace la consideración. Si es un ecuatoriano el que habla de derecho o derechos extranjeros, lo hará considerando las Legislaciones que rigen en los otros países o regiones del mundo.

Una vez que hemos procurado su delimitación, y que hemos esbozado su contenido y alcances, estamos en condiciones de insinuar siquiera, las diferencias que se pueden encontrar entre ellos y así, saber a qué atenemos en el futuro, cuando nos hallemos manejando tales conceptos.

La primera gran diferencia que se impone, es la que nos muestra que mientras el Derecho Internacional y el Derecho Extranjero se presentan como conjuntos de reglas de carácter positivo, que están o han estado vigentes en diversas regiones del globo terrestre, el Derecho Comparado aparece más bien, como una disciplina de carácter especulativo y por tanto teórico, que no manda, ni prohíbe, ni permite nada: que en el mejor de los casos, lo que hace es aconsejar, o pronunciarse por la conveniencia o no de aplicar tal o cual regla para una mejor solución de los problemas planteados.

Una segunda notoria diferencia, es la que nos hace ver al Derecho Extranjero, como ostentando un carácter nacional, pues necesariamente su denominación se halla vinculada, como hemos visto, a un país diferente al que se pertenece el individuo que a ellos alude. Por consiguiente, se tratará de un Derecho esencialmente territorial. Los Derechos Internacional y Comparado, por el contrario, por su propia naturaleza y vocación, son esencialmente extraterritoriales, en el sentido de que rebasan en su aplicación y en su estudio, respectivamente, las fronteras nacionales de un territorio estatal, pues cuando menos dos Estados serán los involucrados en la relación o referencia que se establezca.

Antecedentes y consolidación del Derecho Comparado

Si bien la variedad de reglas jurídicas ha constituido desde siempre un fenómeno constante, acrecentado por la proliferación de soberanías estatales, que son las que determinan la presencia de legislaciones independientes,

el interés por ocuparse sistematizadamente de tal diversidad, que incluso la encontramos al interior de un país, apenas sí cuenta con algo más de un siglo de existencia, pues sólo a partir de 1869 se han hecho esfuerzos serios y continuados sobre tal fenómeno. En efecto, la fundación de la "Société de Legislation Comparée", llevada a cabo en Francia en el citado año, fue la que inició el trabajo concreto del Derecho Comparado, robustecido más tarde por la presencia, en el mismo país galo, del "Comité de Legislation Comparée", creado dentro del Ministerio de Justicia, en el año de 1876. En 1898 se fundó en Inglaterra la "English Society of Comparative Legislation", respondiendo a la creciente inquietud que entre los juristas se había despertado, respecto de una sentida necesidad de conocer las legislaciones de otros estados.

Un fin totalmente pragmático era el que se perseguía: aprovechar criterios y experiencias presentados en otros países, para impulsar la creación de normas jurídicas al interior de los suyos, en función del espíritu predominante en esta época, de procurar el remozamiento de las legislaciones nacionales.

Había, sin embargo, en el ánimo de los eruditos de fines del siglo XIX, que se sintieron atraídos por la novedad que representaba el Derecho Comparado, una optimista creencia en la posibilidad de la unificación jurídica patrocinada por los internacionalistas. Pronto esta idea y la aspiración de conseguir la simplificación del Derecho, fue tomada por los comparatistas y tenido como algo propio. Y fue precisamente este ideal de unificación jurídica, el que inspiró en buena medida el gran "Congreso Internacional de Derecho Compa-

rado", celebrado en París en 1900, al que concurrieron especialistas del mundo entero y se lo guardó en la memoria, "como el más alto exponente de lo que se llama nostálgicamente **la belle époque du droit comparé**", según el decir de Max Rheinstein en su ensayo sobre "Derecho Comparado y Sistemas jurídicos", publicado en la Enciclopedia de Ciencias Sociales.

No obstante lo dicho, es menester reconocer que a lo largo de la historia, aunque de modo esporádico, se dieron ciertos intentos de comparación jurídica, como el caso de Heródoto, el Padre de la Historia, quien luego de su deambular por casi todo el mundo conocido de su época, contó sus experiencias y destacó, "comparativamente", las costumbres y leyes bárbaras que había logrado constatar; o el de Aristóteles que llevó a cabo todo un estudio sobre las legislaciones vigentes en su tiempo, dentro del complejo mundo heleno de las ciudades-estados.

Paralela a la expansión del dominio romano fue implantándose su derecho, no por imposición precisamente, sino porque en una casi obligada "comparación" de las reglas bien elaboradas que llevaban los dominadores, con las normas vernáculas vigentes en los sitios ocupados, acababa por trasplantarse con el beneplácito de los dominados, llegando a regir en todo el ámbito que comprendió el Imperio.

Las invasiones bárbaras que pusieron fin al régimen político romano, hicieron lo posible por destruir también, en occidente, todo lo que representaba la cultura latina. El Derecho, parte sustancial de ella, se sumió en un letargo de siglos, solo despertado, esporádicamente, por evocaciones mínimas que se hicieron pre-

sentes en algunos ordenamientos jurídicos, que los nuevos dominadores germanos elaboraron en ciertas jurisdicciones limitadas, como la de los visigodos en España. La unidad establecida por Roma, se había liquidado. Las invasiones normandas de los siglos IX y X, que dieron lugar al régimen feudal, contribuyeron a la atomización del Derecho en toda Europa. Cuando en el año 1066 los normandos franceses conducidos por Guillermo el Conquistador, establecieron su dominio en Inglaterra, se inició allí una forma particular de generar e impulsar el Derecho, a través de los tribunales creados por la Corona. Tanto en el continente, como en las islas Británicas, las normas jurídicas fueron pues, por consecuencia, el fruto de una actividad más empírica que racional, elaboradas por prácticos antes que por profesionales, lo cual determinó que no hubiera, hacia ese Derecho, una inclinación o un interés investigativo.

Fue más bien el Derecho elaborado por la Iglesia, el que pudo atraer alguna atención por parte de los estudiosos, que vieron en él, un cuerpo de leyes generales y homogéneas, que ostentaban una verdadera perfección para aquel entonces, capaz incluso de servir como modelo a otras normas, por lo que acabó llamándose canónico, precisamente.

En la llamada Baja Edad Media, concretamente en el siglo XIII, se consolidan las Universidades y con ellas, lo que será su patrimonio permanente: la preparación y el estudio corporativo, sistematizado y responsable, para rescatar, hacer y difundir cultura. En el campo del Derecho, sin embargo, los nuevos centros de investigación y enseñanza, no prestaron atención a las formas jurídicas localistas que

regían dentro de fronteras no bien delimitadas siquiera.

Un poco antes empero, el Derecho Romano había sido redescubierto y esto produjo un cambio profundo, pues el interés de las nacientes Universidades se volcó hacia tal ordenamiento jurídico, sobre todo en Bolonia. Y a partir de entonces, la preocupación de diversas escuelas y corrientes jurídicas como la de los Glosadores primero, en el siglo XII, la de los post Glosadores, siglos XVII y XVIII, los iusnaturalistas de la escuela racionalista, hasta culminar en los "pandectistas alemanes", de los siglos XVIII y XIX, acabaron por transformar el Derecho Romano en el Derecho Civil que era enseñado en todas las Universidades, recogido y difundido en verdaderos manuales para estudiantes e investigadores, pero que no se practicaba, mostrando la presencia de dos tipos de derecho: uno de carácter teórico, que paradójicamente planteaba una especie de "deber ser" basado en el viejo Derecho Romano que ya no estaba vigente, y otro, el integrado por normas que rigiendo a tenor de cada soberanía, se presentaba como el efectivo, pero que no suscitaba interés alguno entre los eruditos, que fijaron su atención más bien en esas reglas que aún no siendo aplicadas, ostentaban un carácter de validez universal y por lo tanto, resultaba ser un Derecho uniforme, que no incitaba a comparación alguna, por la sencilla razón de que no había con que compararlo. En cambio, la variedad que ofrecían las normas vigentes, si bien se prestaba para confrontarlas, no llamaba la atención, y si alguna vez suscitó un interés comparativo, éste se concretó a una simple enumeración de diferencias.

Esta posición de los estudiosos, llegó al

extremo de no poner atención, ni siquiera en las codificaciones que dentro del Derecho Privado, fueron consideradas de gran significación, como la Danesa de 1683, la Noruega de 1687, la Sueca de 1734, la Prusiana de 1791. Cuando en la Francia de Napoleón aparecieron los Códigos de 1804 y 1810, se dio por el contrario, un total vuelco del interés profesional que incluso desplazó al Derecho Civil, que hasta desapareció de los programas universitarios.

Tiempos después, ya a fines del siglo XIX, la codificación alemana, la suiza a comienzos del XX y la italiana hacia 1942, provocaron una situación similar a la ocurrida respecto de la acción legislativa de Napoleón, pues despertaron un particular entusiasmo por los códigos nacionales, cuyo conocimiento, exposición, explicación y sistematización de la enseñanza, absorbió la preocupación y el quehacer de juristas y filósofos, de jueces y maestros. La posibilidad de una comparación sólo se daba cuando entre dos o más Derechos, se reconocía una relación de parentesco que los ligaba por la influencia que uno de ellos, había logrado establecer en otro u otros. Esta la razón por la cual, el Derecho Francés fue estudiado en Italia, España, los Países Bajos, Iberoamérica y todos aquellos Estados que tomaron como modelo, la legislación establecida por el Emperador.

Se habla así de la presencia de dos períodos perfectamente identificados: el primero, del "Derecho Civil", sintetizado en el texto del "Corpus Iuris Civilis" y el segundo, el de los "Códigos", que si bien se sustentaban en principios comunes, las normas se concretaban a especificar detalles y particularidades de tipo

nacional. Ambos "textos" constituyeron el objeto principal de estudio de los juristas; pero ese estudio se circunscribía fundamentalmente a una labor interpretativa, ya que se consideraban dichos textos como completos, esto es, capaces de aportar soluciones a cualquier problema que pudiera presentarse, siempre y cuando, desde luego, se hiciera una correcta interpretación de ellos.

Resulta fácil colegir que en un clima semejante, toda posibilidad de comparación jurídica resultaba extraña, insospechada incluso, para los abogados, es decir para los prácticos del Derecho, que sólo lo han mirado, lo miran todavía, como a una regla de imposición inexorable que modela el comportamiento humano, o en el mejor de los casos, como una solución si no del todo acertada, al menos digna de ser respetada, en lo que a determinado tipo de conflictos concierne y por lo cual ha de ser necesariamente seguida, incluso merced al empleo de la fuerza.

Ventajosamente, para el progreso del Derecho, los abogados no son los únicos que se interesan por él. Están también los filósofos, los sociólogos, hasta los teólogos y por supuesto aquellos estudiosos que vuelcan su inquietud preponderantemente por el Derecho y a quienes se les llama con el nombre de juristas.

Conviene aclarar que, a pesar de la confusión que suele hacerse entre abogado y jurista, no sólo que son dos palabras diferentes, sino dos conceptos que si bien se relacionan por su común objeto de estudio, el Derecho, difieren sin embargo, claramente en el modo y propósito de enfocarlo, pues mientras para el primero, lo fundamental es el carácter práctico de la norma que manda, que prohíbe o que permite, sin discusión, sin posibilidad de elusión; para el segundo, además de ese carácter imperativo, cuenta su interés por conocer el por qué de la norma, su origen, su evolución, los mecanismos formales que le dan carácter, su estructura, el rol que juega dentro del grupo al que rige, y sobre todo, los valores en los que se base y procura preservarlos.

Me he permitido la anterior digresión, para precisar que han sido, preponderantemente los filósofos o los juristas los que iniciaron la inquietud comparatista del Derecho, podría decir que, del mismo modo que lo hicieron con la propia Filosofía del Derecho, cuya presencia justifican precisamente desde ese doble enfoque. Esta inquietud se ha generalizado en la actualidad y bien puede afirmarse que ahora, la labor comparatista en el campo jurídico, atrae a todos los estudiosos que de un modo u otro están vinculados con las ciencias sociales. ■

EL REENVÍO

¿Puede resolverse el problema a que da lugar el reenvío?

HERNAN COELLO GARCIA

Cuando en el ya lejano año de 1939 el doctor Antonio Sánchez de Bustamante explicaba las causas de la existencia del Derecho Internacional Privado, lo hacía refiriéndose a la independencia de las naciones, a la diversidad legislativa y, fundamentalmente, a la comunidad jurídica internacional originada por la naturaleza cosmopolita del hombre y por la coexistencia jurídica de los Estados. El ilustre profesor cubano encontraba, con fundadas razones, que la explicación de la comunidad jurídica internacional no era otra que la del desarrollo de la industria y el comercio y la frecuencia con que las personas viajan al extranjero. Desde 1939 a esta parte no sólo que se han conservado estas razones, sino que el desarrollo de la industria y el comercio, para referirnos al criterio del autor citado, así como la frecuencia con que las personas viajan de un país a otro, han llegado a límites que pudieron creerse en ese entonces inverosímiles. Ahora se habla del tiempo

de los intercambios internacionales y de la dimensión mundial de los negocios; de un tiempo en que la visión espacial del Derecho ha adquirido un relieve tal, que nos permite observar como una miniatura todo lo que ocurriría no mucho tiempo atrás. Esta circunstancia, cabalmente, es la que ha dado lugar a un hecho, de entre los tantos que se producen a diario, y que se sucede, además, con inusitada frecuencia, conocido en la doctrina, y particularmente dentro del Derecho Internacional Privado, como **reenvío**, **remisión** o **retorno**.

De uno de los serios problemas que provoca el **reenvío** vamos a ocuparnos.

Advertimos, no obstante lo generalizado de estas expresiones, que, cuando hablamos del **reenvío**, refiriéndonos al problema que será el motivo central del análisis que se contiene en estas páginas, no nos remitimos a la figura del Derecho Procesal que, en virtud del recurso de casación, permite al tribunal que conoce de este mecanismo de impugnación remitir el proceso al juez a quo para que pronuncie un nuevo fallo, enmendando el error cometido en la sentencia recurrida. En este caso, efectivamente, se presenta una forma de **reenvío** porque el juez a quo de cuyo fallo se interpone el recurso, remite el proceso al tribunal de casación, tribunal que, si admite la impugnación, retorna los autos del proceso al juez de origen para que -como hemos dicho- falle nuevamente enmendando el error. De esta importante figura, insistimos, no nos ocuparemos. Vamos a referirnos al **reenvío** como lo entiende el Derecho Internacional Privado, esto es, como un problema de competencia **negativa**, que se suscita cuando un juez

observa que ninguno de los derechos que se consultan para tratar de aplicarlos a un caso concreto, permite **taxativamente** que con sus normas se resuelva la cuestión.

Importa conocer cómo en la vida real el problema del **reenvío**, entendido en el sentido que hemos propuesto, esto es, como uno de aquellos que provoca la aplicación extraterritorial del derecho, puede presentarse con asombrosa facilidad. Es de muy simple observación encontrar que el derecho positivo de muchos países consagra en sus disposiciones la teoría según la cual debe someterse la sucesión a la ley del último domicilio del causante, como quiso al proponerla brillantemente Federico von Savigny. Así lo demuestran, en nuestro sistema, como lo prueban, también, naturalmente, en el chileno, las reglas de sus Códigos Civiles que se refieren a este tema. Pero la tendencia de la ley del domicilio no es única. Al lado de ella subsiste la que consagra la competencia de la ley nacional del causante para regular los problemas relativos a la sucesión, enseñada apasionadamente por Mancini y seguida por varios códigos entre los que podemos citar el italiano.

Nada se opone a que, entonces, pueda ocurrir en la vida real el caso de un ciudadano ecuatoriano que, luego de haberse radicado en Italia, fallezca domiciliado en este país. Habrá de resolverse, en este caso, el problema de la apertura de la sucesión en los bienes relictos, y, particularmente, para lo que interesa en esta exposición, el de la ley a cuyas disposiciones se hallará sometido todo el problema sucesorio de este causante.

(Queremos, con perdón de la digresión, hacer hincapié en la frase que hemos utilizado

intencionalmente en el párrafo anterior, cuando hemos hablado de la apertura de la sucesión en los bienes dejados por el causante para plantear el problema desde el único punto de vista que resulta actualmente admisible, a pesar de la norma que conserva aún nuestro Código, en el Art. 1015, cuando declara lo siguiente: "Se sucede a **una persona** difunta título universal o a título singular"; precepto, entonces, realmente inadmisibles, porque parecería dar a entender que en el Código ecuatoriano se aplica la corriente, hoy en franco desprestigio, que sostiene que el heredero continúa la personalidad jurídica del causante. De ser esto así el problema no podría plantearse en los términos que queremos expresar. No obstante ha sido el mismo Código, al reconocer el beneficio de inventario, el beneficio de separación y, sobre todo, la posibilidad de repudiar la herencia, el que en el contexto de sus disposiciones, permite aseverar que la sucesión se da en los bienes del causante y no en su persona. Importa destacar a este respecto la regla del Art. 1019, norma según la cual, "La **sucesión en los bienes** de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio... y se regla por la ley del domicilio en que se abre...". Esta norma, y especialmente su referencia a la sucesión en los bienes que la disposición contiene, nos permite sostener que el Código ecuatoriano ha abandonado la tesis de que el heredero es un continuador de la personalidad jurídica del causante y que, entonces, lo que ocurre es que realmente reemplaza al *de cuius*, pero solamente como un nuevo titular en los bienes, porque así lo exigen las circunstancias que la ley impone para

evitar la posibilidad de que los bienes de una persona que fallezca queden sin un titular).

Retomando el tema que hemos propuesto, y de acuerdo con la regla de conflicto aplicable en el lugar del fallecimiento del causante, es decir, Italia, por haber sido éste el lugar de su último domicilio, podría creerse que, aplicando, como corresponde, la ley italiana, puede quedar resuelto así el problema. Sin embargo, y ya que el sistema italiano declara que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, y se regla por la ley nacional del causante, es obvio que el juez italiano remitirá la solución del problema de este ecuatoriano a la ley nacional del *de cuius*, ley nacional que, como se ha visto, declara que la sucesión se abre en el último domicilio y se regla por la ley del domicilio en que se abre. (Aclaremos además, por considerarlo pertinente, que no es el proceso que se ha instaurado para el conocimiento y resolución del problema el que se remite de Italia a los jueces ecuatorianos, ni el juez italiano el que se traslada a nuestro país. Es el problema jurídico propuesto el que habrá de trasladarse, como es obvio, del sistema italiano al ecuatoriano.)

La proposición que hemos hecho en las líneas anteriores es, naturalmente, la más simple de las que pueden ocurrir en la vida real. El problema puede suscitarse con relación a muchos más sistemas jurídicos, si los elementos de conexión así lo permiten, y habrá de producir el llamado **reenvío circular** o denominado **reenvío de segundo** o **ulterior grado**, que ocurre cuando, por ejemplo, la primera ley declara competente a la segunda, ésta a una tercera y así sucesivamente, hasta retomar

a la primera para comenzar otra vez, y otra vez, hasta el infinito, el planteamiento del tema.

Veamos por qué:

Si admitimos que la el Derecho italiano ha previsto como elemento de conexión en materia sucesoria la nacionalidad, y que la ley ecuatoriana ha preferido la ley del último domicilio del causante, la cuestión es ya de por sí compleja. Pero, y dentro de la misma proposición que hemos hecho, aunque apartándonos para plantear el problema de la legislación italiana, veamos lo que el Código de Derecho Internacional Privado que rige en Ecuador, y que se debe a la pluma del doctor Antonio Sánchez de Bustamante, ferviente adversario del reenvío, precisamente porque su interés principal era del tratar de dotar a América de un Código que permita con sus disposiciones resolver -sí, resolver, insistimos- los problemas que suscita la aplicación de la ley en el espacio; veamos, repetimos, lo que este Código enseña en forma imperativa: "Art. 7.- Cada Estado contratante **aplicará** como **leyes personales** las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior". El precepto, de por sí proclive a provocar casos de reenvío, encuentra, para lograr este efecto, uno, por así decirlo, como verdadero complemento, escrito precisamente para ello, en la regla que formula el Art. 144, que establece lo siguiente: "Las sucesiones intestadas y las testamentarias, incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, **se regirán** salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por **la ley personal** del causan-

te, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren".

Queda, de este modo, planteada la posibilidad de los que hemos llamado reenvíos circulares o reenvíos de segundo o ulterior grado, que, propuestos de este modo, explican por qué se ha querido ver en estos problemas un verdadero "salto a la oscuridad"; problema que, como se deduce de la transcripción que hemos hecho de las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado, pueden ser de inusitada frecuencia para el sistema ecuatoriano en el que este Código fue puesto en vigencia, según consta del Decreto Ejecutivo que para ratificar la Convención expidió el doctor Juan de Dios Martínez Mera, a la sazón Presidente de la República, "comprometiendo el honor nacional para su observancia".

Nos hemos referido en forma particular a dos de los elementos o factores de conexión que pueden producir el reenvío. Queremos destacar la enorme gama de posibilidades que en la vida real puede provocar la concurrencia de otros factores, como la residencia, la religión, la forma externa de los actos, la ubicación de los bienes, el lugar de la comisión de las infracciones punibles, la autonomía de la voluntad y otros que generalmente concurren en la estructura de los actos y contratos.

Con el fin de hacer más fácilmente comprensible la proposición que queremos realizar, retomaremos el caso propuesto inicialmente y recurriremos nuevamente a la situación a que da lugar el caso del ecuatoriano que fallece domiciliado en Italia. En este caso el juez italiano ordenará que, aplicando la regla de conflicto de su derecho, se recurra a la ley personal del causante, esto es, su ley nacional.

De este modo ocurrirá que la ley ecuatoriana, declarada aplicable para solucionar este caso, retomará la solución a la italiana, por ser ésta la del último domicilio del causante, provocando, por lo mismo, un auténtico caso de reenvío, que podríamos entenderlo, si no se da solución al problema, como circular, por su similitud con un círculo vicioso.

¿Un caso de vacío de Ley?

Resulta frecuente que en las normas del Derecho positivo, vigentes en el mismo tiempo, encontremos profundas contradicciones al extremo de que podemos suponer que la solución se dificulta hasta límites extremos. Es que, si dos normas que tratan de resolver el mismo problema, plantean respuestas diversas, unas veces, y hasta contradictorias, otras, es necesario que resolvamos el problema de algún modo, porque no puede quedar sin respuesta una situación legal que llegue a darse en la vida real.

Cuando se trata de un verdadero concurso de leyes, el problema no ofrece mayores dificultades. Hemos de entender como concurso de leyes la figura jurídica que se produce cuando dos o más disposiciones de Derecho positivo, vigentes en el mismo tiempo y referidas a una situación semejante, ocasionalmente idéntica, no pueden aplicarse al mismo tiempo, o indistintamente, porque de entre ellas es necesario que escojamos una, dejando de lado las demás. En la práctica se presentan casos de concurso que no ofrecen ningún problema, como el que se da entre las disposiciones generales y las normas especiales. Así, por

ejemplo, si dos cónyuges entre sí otorgan testamento solemne, el uno en Venezuela y el otro en Italia; y si, al retornar al Ecuador, fallecen en un mismo accidente, de modo que la sucesión en los bienes de los dos, por ser conexa, se abre al mismo tiempo y así se declara, al proponer el juicio de inventario, en el mismo juzgado, el juez, para declarar la validez del testamento otorgado en Venezuela habrá de aplicar de oficio la ley venezolana, por así haberlo prevenido el Art. 408 del Código de Bustamante; en cambio, respecto del testamento otorgado en Italia, ordenará que los herederos que funden su derecho en la ley italiana la presenten autenticada, de conformidad con la regla que formula el Art. 193 del Código de Procedimiento Civil. Entre las dos normas no hay contradicción sino concurso, porque la primera se aplica sólo cuando entre los países involucrados media un convenio internacional, como ocurre entre Ecuador y Venezuela, y la segunda, como precepto general, cuando el Estado cuyo derecho se halla involucrado no está ligado por un tratado, como sucede en el caso de Italia, con relación al precepto mencionado del Código de Sánchez de Bustamante.

Este caso de concurso tiene una solución fácil, como puede verse. En la solución se habrá advertido, además, que no puede hablarse de derogación tácita, de acuerdo con los principios que reconoce el Código Civil a partir del Art. 37, porque no se trata de una nueva ley que regule en forma diferente la misma situación prevista por una ley anterior. Se trata de las mismas leyes, vigentes en el mismo tiempo, las que contienen esta aparente contradicción.

Debemos referirnos también a otro problema, vinculado estrechamente con el que tratamos principalmente, esto es, el de dos normas que reclaman su vigencia para resolver el mismo asunto en conflicto o que procuran lo contrario, como en el caso del reenvío; problema que no es otro que el conocido generalmente como el de la **pirámide kelseniana**. Esta cuestión se halla resuelta por las normas positivas de casi todos los sistemas jurídicos del mundo y consiste simplemente en que las normas de superior rango no pueden ser contradichas por las secundarias o de menor jerarquía. Así, la norma constitucional no puede hallarse contradicha por la ley, ni las leyes pueden ser contradichas por los reglamentos.

El problema que se conoce como concurso aparente se puede presentar solamente entre disposiciones de igual jerarquía y consiste, según el criterio tan gráficamente propuesto por Merkel, en la situación en que la **porfía** entre dos leyes, por tratar de atrapar un hecho y regularlo, es sólo aparente. Precisamente el problema que hemos propuesto, en el caso de los dos testamentos otorgados en países diferentes y cuya forma de legalización es, desde luego, distinta, es un caso de concurso aparente.

En el Código Civil ecuatoriano se resuelve el problema del concurso aparente con dos normas que se hallan propuestas con máxima claridad. En efecto, el Art. 4 del Código da respuesta al problema de aplicación de una ley especial y de otra general, ordenando que se prefiera la primera; y el Art. 12, por su parte, dispone que, si el concurso es entre disposiciones de una misma ley, pero generales las unas

y especiales las otras, han de preferirse las especiales.

Cuando entre las disposiciones de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo entero se presentan casos de concurso, insistimos, la solución no ofrece dificultad alguna. Pero ya no podemos afirmar lo mismo si, en el problema sometido a estudio, no se encuentra un caso de concurso sino de un verdadero conflicto de leyes, como el que hemos señalado en el ejemplo que tratamos de resolver.

El problema propuesto, más bien, puede orientar la respuesta a través de otra figura completamente diferente. Nos referimos al problema del llamado vacío de ley. Es cierto, desde luego, que los casos de vacío de ley no pueden resolverse en forma idéntica. Ello no cabe. Por ejemplo, por más que quisiéramos encontrar solución al problema del "vacío" que pudiera tener una ley de Derecho Público que establece atribuciones para los funcionarios involucrados aplicando la analogía, no lo podríamos hacer por una razón que, para los abogados, resulta extremadamente clara, aunque no lo sea para quienes no conocen de la ley. En efecto, en el derecho público, el principio rector es el de que lo que la ley no permite se entiende que lo prohíbe, principio contrario, entonces, al de derecho privado, que, en virtud de la autonomía de la voluntad, que existe aunque se haya querido negar que existe, demostrándose precisamente por sus adversarios al manifestar libremente esta curiosa forma de opinar; principio contrario, repetimos, porque en el derecho privado lo que la ley no prohíbe se entiende que lo permite. Baste recordar las reglas que en nuestro

derecho positivo formulan, con tanta claridad, las disposiciones contenidas en el inciso segundo del Art. 39 de la Constitución Política del Estado y en el Art. 8 del Código Civil, en su orden. Tampoco cabe, desde luego, que, en los tiempos que corren, se invoque la analogía en el Derecho Penal, porque la proscripción de la analogía es un principio inconcuso del Derecho Penal civilizado.

En materia civil rigen otros puntos de vista. En esta materia debemos partir de la necesidad indiscutible de que todos los problemas que lleguen a conocimiento de un juez, han de resolverse, incluso, desde luego, si es necesario que lleguen a colmarse los vacíos que han de darse en la vida real, colmándolos con principios de Derecho, aunque no existan preceptos legales que resulten aplicables en especial al caso propuesto. Demuestra esta proposición el principio que formula la regla séptima del Art. 18 del Código Civil, cuando declara que "A falta de ley se seguirán las que existan para casos análogos, y no habiéndolos, se ocurrirá a los principios de derecho universal". De este modo, el Derecho privado ecuatoriano se proclama formalmente exento de lagunas, aunque el propio texto de la ley haya previsto que ellas han de presentarse, pero en la ley, no en el Derecho.

Para que el planteamiento que hemos realizado pueda encontrarse vinculado con el tema que es motivo de nuestro examen, creemos necesario recurrir a la autorizada opinión de los juristas alemanes Enneccerus, Kipp y Wolff, para quienes las lagunas pueden presentarse en cuatro casos diferentes, a saber:

a) Si la ley no da al juez sino sólo una orientación general, y le remite a las circuns-

tancias de hecho que en cada caso deberá juzgar. En este caso las leyes, que se han clasificado como flexibles, no imponen al juez una regla absoluta, como ocurre, al contrario, con las que se han denominado rígidas. Es, por ejemplo, una norma rígida, desde este punto de vista, la que, en el inciso segundo del Art. 3, impone el Código Civil, al declarar que "Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley en forma generalmente obligatoria". Es norma flexible, en cambio, la del Art. 18 del Código Civil que habla de la **equidad natural**, o la del Art. 29 del mismo Código que nos remite al concepto de **buen padre de familia**, o la del Art. 1499 que reconoce a la fuerza como vicio del conocimiento, cuando la víctima demuestra haberse hallado frente al **justo temor** de verse expuesta a un mal irreparable y grave, o, en fin, como la del Art. 1589 que recurre a la **buena fe** como la natural exigencia a que han de sujetarse los contratantes en la ejecución de los contratos.

Estos y otros casos que podemos citar del texto de la ley, demuestran con facilidad que el juez tiene un verdadero vacío cuando se halla frente a estas normas que sólo le dan una orientación general.

b) Cuando la ley calla en absoluto. Se trata de los casos en que la ley no contiene precepto alguno que regule el problema que corresponde resolver al juez. Debemos reconocer que la ley no puede prever todos los supuestos que han de darse en la vida real, como ocurre con frecuencia en los casos en que las normas legales, que generalmente no se actualizan, y que conservan fórmulas que no pueden aplicarse expresamente a situaciones que no fueron supuestas por el legislador.

Desde luego, este no es el caso de la costumbre cuando ella puede, conforme enseña el Derecho Mercantil, suplir el silencio de la ley. Nuestro Derecho Mercantil admite esta tesis en el Art. 4 del Código de Comercio que declara que "Las costumbres mercantiles **suplen** el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años". El problema del vacío de ley se presenta cuando no se puede hablar de costumbre mercantil, en estricto sentido, o cuando la costumbre, en materia civil, no ha sido reconocida por la ley, de acuerdo con la regla que formula el Art. 2 del Código que sólo admite la llamada "*costumbre secundum legem*". La simple **opinio juris** de los romanos, es decir, la conciencia de que un acto es justo, necesario y que debe ser considerado como normativo por haberse repetido constantemente, no es suficiente para colmar los vacíos de ley en materia civil. Sólo si es **opinio necessitatis**, hablamos de norma vinculante y obligatoria.

c) Se produce también un caso de vacío de ley cuando se da lo que los autores indicados llaman la **interpretatio abrogans**, situación ésta que la explican afirmando que la tarea investigadora del Derecho que desarrollan la jurisprudencia y la ciencia no se limita a llenar las lagunas preexistentes de la ley; que en ciertos casos debe permitirse una **desviación de la ley** en virtud de la cual se crea artificialmente una laguna que se ha de llenar entonces. En casos imprevistos de aplicación de la ley y de consecuencias de la misma que, de haberse conocido la situación de las cosas,

es de suponer que no hubieran sido queridas, estamos -sostienen los autores cuyo criterio hemos invocado- facultados y obligados a desviarnos de la fórmula de la ley, y a decidir como el legislador lo hubiera hecho. Se puede, de acuerdo con esta tesis, sentar el siguiente principio general: si una disposición comprende casos y lleva a consecuencias que el legislador no conoció o no pensó y que, de lo contrario, procediendo racionalmente, no hubiera regulado de ese modo, -se puede considerar, repetimos- que estamos facultados para desenvolver la ley según su propia idea fundamental, considerando las necesidades y experiencias de la vida, a no ser que la exigencia de la seguridad del derecho (es decir, el interés de la estabilidad) se oponga resueltamente. Este criterio se asemeja mucho al que se formula para los contratantes, cuando pueden invocar la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.

d) Finalmente, existe también un caso de vacío, de acuerdo con el criterio de estos autores, cuando se produce una contradicción entre dos o más preceptos legales de igual jerarquía, como sucede precisamente en el caso que es motivo de nuestro análisis. Se produce un caso de vacío, porque las dos disposiciones legales, vigentes en el mismo tiempo, y, además, de igual jerarquía, resuelven el problema de tal manera, que la contradicción entre las reglas es incuestionable.

En este caso es necesario recurrir a una solución, pero a una solución jurídica, de modo que el juez, al resolver el problema, lo haga evitando en todo cuanto sea posible un criterio arbitrario.

¿Cómo conseguir este propósito? Parece ser que en nuestro Derecho el problema no

está ajeno a una respuesta concreta. En efecto, la regla que formula el Art. 18 del Código, en su último numeral, obliga al juez a recurrir a los principios de derecho universal, principios que han de entenderse como una expresión comprensiva de la máxima amplitud posible, para que no quede ningún caso sin solución. Es obvio, entonces, que, en todos estos casos de laguna, el juez ha de buscar la norma que considere más racional, es decir, la norma que, de ser legislador, propondría para resolver el problema, a fin de que resulte aplicable a los demás casos que ocurran, aunque, en el caso que conoce, sea aplicable solamente al que es motivo de juzgamiento.

Creemos, en el ejemplo que es el motivo principal de nuestro análisis, que resulta aplicable esta proposición y que, por lo mismo, el problema del reenvío, da lugar a un vacío de ley que, en consecuencia, debe colmarse de alguna manera. Y como el problema que ha sido analizado y ejemplificado, corresponde al Derecho Civil, a esta rama del derecho hemos de acudir para que veamos si es posible una solución que satisfaga.

El concepto de la ley más próxima

Ha sido una preocupación permanente del Derecho la de tratar de resolver el problema que presentan los casos de reenvío, procurando, de este modo, evitar el círculo vicioso a que da lugar esta figura. Se ha hablado de la "remisión condicionada" explicando que esta solución consiste en resolver los casos en que el derecho que corresponde al foro que

conoce del caso eligiendo otro, extranjero, siempre bajo la condición de que las normas internacionales privadas de éste no reenvíen ni regresiva ni progresivamente, sino remitan a sus propias normas materiales la solución. Con una cierta imprecisión se ha hablado de casos que por su mayor proximidad con el derecho extranjero limitan el derecho del foro a resolverlos; imprecisión que consiste en sostener que el Derecho Internacional Privado busca la ley más próxima para aplicarla a los casos que se presentan en la vida real. No se trata de que al Derecho Internacional Privado le corresponda buscar una ley más próxima, porque la misión de esta rama del Derecho es simplemente la de buscar, de entre varias leyes vigentes en un mismo tiempo, la que corresponda, por ser la competente, para resolver el problema sometido a estudio. Nada más convincente que la idea propuesta por Savigny para ilustrar este tema. En efecto, el juez, siguiendo el criterio del ilustre jurista alemán, no aplica la ley extranjera porque así convenga a un interés cualquiera, o por cortesía, o por cualquier otro motivo semejante como el de ser, v. gr. acaso la más próxima. Aplica la ley extranjera, cuando procede, simplemente porque esta ley es la que corresponde para resolver el problema, como ocurre, en todo sistema jurídico, todos los días, cuando una persona que tiene un conflicto normado por el Código Civil, no puede suponer que el juez del trabajo, por cortesía con el actor o con el demandado, habrá de dejar de aplicar las leyes civiles para resolver la cuestión con las normas laborales a todas luces incompetentes. No hay, entonces, en principio, ley más próxima sino ley competente. La competencia de la ley está dada por

la naturaleza jurídica de la relación de derecho sometida a estudio, y no por ninguna otra circunstancia.

Pero no obstante las observaciones que hemos hecho, es indiscutible que no siempre el criterio expuesto por Savigny y los demás que han seguido sus puntos de vista ha de permitir resolver el problema en forma totalmente satisfactoria. En el caso que ha ocupado nuestra atención, el Derecho ecuatoriano declara competente la ley del último domicilio, porque juzga que esta ley es la que corresponde a la naturaleza jurídica del problema sucesorio que se halla en juego, pero, por su parte, el sistema italiano, ha creído que la ley de la nacionalidad del causante es la que corresponde a la naturaleza jurídica de la cuestión. Se da, como hemos visto, un caso de vacío porque ambas leyes, la ecuatoriana y la italiana, tienen idéntica jerarquía, en cuando las dos son "declaraciones de la voluntad soberana" de sus pueblos y ninguna de las dos puede creerse que sea superior a la otra.

¿Cómo, entonces, resolver el problema? Creemos que, a este respecto, es aplicable la norma que consagra el Código Civil en el Art. 18. No 7. Queremos destacar de este precepto algunas de sus frases y por esta razón nos permitiremos transcribirlo así: "Art. 18.- Los jueces **no pueden** suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o **falta** de ley. En tales casos **juzgarán** atendiendo a las reglas siguientes: 7.- **A falta de ley**, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios de derecho universal".

Es evidente que en el supuesto que hemos examinado existe un verdadero caso de

falta de ley. En consecuencia, la norma imperativa que hemos transcrito nos obliga a recurrir a leyes análogas. No las podremos encontrar en este caso, dada la naturaleza de la cuestión. Se impone, por lo mismo, el que recurramos a los principios de derecho universal que reclama la norma que hemos invocado, es decir, que recordemos que estamos obligados a "vivir honestamente", a "no hacer daño a nadie" y "dar a cada uno lo que es suyo", como quería Ulpiano. Creemos que el principio de la ley más próxima es, en este caso, la que corresponde para dar solución al problema, pero no bajo las condiciones que se han señalado en los criterios que se han citado anteriormente. Suponemos que la ley más próxima puede, realmente, darse en el caso del reenvío, porque las dos o más normas en conflicto, que, además, son de igual jerarquía, y no es que quieren resolver con sus disposiciones el problema sino que lo que procuran es no resolverlo con sus preceptos y exigir que sea otro derecho el que aplique los suyos. La ley más próxima es, entonces, la que debe hacerse cargo, si se nos permite la expresión, del problema del cual no quiere otra ley encargarse. *

Pero a pesar de que creemos que de este modo podríamos encontrar solución al problema, no creemos que con lo dicho se ha resuelto toda la cuestión. Debe resolverse, además, otro aspecto que es correlativo y cuya respuesta debemos darla para que no quede propuesta la solución a medias. Nos referimos al problema de quién debe calificar como más próxima una u otra ley.

El Derecho Internacional Privado nos ha enseñado que calificar es definir, esto es, en-

contrar la naturaleza jurídica de la relación de derecho sometida a estudio. Importa, entonces, conocer cuál de los derechos involucrados deberá hacer la calificación de lo que hemos llamado **ley más próxima**, porque la definición no puede quedar sometida al arbitrio. Debemos reconocer que si hay algún problema de Derecho Internacional privado en el que la mayor parte de los criterios está de acuerdo, es, precisamente, el problema de las calificaciones. Criterios como el de la ley competente, que se han propuesto para resolver la cuestión han debido ser abandonados por las serias dificultades que presenta su aplicación práctica, como, por ejemplo, saber cuál es la ley competente, cuando, en la mayor parte de las veces, para conocerla es indispensable que hagamos previamente la calificación de las instituciones. Por esta razón acudimos al criterio, actualmente generalizado, que atribuye a la **lex fori** el derecho de hacer la calificación de las instituciones.

El criterio del sistema ecuatoriano para resolver el problema de las calificaciones según la **lex fori** puede encontrarse plasmado tanto en el Código de Derecho Internacional Privado, como en el Convenio ratificado en el año de 1982, sobre normas generales de Derecho Internacional Privado. En ambos instrumentos se recoge la solución adoptada por la mayoría y que, además, se ha consignado también en la norma general del Art. 18, reglas 2a. y 3a. del Código Civil.

De este modo, la calificación de la ley más próxima corresponde hacer al tribunal, aplicando su ley. En el caso que ha ocupado nuestra atención, sin duda alguna, la calificación habría de corresponder al Derecho italiano, puesto que fue Italia el lugar en que se abrió la sucesión en los bienes del ecuatoriano. La ley

italiana, entonces, deberá resolver cuál es la ley más próxima para regular los problemas de la sucesión de esta persona. Nos atrevemos a suponer que deberán tomarse en cuenta factores de gran importancia como el de la ubicación de los bienes, el del lugar en que se haya otorgado el testamento, de haber alguno, o el que regula los derechos de familia, respecto del cónyuge y parientes ecuatorianos, de acuerdo con la norma general que consagra el código ecuatoriano en el Art. 14, que, por otra parte, recurre a la nacionalidad de la persona para resolver este problema.

No obstante, y precisamente porque deben tomarse en cuenta estos factores, debemos advertir que el problema puede suscitar otras dificultades, si se considera que los sistemas de solución, dentro del Derecho Sucesorio, no son coincidentes. Al contrario, podemos observar cómo, el problema de la sucesión en los bienes de las personas (si dejamos de lado el criterio de la sucesión en la persona del causante, que, como hemos dicho, se halla actualmente en retirada); el problema de la sucesión en los bienes, insistimos, presenta varias alternativas que permiten proponer los siguientes puntos de vista:

a) El sistema unitario, según el cual la sucesión se rige, bien por la nacionalidad, bien por el último domicilio del causante, sin admitir excepción alguna, considerando que el patrimonio del causante es uno y que, como entidad indivisible, no puede someterse a dos o más leyes;

b) El sistema de la territorialidad estricta, según el cual no se admite otro criterio que el del lugar del fallecimiento del causante para resolver todos los problemas atinentes a la sucesión, creando, de este modo, más problemas que soluciones; y,

c) Un sistema mixto, según el cual la regla es la de que la sucesión se rige, bien por la ley nacional del difunto, bien por la ley de su último domicilio; pero sin formular una regla absoluta, admitiendo, entonces, lógicas excepciones. Un ejemplo muy claro de esta proposición es el que consagra nuestro Código cuando declara en la regla general del Art. 1019 que la sucesión se abre al momento de la muerte, en el último domicilio del causante y se rige por la ley del domicilio en que se abre, salvo los casos expresamente exceptuados. Entre estos casos de excepción, que permiten que se apliquen disposiciones de otros sistemas jurídicos, podemos citar principalmente dos: el uno, relativo a la forma externa de los actos, pues, si el causante ha otorgado testamento en otro país, debe aplicarse, en cuanto a la forma externa del instrumento, el principio que formula el Art. 16 del Código, que declara que la forma externa de los actos se rige por la ley del lugar de su celebración; principio que, respecto del testamento, se halla confirmado con la norma contenida en el Art. 1087, según la cual "Valdrá en el Ecuador el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo, en la forma ordinaria".

La segunda excepción tiene que ver con la situación de los bienes -muebles o inmuebles- de acuerdo con la fórmula que, para este efecto, recoge el Art. 15 que declara que los bienes se hallan sometidos a la ley del lugar de su ubicación, lo cual, a *contrario sensu*, permite concluir que, si los bienes se hallan fuera del

Ecuador, tales bienes se hallan sometidos a las leyes del lugar en que se encuentren ubicados.

Estas circunstancias y muchas otras que surgen, no sólo del problema de la sucesión en los bienes de las personas, al que nos hemos referido expresamente, dan lugar a frecuentes casos de reenvío, que generalmente se han considerado como irresolubles o, simplemente, han permitido la aplicación arbitraria de una disposición legal desoyendo el criterio incontestable formulado por Savigny, cuando declaró que es la naturaleza jurídica de la relación de derecho sujeta a estudio la que vincula al problema de derecho con el derecho que corresponda, sin que, por lo mismo, quepan ni la reciprocidad, ni la cortesía, ni ningún otro criterio para reconocer la competencia de la ley - nacional o extranjera - para resolver el problema.

De todos modos, creemos que el problema del reenvío no puede quedar solamente como una de las socorridas formas de vacío de ley, en donde la solución, que es difícil, nadie lo niega, debe, no obstante, buscarse de alguna manera. Acaso la solución de la ley más próxima pueda colmar el vacío y resolver, de este modo, tan aguda y, desde luego inquietante dificultad, porque, para insistir en la fórmula que recoge con tanta razón el Código Civil ecuatoriano, los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia alegando oscuridad o falta de ley. La regla imperativa, que se complementa con la solución que pueden dar los principios de derecho universal a todos los problemas que se presenten y que para juzgarlos no tengan norma aplicable, puede permitir la solución que tanto se ha buscado. **R**

Verbum juridicum

VICTOR MANUEL QUESADA

Intento demostrar -con las reflexiones y comentarios que en estas páginas realizo sobre el lenguaje- la importancia del estudio del castellano, como una asignatura que ha sido introducida en el Pensum de la Facultad de Jurisprudencia, con el deseo de lograr una formación integral del futuro jurista.

En latín, el Derecho se expresaba con el nombre Jus y el adjetivo correspondiente era Juridicus. Tal adjetivo se adoptó al español como jurídico. De ahí que hablamos de actos jurídicos, reformas jurídicas... y el lenguaje técnico y peculiar del Derecho se denomina: lenguaje jurídico.

El lenguaje jurídico se ha de entender, como una parte del lenguaje⁽¹⁾, caracterizado por tecnicismos pertenecientes al JUS.

Frente al lenguaje científico y técnico que se caracteriza por el incremento constante de su léxico, el lenguaje jurídico manifiesta su marcada inclinación hacia términos de origen latino; aún están en vigor, centenares de voca-

blos tomados del latín y muchos procedentes del Derecho romano.

Como el léxico, la habitual sintaxis del lenguaje jurídico, está plagada de recursos que se sienten como anticuados o extraños. Aparecen en éste, ciertas frases y palabras, con un carácter formulario y ritual, que determinan un estilo solemne, elegante, pero arcaico.

El estilo jurídico no ha evolucionado, a la par que el resto de los otros estilos. Es notorio que un cierto arcaísmo le resulta favorable, en la medida en que la justicia y su administración, deben estar rodeados del prestigio que confiere la solemnidad del lenguaje. Pero ese tono distante, unido muchas veces a una tendencia a la sucesión de largas oraciones y a la impericia de quienes redactan los documentos jurídicos, produce obscuridad y, en no pocas ocasiones, ambigüedad.

Recrear en lenguaje jurídico, para mejorar el estilo jurídico, podría ser el objetivo esencial del estudio de castellano en nuestra Facultad.

Lenguaje y pensamiento

Concebía Ferdinand de Saussure, al signo lingüístico como una entidad que une un concepto y una imagen acústica. De tal manera que: "pensamos con palabras". Es decir, "pensamos con el lenguaje". Empero, el lenguaje no es un medio para expresar los pensamientos, sino el tejido mismo del pensamiento.

A través de la gramática generativa, Avram Noam Chomsky, reafirma la asociación del significante con el significado, expuesta por Saussure, y profundiza la relación entre el pensamiento y el lenguaje. Entendió Chomsky,

el lenguaje como el medio por el cual el hombre comprende y organiza el mundo.

Función esencial cumple, por lo tanto, el lenguaje para la ciencia jurídica; tal que, sin el lenguaje resultaría imposible el conocimiento y práctica del Derecho.

Consideremos un fragmento de un juicio absurdo a "Alicia en el país de las maravillas":

"La sala del juicio ofrecía un aspecto impresionante. En el centro de la estancia se levantaba un monumental estrado, desde donde el rey y la reina presidían el juicio haciendo a la vez de jueces, testigos, fiscales y defensores" (2).

Parece perfectamente natural al jurista, decodificar un mensaje tal. Sin embargo, para quien desconozca los tecnicismos: jueces, testigos, fiscales... propios del lenguaje jurídico, será difícil o imposible descifrar el escrito.

Desde ese punto de vista, un jurista con un conocimiento imperfecto del lenguaje, tendrá como consecuencia un conocimiento y práctica defectuosos del Derecho.

Interpretación de la Ley

Caracteriza al lenguaje jurídico, cierto aspecto sacro y mágico, por el cual, el hombre lo respeta y lo venera.

Parece que el hombre está inclinado a creer, a respetar y a conservar lo que no comprende. El hombre primitivo y aun el moderno, mientras menos entiende, más cree.

Volvamos nuestra atención, a la sociedad teocrática de Israel, del Antiguo testamento. El Decálogo de Moisés, era la ley de Dios. Aquí el

hombre ejercía control social, rodeando de misterio y santidad a lo dicho en el Decálogo:

"Bajó pues Moisés, y convocados los ancianos del pueblo, les expuso todo lo que el Señor le había mandado decirles. Y respondió a su voz todo el pueblo: Haremos todo cuanto ha dicho el Señor". (3)

Lo sacro mágico persiste, como forma de control social, en el lenguaje jurídico. Se cree que determinadas palabras y típicas estructuras, encierran cierto misterio; de tal manera que, si se omiten o varían, los actos jurídicos no tienen validez.

Por otra parte, el desconocimiento de los fundamentos de la gramática y de la semántica de la expresión jurídica especializada, conducen a jurisconsultos y legisladores a una interpretación mágica del lenguaje jurídico.

La interpretación mágica del lenguaje jurídico, como forma errónea de comprender las palabras de la ley, en los sentidos gramatical y lógico, niega la comprensión dialéctica del Derecho y no permite la relación plena de justicia.

Una interpretación científica, que supere a la interpretación mágica del derecho, será posible mediante el conocimiento del lenguaje, del lenguaje jurídico en especial.

En conclusión: hablar bien y escribir bien es obligación ineludible de todo estudiante universitario, cuanto más si éste se ocupa del Derecho.

Lograr correlación entre el conocimiento y el lenguaje. Superar el conocimiento empírico y vulgar de la expresión jurídica, que posibilite la interpretación de la norma jurídica y la excelencia en la aplicación del Derecho, hará de la justicia una *utopía*, ya no como un sueño, sino como un proyecto realizable, una meta a ser alcanzada.

Notas

(1) La Lingüística concibe el lenguaje como "la facultad que tienen los hombres para entenderse".

(2) CARROLL, Lewis. Alicia en el país de las maravillas. México, Edit. Porrúa, 1975, pg. 58.

(3) Sagrada Biblia. Trad. del Ilmo. Don Félix Torres Amat. España: Cultura S.A., 1884 (Exodo XIX: 7,8). ■

El Código Civil Chileno quedó obsoleto*

FERNANDO FUEYO LANERI**

La obsolescencia del Código Civil que nos rige por casi 150 años, con reformas en general parciales y de relativa trascendencia, no es cosa mía ni de otros pocos. Un volumen considerable de juristas con preparación integral y miraje universalista, ya está en la orientación clara en orden a un atraso extremo alcanzado por el Código Civil y que conduce irremediablemente a un cambio profundo.

Dicho pensamiento, además, se encuentra acrecentado o ahondado por el avance extraordinario del Derecho Universal en los últimos 15 años, comprendidas numerosas ramas, circunstancia que desemboca en una

* Tomado de la Revista "Estudios Jurídicos" de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Volumen XLVIII, 1990, Medellín.

** Profesor Titular de Derecho Civil, Ex director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile.

situación de emergencia que obliga al cambio pronto.

Queda al margen de lo expresado una masa grande de juristas de prestigio que siguen afirmando la conservación substancial del Código, dada su perfección y la persona de su autor, posición sin duda fuerte, que dificultará o postergará el cambio por algún tiempo.

Una vieja inquietud en torno a un nuevo Código Civil que recoja y proyecte las hondas transformaciones experimentadas por la sociedad chilena -y el universo completo-, me mueve a volver ahora con nuevos aportes sobre esa idea que hice pública substancialmente hace casi un cuarto de siglo, en el centenario de la muerte de D. Andrés Bello, en 1965. Agréguese que los antecedentes y fundamentos de ese plan no se presentaban con aristas tan recias como en nuestros días, ni con el acento de progresión constante que se observa ahora, al punto de otorgar a la iniciativa un carácter de urgencia.

En los actos conmemorativos -entre muchos otros- que organizó en esa oportunidad el recordado maestro D. Guillermo Feliú Cruz, en la Biblioteca Nacional que él dirigía con extraordinario acierto, se me encargó abordar el Bello jurista. Mi trabajo se publicó, junto con los demás, en la Revista Mapocho, de la citada Biblioteca (Tomo IV, Nº 3, Vol. 12, Santiago de Chile, 1965). Su nombre: "Reforma de nuestro Código Civil bajo la inspiración de Bello".

De su contenido se desprende que desde aquella época, o desde antes, ya era partidario de una reforma honda que pudiera alcanzar, incluso, a la sustitución del Código vigente por uno nuevo, aunque rescatando algo o mucho del vigente.

No era aquél precisamente el momento más propicio para tocar el extremo de una reforma honda de nuestro primer y principal cuerpo de leyes; ni mirando el problema dentro de nuestro propio país, ni atendiendo a él de acuerdo con las tendencias universales imperantes en la época. De cualquier modo, se cumplía una vez más mi sino de abordar cosas extrañas y difíciles para confrontarlas públicamente a la espera de un eventual rechazo o aprobación en el curso del tiempo, como parece que se va a repetir el caso ahora.

Lo cierto es que la temática de la reforma profunda del Código Civil nuestro ha tenido alternativamente períodos de intentos pálidos y de silencio ciertamente absoluto. De cualquier modo, ha sido siempre tema incontestablemente excepcional, y agregaría que mal recibido por la generalidad que sigue rindiendo equivocada pleitesía al autor del Código y este último, incluso contrariando los principios y el sentir de Bello.

Antes que lo hiciera por mi parte en el recordado 1965, no sólo se habló de reforma sino que se lograron positivamente algunas -aunque no profundas-, siendo fechas señeras los años 1925, 1934, 1952 y, posteriormente, 1989. Algunas de esas reformas abarcan aspectos de instituciones completas y otras se limitan a modificar, agregar o suprimir cosas puntuales de mayor o menor envergadura según los casos. De ningún modo hubo -jamás- cambios de la estructura general del Código o de considerable volumen de su catálogo de materias, con alteración del llamado plan de exposición. A mayor abundamiento, desde 1952, año de la importante reforma por Ley Nº 10.271, se sucedieron no menos de 12 refor-

mas; con todo, puntuales, irrisorias e insignificantes, al punto de importar un trabajo farragoso siquiera buscarlas en el Diario Oficial.

Recordando el pasado, no podríamos desconocer el título de gran reformador que debemos asignar a Bello sin el menor temor de equivocarnos.

Lo demostró en el *Mensaje al Código*, puntualmente al empezar y al terminar. Señaló allí que la idea de reforma es consubstancial a este tipo de obras, "por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación". Agregaba razones en favor de los remozamientos legislativos: "la mudanza de las costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de las ideas nuevas, precursoras de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica...".

Se ha reproducido, más de una vez, el siguiente párrafo debido a Bello y que concuerda con lo recién dicho: "*El Derecho de una nación, semejante a su lengua, no está nunca fijo, su existencia es una serie continua de alteraciones y mudanzas. De aquí la necesidad de refundir de tiempo en tiempo la legislación escrita*".

¿Quién podría dudar que las precedentes palabras de Bello están aún plenamente vigentes?

Es por todos sabido que Bello manejó durante su vida un ejemplar del Código Civil al cual hacía anotaciones breves; a veces con una o dos palabras insinuaba hasta una reforma aconsejable.

De su alma innovadora nadie podría dudar. Si Bello viviera en nuestros días ya habría redactado un proyecto de Código Civil nuevo,

¿qué duda cabe? No lo habría reformado parcialmente; lo habría hecho de nuevo. Lamentablemente, esto no lo entienden o no lo perciben muchos de mis contemporáneos.

En el siglo pasado, *Robustiano Vera*, en su Código Civil comentado y explicado, 1892, ya denotaba inspiración por lograr reformar al Código y daba razones convincentes. Con todo, deberá entenderse que pensaba en una puesta al día, por diversas razones muy atendibles; de modo alguno Vera insinuaba una reforma honda que, por lo demás habría resultado impropia de la época. (Tomo Primero, VII y X. Imprenta Gutemberg. Santiago de Chile, 1892).

En general, han cundido, no digo ideas de reformas propiamente tales, relativas a materias substanciosas, sino, más bien, proposiciones de nueva redacción de normas ambiguas u oscuras, con miras a la correcta interpretación legal, o bien proyectos de cambios útiles, aunque generalmente de escasa trascendencia y evidente chatura.

Cualquiera que sea el nivel de lo que alguien propuso como cambio, cabe destacar el fuerte sentimiento de resistencia que a ello siguió, acentuadamente en el seno de las Facultades de Derecho que, sistemáticamente, han dado su opinión en contrario, por escrito, luego del análisis del anteproyecto respectivo.

La resistencia observada permanentemente es coincidente con el escaso ambiente de reforma del Código Civil; por de pronto, prueba que la tendencia reformista es aún débil y que sigue primando el "fetichismo" por el Código, como varias veces lo he dicho, incluso reiteradamente aquí.

La resistencia al cambio total, o sea, a la sustitución del Código vigente por otro nuevo, aunque éste rescatara lo bueno y aprovechable del vigente, ha sido puesta de manifiesto en diversas oportunidades. Citaré solamente dos párrafos pertenecientes a dos distinguidos profesores que representan la tendencia señalada.

a) "Podrá argüirse que es más conveniente reformar en su totalidad los códigos, dictando un nuevo cuerpo de leyes. No participamos de esta opinión. Abrogar por completo un código que ha regido decenas de años para reemplazarlo por otro, sepultar el primero en el olvido, es desconocer la labor de aquellos que colocaron los cimientos de la organización jurídica, es renegar de la tradición para presuntuosamente mirar el futuro. Los pueblos para ser grandes tienen que conservar la tradición. Sólo respetando el pasado y admirando la obra de los que nos han antecedido en la lucha incesante tras la felicidad social, es posible alcanzarla en el futuro" (Manuel Somarriva Undurraga. "Evolución del Código Civil chileno", pág. 10, Nacimiento, Santiago de Chile, 1955).

b) "Pero, no obstante las deficiencias y anacronismo de nuestro Código Civil, creemos que no es necesario tratar de reemplazarlo, tanto porque sería muy difícil encontrar juristas verdaderos que destinaran gran parte de su tiempo a esa enorme labor, cuanto porque son tales las bondades del Código que haciéndole modificaciones de importancia -acordes con las ideas sociales y económicas de hoy, y tratando de seguir su forma-, se obtendría el mejor resultado a que puede aspirar este país, dados los elementos materiales y humanos de que dispone para esa empresa.

Por lo demás, ese fue el criterio de los franceses en 1904, cuando el Código de Napoleón cumplió 100 años. Dijeron, en síntesis, que un buen edificio antiguo que admite reparaciones, no es necesario demolerlo" (*Avelino León Hurtado*. "El Código Civil chileno". En homenaje a don Andrés Bello, pág. 287, Instituto de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982).

En síntesis, por mi parte expreso desde luego mi desacuerdo con las opiniones anteriormente expuestas. Se volverá sobre el punto y quedará demostrado el fundamento de mi discrepancia.

Sobre las diferentes posiciones frente a la reforma

Hay ciertas y determinadas posiciones de los juristas -tal vez sin atender a nacionalidad-, que van desde el extremo de conservar intacto lo actual, con remozamiento de rigor o sin él, hasta la derogación del Código vigente para sustituirlo por uno nuevo, sea o no rescatando algo o mucho del derogado. Se dará un esbozo de los diferentes criterios.

a) El Código en vigencia -en este caso concretamente el de Bello- es una obra excelsa de duración larga e indefinida. ¿Por qué cambiarlo o reformarlo? A lo sumo algunos retoques, especialmente por vía de interpretación legislativa (1).

b) Una segunda posición, igualmente estática, estuvo en boga en los años 60. Ella propiciaba mantener incólume el Código, no porque no necesitara ajustes a una nueva realidad, sino porque en un momento como el que transcurría, de cambios, ensayos y vacila-

ciones, que se supone transitorio, hacía preferible una espera del instante final de estabilidad socioeconómica, que es cuando llegaría la hora de sistematizar y dar a luz nuevos textos.

c) El Código vigente es una construcción unitaria y sistemática, magníficamente realizada técnicamente, y por lo mismo debe mantenerse en su unidad, si bien con las supresiones y agregaciones que sea menester para conformarlo a los adelantos de la Ciencia jurídica producidos después de su promulgación, y que, ciertamente, se suponen de volumen escaso. Deberán entonces, suprimirse materias que hoy aparezcan como inútiles y a la vez agregarse las nuevas que ofrezcan interés. Corresponde esta posición a la idea conocida vulgarmente como "reforma de parche". Los franceses la han practicado muchísimo, hasta nuestros días.

ch) La evolución científica experimentada por el Derecho privado, aunque no sea más que considerando el período comprendido desde la iniciación de este siglo y marcando con acento los cambios experimentados en seguida de las dos guerras mundiales, sobre todo la última, el nuevo catálogo de conocimientos que comprende el Derecho privado, las nuevas sistematizaciones doctrinarias y legislativas que empezaron en la segunda mitad del siglo pasado, que no fueron alcanzadas por el Código de Bello, y las que le han seguido sucesivamente; las nuevas Constituciones Políticas que orientan el sistema positivo fundamentalmente de otro modo; y otras razones que podrán seguir agregándose, no admiten la conservación del cuerpo completo y originario de disposiciones. Dicho en dos palabras, falta todo el derecho nuevo -con estructuras y con-

cepciones nuevas- nacido acentuadamente en los últimos 50 años, y todavía más en los últimos 15. Sólo un simple detalle, faltan alrededor de 40 contratos que, a pesar de celebrarse intensamente desde hace mucho tiempo, aún se les conoce por "innominados".

El problema, por lo tanto, no consiste en sacar y poner livianamente, sino en confeccionar el nuevo catálogo de materias, y hecho esto, resistemizar, todo lo cual tampoco es óbice para el aprovechamiento de partes o zonas de lo actualmente vigente.

d) El Código Civil, según otra de las posiciones, es un módulo o fórmula que ha pasado de moda y debe lisa y simplemente suprimirse, sustituyéndosele, en lo que sea menester, por leyes especiales. Algunos hablan de principios civiles, otros de Constitución civil, otros de estatutos profesionales, y finalmente, se proponen otras modalidades de sustitución. Era época, ya superada, de la descodificación, o bien, de la minimización del concepto de Código.

Adelanto que mi posición es la señalada en cuarto lugar, esto es, de nueva estructuración, si bien aprovechando con la mayor habilidad que sea posible, mucho de lo que nos rige actualmente, aprovechamiento que es mayor de lo que pareciera a simple vista y que comprende no sólo el material legislativo mismo, incluso disposiciones completas, sino el criterio jurídico de Bello en lo perenne y, sobre todo, su riquísima personalidad radiando investigación jurídica, espíritu de comparatista, americanismo y codificación (2).

Finalmente, es imprescindible y honrado expresar francamente que, con todo, a las

dificultades generales de obras de la envergadura de un Código nuevo, se nos presenta en Chile, como en otros países de América, *el inconveniente de la mediocridad de nuestra cultura jurídica y la falta de trabajos preparatorios*. He usado ex profeso las palabras de *Castán Tobeñas*, citadas a su vez por Felipe Clemente de Diego a propósito de la idea de un nuevo Código Civil español necesario después de la nueva Constitución del Estado de 9 de diciembre de 1931, que establecía estructuras y criterios opuestos a los hasta entonces vigentes (3). Las empleo porque las considero ajustadas a la realidad de nuestra hora, en el medio americano en general y en nuestro país concretamente, sin faltarse a este respecto en lo más mínimo a la verdad y a la propiedad del lenguaje.

Si algo podría malograr o dificultar la obtención de la fórmula de reforma honda de que soy partidario, sería justamente la presencia evidente de las graves circunstancias recién anotadas.

La necesidad de un plan de exposición

La cuestión primera que corresponde abordar en el camino de la reforma estructural consiste en fijar un plan de exposición del nuevo Código. Existe ya a este respecto una técnica, sea porque ha sido aplicada con motivo de reformas logradas y por eso es conocida, sea porque se ha comentado y elaborado por los autores de tales proyectos y que aún viven. Lo que aquí se diga a este respecto, pues, carecerá de originalidad. La técnica, sin embargo, permitirá variadas soluciones y en la aplica-

ción de alguna de éstas tendrá posible cabida una cierta originalidad.

La sujeción necesaria a la técnica jurídica es consubstancial en toda reforma, con mayor razón si se trata de un Código que se ajusta a una nueva realidad económico-social. Bien dice *Recasens Siches*: "Se ha observado que son los juristas los que ponen término a la etapa tumultuosa y desordenada de las revoluciones, porque contribuyen a la reconstrucción de un Derecho estable mediante la incorporación a él de nuevas valoraciones y normas. Así se ha dicho que en Francia "la novela de la revolución" terminó en 1804, cuando cuatro juristas dieron al país un Código Civil que incorporaba al ordenamiento jurídico las reformas ya introducidas (4). La idea expuesta subsiste aún, sin que medie una revolución", basta que por el transcurso de muchísimo tiempo el enorme cambio operado en el medio ambiente de una nación haya dejado demasado atrás a las normas y al sistema entero.

Este plan de exposición empieza por fijar las grandes divisiones o partes del Código y prosigue con las demás subdivisiones. Preciso todo esto tendremos ya el catálogo o inventario en general, a la vez que su ordenamiento y correlación. Siempre en una primera etapa, se fijará la filosofía jurídica, social o económica en que estarán inspiradas las instituciones en el Código; tarea fundamental que, repito, debe realizarse en el primer instante, considerando las frustraciones que nos ofrece la historia de los proyectos de Códigos nuevos por haberse olvidado esto que es esencial.

La confección del plan, en su concepción más amplia, ofrece hoy interrogantes de mucha entidad.

A saber, reunirá el nuevo Código materias desmembradas en otro tiempo que hoy volverían a su seno original, dando lugar a un verdadero Código de Derecho Privado, como el italiano de 1942, que logra, para decirlo con palabras de Federico Castro "la vuelta a la idea de la unidad del Derecho Civil"?

¿Tendrá un acento social que permita denominarse Código Privado social como ha sucedido con el Código mexicano de 30 de agosto de 1928? (5)

¿Cuáles serán las grandes divisiones, llamadas generalmente Libros, y éstos irán o no precedidos de Parte general o bien de Título Preliminar?

Sabemos que rechazando en esto la sistematización del Código Civil alemán de 1900, expresión fiel del plan pandectístico, muchos Códigos de este siglo abandonaron la idea de la llamada Parte general del Código alemán, seguido en esto por el Código de Brasil de 1916 con sus 179 artículos destinados a esa parte. A cambio de esta Parte general, que en un principio pareció infaltable, los Códigos de este siglo siguen con la tradición de un breve "Título preliminar", como sucede, por ejemplo, con los Códigos de México ("Disposiciones Preliminares", 21 artículos), de Venezuela (14 artículos).

En cuanto a las grandes divisiones o Libros, nos encontramos con diversidad de criterios, dependientes en mucho de la fijación de lo que he llamado el catálogo o inventario de materias que han de comprenderse en el Código.

Nos encontramos con crecidas cifras de libros, como en el caso del *Proyecto de Código Civil francés*, iniciado en 1945. Son siete los libros de este proyecto, según plan aproba-

do(6), los cuales están precedidos por un Título preliminar, que insiste sobre la teoría de la ley, se extiende a doctrinas generales, algunas modernas, y reservándose los miembros de la Comisión su propósito de futura expansión de este título preliminar.

También es de contenido extendido, con tendencia franca a un Derecho Privado codificado, un *proyecto fenecido elaborado en Alemania* y del cual nos da la noticia J. Beltrán de Heredia(7). Las bases para los trabajos de la Comisión comprende ocho libros(8), precedidos de "Reglas fundamentales". El plan está pormenorizado, con las ventajas consiguientes para su aprovechamiento doctrinal.

Por el contrario, el plan de exposición es de menor contenido y a la vez reconoce menor número de divisiones si se trata de lo propuesto por *Eugenio Huber*, principal autor del Código suizo, del 1 de diciembre de 1907. Las materias y su orden son: personas, familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones.

Decreciendo en el concepto de contenido y divisiones llegamos a los *simples principios básicos* que sustituirían el tradicional y complicado andamiaje de un Código. Como dice *Lino Rodríguez-Arias Bustamante*, "últimamente se advierte la tendencia, tanto en la doctrina como en la legislación, a configurar el Código Civil como un conjunto de principios básicos o generales que comprenden lo sustancial de la legislación civil, desarrollándose en cuerpos legales, independientes de las materias específicas que exigen una regulación más minuciosa en nuestro tiempo"(9). Claro está que el "últimamente" a que se refiere Rodríguez-Arias data de un cuarto de siglo y más.

Sería como una réplica de la Constitución Política, bajo el nombre de Constitución Civil(10). Naturalmente que esto se dijo hace más de 40 años.

A la misma tendencia de los meros principios básicos obedece la nueva legislación soviética dictada a manera de Código Civil, si bien bajo el nombre de Principios de la Legislación Civil de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas y de las Repúblicas de la Unión, de 8 de diciembre de 1961 y que entró en vigencia el 1o. de mayo de 1962. Ciertamente que lo anterior puede estar superado por las nuevas orientaciones que nacieron en 1988 en esa nación, o antes.

En la doctrina española destaca dentro de esta posición *Pascual Marín Pérez*, cuando ya en 1954, también hace muchos años, se expresaba del siguiente modo: "Nosotros proponemos la derogación del vigente Código Civil, y su sustitución por una amplia y corta *declaración de principios*, especie de Constitución Civil en cuya amplitud cupiese todo el Derecho de nuestras regiones, para lo que se daría a la costumbre y al poder creador del juez la importancia que el momento actual del Derecho Civil requiere, sin que tengan por qué asustarse los leguleyos y picapleitos, puesto que pueblos como la gran nación norteamericana, con menos historia y menos tradición jurídica que nosotros, nos trazan una de las orillas del camino: la jurisprudencia" (11). A mi entender, debemos considerar superada esa tendencia a un plan tan simple como simplista; se trata de la tendencia a minimizar la codificación, acogiendo la idea opuesta de la descodificación. Creo superada esa posición; en todo caso no dejo de citarla.

Como puede observarse por lo que va dicho, es grande el conflicto por resolver de partida, esto es, el de la concepción del plan de exposición, comprendido el catálogo hoy inventario de las materias.

Pero según ya se anunció, hay algo más en dicho plan y que es tarea inicial. Es la fijación de la orientación o dirección general -o filosofía- que corresponderá a las materias de mayor importancia y trascendencia.

Hay que considerar, finalmente, el caso excepcional del plan de exposición esorbitante. Se trata de la ideación de Códigos que son en el fondo anteproyectos para un futuro mejor, pues no corresponden precisamente a la consagración legislativa de un Derecho científico o precientífico, existente, como tampoco se trata de recopilar o reformar ese Derecho. Para decirlo con palabras de *Wieacker*, se tiene "a planear extensamente la sociedad mediante nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras" (12).

Estos anteproyectos para un futuro mejor "recuerdan a las tormentosas resoluciones reformadoras con las que, un siglo más tarde, los progresivos hombres de estado de las antiguas civilizaciones no europeas, por ejemplo, en Asia Oriental y en Turquía, acogieron los Códigos europeos para transformar a sus pueblos en naciones modernas" (13).

El mismo fenómeno y la misma solución se observa, por otra parte, en el campo de las *Constituciones Políticas de Estados nuevos* que han alcanzado su independencia recién a contar de mediados del siglo XX, las cuales están redactadas por selectos juristas europeos y se destinan a medios atrasados en los

cuales aún no encajan pero que anhelan acomodarse a realidades sociales futuras.

La modalidad de la Ley de Bases

El plan de exposición del Código puede contenerse en un trabajo preliminar de la Comisión de Juristas encargada de redactar el Código nuevo, o bien puede complementarse y respaldarse con un instrumento de carácter legal impuesto por la llamada *Ley de Bases*, que se ha dictado para estos efectos con ocasión de reformas de Códigos.

La citada Ley de Bases está orientada a fijar el plan de exposición, comprendiéndose en esto la orientación o directriz que ha de tener, tanto el Código como las instituciones en particular, al menos las más importantes.

Es una *delegación de facultades* del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, considerando el tecnicismo de la materia, en este caso la dictación de un Código.

Una ley de esta naturaleza puede ser de variado contenido; pero cabría citar aquí el caso de la Ley de Bases del Código Civil, del 11 de mayo de 1888, que sirvió para la dictación del actual Código español y sin que esta cita implique compartir íntegramente el texto de esa ley fundamental.

La delegación de facultades está en el artículo 1o: "*Se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en esta ley*".

Desde el artículo 2o. hasta el 7o., ambos inclusive, se fija el sistema de trabajo de la Comisión de Códigos, que formulará el texto del proyecto, al cual el Gobierno podrá hacer modificaciones.

El artículo 8o. formula 27 bases, sobre las cuales deberá afincarse el proyecto del Código. Destaca la 1a., que dice: "El Gobierno tomará por base el proyecto de 1851". Se conoce por el proyecto de Florencio García Goyena, jurista que presidía la Comisión encargada de la Codificación y que a su vez era el alma de ella. Ver "Crónica de la Codificación española", tomo 4, vol I, Juan Francisco Lasso Gaité; Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio.

Puede observarse el sentido de prudencia y a la vez el anhelo de modernidad, pues debía atenderse a "necesidades nuevas" y recogerse lo bueno de "legislaciones extrañas", considerándose siempre "el fundamento científico". En nuestros días no podríamos elaborar un Código de un modo más razonable y más digno de aprobación.

Como dice Santos Briz, si bien esta Ley de Bases "no se promulgó para que la aplicaran los tribunales, sino para que el Gobierno se ajustase a ella al redactar el Código, se advierte con cierta frecuencia la notable influencia de sus preceptos en numerosas sentencias, incluso en las modernas, aceptándola para resolver *cuestiones de interpretación* y no como norma directamente aplicable" (14). Sin necesidad de suprimir el plan de exposición, que constituye un método general, parece ser que la modalidad de una Ley de Bases colabora eficazmente en la organización de la empresa de dictar un nuevo Código, y, a mi juicio, debe emplearse. Remarco la importancia esencial de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo, señalándosele a la vez unas Bases.

Reestructuración de la normatividad global: unificación del Derecho Civil y del Derecho Comercial

Las instituciones iusprivatistas se encuentran diseminadas en la legislación chilena; pero, substantivamente, en dos códigos básicos que son el civil y el comercial.

Hay mucho más, sin embargo. Se presenta el fenómeno de la repetición de unas mismas materias en uno y otro; por ejemplo, tratándose de los contratos. Cualesquiera que sean las modalidades o matices de diferenciación, el principio de orden unitario nos obliga a reunir la normativa general, o sobre contratos u otras materias, en un solo cuerpo y no en dos.

El plan de *unificación del derecho privado* salta a la vista. Dicha unificación ha de tener los siguientes presupuestos esenciales: la valoración simultánea de dos códigos, el civil y el comercial, como también la de la legislación complementaria de ambos que ha venido formándose en el decurso del tiempo; finalmente, la consideración de la evolución notable de la sociedad chilena y que ha dejado atrás toda esa legislación hoy en buena medida obsoleta.

Desde un punto de vista técnico, precisemos dos cuestiones fundamentales: la vetustez del Código de Comercio admitida por todos, por una parte, y la necesidad imperiosa de una reforma integral -o reestructuración- del Código Civil, por la otra.

La suma resultante nos dará al propio tiempo una normativa superior de mayor contenido y eficacia "per se". Dicho valor substantivo debe admitirse como muy importante.

En definitiva, a las innumerables razones que inducen a una reforma integral urgente del Código Civil, se suma la necesidad de la *unificación del derecho privado* según queda planteado aquí.

El método de la antedicha unificación está plasmado en varias experiencias del Derecho comparado, por lo que su problemática tiene desde luego importante apoyo (15).

Cabe afirmar, por último, que esta moción de unificación del Derecho privado constituye no sólo una cuestión de relevancia técnico-jurídica, sino, además -y muy acentuadamente- una respuesta a los vivos requerimientos de una sociedad nacional, regional e internacional, que ha experimentado cambios de importancia progresiva, y que exige, cada vez más, estructuras jurídicas ágiles, modernas, expeditas, capaces de acoger e integrar fluidamente la vorágine en que nos desenvolvemos.

Instituciones que bajo el calificativo de nuevas reclaman su incorporación al Código

Se me permitirá el empleo de la expresión "nuevas" en forma relativa, pues no podría afirmarse que todo lo que se expondrá más adelante tiene el carácter de literalmente nuevo. Con cierta impropiedad, he llamado "nuevo" a todo aquello que hasta hoy no se ha incorporado al Código Civil chileno, y a lo mejor también a otros más, aunque raramente a los promulgados en los últimos años. Toda vía podría agregarse: más de algún orden jurídico mayor -la doctrina de los actos propios por vía de ejemplo- aún no alcanza su consagración explícita y literal en Código alguno, si

bien muchas normas están empapadas de su contenido como principio general de derecho.

Las instituciones, o los órdenes jurídicos mayores, o los principios generales que aún hoy están marginados del Código Civil chileno, suman varias decenas. No tengo por ahora una nómina que pudiera discretamente aproximarse al bagaje de lo existente y que merezca consagración legislativa en nuestros días.

Pero en un libro de que soy autor, actualmente imprimiéndose, figuran 12 temas de esos que corresponden a lo que he llamado instituciones nuevas. Más otros 12 temas en actual preparación. Más unos 30 a 40 contratos que se celebran habitualmente en lo nacional e internacional y que tenemos la paciencia de llamarles todavía innominados por no estar incorporados a una legislación nacional, internacional o comunitaria. ¿Todo suma 50 hipótesis? A lo mejor. Vaya la sorpresa y la vergüenza, ambas cosas a la vez.

1. La persona y los bienes y derechos de la personalidad.-

Es la rotulación ya clásica en el derecho universal moderno y que yo, en la cátedra universitaria, he propuesto como Libro Primero que iniciará y orientará el Código Civil. Se hace mediante la anteposición de la materia más importante de todo el contenido del Código. La sistematización de este Libro Primero ya lo he propuesto en trabajos míos. Dicha sistematización, y su catálogo de contenido, difiere de lo que aparece en los Códigos considerados modernos y promulgados en el presente siglo, aun diría que en los últimos años.

Qué decir del contenido y sistematización pobrísimos en nuestro actual Código.

En la sistematización antes aludida no han de faltar cinco fuentes de inspiración y contenido a saber:

a) Una *noción moderna de persona* que va más allá de su caracterización simplista como sujeto de derechos y obligaciones;

b) *Derechos y atributos de la persona*, que han tenido cabida habitual en las exposiciones doctrinarias y aun legislativas, aunque no de un modo completo y sistemático;

c) *Los bienes y derechos de la personalidad*, que deben enunciarse y definirse, partiendo de una debida sistematización que comprenderá un derecho general de la personalidad y unas expresiones particulares o específicas;

ch) El *efecto sancionatorio amplio* que resultará de la agresión a bienes y derechos de la personalidad, comprendiéndose las áreas de responsabilidad civil patrimonial y extrapatrimonial;

d) El *efecto de protección o amparo* de los bienes y derechos de la personalidad, sirviendo de inspiración a este respecto lo que dispone el artículo 70 del Código Civil de Portugal, de 1967, disposición que se rotula "*Tutela general de la personalidad*".

2. Como corolario de la tutela a los derechos y bienes de la personalidad, deberá considerarse en el Código el *daño extrapatrimonial o moral*. Esta materia ha sido largamente tratada por la jurisprudencia nacional; si bien con serias fallas de técnica jurídica y, sin embargo, el Código Civil no menciona en parte alguna el daño moral o agravio moral.

3. El *principio general de la buena fe* es, indudablemente, un orden jurídico mayor que, a la vez, nutre de contenido a otros órdenes jurídicos mayores como, por ejemplo, la doctrina de los actos propios, el ejercicio abusivo de los derechos, el fraude a la ley y el enriquecimiento sin causa. No cabe la menor duda que podría ser llamado un super principio general de derecho capaz de integrar estructuralmente a otros órdenes o valores jurídicos.

El principio general de la buena fe no está considerado de modo especial y explícito en el Código Civil nuestro, en forma de poderse aplicar a cualquier materia susceptible de acogerle. A lo sumo se le considera en cerca de 50 disposiciones del Código Civil, especialmente como *buena fe-creencia*, para fijar efectos diversos que los normales por esa circunstancia de haber obrado el sujeto de buena fe. Eso sucede en la posesión y en otros muchos casos más. También se usa el principio en referencia para dar el verdadero contenido al contrato, particularmente fijando su extensión y auténtica interpretación respecto de los derechos y obligaciones que emanan del mismo. Así, el art. 1546 dispone que los *contratos deben ejecutarse de buena fe*.

Falta, sin embargo, el principio general de la buena fe, en el título preliminar, con una o más disposiciones adecuadas. Aunque no adhiero absolutamente a la redacción dada, el señalado principio ya está consagrado en el art. 2o. del Código Civil suizo de 1907, y en el Código Civil español, de 1889, art. 7-1, luego de la reforma de 1974. Podrían darse muchos ejemplos más. Se diría que hoy resulta rara la ausencia de este principio general en un Código Civil.

4. El *ejercicio abusivo de los derechos* ya viene admitido y aplicado en la jurisprudencia francesa de mediados del siglo XIX, como también, en semejante época, en otros países. En Chile ha tenido reconocimiento doctrinario y jurisprudencial; pero pálidamente, sin consistencia como para sostener una vida real y efectiva hacia el futuro, ni con aplicaciones en un volumen suficiente que permita afirmar su consagración.

Dicho orden jurídico mayor ya tiene cabida en muchos Códigos, diría que en la mayoría. Basta citar aquí el art. 226 del Código Civil alemán de 1900, el Código venezolano de 1922 en su art. 1185, inc. 2o., y el Código paraguayo de 1985, art. 372.

5. La *doctrina de los actos propios* ha tenido aplicación en sentencias españolas por lo menos a contar de mediados del siglo XIX. Su consagración en Códigos encuentra como inconveniente la posibilidad de limitar o constreñir su aplicación, restando libertad o flexibilidad al juez. Sobre todo, si consideramos que la fenomenología nos ofrece una infinidad de casos variadísimos que han dado lugar a vacilaciones. Una disposición breve que al menos afirme esta doctrina sería altamente provechosa. Se la podría situar en el Título Preliminar.

6. El *fraude a la ley* tiene aplicación tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Tributario y en el Derecho Internacional Privado. Me parece que sería útil una disposición explícita, como lo hacen los Códigos español, art. 6-4; italiano, art. 1344; alemán, art. 134, y el portugués, art. 21. Las citas podrían ser más.

7. El **enriquecimiento sin causa a expensas de otro** viene nombrándose en Chile por lo menos desde la década, del 20, a propósito de una Memoria de Prueba. En la justicia arbitral, y aun en la ordinaria, suele citarse como fundamento de alguna decisión, aunque generalmente a mayor abundamiento y como apoyando a la equidad. Sin embargo, falta la disposición legal explícita que, de no situarle en el Título Preliminar, podría tener buena acogida en el Derecho de obligaciones, a lo mejor en la teoría de la causa. Demás está reiterar que casi todos los Códigos civiles contemplan el enriquecimiento injusto. Citando algunos: el italiano, art. 2041; el suizo, art. 62; el peruano, art. 1954; el portugués, art. 473 y siguientes.

8. **Las astreintes o penas conminatorias** aseguran el cumplimiento efectivo de una sentencia judicial, y aun de resoluciones sin el nivel de sentencia definitiva que causa ejecutoria. Se produce una cierta forma menor de seguridad, en cuanto que a través de una pena diaria, mensual o, en general, periódica, se conmina al cumplimiento que, generalmente, se logra. Las aplicaciones de la institución de las astreintes tiene historia antigua; en Francia desde mediados del siglo pasado. Los Códigos también contemplan las astreintes. Por ejemplo, el Código Civil argentino a contar de la reforma de 1968, art. 666 bis; el Código Novísimo de Proceso Civil del Brasil; art. 644; la ley uruguaya No. 14978, de 1979, y otros textos que podrían citarse.

9. **La simulación** ha venido siendo tratada desde antiguo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En los textos en circulación se afirma en Chile, repetida y uniformemente,

que la simulación estaría admitida en el art. 1707 del Código Civil, siendo que dicha norma aplica fundamentalmente la noción de inoponibilidad frente a terceros de ciertas escrituras privadas. Sólo con muy buena voluntad podríamos aceptar que allí se encontraría, ciertamente escondida, la simulación del acto o negocio. Mejor dicho, allí estaría una posibilidad remota de actuación simulada. Los Códigos Civiles contemplan la institución generalmente.

En Chile circuló en español la obra clásica del italiano Ferrara, cuya primera edición en italiano es de 1900. Sirvió ella para excelentes sentencias de nuestros tribunales, sobre todo una de la década del 50. Más tarde Raúl Díez Duarte dio impulso al tema, primero abordándolo como Memoria de Prueba y más tarde en ediciones sucesivas y mejoradas. Con todo, el tema no ha logrado aún consistencia necesaria ni se maneja con habitualidad en los tribunales, quedando como en calidad de residuo. Se requiere, pues, de consagración expresa en el Código Civil.

10. **El estado de necesidad** es una materia propia del Derecho penal; concretamente participa como causal de justificación y como tal es una de las eximentes de responsabilidad criminal. En *materia Civil* el estado de necesidad reviste gran importancia, como que hay consagración en el Código Civil alemán, arts. 228 y 904; en el de Brasil, art. 160; en el Código de las obligaciones, de Suiza, art. 52; en el italiano, art. 2045; en el portugués, art. 339, y en el de Bolivia, arts. 986 y 987. No cabe duda que esta materia debería estar contemplada en nuestro Código Civil.

11. El tema de la **multipropiedad** viene tratándose en monografías y Congresos Internacionales desde hace varias décadas. En Chile tiene aplicaciones prácticas o de hecho; sin embargo, falta su consagración explícita en el Código Civil.

12. **El género del bio-derecho** reúne varios temas de gran actualidad en nuestros días, con posiciones variadas y aun antagónicas en la doctrina. Los hechos, después de todo, han sobrepasado en mucho al derecho positivo. Entre los temas que podrían citarse a este respecto y que darían eventualmente lugar a nueva legislación, merecen recordarse los siguientes: eutanasia, eugenesia, donaciones de órganos y hemodonaciones, fecundación asistida, inseminación artificial, donación y bancos de elementos genéticos, transexualidad, utilización de fetos, manipulación e investigación genética, investigación de la filiación genética, responsabilidad derivada de ingeniería genética, el aborto, protección de embriones.

A propósito de los temas recién sugeridos, no quiero siquiera dar a entender que en mi concepto todas las materias antedichas irían a desembocar fatalmente en nueva legislación; ni menos que la nueva normativa se radicaría necesariamente en el Código Civil. Por ningún motivo. Sólo trato de dar una panorámica de lo que la ciencia y la técnica modernas ofrecen al jurista para su examen crítico y para una eventual toma de decisiones en el campo de la política legislativa. En substancia, lo que se consagre en el Código Civil ha de ser solamente el principio pertinente, quedando para la ley especial o el reglamento todo lo concerniente al detalle, siempre y cuando, reitero, que la

materia correspondiente sea admitida positivamente para su incorporación legislativa.

13. Sea que denominemos al tema "**Teoría de la imprevisión**" (Francia) o "**De la excesiva onerosidad**" (Italia), u otros nombres equivalentes, el problema no puede quedar ausente en una normativa de Código nuevo. En breves artículos se abordará la cuestión, dejándose para leyes especiales la pormenorización a que hubiere lugar. La indexación o corrección monetaria, ya incorporada a nuestra legislación, no abarca todo el tema de la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad; a lo sumo es una variante o derivación circunscrita a un campo delimitado que dice relación con el dinero desvalorizado que se paga por una obligación a plazo, o bien, al revés, con motivo del pago excesivo de una deuda a plazo a causa de una indexación errónea o injusta.

14. Ya se hizo al principio una alusión a la regulación legal muy incompleta de los **contratos**, relegándose al absoluto olvido a los llamados "**innominados**" de uso diario. ¿Serán 40? Tal vez. ¿Qué razón existiría para excluirlos del Código?

Vuelvo a decir que no me he propuesto referir aquí todas y cada una de las materias que en nuestros días permanecen marginadas del Código Civil, como si no existieran o carecieran de importancia. No obstante, esas innumerables materias forman parte de las necesidades jurídicas de los ciudadanos en el diario vivir. ¿Por qué privar a esos importantes temas de la norma positiva correspondiente, contribuyéndose con su consagración legisla-

tiva a la seguridad jurídica y a la mejor vida de relación? Repito, una vez más, que aquí se ha hecho sólo un rápido esbozo de unas cuantas materias que hoy permanecen ausentes de nuestro Código. La nómina, por tanto, es larguísima y, además, de materias muy importantes. ¿No es eso terriblemente grave e inquietante?

Finalmente, el volumen de temas y materias es tan grande -a la vez que trascendente-, que *esta sola consideración hará decidimos por la redacción de un Código nuevo* con aprovechamiento de partes del vigente, en lugar de hacer agregaciones, supresiones o intercalaciones que hacen perder la unidad del Código y, además, crean nuevos problemas de confusiones y dudas. En esto ya existe una larga experiencia, tanto interna como externa, y diría que aun respecto de la reforma de 1989, que por esas razones u otras, resultó en definitiva un gran fracaso.

Regulación innecesaria, excesiva o intrincada de materias, obligando a una corrección

Aquí se volverá a insistir en la conveniencia de un nuevo texto en lugar de reformas parciales o sectorizadas.

Algunas materias están exageradamente pomenorizadas en el Código Civil, como si éste debiera encargarse de todas las hipótesis que pueden presentarse o bien se tratara de un reglamento que regula los detalles concernientes a una ley. Es justamente el estilo de los antiguos que intentaban tratarlo todo.

Hay repeticiones, o tratamientos excesivos, o bien planteamientos intrincados a lo

largo del Código en un considerable número de hipótesis. Se recordarán sólo algunas situaciones por vía de ejemplo: ocupación, accesión, posesión, guardas, limitaciones del dominio, servidumbres, asignaciones testamentarias, contratos en particular con más de 100 artículos, como el de compraventa, repitiéndose en ellos, además, las reglas ya expuestas sobre teoría general de las obligaciones.

Se precisa, en general, sintetizar, y, sobre todo, no repetir. A veces la reglamentación excesiva e inútil podría simplemente suprimirse o bien llevarse a otro estamento estatutario.

Entrando a un plano de franca política legislativa, vale la pena reflexionar sobre la necesidad de reestructurar toda la *sucesión por causa de muerte*, dándole un contenido más simple e inteligible para cualquier sujeto culto, no necesariamente del área jurídica. No quiere decir lo anterior que esté ausente la técnica jurídica, si bien ésta ha de ser moderna. Como resultado, llegaremos en definitiva a lo breve y lo simple. La fenomenología de la realidad social de nuestros días no se aviene con tanta complejidad y oscuridad.

Agréguese a este respecto algo más. El legislador nuestro de la materia sucesoria, siguiendo seguramente una tradición histórica, aplica una imaginación riquísima que abarca situaciones ciertamente irreales o de muy escasa ocurrencia práctica, imaginación que nos recuerda al ajedrecista que construye y combina jugadas al infinito. ¿Por qué en nuestros días?

También merece atención la *porción conyugal* que, de no eliminarse, ha de concebirse en términos más simples. Bien podría encauzarse a través de los mecanismos comu-

nes de la sucesión legal que ofrece soluciones variadas para elegir por el testador.

Tal vez habría que pensar en la exclusión de instituciones históricas que ya no encajan en nuestros días o bien conducen a complicaciones.

Materias que requieren mejor o más completo tratamiento

Hay instituciones que, a pesar de su importancia, están hoy pobremente tratadas en el Código Civil chileno, seguramente porque en su época no requerían mayor atención. Otras han evolucionado considerablemente y no pueden mantenerse como antaño.

El *comodato precario*, y el *precario propiamente tal*, requieren mayor detalle y claridad. Abundante jurisprudencia, de varias naciones, constituye una importante fuente para los estudios sobre esta materia.

La *aparcería*, que por necesidad fue llevada al Código del Trabajo, merece acogimiento en el Código, con las normas esenciales.

El *régimen patrimonial del matrimonio* requiere colocación en lugar más apropiado, reunión de sus disposiciones en un solo sitio y no en varios, y una resistemización que se hace indispensable después de tantas reformas "de parche" que ha sufrido; esto es, sin contar las variaciones de fondo a que pudiera someterse esta materia llamada siempre efervescente. Además, ¿por qué ese afán de inspirarse en textos extranjeros a despecho de la realidad de nuestro medio? Por qué olvidar el ángulo de la fenomenología rica en experiencias de gran mérito? Sobre esto último he publicado.

La *responsabilidad civil* (o Derecho de daños o Derecho de la víctima) ha sufrido cambios estructurales profundos, con un catálogo de materias antes desconocido. Se podría añadir que con fuerte acento en los años que empiezan en la década del 60, y aun con mayor intensidad en los últimos cinco años. ¿Por qué ignorar esos adelantos y seguir frustrando a la víctima que clama respuestas adecuadas de una sociedad aún indiferente?

Sobre *hermenéutica legal*, baste decir ahora que nuestro sistema ideado por Bello -hoy superado por completo- requiere una nueva formulación. Sobre la materia me remito a mi trabajo "Interpretación y Juez", 1976.

El *Derecho Inmobiliario Registral* deberá concebirse de manera muy diferente, adoptándose alguno de los sistemas suficientemente probados tanto en las legislaciones extranjeras como en la praxis; en particular respetándose a este respecto los principios registrales vigentes, que alcanzan aproximadamente a diez. De ellos nuestra legislación sólo admite veladamente uno o dos, otros se descubren con esfuerzo y el resto sencillamente se ignora. Lamentablemente, nuestro sistema legal desconoce y contradice el principio fundamental de la seguridad, falla grave que debe atribuirse a quienes concibieron nuestro sistema a mediados del siglo pasado, por supuesto que tan originalísimo como desacertado. Deben mencionarse, además, dos graves defectos: discurrir en torno a la posesión inscrita que confiere febles derechos, y concebir la inscripción como un folio real que considera por sobre todo el bien raíz, su individualidad y sus mutaciones, logrando en todo ello la certeza. Nuestro sistema actual es ciertamente

retrógrado y vergonzoso. ¿Por qué hemos de mantenerlo? De cambiarlo, ¿ofenderíamos la memoria de Bello? ¡Qué ridiculez!

En materia de *derechos reales* ha de revisarse la teoría nuestra de su consagración legislativa bajo la fórmula "numerus clausus". Se acepte o no en definitiva la tesis del "numerus apertus", el caso es que deberán agregarse nuevas formas de derechos reales más allá de los actualmente consagrados por la ley. Tal vez los indiscutidos serían al respecto el derecho real de superficie y el derecho real de enfiteusis.

La división de las cosas en muebles e inmuebles no es hoy decisoria como antes, ni sólo los inmuebles han de merecer la mayor atención y protección. Los bienes muebles deberán abandonar su posición de segundo orden dada la importancia que han adquirido. Obsérvese simplemente que la fortuna mobiliaria es inmensamente superior a la inmobiliaria. Hasta los muebles están representados por títulos-valores en un sistema asociativo. Los muebles, además, han de tener acceso al Registro, como es habitual en las modernas legislaciones y así también se ha declarado en los Congresos Internacionales de Derecho Registral, como en el III celebrado en Puerto Rico en 1977.

Las clases o categorías de obligaciones son muchas más que las consagradas en los Códigos decimonónicos y ellas han de introducirse en esos cuerpos legales que aún las desconocen.

Lo anterior se expone sólo por vía de ejemplo, pues los casos son numerosos. El presente trabajo, en general, no tiene otro objeto, se reitera, que el de dar una visión simple y de

conjunto, como una nueva muestra breve de lo mucho por agregar o mejorar.

La conveniencia preferente de redactar un nuevo Código

Ya en mi trabajo de 1965, "Reforma de nuestro Código Civil bajo la inspiración de Andrés Bello", citado en un comienzo, propiciaba la redacción de un nuevo Código aprovechando lo bueno que tiene el vigente y que conserva su mérito hasta hoy. La palabra "reforma" que se emplea en aquella rotulación ha de entenderse en el sentido amplio recién indicado; por lo demás, está claramente confirmado por el texto expreso de dicho trabajo. Seguramente la época precisa de culminación del tradicional endiosamiento del Código y de su autor, aconsejó el término más soportable de "reforma".

Las razones fluyen directamente del cambio necesario cualitativa y cuantitativamente importante, según se desprende incontestablemente de este ligero diseño de lo que se proyectaría.

Además, la experiencia que nos ofrecen no menos de diez Códigos civiles de los últimos años aconsejan hacerlo redactando un Código nuevo. Como los autores o coautores de esos cuerpos legales aún viven, hemos podido saber de ellos, de un modo u otro que, ante cambios de considerable volumen y profundos, más fácil resulta redactar de nuevo que corregir, complementar, suprimir, intercalar, en una palabra, "parchar". Se los he escuchado a ellos mismos unánimemente.

El método erróneo de las reformas parciales, suprimiendo, agregando o intercalando lo

vemos patente en el Código Civil francés de 1804. Habiéndose elaborado frustradamente un proyecto completo de Código nuevo no hace mucho tiempo -el proyecto se inició en 1945-, primó, sin embargo, el método de sumar reformas parciales, que hasta hoy superan las mil, juntándose a veces hasta dos en un mismo mes y año. El Código Civil español de 1889, no contando con tan crecido número de reformas parciales, las ha tenido de tiempo en tiempo, muchas de ellas valiosas y de mérito. Con todo, al igual que en el caso del Código Civil francés, no se ha llegado al Código nuevo que la época requiere urgentemente.

Soy muy insistente en las consecuencias funestas que acarrear las reformas parciales o "de parche", según reiterada experiencia interna o externa fácil de comprobar; en nuestro país, recién con motivo de la reforma al Código por Ley No. 18.802 de 9 de junio de 1989, que, como ya dije, resultó en definitiva un fracaso.

Es muy difícil -por no decir imposible lograr realmente el fin que se propuso el reformista de partes. Simultáneamente, se llega por desgracia al resultado de un desajuste en el todo, creándose de este modo dudas y desinteligencias antes inexistentes.

Por último, muchas de las dificultades que debieron superar codificadores de antaño son hoy insuperables por la mayor información disponible, la existencia de muchos Códigos nuevos que sirven de excelente inspiración y, muy importante, las técnicas que facilitan y agilizan el trabajo de un nuevo Código, pudiendo citarse a este respecto la computación y las telecomunicaciones, técnicas que en Chile ya poseemos.

Ideas o criterios de Bello que han de aprovecharse en el evento de una reforma profunda del Código Civil chileno

a) Su sentido universal del Derecho, propio del más refinado de los comparatistas, servirá para formular disposiciones de contenido verdaderamente científico; como también para fijar el parámetro de condiciones intelectuales y de preparación de cuantos integren la correspondiente Comisión.

b) Su atención prevalente al medio nacional, que estudió y conoció como nadie, servirá de guía para no caer en vulgares copias de Códigos extranjeros, o en trasplantes crudos de instituciones. Bello, justamente, captó integralmente un crecido acervo de fuentes y luego dio la versión que le pareció adecuada al medio nacional. Con todo, ni el medio nacional es el de la época de Bello ni las fuentes son las mismas de que dispuso el Maestro.

c) Su innegable americanismo, acreditado en muchas facetas de su vida, como civilista y, sobre todo, como internacionalista y como director técnico de las relaciones internacionales de Chile, sirve para señalarnos la ruta de un proyecto de Código Civil para todos los países hispanoamericanos.

ch) Su posición acentuadamente de reforma, tanto frente a la masa legislativa vigente, como a las leyes particulares. A pesar de que se le tildó de conservador -aunque tal vez desde otro ángulo-, lo cierto es que propició y presionó la dictación de un Código Civil, como así mismo tuvo firmeza para imponer lo nuevo con discreción y prudencia. Además, siempre vivió en posición de cambios. Esa postura de

reforma, a la manera de Bello, es la que justamente debemos adoptar.

d) La independencia de criterio de Bello, que se puso por encima de partidismos y bandos políticos, y aun religiosos, como que sirvió a todos sin que se trasluciera necesariamente su personalidad íntima. Ello nos indicará que la reforma debe ser abordada en lo técnico por juristas, que recibieran la orientación general del medio político, sin obrar propiamente como políticos. Así se hizo incluso el Código Civil francés de 1804, por juristas, aun estando tan cerca la revolución.

e) Su espíritu moderador, acreditado en muchas facetas de su vida y de su obra, ha de servir para redactarse un Código que, captando los avances de la ciencia jurídica y la evolución social, sea a la vez discreto, macizo, sereno, ajeno a estridencias o demagogia. Además, aprovechándose lo bueno de lo vigente.

f) El lenguaje de Bello, en el Código, deberá servirnos para aprovecharle, sea reproduciendo literalmente las disposiciones que necesariamente deberán conservarse, sea para señalarnos el estilo que es propio de un Código y que deberá reflejarse en las disposiciones nuevas.

g) También hemos de hacernos a la idea del tiempo necesario para tan magna obra. Mirando a Bello pensemos en 20 años. ¿Podrá reducirse esa cifra en nuestros días? Tal vez, pero dependerá de las varias circunstancias en juego.

NOTAS

(1) A los reacios a toda reforma parece dirigirles Recasens Siches las crudas y ácidas palabras que siguen: "El carácter estático que

el Derecho posee por normas jurídicas, en tanto que vigentes, tienden a conservar el orden existente. De aquí que se haya hablado por muchos autores del sentido conservador de la profesión jurídica. Las gentes que disfrutan de una posición privilegiada intentan conservarla, y se convierten en sostenedores del orden existente mediante la defensa de los hechos que les confiere el sistema en vigor. Presentan como necesaria la situación presente de la sociedad, y presentan como peligrosa toda reforma. Predican resignación a los desheredados. Tratan de socorrer a los infortunados, poniendo en práctica un paternalismo protector que no excluye sentimientos de caridad, pero que contiene también el miedo a la exasperación provocada por la miseria". Tratado General de la Sociología. p. 607, 3a. ed. Porrúa, México. 1960.

(2) Es curioso observar que, incluso en los últimos decenios, cuando más se ha desarrollado la investigación científica organizada y a la vez el Derecho comparado, comprendido en todo esto el campo jurídico, cuando se han costado equipos de investigadores profesionales de dedicación media o completa, no hemos vuelto a encontrar en América un investigador científico y un comparatista de la talla de Bello o que se le parezca siquiera. Esto me hace pensar en que a lo mejor pudiera tener base, cierta reflexión del profesor uruguayo Jorge Peirano Facio y que aparece como chocante o violenta en un principio: "no se debe pagar para investigar, debe pagarse a los que investigan. La investigación no es una función que nace por pago o creación del cargo; es una vocación y supone un talento especial".

(3) Felipe Clemente de Diego, citando a Castán en "Técnica Legislativa codificatoria". revista de Derecho Privado, núm. 246, p. 65, Madrid, 1934.

(4) Tratado General de Sociología, p. 613, 3º ed, Porrúa, México, 1960.

(5) En el informe emitido por el Presidente de la República, don Plutarco Elías Calles, con la misma fecha de promulgación del Código, se dice: "Nuestro Código Civil (se refiere al de 1884), producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas, elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influidas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad. Para transformar un Código Civil en que predominan el criterio individualista en un Código privado social, es preciso reformarlo sustancialmente, derogando todo cuanto favorece el interés particular con perjuicio de la colectividad o introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad". Revista El Foro, órgano de La Barra mexicana, t. IX. pp. 299 y siguientes, México, 1928.

(6) I, De las personas físicas y de la familia. II, De las sucesiones y de las liberalidades. III, De los bienes, de los derechos reales y de los intelectuales. IV, De los actos y hechos jurídicos. V, De las obligaciones. VI, De ciertos contratos. VII, De las personas morales.

(7) "Sistema del Código del pueblo alemán". Revista de Derecho Privado, número 312, p. 125, Madrid, 1943.

(8) El número de libros se explica por la consideración de un libro para el "ordenamiento de la propiedad", y la inclusión de otros para "El trabajo", "La empresa" y "Las asociaciones". El destinado a la persona se denomina "El miembro del pueblo". Como ejemplo de Código de muchos libros se puede citar, en nuestros días, el Código Civil del Perú, de 1984. Se compone de diez libros, más un Título Preliminar y otro Final.

(9) "Orientaciones modernas del Derecho Civil, Revista general de legislación y jurisprudencia", t. XLIX, núm. 4, p. 413, Madrid, 1964.

(10) Propiciado por George Ripert: *Le Régime démocratique et le Droit Civil moderne*, p. 404, París, 1948.

(11) Volviendo sobre el tema, en "El nuevo Derecho Civil de la Rusia Soviética". Revista general de legislación y jurisprudencia, t. XLV, núm. 5, p. 587, Madrid, 1962.

(12) Franz Wieacker: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, traducción, p. 292, Aguilar, Madrid, 1957.

(13) Franz Wieacker, misma cita anterior, p. 294.

(14) Código Civil, I, p. XIX. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. En la misma obra y tomo véase la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

(15) Este movimiento unificador acusa las siguientes experiencias, entre otras: Italia con su nuevo Código Civil de 1942; Suiza, con la incorporación, en 1911 al Código Civil, como Libro V, del que había sido el Código de las Obligaciones; Rusia, con su Código Civil de 1964; República Popular China, cuyo Código Civil nuevo entró en vigencia en 1987; Para-

guay, que tiene un Código Civil unificado desde 1985. Merecen citarse, especialmente, los proyectos de unificación del Derecho Privado existentes en Colombia y en Argentina; este último, aprobado por la Cámara de Diputados en julio de 1987. ■

De la creación del Derecho

JOSE PEÑA RUIZ

El derecho es una creación humana que aparece cuando la vida social ha alcanzado determinados niveles de desarrollo.

El derecho se expresa a través de un sistema de normas de conducta que tienen como fin principal reglar la vida de los hombres al interior de su comunidad, de tal suerte que el derecho viene a constituir un instrumento que sirve para la satisfacción de múltiples necesidades humanas.

Los hombres permanentemente y sin descanso dedican sus esfuerzos a satisfacer elementales necesidades de supervivencia, en otras palabras, el hombre como ser vivo que es, con la cooperación de todos los miembros de su comunidad actúa sobre la naturaleza buscando recursos que posibiliten su vida. Por eso, con fundamento, Samuel Fuentes dice que: "El hombre es antes que nada, necesidad nutricia incesante"

En este diario bregar, el ser humano, con su trabajo creador obliga a la naturaleza a rendir frutos de toda índole. Vale eso sí insistir que este proceso de producción no es aislado, el enfrentamiento con la naturaleza es una actitud humana colectiva.

El trabajo exige un orden que precisamente se lo alcanza por medio de la normatividad social. La necesidad económica vital se transforma en una urgencia de regulación jurídica y política. La producción de bienes requiere que se establezcan normas jurídicas, que se creen instituciones administrativas y organismos judiciales.

La normatividad no puede ser creada al arbitrio de cualquier persona, sino que forzosamente debe responder a las exigencias históricas del proceso productivo, porque: "el derecho es un proceso generado en el seno mismo de la vida social, vinculado estrechamente a ella, determinado por ella. Es la sociedad surgida de los procesos económicos la que, según sus necesidades, crea el Estado y la Ley". (1).

Se vuelve entonces necesario reflexionar acerca de la creación del derecho, puesto que este estudio nos proporciona muchos elementos explicativos de la esencia del fenómeno jurídico.

El Derecho Consuetudinario:

El Derecho Consuetudinario ya existió antes de que se escriba el derecho en la antigua Mesopotamia, (2500 antes de nuestra era).

Normas de Derecho Consuetudinario son, para dar un ejemplo, todas aquellas que regían la vida del pueblo hebreo antes de que Moisés

escriba los Diez Mandamientos. En este documento se reconoce como un hecho dado, una variedad de instituciones jurídicas cuyo origen se pierde en el tiempo y a las que el Decálogo respeta, tal el caso de la circuncisión, de la venganza de la sangre, de las ciudades de refugio, del levirato, de la compra de la novia, entre otras relaciones socialmente aceptadas, instituciones que existían antes de la Thora, (1300 de la Era Antigua).

En Roma, previa la formulación de las Doce Tablas, los patricios defendían un sistema procesal que estaba rodeado de fórmulas secretas y misteriosas asequibles únicamente a un grupo reducido de personas que tenían a su cargo la función de la administración de justicia. Esto condujo al histórico enfrentamiento con los plebeyos; estos últimos trataron a través de la expedición de las Doce Tablas de arrebatar a aquellos el monopolio de la capacidad de legislar y juzgar (450 a.n.e.)

En el Incario también existió Derecho Consuetudinario. El sirvinacuy o tincunacupa constituye una peculiar forma de matrimonio resolutorio. Nació en base a un acuerdo entre el novio y el padre de la novia. Este último recibía de aquel valiosos presentes o trabajo, previo al matrimonio, con la condición de que todos esos valores serían restituidos, incluyendo la novia y la prole si el matrimonio no resultaba duradero.

Una fuerza inusitada, respaldada por la tradición hizo que entre los incas se respetaran con gran efectividad principios básicos de conducta. El ama shuaj significaba no robar, pero también implicaba la obligación de respetar el agua de riego de los ayllus vecinos y el producto del trabajo ajeno. El ama llulla mandaba a las

gentes a ser diligentes, a no holgazanear, exigía a todos colaborar con la producción social. El ama killa expresaba el deber de fraternidad, de lealtad, de pulcritud, de respeto mutuo y textualmente significaba no mentir. (2)

Todos los pueblos en su primera infancia optan por dar respaldo público a ciertas costumbres, especialmente a aquellas que no afectan los privilegios de los grupos que están gobernando. Entonces milenarias costumbres como aquella de trabajar colectivamente, de conservar el fuego, y otras dejan de ser tales y se transforman en normas de Derecho Consuetudinario, en reglas de conducta que ya no se acatan por conveniencia colectiva sino por la amenaza de una sanción.

El cambio esencial de la costumbre en ley radica en el hecho de que los objetivos de toda costumbre responden a los intereses colectivos, pues la costumbre es una respuesta social a determinadas necesidades del grupo social, mientras que la ley ha trastocado ese objetivo y busca junto a un aparente motivo social el resguardo de privilegios.

Dentro de este mismo proceso de consolidación del Derecho Consuetudinario se plasma otro de igual o mayor trascendencia para comprender la esencia del fenómeno jurídico. Ocurre que muchas costumbres primitivas no alcanzaron la categoría de norma jurídica por que no se compadecían sus efectos sociales con los intereses del grupo gobernante. Revisemos unos pocos casos. La costumbre de considerar a todos los miembros del grupo como iguales por descender de un tronco común, por ser parientes, desaparece y no llega a plasmar en regla jurídica, más bien es sustituida por insostenibles teorías. "Políticos

sagaces habían puesto en circulación la superchería de la descendencia solar de los incas"(3), o el origen divino de los bramanes y de los faraones.

De lo dicho se colige que el estado sanciona las costumbres que sirven para el sostenimiento de ciertos privilegios. Este derecho primitivo se diferencia de la costumbre por que sus normas tienen el respaldo de la fuerza pública, por consiguiente nacen con el auspicio del estado a través de las decisiones de quienes administran justicia o simplemente por los actos de algún organismo estatal. El Derecho Consuetudinario reconoce relaciones sociales establecidas en épocas remotas, pero que con ciertas variaciones, sirven para mantener determinadas estructuras.

Durante el prolongado período del esclavismo y en el feudalismo, hasta la aparición de la monarquía absolutista, podríamos asegurar que la forma del Derecho Consuetudinario imperó como sistema preponderante y casi único. El Derecho Consuetudinario medioeval se basó en la institucionalidad creada por el Derecho Romano y mantenida por la Iglesia Católica, sin embargo la variedad de los sistemas legales posteriores obedece a que en cada región el señor feudal hacía valer tal o cual costumbre, cuando esta resultaba ser favorable a sus intereses.

La costumbre ocupa en nuestros modernos sistemas jurídicos un lugar secundario como fuente generadora de relaciones jurídicas, puesto que el Derecho Consuetudinario no tiene la capacidad suficiente para responder con la celeridad adecuada las necesidades que genera a diario la vida social.

La costumbre ha perdido un gran terreno como fuente generadora del derecho por el imperio del principio de legalidad, reconocido en todas las constituciones modernas. Este principio no permite que la costumbre actúe en el área del Derecho Público. Sin embargo, es relativa todavía la importancia de la costumbre en el Derecho Internacional Público y muy grande su vigencia en el área del Derecho Mercantil. Las costumbres mercantiles sobreviven en contra de lo que dispone la norma jurídica, tal el caso, la utilización diaria de medidas ajenas al sistema métrico decimal que están desechadas por imperativo legal.

El precedente judicial

Este método tiene su más antiguo origen en Roma. Una de las fuentes formales del Derecho Romano fue el precedente judicial que se materializó en las disposiciones que expedían altos funcionarios encargados de la administración de justicia, nos referimos a los pretores, cónsules y ediles que tenían potestad para proponer proyectos de ley al Senado y de hecho dictaban normas de procedimiento para la administración de justicia.

El Precedente Judicial concede fuerza de ley a una decisión de un organismo del estado respecto de un asunto concreto. La resolución se adopta como modelo para la solución de otros asuntos análogos en el futuro.

Este sistema estaba muy extendido en algunos estados antiguos y hoy ocupa un lugar preponderante en el Derecho Anglo Norteamericano, en el campo civil sobre todo. En Inglaterra las normas constitucionales se basan exclusivamente en precedentes.

El Common Law, que es el Derecho Común de los ingleses, aparece en el siglo X. (4) Inicialmente Guillermo el Conquistador encontró en Inglaterra una variedad de normas jurídicas. En cada región existía un sistema de derecho consuetudinario que sabiamente fue respetado por la Corona y después se inicia un proceso de homogenización gracias a la labor de la Curia Regis, un organismo asesor del monarca que a través de sus fallos establece criterios jurídicos uniformes.

La Curia Regis recibió notable influencia canónica y romana en su origen, pero más tarde su desarrollo se volvió autónomo.

Otro fenómeno que hizo factible el desarrollo y perdurabilidad de este método es la circunstancia de que los abogados en Inglaterra no se formaban en las universidades sino en los tribunales y su fuente de información eran los Inns of Court.

El Derecho Común pasó de Inglaterra a los Estados Unidos cuando los puritanos huyendo del despotismo monárquico llegan a las Colonias en donde, por voluntad propia, adoptan como norma de vida el Common Law.

Las fuentes materiales para los jueces norteamericanos eran entonces los Year Books y los Abridgments (recopilaciones) y más tarde el libro de Eduard Coke "Institutes of the Laws of England". Los cuatro volúmenes de esta magistral obra contenían toda la legislación inglesa, de tal suerte que su conocimiento relevaba de la necesidad de recurrir a las fuentes directas.

La fuente más rica y característica del Common Law es entonces la Jurisprudencia, esto es la interpretación diaria de la ley a través

de las sentencias, tarea cumplida por los jueces y los tribunales.

"Los principales legisladores en este sistema son los jueces, porque son el depositario final de la autoridad cuando interpretan contratos, derechos, libertades... El sistema jurídico en Inglaterra no se ha desarrollado por los caminos de la lógica, sino por las vías de la experiencia." (C. Gaviola).

El Precedente Judicial es opuesto al principio de legalidad porque faculta al juez y a los tribunales a crear el derecho a través de sus resoluciones, por ello con toda razón decía un magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos: "He crecido hasta cerciorarme de que el procedimiento, en sus más altos pináculos, no es descubrimiento, sino creación". (B. Cardoso. La Naturaleza del Proceso Judicial. U. Yale 1921).

En el sistema norteamericano el Poder Judicial tiene facultades muy amplias, entre otras la de interpretar la Constitución y las leyes y aún la de controlar a los poderes Legislativo y Ejecutivo.

En el sistema del Precedente Judicial se aplica el método de la inducción, puesto que para llegar a la resolución el juez o tribunal previamente tienen que referirse a muchos asuntos particulares y al final concluyen con un principio general que es la sentencia. Lo contrario ocurre en el sistema del Acto Normativo que rige entre nosotros, en el que el juez parte de un principio general que sería la norma, ésta se confronta con el asunto concreto que se juzga y termina con la sentencia que vendría a ser la conclusión. Como se aprecia, la aplicación de la norma en nuestros tribunales sigue los pasos de un silogismo perfecto.

En el Código Tributario expedido en nuestro país, en diciembre de 1975, se crea entre otras instituciones nuevas, una que contiene la facultad excepcional atribuida al Tribunal Fiscal mediante la cual a través de sus fallos, este tribunal, sienta precedente de aplicación. Esto está reglado en el artículo 293 del mentado cuerpo legal. Esta institución prácticamente va a desaparecer con las últimas reformas constitucionales que afectan el sistema de administración de justicia, puesto que el Tribunal Fiscal ha sido sustituido por Tribunales Distritales que tendrán normas diversas a las que deberán atenderse en el campo procesal y que aún no se han dictado.

La Ley Orgánica de la Función Judicial siguiendo las pautas constitucionales faculta a la Corte Suprema interpretar la ley cuando dos o más de sus salas han emitido fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho. La decisión de la Corte deberá publicarse en el Registro Oficial y tendrá fuerza generalmente obligatoria hasta que una nueva ley disponga lo contrario.

Mientras en el sistema anglo norteamericano la Corte Suprema tiene capacidad para vetar las leyes expedidas por el Congreso declarándolas inconstitucionales, en nuestro sistema la participación del poder judicial en la creación de la norma es casi nulo.

En la Edad Media los tratados celebrados entre los señores feudales además de precisar ciertos derechos y obligaciones reconocidas por las partes, contenían reglas de conducta de carácter general y permanente. En nuestros días los tratados son una fuente importante para el desarrollo y fortalecimiento del Derecho Internacional.

También en el Medievo por la preponderancia política y económica de la Iglesia se dió a muchos de sus actos fuerza jurídica. El remoto origen del Derecho Canónico precisamente se lo puede encontrar en esta etapa histórica. Muchas instituciones del Derecho de Familia, los métodos de interpretación de la Ley, por ejemplo, están ya reguladas en el Derecho Canónico aún antes de que se codifiquen los sistemas jurídicos liberales.

En forma similar los estatutos, las cartas y los compromisos que se utilizaban en la actividad mercantil, dieron forma a varias instituciones que hoy superviven en el ámbito de las leyes comerciales.

El Acto Normativo:

El Acto Normativo es un sistema de creación del derecho que se ha generalizado. Su aceptación obedece a dos factores principalmente: proporciona a quienes administran justicia y a todos los miembros de la sociedad seguridad máxima, al expresar con absoluta precisión la voluntad estatal. Se entiende también que el sistema jurídico adquiere por este medio un alto grado de coordinación.

En segundo lugar posibilita una respuesta legislativa inmediata a las nuevas exigencias sociales.

Se ha definido al Acto Normativo como un documento oficial que contiene prescripciones jurídicas dirigidas a un círculo de personas no prefijado y destinadas a un empleo reiterado. El estado es entonces quien debe dictar estos preceptos de carácter general que no podrán referirse a circunstancias particulares ni estar destinadas a proteger intereses de

determinadas personas, todo esto naturalmente en el campo estrictamente teórico.

El acto normativo antepone como premisa ineludible la vigencia del principio de legalidad que significa que todos, inclusive los personeros del Poder Estatal, los gobernantes y también los gobernados estamos sometidos incondicionalmente a la voluntad del legislador expresada en las leyes (Constitución de la República artículos 39 y 137).

En el sistema del Acto Normativo la ley ocupa un lugar primordial como fuente de creación del derecho, en tanto que la jurisprudencia y la costumbre van perdiendo cada vez más esta calidad, pues solo por excepción el derecho emana de la jurisprudencia o de la costumbre.

El acto normativo se materializa en leyes y en otros preceptos de menor jerarquía.

Nace el Acto Normativo con la Revolución Francesa como una reacción contra el absolutismo monárquico y el arbitrio judicial. Si bien los antecedentes doctrinarios de la división del Poder Estatal en tres funciones aparece en las obras de John Locke en el siglo XVII, el sistema se consolida en Francia y parte del principio de que solo el Poder puede controlar al Poder y por ello las tareas de crear el derecho y de aplicarlo no corresponden en el Estado Liberal a un solo organismo.

La Ley siempre será dictada por el órgano estatal que ostente los atributos máximos de poder y su reforma es también facultad privativa de ese mismo organismo. Para proceder a derogar una ley o reformarla este poder máximo del estado se somete a formalidades preestablecidas, todo lo cual crea un ambiente de seguridad sin privarlo de versatilidad.

Todos los actos normativos de menor jerarquía a la ley deberán supeditarse a ésta para tener validez (Art. 137 de la Constitución). La ley establece principios generales de comportamiento, los demás actos normativos: decretos, reglamentos, estatutos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones tendrán como finalidad posibilitar el cumplimiento de la ley, hacer factible su aplicación pero sin llegar jamás a alterar sus preceptos.

En los países que han adoptado este sistema, el poder se ha distribuido entregando parte de las máximas facultades a las diferentes funciones del estado. Así, la función de legislar y fiscalizar se ha entregado al Congreso, Parlamento, Cámara Legislativa o como se llame este primer poder del estado.

La aplicación de la norma jurídica a la solución de casos particulares corresponde a la función judicial que se integra de tribunales y órganos de administración de justicia unipersonales de diferentes jerarquías y especializaciones.

Finalmente las políticas generales del gobierno, ésto es, la aplicación de la norma jurídica en forma general, el manejo de las finanzas y del sistema monetario, las políticas de salud y de educación, la vialidad y la vivienda, el manejo de las industrias estratégicas entre otras, están a cargo de un poder ejecutivo, que por lo general ostenta las facultades de llevar también la representación del Estado.

No se advierte en el panorama jurídico, ni en lo teórico ni en la práctica una nueva forma

de hacer el derecho, pero el desarrollo de la sociedad, que sigue caminos cada día más sorprendentes bien puede generar un nuevo método de crear normas jurídicas.

Bibliografía

(1) Samuel Fuentes Paredes.- Notas para una concepción materialista del Derecho.- Editorial Universitaria. Concepción, Chile, 1960.

(2) Apuntes de clase correspondientes a la Cátedra de Quichua, dictadas en la Universidad de Cuenca a cargo del doctor Carlos Ramírez S. (1973).

(3) Mentor Mera Oviedo.- El Proceso Sociológico del Ecuador.- Casa de la Cultura Ecuatoriana, Núcleo de Pichincha, Quito, 1987.


(4) Carlos A. Gaviola.- El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos.- EDISAR, Buenos Aires, 1976.

Obras Consultadas:

O. Zhidkov y otros.- Fundamentos de la Teoría Socialista del Estado y del Derecho.- Editorial Progreso. Moscú, 1980.

N. Alexandrov y otros.- Teoría del Estado y del Derecho.- Grijalvo, México D.F. 1966.

J. Momdzhán.- Estapas de la Historia.- Editorial Progreso, Moscú, 1980.

Varios Autores (Tres tomos).- El Derecho de los Estados Unidos.- Universidad de Miami, Florida, 1963. 

Sugerencias para el descongestionamiento de los centros de rehabilitación social del Ecuador

ARTURO JAVIER DONOSO C.

Un tema así supone una reflexión sobre aspectos reales y no numéricos, dada la magnitud del problema que enfrentamos. A propósito me viene a la memoria el relato que hace, conmovido, Charles Colson, creador de la Confraternidad Carcelaria Internacional, cuando dice que en Stillwater, Estados Unidos, descubrió que en el llamado aislamiento, el odiado agujero, el calabozo, la mazmorra, que es la prisión dentro de la prisión, se encerraba a la gente por hasta 7 o 12 meses seguidos, y si cometían allí una falta, se volvía a contar de nuevo el tiempo, aunque fuera en el último instante de cumplir el castigo, de modo que terminaban volviéndose locos, por el aislamiento solitario estricto imperante allí en nombre de la llamada "justicia penal" (Cadena Perpetua, Caribe, México 1982, pp. 350). Es necesario preguntarse sobre la innecesaria crueldad aplicada a muchos prisioneros en celdas subterráneas y carentes de los más elementales servi-

cios, porque estos procedimientos sólo revelan la actitud primitiva de los hombres y su deseo de venganza, independientemente de la infracción o del hecho antisocial que haya cometido el prisionero; en este sentido son aplicables los conceptos del Derecho Internacional Humanitario, que considera a los prisioneros como ex combatientes, seres humanos que ya no pueden defenderse, aunque hayan hecho cualquier acción anterior a su reducción al estado de prisión. O que decir de las experiencias sufridas por todo prisionero, que cuando no es él la víctima, escucha en la noche los alaridos de dolor e impotencia de los violados en las celdas comunes, sobre todo si son muchachos jóvenes. Y en todos los Estados del mundo, incluido el nuestro, se suscriben los tratados, los acuerdos, las resoluciones, las declaraciones, los manifiestos, los documentos de sesuda factura, que prohíben la tortura y el maltrato, y hasta sancionan esos hechos como delitos, al menos en tono formal aunque jamás nada de eso apliquen. La propia prisión, sin más, así, pura y simplemente, ya es una tortura que sólo el ingenio humano pudo engendrar en nombre de la justicia penal y del derecho. Y, me pregunto, ¿qué Estado del mundo puede decir que tiene sólo el número de prisioneros que pueda mantener en condiciones al menos elementales de vida?

Historia de las orientaciones de la prisión

En los tiempos inmemoriales, la prisión fue simplemente una bodega de espectros humanos encerrados y olvidados: mazmorras, calabozos y centinas de castillos y barcos para

galeotes, fueron eso: bodegas humanas. Luego gentes misericordiosas, por decirlo así, idearon el "trabajo reeducador", que era forzado, para que los prisioneros hicieran algo útil. Pero por lo general hacían cosas inútiles, como trasladar piedras de un rincón a otro del patio, como sucedía en el Penal García Moreno, reglamentado a principio de siglo. Más tarde se habló del tratamiento penitenciario y la resocialización y la rehabilitación, que en el discurso se sigue mencionando pero sin contenidos valederos. Hoy, hemos vuelto, por diversos caminos a la idea de la bodega inicial, como se constata en todas partes. Gente a la que se detiene, se encierra, se la olvida y se sigue embutiendo más carne humana, para que la sociedad, los "buenos" ciudadanos duerman tranquilos, se eleven las penas, hasta la perpetua, para no tener que afrontar sin hipocresías la finalidad simplemente supresionista a la que el mundo penal ha vuelto desde los ochentas, para no aplicar lo que muchos quisieran y lo hacen en cuotas de años, la pena de muerte, que, es preferible a ella, pero, obviamente, hasta tanto, hay que buscar soluciones a los problemas de la prisión como tal, y a su hacinamiento, que no tolera ya dilaciones. Los síntomas respecto a una situación que ya no admite diferimientos, se traducen en motines, actos de violencia de internos contra guardianes y viceversa, y en algo que jurídicamente no es justificable desde ningún punto de vista: justicia lerda o inacabable, pues no llega a decisiones oportunas; o lo que es peor, la comisión de delitos contra los internos, que el propio sistema tolera, no impide y aún alienta: desapariciones, violaciones, muerte en las cárceles, robos, tráfico sexual de visitas y homo-

sexuales, etc. es decir una cadena de hechos ilegales, más graves que aquellos por los cuales el discurso intenta justificar la existencia y acción de los aparatos penales estatales o privados, por la moda de las privatizaciones que ya llega también a las cárceles.

Se ha hablado muchas veces de la absurda idea del tratamiento penitenciario: si se habla de los procesos históricos en que el sistema penal, obligó a los disidentes a someterse a procesos clínicos, quirúrgicos y psiquiátricos, para alterar comportamientos, de acuerdo con la crítica, pero si se trata de atención necesaria a seres humanos producto de la miseria espiritual y física, siempre habrá que dar tratamiento médico psicológico y social a todo interno, porque por naturaleza es un ser abrumado por su propio error y la falta de caminos o senderos que no encuentra para entender su vida.

Necesidad de una clasificación

Al margen de las normas legales, una prisión y el sistema penitenciario en general, exigen de una clasificación, triple, en los sentidos siguientes:

1. *Procesados y sentenciados*: No es posible garantizar ni el sistema de seguridad ni el funcionamiento de una prisión, si no se hace una clasificación de aquellas que cumplen sentencias de los que aún no la tienen. Para ello, es necesario hacer todo el esfuerzo que precise para obtener el mayor número posible de sentenciados. Hay que considerar además que el procedimiento penal exige un máximo de 60 días para la prisión preventiva; pasado este término ~~penitenciario~~, la prisión es ilegal y se

constituye en un delito de privación ilegal de la libertad; en consecuencia, procede el aplicar los recursos de amparo que se necesiten y sacar a todos los que han cumplido este término improrrogable. Una vez que se cuente con los sentenciados, el número de internos será manejable, en relación a la infraestructura carcelaria (33 centros) con que se cuenta actualmente. De las estadísticas de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social (DNRS), se puede encontrar que entre el año 1981 en que la tasa de crecimientos de la población penitenciaria, pasó de 0,50% al 16,28 para decrecer al 1,41% en el 82; en 1982 es del 2%, y se dispara en 1983 al 26,05%, la tasa más alta de todo el proceso histórico penitenciario, pues luego se da un proceso decreciente, hasta el 90 en que pasa a ser del 10,04%, lo cual obedece obviamente, a los procesos de deterioro económico nacional en cada período. Pero, además, de las mismas fuentes, la DNRS, encontramos que entre los delitos contra las personas, 21,59% y la propiedad, 27,69%, forman el 49,28% de los delitos por los que se alimenta la población penal, hoy sólo superada por el narcotráfico 39,1% con una causa común: La situación económica grave, con orígenes de frustración y agresividad consecuentes. Así mismo, se puede ver que los delitos sexuales, en la serie histórica desde 1987, alcanzaron en ese año el 7%, pero en promedio se han mantenido alrededor del cinco por ciento y los delitos contra la seguridad pública del Estado y contra la Administración, nunca han sobrepasado el 1%. Si revisamos estas cifras, veremos que los delitos por mayor número, exigen, en los procesos de resocialización la participación de la comunidad, que tiene que ser concientizada sobre

su corresponsabilidad, y, por otro lado, exigen un trabajo de la autoridad social para mejorar las condiciones de vida. En caso contrario, las soluciones no alcanzarán a la acción del sistema penitenciario y seguirán originando el congestionamiento penal. De este conjunto humano, el 87,76% corresponde a hombres, de los que están sentenciados sólo el 26,77% mientras sumariados están el 60,98%, mujeres constituyen el 12,23% de las cuales, un 3,32% están sentenciadas y el 8,91% sumariadas. Así, el total de sentenciados es de 30,09%, y sumariados, 69,89%. También es interesante señalar que en 1991 hubo 411 ingresos y 441 egresos, pero esta diferencia aparentemente favorable no resuelve el problema de aumento poblacional penal, que actualmente es de 9.000 internos en el Ecuador, la cifra más alta en toda la historia. Como ejemplo en el año 1991 superaron los egresos a los ingresos en los siguientes Centros: Centro No. 2 de Quito, Latacunga, Ambato, Guaranda, Cañar, Azogues, Cuenca Varones, Loja, Esmeraldas, Jipijapa, Bahía, Portoviejo, Vices, Babahoyo, Macas; en Alausí no hubo ingresos y se produjeron dos egresos y en Guayaquil mujeres hubo 4 egresos; en Tulcán, Ibarra, mujeres de Quito, Penal García Moreno, Guayaquil varones no hubo egresos sino sólo ingresos; en Machala hubo 40 ingresos y 5 egresos.

2. *Niveles de desarrollo humanos*: Puede constituirse en una tortura, encerrar a una persona de instrucción superior, con hábitos regulares de higiene, con hábito de lectura permanente y de estudio, con deseos de superación mezclada con personas de ninguna preparación, con hábitos culturales diferentes, con cosmovisiones diversas, sin afán de

superación, sin un horizonte vital ni siquiera elemental. Por ello, hay que clasificar a los internos, tanto sentenciados como procesados, de acuerdo a estos parámetros. En el Ecuador, un 5,45% tiene instrucción superior, 8929, el 27% corresponde a instrucción secundaria, el 56,07% la mayoría por tanto, tiene instrucción primaria y hay semianalfabetos en 1,49% y 6,82% de analfabetos.

En otro sentido, internos de otras nacionalidades distintas a la ecuatoriana, encontramos distribuidos, en su gran mayoría, por colombianos (208), seguidos por 19 peruanos, 7 chilenos, 5 estadounidenses y 5 uruguayos y menor número de otros países. Es de notar, que la mayoría de colombianos está en Tulcán, Guayaquil y Quito, por el narcotráfico, obviamente y peruanos, en Machala, Loja y Quito, por el mismo motivo, en el paso de tránsito naturalmente. Es interesante anotar que estadísticamente el 37% no tienen ocupación (2.992), de los que la mayoría corresponden a Quito, tanto hombres como mujeres, (933), seguidos de Guayaquil (402), Cuenca (211), Loja (204), Ibarra (154) y Machala 155.

De los que tienen ocupación, el 14% (1.129), hace manualidades, 4,2% hace carpintería, 3,2% es comerciante (subocupación en el Ecuador es del 50% y desocupación el 35%), lo cual nos permite sospechar que se dedican a vender baratijas y como ambulantes y 3,5% tejen o hilan. Esto nos permite inducir que la mayoría son artesanos de actividad manual, sin desarrollo ni descubrimiento de destrezas reales, es decir la educación integral es la falla principal. Así, para completar el cuadro, 1,5% hace zapatería y 1,8% mecánica. Debemos notar que, 7,5% dice dedicarse a otras cosas, lo

cual aumenta el número de los sin ocupación, en definitiva. Pero, además, conviene reflexionar en el hecho de que, son solteros 3.432 (48,59%), seguidos de 701 casados (24,7%) y 1.683 en unión libre (23,89%) 106 viudos (1,50%) y 79 divorciados 1.111, el 12% y 53, el 0,73%, sin pareja por el momento. Si proyectamos los datos en la realidad nacional, la mayoría proviene de hogares desorganizados o inexistentes y esto explica muchas de las situaciones descritas estadísticamente como traducidas en la falta de formación elemental para la vida de la gran cantidad de internos. Inclusive es interesante anotar que el 55,25% (3.985 internos) está comprendido entre los 18 y 30 años de edad; el 29,88% (2.155) está entre los 31 y 40 años; 10,16% (733) corresponde a 41 a 50 años de edad; y el 4,70% (339) tiene más de 51 años lo que da un total de 7.212 internos en el 91, que en 1992 llegaron a 7.956. De estos datos se puede deducir que la mayoría delinque por falta de autocontrol e inexperiencia vital y como son los mejores años de la vida pierden su creatividad y potencial humano y frustran todo intento de desarrollo por permanecer encerrados en prisión.

A todo este conjunto es necesario añadir, la necesidad de aplicar la reforma legal por la que en los delitos contra la propiedad, se considere como contravención el caso de infracción contra un bien de un valor inferior a un salario mínimo vital, actualmente de 60.000 sucres; con ello, la descongestión se verá favorecida. Pero además, hay que orientar las reformas legales para fórmulas composicionales que impidan la aplicación penal innecesaria.

Fórmulas de solución

Hay que aplicar imaginativamente varios procesos de solución. En primer lugar establecer una organización diaria, semanal y mensual de trabajo en cada prisión diseñando una actividad, como en cualquier institución. Esto supone la elaboración de un proceso individual y grupal.

1. *Proyecto Personal:* En cada caso, y para cada interno, los comités de profesionales, conducidos por el Director de cada establecimiento, deben diseñar, un proyecto individual para cada interno, que se le debe proponer a él; de acuerdo a la clasificación por grupos de trabajo, en consulta comunitaria, hay que aprobar etapas que el interno irá cubriendo durante el período de cumplimiento de la pena impuesta, con reglamentos de disciplina y conducta que evalúen el proceso en cada caso, dentro de lo que se contempla como régimen progresivo. Como la mayoría son artesanos, así debe diseñarse el trabajo en cada establecimiento, para que cada interno vaya encontrando su propio desarrollo personal. Así en el mismo proyecto, se otorgará la prelibertad y la libertad controlada y que vayan desarrollando cada etapa de proceso personal de cada interno. Esto exige cada día organizar con los internos en activa participación, el trabajo y el horario de actividad diarios del establecimiento. Hay que partir de un estudio inicial, de personalidad y de capacidades personales, para orientar el proceso de forma apropiada, dando espacio para actividad física, mental, manual y de esparcimiento, tiempo libre y recreación.

Cuando sea necesario aislar, como medida disciplinaria a un interno, esto, legalmente, sólo puede disponerlo el Comité de Diagnóstico y Evaluación, y no como está sucediendo, que los guías, arbitrariamente, someten al interno a castigos, a su criterio y muchas veces a cambio o no de favores y corruptelas. Si debe aislarse al interno, deberá permitírsele actividades de ocupación y autodescubrimiento, para que aún el aislamiento sea una oportunidad de desarrollo personal y no el castigo de la cárcel dentro de otra cárcel, como es el tradicional infiernillo, a pleno vapor por desgracia en el Ecuador, luego de 1984 y reabriendo sistemas prohibidos desde 1982 hasta el año 1984 señalado.

2. *Disciplina, conducta y seguridad:* Cuando los internos puedan participar activamente en el proceso, las normas de disciplina serán cumplidas y podrán evaluarse las conductas con miras a las rebajas. En este proceso,

los internos, desarrollarán sus destrezas, y en actividad cultural, como en música, deporte, teatro, impulsando lo que se ha venido haciendo en los últimos años y estimulando el autodescubrimiento de cada uno, con ayuda de entidades voluntarias, los internos se irán agrupando y conociendo desde la prisión y una vez fuera, podrán con asesoría adecuada constituir empresas autogestionantes, microempresas, que impidan la vuelta a la prisión y que sea eficaz mecanismo de resocialización. Esto, unido a los otros esfuerzos por descongestionar las prisiones de tantos sumariados y personas a quienes el derecho penal nada tiene que decirles, lograremos nuestros objetivos. Si no hacemos este esfuerzo, seguiremos viviendo una quimera que no logra pasar de un mero discurso. No olvidemos que los propios internos pueden y deben organizarse para llevar adelante un proyecto que sólo a ellos como seres humanos pertenece. ■

Las reformas constitucionales en el campo fiscal

LEONARDO MORENO

En el Registro Oficial Nro. 93 del miércoles 23 de Diciembre de 1992 constan publicadas las Reformas a la Constitución Política del Estado, que pretenden, según consta en sus primeras líneas "modernizar la administración de justicia, hacerla más ágil y eficiente y dotarle de los medios necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones".

Veinte y nueve artículos, y veinte y cinco disposiciones transitorias integran el documento que pretendemos comentar para deducir si esta decisión del Congreso Nacional logrará o no cumplir las metas propuestas.

En materia fiscal y administrativa es en donde se dan las reformas más sustanciales. Se suprime el Tribunal Fiscal y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en su lugar se integran Tribunales Distritales en las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo. Se establecen los requisitos para poder ser designados Ministros de las Cortes Superiores de

Justicia, pero se olvida consignar los requisitos que deben llenar los que pasan a integrar los Tribunales Distritales de lo Fiscal y Administrativo, que por tratarse de áreas especializadas, exigía que se mantenga cuando menos los requisitos que el Código Tributario exigía para ser designado ministro del Tribunal Fiscal... Este olvido puede tener funestas proyecciones en determinados momentos si los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que es necesario reconocer se han designado con criterio de profesionalización, permiten la adjudicación de cuotas políticas en la función judicial, como por desgracia ha sucedido a lo largo de nuestra historia.

Se señala el término perentorio de treinta días, desde la posesión de los magistrados de la Suprema, para que se integren los Tribunales Distritales y se consigne la jurisdicción en la que deban cumplir sus elevadas funciones. Han pasado ya casi ochenta días y si bien se designó a los integrantes de los Tribunales aún no se señalan las áreas en las que les tocará actuar. De parte de la Federación Nacional de Abogados se han presentado impugnaciones y cuestionamientos sobre algunos de los integrantes de estas nuevas salas y no se ha dado aceptación a ninguna de las impugnaciones pese a que muchas de ellas procuraban se enmiende procedimientos incorrectos.

Si bien todos estos aspectos son únicamente formales, no miran a la esencia misma de la administración de justicia y al recomendable afán de mejorarla, de volverla más ágil y eficiente, pues tenemos otras disposiciones que no reflejan precisamente este loable empeño de modernizar la justicia y de conformar un órgano judicial de primera categoría.

Así tenemos que el art. 8 agrega un inciso al art. 97 de la Constitución Política, imponiendo la obligación de que, para llenar una vacante en la función judicial en general, con excepción de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, todos los demás funcionarios, serán nombrados previo concurso de merecimientos y oposición, de acuerdo con lo establecido en la Ley; sin embargo de esta saludable disposición que podría proveer de elemento capacitado para el desempeño de las judicaturas, pocos artículos más adelante se prescinde de tal recomendación y se faculta a la Corte Suprema la designación, sin ningún requisito.

Se establece, por primera vez, la especialización de las salas de la Corte Suprema, en civil, y comercial, penal, social y laboral, fiscal administrativo y constitucional, pero se olvida buscar mecanismos para que los profesionales del derecho que sean designados en cada una de las salas, tengan antecedentes en la respectiva materia, para que no se den improvisaciones que pueden resultar fatales en el momento de la emisión de los fallos, máximo si se considera que, por solamente reservarse el recurso de Casación para las salas de la Suprema, se les da, a las Cortes Superiores de Justicia, y a los Tribunales Distritales en lo fiscal y administrativo, prácticamente la categoría de tribunales de última instancia.

Las reformas en el campo fiscal

Integrados ya los Tribunales Distritales en las provincias que se señalan en la Constitución, dejando además la posibilidad de organizar otros en donde las circunstancias lo justifiquen, se señala un plazo de quince días para

que puedan iniciar la recepción de trámites para su conocimiento y resolución. En el proceso fiscal, por lo tanto, se dará necesariamente un contrasentido procesal, pues los trámites de primera instancia se tendrán que realizar imperativamente en la ciudad de Quito, concretamente en la Dirección General de Rentas, para todos los tributos fiscales, y en Guayaquil, en la Dirección General de Aduanas, para lo que se relacione con el comercio exterior, y el trámite judicial en la zona distrital. Esta circunstancia le resta importancia al trámite administrativo, pues podría limitarse únicamente a una parte obligatoria del proceso, necesaria en sí para poder plantear la acción judicial, pero absolutamente inútil para tratar de buscar la posible enmienda a las determinaciones.

Es necesario consignar una preocupación que siempre se tuvo en el campo de los tributos y en sus reclamos y acciones judiciales: es el relativo al conocimiento de parte de los jueces, no sólo del aspecto jurídico que es en definitiva el que debe aplicarse por parte de ellos, sino al aspecto técnico contable y de muchos otros en los cuales no necesariamente los abogados tenemos mayor conocimiento: corrección monetaria, reajuste de balances por inflación, revalorizaciones, coeficientes de depreciación, esencia del impuesto al valor agregado, aceptables conocimientos de la ciencia contable, y muchos otros que requieren de una preparación especial y que, de alguna manera, los nuevos magistrados tendrán que suplirla con dedicación y estudio.

Mucho se puede agregar en comentario a las reformas. Lo que sí se puede consignar con claridad es un hecho incuestionable: si no se reforman de inmediato muchas leyes, y sobre todo si no se da una descentralización adminis-

trativa, estableciendo juzgados de primera instancia en donde ya se han implantado los Tribunales Distritales, puede presentarse una muy grave situación en la administración de justicia en este delicado campo en donde se juegan fuertes intereses económicos: o una "AGILIDAD" en los reclamos administrativos —AGILIDAD, así, entre comillas y con mayúsculas— para evitar que los trámites lleguen a los Tribunales Distritales y darle importancia a la parte administrativa a costa de muchas interrogantes, o una total inutilidad de esta parte importante del proceso.

Que el tiempo nos indique que estuvimos equivocados. Pero nos ratificamos en el hecho que si no se da un esfuerzo permanente de actualización de conocimientos de los magistrados, una descentralización administrativa eficiente, una reforma sustancial a muchos cuerpos legales realizada por juristas de sólidos conocimientos en estos campos, una constante exigencia de parte de los que integran la Corte Suprema de Justicia para cumplir los propósitos de las reformas, éstas, en el corto plazo, nos demostrarán que la administración de justicia una vez más ha fracasado por la falta de una adecuada selección del personal, originada en la imposibilidad de prescindir de la política para la designación de un grupo humano que debe ser siempre escogido entre los que mejores conocimientos tengan en cada área del derecho, respaldados siempre por una total honestidad y corrección. Que las Universidades y los Colegios de Abogados permanezcamos atentos a la nueva organización de la justicia para poder, en forma oportuna, sugerir las enmiendas que las circunstancias aconsejen. **R**

Una malhadada resolución de la Sala Constitucional

RAUL TORRES HERNANDEZ

Con el pretexto de tratar de despolitizar la función judicial, se publicitó en el país una campaña tendiente a justificar las Reformas Constitucionales; la terapia resultó igual o más grave que la supuesta enfermedad, los ecuatorianos asistimos a una nueva farsa congresil, cuando se empezaron a barajar nombres de quienes irían a integrar el organismo de la más alta representación de la justicia, pero no precisamente por su formación en el difícil campo de administrar justicia, sino fundamentalmente por sus vinculaciones de orden político o alguna afinidad en este sentido, con las fuerzas que al interior del Congreso han constituido el bloque de mayoría, que es el que decide la suerte de los ecuatorianos en lo relacionado con la estructura jurídica a la que tenemos que sometemos.

Las decantadas reformas constitucionales no se hicieron esperar por mucho tiempo y con una celeridad inusitada, fueron expedidas como

un aguinaldo navideño, pero no en favor de los intereses institucionales del Estado, sino en beneficio directo de los escogidos que en número de treinta, pasarían a conformar las Salas Especializadas en las principales materias jurídicas, de acuerdo con lo señalado por la Ley Orgánica de la Función Judicial, sobre cuya expedición aún no se conoce nada y que luego de cumplido el objetivo central: la integración de la Corte Suprema, poco importará que se cuente con este cuerpo jurídico de tanta trascendencia.

Pocos ecuatorianos y particularmente hombres de derecho, manifestaron su optimismo por las famosas reformas, un elevado porcentaje de abogados en cambio, a través de los medios de comunicación colectiva expresaron su escepticismo con respecto a la bondad de las reformas y en el poco tiempo transcurrido desde su correspondiente expedición observamos en general una rémora en la tramitación de las causas; y, en lo referente al área especial del Derecho Constitucional, afrontamos un delicado problema cuando según datos de prensa se ha hecho pública una resolución dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la que, se declara nulo todo lo actuado por el Tribunal de Garantías Constitucionales a partir del día 23 de diciembre de 1992, fecha de vigencia de las reformas constitucionales. El argumento o fundamento para tan malhadada resolución es el hecho de que por lo menos, dos de los integrantes del actual Tribunal de Garantías Constitucionales no reúnen los requisitos establecidos por el Art. 143 de la Constitución Política reformada, y particularmente la condición de ser Doctores en Jurisprudencia o Abo-

gados, cuestión que con anterioridad únicamente se requería para los vocales que debían actuar en representación de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, cuando se exigían los mismos requisitos que para ser Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

La resolución de nuestra referencia implícitamente rompe con la situación de seguridad jurídica a la que debemos tener derecho todos los integrantes de una sociedad, pues el Tribunal de Garantías Constitucionales que a la fecha viene actuando, cumple sus atribuciones en virtud de la prórroga de funciones que se ha operado, ya que la función legislativa que procedió a las reformas constitucionales, en sus disposiciones transitorias nada dijo con respecto a los actuales integrantes del Tribunal de Garantías Constitucionales, y si bien su período concluyó, sin embargo, no es de su competencia la nueva estructuración, pues corresponde exclusivamente al Congreso Nacional la elección de sus miembros, en su mayoría a través de ternas elaboradas por las otras funciones del Estado. De lo que se conoce, recientemente se han enviado las ternas, incluso por parte de la Función Judicial; lo dicho aparte de tener una fundamentación absolutamente lógica, cuenta con un asidero legal, si consideramos que los integrantes del Tribunal de Garantías Constitucionales tienen la condición de jueces y al respecto basta simplemente señalar lo que se establece en el **Art. 10 del Código de Procedimiento Civil: "se prorrogan las funciones del Juez nombrado por período fijo hasta el día en que el sucesor entre al ejercicio efectivo de su cargo.** Pero si acaso no se le quisiera reconocer al Tribunal la facultad de administrar justicia y se lo conside-

ra como un órgano de carácter administrativo, la materia en cuestión adquiere total transparencia, ya que dentro del campo del Derecho Administrativo, existe una abundante doctrina que permite el reconocimiento como plenamente válidos de los actos realizados, incluso por funcionarios "usurpadores" que hayan actuado a la luz pública y de una manera tranquila y esto precisamente con el objeto de preservar los intereses generales de la sociedad que en definitiva son la razón de ser de todo conglomerado social organizado; en materia del Derecho Administrativo destacados autores han efectuado una serie de clasificaciones de los actos de los funcionarios de iure, de los de facto o de hecho, refiriéndose a situaciones nomales o anormales y con el único propósito de dar validez a los actos efectuados por aquellos.

Lamentablemente desconozco jurisprudencia o doctrina en esta clase de aspectos dentro del campo del Derecho Constitucional, en lo que se refiere a nuestro país, seguramente por el hecho de que la institucionalización del Tribunal de Garantías Constitucionales, data de apenas unos cincuenta años que en la vida de las sociedades y sus instituciones, resulta relativamente muy corta, aunque es preciso destacar que con anterioridad, y especialmente en la Constitución de 1929, se establecía el Consejo de Estado, con ciertas atribuciones afines, pero de alguna manera dependiente del Ejecutivo.

Finalmente un aspecto que debe llamarnos a una reflexión profunda es el hecho de la ligereza con la que se actúa en aspectos de tanta trascendencia y hemos de observar que en el propio texto constitucional se presentan

incoherencias de bulto que las pasan por alto, incluso los organismos que por su especialidad necesariamente deberían tenerlas presentes. Me refiero concretamente a lo prescrito por el **numeral 1) del Art. 146 de la actual codificación que dice: Art. 146) Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales: 1) Conocer y resolver las demandas que se presentaren sobre leyes, decretos leyes, decretos, resoluciones, acuerdos u ordenanzas que fueren inconstitucionales por el fondo o por la forma, y suspender total o parcialmente sus efectos.- El Tribunal someterá su resolución a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el plazo máximo de ocho días. La resolución de la Sala Constitucional será definitiva y de efectos generales.- Las resoluciones del Tribunal y de la Sala Constitucional no tendrán efecto retroactivo".**

Pretendo entender que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia obró dentro de sus atribuciones, si se trató de una demanda de inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, de uno cualquiera de los actos a los que se refiere el citado numeral y por ello es que no se puede comprender que de un solo plumazo se declare la nulidad de todo lo actuado por el Tribunal de Garantías Constitucionales a partir del 23 de diciembre de 1992, en cuanto intervino en sus resoluciones uno de los vocales que no cumplen con los requisitos que se exigen a partir de las reformas; y, resulta totalmente arbitraria la intervención de la indicada Sala, cuando por la incoherencia anotada la **transitoria vigésima de la Constitución codificada, establece: "Las reso-**

luciones adoptadas por el Tribunal de Garantías Constitucionales antes de la fecha de vigencia de estas reformas constitucionales, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del Art. 141 de la Constitución, pasarán a conocimiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia". Lo que significa que en cumplimiento estricto de esta norma que tiene el carácter de constitucional, la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia está obligada a conocer todas y cada una de las resoluciones asumidas por el Tribunal de Garantías Constitucionales antes del 23 de diciembre de 1992, que es la fecha de vigencia de las Reformas Constitucionales últimas.

Finalmente, uno de los integrantes del actual Tribunal de Garantías Constitucionales, ha manifestado públicamente que en la resolución de este comentario, la Sala Constitucional, cita el articulado constante de la Constitución, antes de la reforma, lo que contradice la **Transitoria vigésimo quinta, inciso segundo, cuando expresa: Esta codificación de la Constitución Política del Ecuador, cuya numeración deberá citarse a partir de su publicación en el Registro Oficial, fue aprobada por el Plenario de las Comisiones Legislativas del Congreso Nacional, en Quito a 31 de marzo de 1993.** ■

GRUPO FOCAL: Una técnica cualitativa eficaz en investigación social

LUIS D. ARANEDA ALFERO

La investigación en el Ecuador y en la Universidad ecuatoriana se han desarrollado lentamente y más en el plano exploratorio y descriptivo que en el explicativo, epistemológico o teórico. Podemos decir que se inicia en forma incipiente a partir de los sesenta, coincidiendo con el auge de esta disciplina en todo el continente. A nivel de la universidad, es luego de 1983 que se acentúa y desarrolla significativamente debido a los aportes económicos que recibe el CONUEP por parte del Gobierno Nacional para estos fines. Hasta ese año la docencia era función privilegiada y casi la única que se cumplía en los círculos universitarios; la investigación se limitaba a iniciativas personales y aisladas de los profesores más que a un esfuerzo sistemático que enfrentara de manera global el proceso de institucionalización de la investigación universitaria. En la década de los ochenta las investigaciones en la universidad ecuatoriana se incrementaron en forma notable en el

aspecto cuantitativo, lo que permitió que en nuestros Centros de Estudios Superiores se estimulara e incentivara su práctica, se tomara conciencia de su verdadera importancia y se le considerara junto a la Docencia y Extensión-Difusión como las funciones básicas y fundamentales del quehacer universitario. En este período, a más de lo anterior, en las diferentes universidades del país, se crearon Unidades académicas de investigación y se formaron una significativa cantidad de investigadores. Sin embargo se observó una deficiencia en el plano teórico, metodológico y epistemológico que llevó al CONUEP, a través de su Comisión Técnica, a iniciar una serie de estudios y trabajos tendientes a conseguir un cambio cualitativo en la investigación universitaria con la finalidad de dar un mayor impulso al desarrollo científico y tecnológico, a contribuir de manera decisiva al desarrollo nacional y a romper la dependencia científica y tecnológica. En este sentido se ha venido trabajando y se han conseguido interesantes logros a nivel de Diseños, de Evaluación y Seguimiento, de Políticas, en la formulación de Líneas Prioritarias de investigación, que hacen prever un futuro halagador en el campo de la investigación en la universidad ecuatoriana. Ha sido éste un interesante esfuerzo por superar los tradicionales niveles en que se desenvolvía la investigación, por elaborar teorías que respondan a la realidad ecuatoriana y universitaria en este aspecto, ya que prácticamente se venían adoptando técnicas y métodos de investigación foráneos. No cabe duda que se ha cumplido con aquellos objetivos; sin embargo hay un aspecto que no se ha trabajado a la luz de nuestra realidad y es el referido a las Técnicas de Investigación ya que

seguimos aplicando las técnicas bajo preceptos y cánones de otras realidades.

Precisamente para iniciar un proceso de "re-creación" de las técnicas de investigación e incorporar algunas otras a más de las clásicas y tradicionales, es que presento en este trabajo una técnica cualitativa, que a la luz de la corta experiencia que tenemos en su utilización, resulta realmente eficaz, tanto en el campo de la investigación como en el de la evaluación.

Antes de referirme a la técnica denominada "Grupos Focales" señalaré brevemente la importancia de las técnicas cualitativas y su diferenciación con las técnicas cuantitativas, que son las que se han venido utilizando preferentemente en nuestro medio.

Importancia de las técnicas cualitativas

La experiencia en investigación en nuestro medio nos ha conducido a un uso prácticamente exclusivo de las técnicas cuantitativas, debido a que la teoría importada sobre esta disciplina las ha privilegiado, entre otros factores, por proceder en su carácter práctico de las ciencias naturales. La cuantificación se concebía como característica fundamental de la ciencia, a tal punto que se planteaba que "La dificultad de medida aleja a las ciencias sociales de la exactitud que constituye el ideal de la ciencia, y es causa de que los coeficientes de error con que se trabaja en ellas sean mucho más elevados que en las ciencias físicas" (R. Sierra Bravo, 1979). Sin duda, las cosas han ido cambiando y hoy día se empieza a darle importancia a las técnicas cualitativas en los estudios e investigaciones en las ciencias sociales y humanas; sin

desconocer, desde luego, el valor que tienen las cuantitativas, pero no cabe dudas que en determinadas investigaciones resulta de mucha utilidad el uso de estas técnicas que se refieren precisamente a elementos no numéricos ni cuantitativos.

No puedo desconocer que la recolección de datos cuantitativos sigue siendo primordial en la información que se obtiene en base a encuestas preferentemente y que llevada a cuadros y a gráficos permiten un análisis en términos de cantidad y frecuencia, pero "tal procedimiento rara vez explica la intrincada interrelación de factores que arrojan esos resultados, debido a que tales factores no son fácilmente identificados mediante una encuesta u otros procedimientos de medición cuantitativa. La interacción de los factores sociales, psicológicos y culturales que influyen en las personas, junto con los factores políticos, religiosos, económicos y ambientales que influyen en los programas es increíblemente compleja, y es difícil de conceptualizar y analizar. A fin de entender el "por qué" y no sólo el "cuánto", es preciso que los investigadores examinen esta compleja interacción de factores, la cual sólo pueden lograr mediante un planteamiento metodológico de evaluación que integre técnicas cualitativas y cuantitativas para recoger y analizar la información, logrando así, una amplia variedad de datos sobre el programa" (Sally J. Andrades, Michele G. Shedlin, 1987).

Relación entre las técnicas cuantitativas y cualitativas

Las técnicas cuantitativas nos permiten conocer cuántos son, qué hacen, qué dicen, qué edad tienen, cuál es la instrucción de las personas; podemos preguntar sobre juicios de

valor, pero medidos en escalas numéricas; podemos saber con qué frecuencia ocurren los fenómenos, dónde ocurren, cuál es su dimensión en longitud o volumen, etc. En cambio, a través de las técnicas cualitativas podemos obtener información relativa a las percepciones, sentimientos, opiniones, actitudes de la gente; qué piensan, cuáles son sus creencias, tradiciones, conocimientos; en general los factores subyacentes de tipo social y cultural, que permiten explicarnos las conductas de los individuos.

Entre las variadas técnicas cualitativas que se están implementando en las ciencias sociales últimamente, con fines de evaluación e investigación, está la de los *Grupos Focales*, cuyas características, utilización y aplicación prácticas, las expongo a continuación.

La técnica de grupos focales

El propósito de este trabajo es exponer aspectos fundamentales sobre *qué es, qué caracteriza y cómo se conforman los Grupos Focales*, a la vez que dar a conocer algunos criterios prácticos y operativos para su aplicación. Cabe anotar que de ninguna manera lo que se va a plantear debe tomarse en forma rigurosa y exacta, ya que como toda técnica, debe relativarse y adecuarse a cada circunstancia. La iniciativa, la creatividad de quien la utilice juega un papel importante para lograr su eficiencia y eficacia.

Qué es o en qué consiste esta técnica

Como su nombre lo indica se trata de un grupo de personas con el cual se trabaja con

fines de investigación o evaluación, según sea el propósito u objetivo del trabajo. El grupo debe tener determinadas características que permita, a través de una conversación con sus componentes, obtener información, dilucidar un problema, etc. en torno a un determinado tema o situación. No es entonces una conversación cualquiera, sino una discusión o conversación que persigue un objetivo auscultando lo que piensan, opinan y sienten los miembros del grupo.

Precisando más aún, se trata de una entrevista colectiva, que a diferencia de la entrevista individual, se realiza bajo las características de la dinámica grupal, es decir, procurando la participación de todos, que intercambien opiniones, en donde la reacción, percepción y opinión de cada uno es igualmente importante. Dada la interacción que se produce entre los componentes del grupo, las respuestas surgen espontáneamente, lejos de ser premeditadas y calculadas.

Lo de "focal" es porque la discusión se orienta (focaliza) a una sola temática o problema general, del cual se derivan, desde luego, variados tópicos o subtemas o problemas en torno a los cuales el investigador sondea razones, motivos, opiniones, etc. No tiene una estructura estandarizada y está sujeta a la habilidad, criterio, conducción del moderador. La temática o problema puede ser conocida, en términos generales, por el grupo, pero sin mayores detalles que puedan dar lugar a ideas o planteamientos preestablecidos o preconcebidos por parte de los integrantes del grupo.

Componentes Básicos del grupo focal

Tres son los componentes básicos de esta técnica: el grupo, el moderador y la temática.

El grupo, conformado por las personas elegidas que representan a una comunidad o a un movimiento o a una población, puede estar constituido por un número que fluctúa entre 5 y 10 participantes.

El moderador que es el encargado de la conducción de la reunión o discusión; puede ser el investigador o una persona componente del equipo responsable del trabajo o investigación.

La temática corresponde al tema, asunto o problema en torno al cual se hará el análisis y discusión.

Características de esta técnica

La característica fundamental de esta técnica se relaciona con lo que se denomina su *dinámica interna*, es decir, con la *participación* de los miembros del grupo. La esencia de la técnica se basa en lograr que los miembros del grupo se expresen, hagan saber sus opiniones, ideas, soluciones, sentimientos, cuestionamientos, sugerencias. Debe darse una interacción fluida, natural, espontánea entre los componentes del grupo. Pueden darse opiniones contrapuestas o diferentes; de ser posible hay que procurar consensos, pero no forzarlo, ni que sea ésto la preocupación fundamental del moderador.

A fin de recoger en forma fidedigna las exposiciones de los miembros del grupo se recomienda la utilización de una grabadora a más de la presencia de un observador si se estima conveniente.

Tamaño del grupo: Decía que el número puede fluctuar entre 5 y 10 personas, pero se estima que el ideal es entre seis y ocho. El

número está determinado más que nada por la posibilidad que tengan todos los miembros de opinar y participar. Se sabe que mientras más grande es el grupo, hay menos posibilidades de participación; en cambio, en cuanto más pequeño es, aumentan las oportunidades para que todos opinen y den a conocer sus ideas. De esta manera la interacción se hace más intensa y desde el punto de vista de la dinámica grupal esto es positivo.

En lo que se refiere a la *Composición del grupo o a las características de sus componentes* debe procurarse que éstos sean homogéneos en cuanto a edad, conocimiento del tema, aspectos culturales y condición social. Este último factor no es relevante si todos pertenecen a una misma comunidad, agrupación o movimiento. En cuanto al sexo, la composición debe ser en relación a la característica de la agrupación o movimiento, siendo indiferente si se integra por personas de un solo sexo o de ambos.

Duración de la Sesión: Depende en gran medida del objetivo, de las características del grupo y del interés que les guíe en la discusión, pero lo normal es que no se prolongue más de dos horas, a menos que el grupo quiera seguir discutiendo o el ambiente sea tal que no se observe cansancio o deseos de finalizar. Puede realizarse más de una reunión. En este caso se debe dejar establecidos el día, hora, lugar de la próxima reunión y cómo se proseguirá la discusión.

En cuanto al *ambiente y local*, debe desarrollarse la reunión en un local cómodo, accesible a los miembros del grupo, que les resulte acogedor y agradable; debe brindarles privacidad, es decir que no se sientan observa-

dos a fin de que puedan actuar con naturalidad y espontáneamente.

Número de Grupos: El número depende del tema que se discute, su cobertura o amplitud y de las agrupaciones o movimientos que se desean consultar. En este sentido no hay restricciones y está sujeto más bien a la planificación del equipo de investigación.

Desarrollo de la reunión con grupos focales

El logro de la información, en términos de cantidad y calidad, depende de cómo se realice la reunión o la discusión que viene a ser la técnica de grupo focal propiamente dicha. Para dar una orientación más práctica y operativa acerca de cómo se realiza ésta, distinguiremos los siguientes pasos:

1. Planificación de la reunión.
2. Realización de la reunión.
3. Organización de la reunión.
4. Análisis de la información.
5. Papel del moderador.

En la *planificación* lo más importante es: clarificar el tema o problema que será objeto de discusión; especificar el tipo de información y los objetivos específicos que se desean alcanzar; determinar cuántos grupos se van a conformar y seleccionar a las personas que los van a conformar; motivarles e invitarles a la reunión; elaborar una guía para la conducción de la reunión o discusión y preparar el local que se ha escogido y de ser posible disponer de bebidas, café y bocados.

En cuanto a la *reunión misma*, en la que el moderador deberá procurar que todos participen de acuerdo a las características antes seña-

ladas, se debe tener presente lo siguiente: que los miembros del grupo se sienten preferentemente en círculo y de ser posible alrededor de una mesa, creando un ambiente físico de relación, cómodo, confortable, "familiar", para facilitar un ambiente psicológico que incentive a que todos opinen y den a conocer sus ideas y planteamientos. El moderador debe explicar los motivos de la reunión con el fin de reducir la ansiedad y evitar cualquier malentendido, debe hacerles saber a los asistentes que lo que se exponga será considerada como información confidencial y se le dará un tratamiento científico. Al comienzo de la reunión debe el moderador romper el hielo y procurar que ganen en confianza los miembros del grupo, para lo cual puede promover una conversación informal, que los asistentes se presenten o utilizar alguna dinámica grupal de presentación. Es importante que el moderador no emita juicios de valor, no apruebe ni rechace las opiniones vertidas, sino más bien acepte todas las participaciones asumiendo una conducta "imparcial" y procurando que todos intervengan, evitando los diálogos bilaterales.

Una vez que se han agotado los puntos a discutirse de acuerdo a la guía elaborada, debe el moderador preguntar si hay alguna inquietud o si alguien desea agregar algo sobre cualquier aspecto. Si se acuerda tener una nueva reunión se debe fijar día, hora, local y cómo se continuará la discusión.

Esta técnica no cumpliría sus objetivos si no se realizan en debida forma la *organización y análisis de los resultados*. Una vez terminada la reunión, el moderador y el observador si lo hubo, deben hacer, separadamente, una síntesis de los aspectos más relevantes que se pre-

sentaron en la reunión, tanto en términos de información, como de actitudes y comportamientos de los miembros del grupo, es decir, una especie de evaluación en que dejan constancia de sus impresiones. Luego deben confrontar las anotaciones de ambos y elaborar un primer documento preliminar. Una vez que se han transcrito los cassettes se pasa a ordenar y organizar la información de acuerdo a los subtemas tratados o a criterios que se hayan preestablecido.

Finalmente debe hacerse *el análisis* de la información y redactar el informe que debe condensar las conclusiones, aportes, resultados, sugerencias, del grupo.

El papel del moderador, que debe tener un cabal conocimiento del tema que se va a analizar, aparece como un factor fundamental para el éxito de la reunión. De los puntos anteriores se pueden coleccionar muchos aspectos acerca del rol que debe cumplir, muchos de los cuales los puntualizaremos nuevamente aquí, a la vez que agregaremos otros. Desde luego que debe participar o estar informado de todos los aspectos que se incluyen en la fase de planificación de la reunión, preocupándose preferentemente del material que va a utilizar. Una vez en el local de la reunión su atención debe centrarse en los asistentes desde la llegada de éstos; recibirles, ubicarles en la forma descrita en el punto que me refiero a la "reunión misma". Su papel inicial es el de crear un ambiente de cordialidad, camaradería, confianza, que predisponga a los asistentes a una participación activa, natural y espontánea, cuidándose el moderador de no ser un elemento inhibitor. Debe iniciar su participación agradeciendo la asistencia y colaboración de los miembros del

grupo, explicándoles el motivo de la actividad, su carácter confidencial y procurando superar cualquier clima de tensión o inquietud que observe; una vez que ha satisfecho dudas de carácter general y se ha creado un clima favorable, amistoso, antes de empezar con las preguntas centrales debe solicitar autorización para hacer funcionar la grabadora explicando las razones del por qué de su utilización y pidiéndoles hagan abstracción de ella.

El moderador debe ser una persona que se sienta cómoda con los demás, que motive, que contagie interés y entusiasmo, propiciando una interacción efectiva. Debe ubicarse, físicamente, en un lugar equidistante de todos, en donde pueda "controlar" al grupo, desde donde pueda establecer contacto visual con todos los participantes; debe saber escuchar y no emitir juicios de valor que puedan coartar la participación grupal; más bien debe aparecer como imparcial, neutral, dando importancia a todas las opiniones e ideas.


Esta técnica, a más de las ventajas que se desprenden de lo expuesto anteriormente,

permite obtener información de varias personas en menos tiempo, a menor costo y con mayor grado de confiabilidad que otras técnicas. Desde luego que no es ésta la única técnica cualitativa, hay otras igualmente eficaces, dependiendo su utilización de las circunstancias y objetivos del trabajo o investigación; nombremos por ejemplo la observación participante y la entrevista no estructurada entre las más conocidas.

Bibliografía

METODOS CUALITATIVOS PARA LA EVALUACION DE PROGRAMAS. Sally J. Andrade y otros. Universidad de Pittsburgh. USA. 1987.

LA TECNICA DE GRUPOS FOCALES. Cecilia Eguluz y Andrea Herrera. INNFA. Quito, Ecuador. 1987.

METODOS ANTROPOLOGICOS. Doc. elaborado por investigadores del Proyecto "Migración Internacional". Convenio CONUEP-UDA. 1992. 

¿De dónde viene y a dónde va América Latina?

JEAN PIEL*

En este debate sobre el tema: "¿Dónde se encuentra América Latina en la víspera del tercer milenio?", esta pequeña contribución de historiador intenta proponer, si bien no respuestas, al menos algunos interrogantes fundamentales a propósito del estado de su identidad en 1991. A diferencia de otras contribuciones, ésta no hará las preguntas a saber: ¿qué puede aportar América Latina a la historia mundial en el futuro?, o ¿cómo puede pretender razonablemente administrarse (política, económicamente)? Se preguntará, en cambio, ¿qué es lo que ella ofrece al resto de la sociedad planetaria, y a ella misma, en tanto modelo original de civilización?

¡Identidad latinoamericana! Término altamente problemático cuando se aplica a un continente notoriamente heterogéneo y fragmentado por su geografía, su geopolítica, su

* Historiador francés

historia -o, para decirlo mejor, sus historias- y por sus mosaicos de herencias étnicas, sociales, económicas, culturales e ideológicas. Pero, ¿se conoce otra identidad continental que escape a las mismas dificultades de análisis cuando se trata tal asunto? En todo caso, no en la Europa que se extiende de Brest a Praga, del Atlántico al Ural o, por qué no, de Gibraltar a Vladivostok si se incluye allí este otro "Occidente extremo" (oriental allá) que, paralelamente a las Américas, se construyó igualmente del siglo XVI al siglo XIX a partir del mismo núcleo histórico inicial.

Admitamos, entonces, que más allá de sus diferencias -incluso irreductibles diferencias- los ciudadanos de Ushuaia, de San Pablo o de Chihuahua presentan -es más, reivindican- los caracteres específicos comunes que los singularizan nítidamente de los habitantes de América del Norte, de Europa, de Japón y de lo que hasta hace poco se llamaba "el" Tercer Mundo. Intentemos comprender, si se puede, la naturaleza, por tanto, el origen, de esta actitud. Probemos, si se puede, prever su uso posible -útil o nocivo- en un mundo planetario incierto, además, en plena mutación.

Las evidencias de las herencias históricas adquiridas

Las herencias culturales indoamericanas

La evidencia solitaria de las etnogénesis indoamericanas anteriores a 1492 anuncia esto que forma la base irreductible de la americanidad latinizada que se crea luego *in situ*, con o contra ella. Ella revela la larguísima duración del aislamiento geográfico del continente del otro lado del viejo mundo, mucho antes de la

proclamación de las independencias nacionales entre 1810 y 1825, de la pretensión de aplicar la "doctrina Monroe" desde 1823, de la crisis de los cohetes de 1962. Revela también las inmensas posibilidades naturales del continente y su trágico y parcial aprovechamiento por una humanidad demasiado rara, demasiado dispersa, aunque hubiese realizado, en algunos lugares, sorprendentes resultados agrícolas, demográficos, estatales y culturales.

Destrozadas o capturadas por la conquista colonial, estas performances históricas indígenas, mutiladas, después explotadas y reestructuradas en posición, desde ahora marginales, sólo ofrecen de sus antiguas culturas originales secuelas incompletas y parodias a partir de las cuales, desde 1920, algunos tratan políticamente -y hasta aquí vanamente- de crear las condiciones de un *revival* indoamericano. Por otra parte, minoritarios y subalternos -económica, ecológica, política, pero también demográficamente ante el ascenso poderoso del mestizaje y de la inmigración desde fines del siglo XVIII- como son estos pobres restos de antiguas culturas indoamericanas es dudoso que, a mediano plazo, puedan alimentar un proyecto político creador de una completa modernidad adaptada a la tercera, sino a la cuarta, revolución industrial en curso. La riqueza intrínseca propia de una cierta etnología romántica y/o fundamentalista, los rasgos culturales indoamericanos que han logrado resistir durante medio milenio a la dominación colonial externa o neocolonial interna tienen quizás alguna cosa que enseñar -o volver a enseñar- a las sociedades llamadas "post-industriales": un imaginario de formas artísticas y microsociales; un cierto tipo de relación

no especulativa entre tiempo de trabajo y tiempo libre. Estas virtudes discretas -compartidas con las otras sociedades pre especulativas- se oponen, en el fondo, a las virtudes consideradas típicamente "latino o norteamericanas": brutalidad de la relación del hombre con el hombre y del hombre con la naturaleza ¿Quizá tendrán ellas un rol a jugar en la invención de una nueva ética latinoamericana, postindustrial y postproductivista, hacia el 2020 ó 2050, en la hipótesis de que ésta viniese a manifestarse?

Las herencias premodernas ibéricas

Al reflexionar sobre esto, y hasta una fecha reciente (final del siglo XIX, aun 1950) la mayoría de las relaciones sociales en América Latina -privilegios de las minorías, dominación y explotación despreciativa de las mayorías- por largo tiempo derivó de la fantástica violencia inicial de los conquistadores coloniales: conquistadores, bandeirantes, traficantes de negros que cazaban en las costas africanas la mano de obra para las plantaciones. Esta violencia fundadora, nunca completamente pacificada, se reprodujo a través de los siglos y debilitó de antemano los intentos de dejarla atrás (bajo la forma, por ejemplo, de invocaciones a la democracia). Esto explica el rol atribuido hace mucho tiempo a la instancia militar y policiaca (violencia institucional sobre los cuerpos) y clerical (violencia institucional sobre las almas), para preservar el orden social y el orden moral. Esto último justificó durante largo tiempo, en términos escolásticos, la organicidad social bajo garantía divina.

En efecto, en esto no nos equivocamos: si

América Latina surge hacia 1991 como el continente-reserva del catolicismo del siglo XXI -en áspera competencia, es cierto, con los relampagueantes progresos de sectas de inspiración protestante- no deducimos de esto, que aquello debería favorecer exclusivamente a la "teología de la liberación". Desde hace 500 años, para la mayoría de los militares, las élites y las clases medias, el catolicismo ha estado siempre -y en primer lugar- investido de la función de defender y de justificar el orden dominante, no de transformarlo de acuerdo a la iniciativa histórica de las masas hasta hoy explotadas y dominadas. Si el catolicismo latinoamericano pudo alguna vez radicalizarse y ejercer una función crítica del orden dominante -en el siglo XVI con Bartolomé de las Casas; a comienzos del siglo XIX con los curas patriotas favorables a la Independencia; entre 1950 y 1980 con las teologías de la liberación- esto fue siempre en simbiosis competitiva con la prédica y la acción de laicos y de civiles que intentaban transformar la sociedad sin la Iglesia: la Corona española en el siglo XVI, los libertadores masones en el siglo XIX, los grupos de inspiración marxista en el siglo XX.

En cuanto al iberismo (hispanohablantes así como luso-parlantes) fundado por la colonización, pero realizado como fenómeno mayoritario solamente después de 1950, por la generalización de los medios masivos de comunicación y por una tardía e imperfecta instancia escolar, éste ofrece la paradoja de universalizarse en las masas en el momento mismo en que su contenido simbólico y cultural tradicional es fuertemente subvertido por un imaginario y por las formas de sentir y de pensar de origen norteamericano.

Las herencias de la precoz modernidad política: Las independencias

Cien años antes de Checoslovaquia o Yugoslavia, ciento treinta años antes de las descolonizaciones afro-asiáticas, América Latina experimentó la magnitud natural de los Estados-naciones fundados sobre las constituciones de inspiración liberal y republicana de las cuales los principios, mal aplicados no serán, no obstante, jamás retomados como causa hasta nuestros días. Esta sorprendente modernidad política no debe nada a la revolución industrial, entonces inexistente sobre este continente (y que no comenzará a producirse, de manera sectorial y limitada en los últimos años del siglo XIX, incluso después de 1950). Ella debe mucho, en cambio, a los nuevos valores ideológicos llevados por el capitalismo comercial preindustrial y a su correlato, la laicización crítica e individualista que se produce en el pensamiento europeo de 1700 a 1850 -valores a los cuales suministra, de otra parte, un campo de experimentación periférico, cierto, pero privilegiado-.

Al igual que para Europa occidental y América del Norte, esta entrada precoz en la modernidad ideológico-política exigió una ruptura inmediata y difusa con el ideal de una sociedad organicista-corporativista del antiguo régimen. A partir de 1780 las élites dirigentes o pensantes de América Latina son "moldeadas", no solamente por la Filosofía de las Luces sino también -y sobre todo- por las consecuencias ideológicas de sus tomas de responsabilidades nacionales que las obligan, si no a la aceptación de las duras relaciones de fuerza internacionales en la economía de mercado competitivo en

la que triunfa -de otra parte- la revolución industrial, por lo menos a la toma de conciencia de que el retroceso histórico es, en adelante, imposible, bajo pena de deslegitimizar el solo principio que pudiese justificar la toma del poder: la "soberanía del pueblo" que, sola, puede fundar una "soberanía nacional".

En consecuencia y hasta nuestros días -y probablemente para un futuro a mediano e incluso a largo plazo- la democracia política en América Latina, aun cuando sea extremadamente problemática en los hechos, permanece como el único recurso legitimador a disposición en el imaginario político constitucional del continente.

Sin cesar violada (por incapacidad prolongada para generar verdaderos pueblos-naciones que la creen y que la lleven consigo) ella es, sin embargo, constantemente reivindicada, no solamente en el discurso de los dirigentes sino también implícitamente en las reivindicaciones populares (por necesidad de prolongar la fundación de Estados-naciones habiendo roto desde el comienzo con el principio monárquico de derecho divino). Transgredida *de facto*, ella deja lugar al caudillo (revolucionario o reaccionario, pero fatalmente "populista") pero, en ningún caso, sus desfallecimientos dejan lugar a las restauraciones monárquicas. Es agobiada por los momentos revolucionarios recientes, que pretenden conseguir un modelo de democracia (popular), por otra parte rápidamente reinvestido por las necesidades del nacionalismo (populista).

La "nación", el "pueblo" -y la relación orgánica que existe entre los dos: la "soberanía nacional popular" y, en sentido estricto, la "democracia"- son aún por mucho tiempo, sin

duda, las condiciones de existencia de la cultura política latinoamericana, condiciones creadas por la manera en que, al inicio, se realizara aquí la emancipación de la antigua dependencia colonial: por y para los Estados-naciones.

Las incertidumbres de los proyectos históricos posibles

¿Modernidad, posmodernidad, premodernidad?

Precoz, brutal, radicalmente -aunque incompletamente- modernizada por las revoluciones de independencia en el dominio de la vida pública (derecho constitucional, derecho político, derecho comercial) la cultura latinoamericana tarda en modernizarse en los dominios de la vida privada (individuales, familiares, microsociales, regionales). La instancia pertinente para analizar este retraso reside evidentemente en el imaginario colectivo, pero basado el mismo, sobre el *impasse* duradero de lo económico-social. Para lo esencial, la economía latinoamericana hasta casi 1890, si no hasta 1950 -y aquello que la soporta: las relaciones sociales de producción, de intercambio y consumo- se estancó en el estado (apenas maximizado temporalmente por un comercio internacional que sólo se desarrolla aquí entre 1850 y 1873, y entre 1893 y 1918) donde se encontraba hacia 1778, en el momento en que comenzaba a entrar parcialmente en la economía de mercado internacional.

Menos por la ideología productivista que por su necesidad financiera, los jóvenes Estados-naciones latinoamericanos comprenden bien que la modernidad política que ellos persiguen permanecerá como un simple señuelo

en tanto que su sistema de contribuciones, recargado desde el comienzo, de una enorme deuda pública externa, descansa sobre una economía que ha quedado premoderna y de antiguo régimen (colonial). Los Estados-naciones latinoamericanos se preocupan entonces de la ausencia de verdaderos empresarios capitalistas nacionales, de crear las condiciones de una economía productivista e internacionalmente solvente. Intentan -pero frecuentemente sin medios financieros propios- favorecer la promoción de empresarios mediante los recursos sociales locales: pequeños o grandes propietarios, individuales o corporativos.

Entre ellos, la mayor parte produce todavía en condiciones técnicas próximas a una economía natural; raros son los que están en situaciones de soportar costos comparativos de producción en el cuadro de la competencia internacional. Los otros, la inmensa mayoría de productores y de empresarios -comunidades indias y campesinos mestizos, artesanos urbanos, dueños de esclavos, propietarios de bienes raíces tradicionales- son entonces espontáneamente llevados a defender su *status* económico social tradicional y premoderno al precio de un tímido proteccionismo económico o de un celoso conservadurismo social. Y la modernidad reivindicada como proyecto ideal de sociedad comienza a fallar en la otra vertiente del liberalismo político: el liberalismo económico y su corolario industrializado, el capitalismo de empresa.

Este no puede entonces más que imponerse tardía e incompletamente en América Latina; es a la vez llamado por ella -como medio indispensable del poder civil y público, por lo tanto, de la modernidad política- y rechazado

por ella, pues es financiado en lo esencial por el extranjero y, sobre todo, por ser destructor de las formas y géneros de vida tradicionales, precapitalistas y premodernos, que habían fundado hasta hoy la identidad cultural privada de las élites políticas y culturalmente dirigentes. Ahora bien, como al mismo tiempo este capitalismo tardío, incompleto, y extranjerizado no llega a absorber en sus propias relaciones de producción y de intercambio a la masa desarraigada de los antiguos activos (de los que ha contribuido a alterar las antiguas formas premodernas de producción para encajarlas en los barrios marginales, la economía informal, el desempleo), las rencillas anticapitalistas de las mayorías desplazadas de las antiguas élites dirigentes encuentran, evidentemente, una formidable caja de resonancia en las capas populares, también marginadas por el capitalismo. Esto es -acelerado por el recurso final del sufragio universal- una de las causas, la más cierta, de los populismos que se desarrollan en el continente después de 1920.

Aquello implica un verdadero retorno de legitimidad ideológica y cultural de las élites latinoamericanas. Desde 1780 no habían cesado de proclamar la necesidad de "alcanzar" la modernidad europea identificada en lo esencial en la filosofía crítica, el liberalismo político y luego económico, el tecnicismo progresista, positivista o empirista anglosajón. Después de 1920 se ponen, al contrario, a dudar de la excelencia del paradigma liberal, de la democracia, del progreso y, so pretexto de ampararse en el imperialismo y el capitalismo, vuelven a cuestionarse la modernidad y el racionalismo.

Se afirma entonces en los mejores espíri-

tus del continente -escritores ensayistas, maurrasianos o marxistas- un interminable (y nunca superado) recelo con respecto a la técnica, a la gestión, a la economía política que viene apenas a moderarse en los años 1950-1960, un "desarrollismo" más preocupado de redistribuir la renta producida por el continente que de redistribuir el lugar del continente en la división internacional del trabajo. Aparentando alejarse de la etapa histórica "del odio al capitalismo", numerosos latinoamericanos, con el pretexto de aspirar ya a la "posmodernidad" de sus sociedades, no quieren confesarse, a ellos mismos, que rechazan, por motivaciones secretas profundamente "premodernas", asumir los inconvenientes de la etapa de transición a la necesaria modernidad material, sin la cual su modernidad política precoz corre el riesgo de desembocar en un *impasse* histórico. En este asunto, la denuncia obsesionada de los daños del imperialismo -por fundada que ella fuese- habrá servido también, desgraciadamente, a ocultar la renuncia de muchos intelectuales latinoamericanos a poner el continente delante de sus responsabilidades: realizar sobre sí mismos una verdadera "revolución cultural" fuera del exclusivo campo político.

¿Aislamiento, estancamiento, caos... o continuidad?

Después de 1980, en particular, los índices de desarrollo económico del continente, por primera vez desde la gran crisis de 1930, vuelven a ser negativos. Por cierto que las promesas materiales de los "treinta gloriosos" no fueron cumplidas y los patriotas latinoamericanos se indignan, pues América Latina no ha

podido utilizarlos para reproducir aquí el milagro económico de los pequeños dragones del Sudeste asiático. Los "retornos a la democracia", muy aproximativos, por otro lado, son entonces mirados solamente como artificios para entretener a los pueblos. Y de todas maneras, se dan cuenta que ellos no habrían sido posibles sin los desastres previos sufridos por los movimientos populares y radicales durante la terrible fase militarista de los años 70.


Inducido al pesimismo, el continente es nuevamente atrapado por sus viejos demonios: la tentación al aislamiento, al repliegue, a la renuncia de antemano a todo proyecto posible con el pretexto de la real e inexorable dependencia hacia un imperialismo que no sabe demasiado qué hacer de este continente-reserva y que lo constituye en "reserva", justamente, como los Estados Unidos continúan haciéndolo con los propios indios en su territorio. Esta situación es evidentemente propicia a los estrategas de la periferia y del caos: mafiosos, aventureros, nihilistas. Pero, si éstos alcanzan a alterar o a bloquear los poderes establecidos, observamos que, por el momento, ellos no llegan a establecer su propio poder. Queda como un mal menor posible, la adquisición histórica de una incierta pero limitada "democracia" que, si no funda una identidad cultural completa, al menos sí una identidad política. Pero con esta duda: ¿no es más que la última fatalidad de América Latina o sabrá ella inventar los destinos históricos propulsores para el continente? Esta es la pregunta.

Ahora bien, si en lugar de lamentarse de las ilusiones perdidas de los años 50-60 (desarrollistas, reformistas, revolucionarios),

se quisiese identificar que bajo el Estado-nación, el destino histórico de más larga duración de América Latina desde hace 500 años fue el de ser un continente-laboratorio extremo - extremo por su posición geoestratégica, pero extremo también por su radicalidad en la aplicación de los proyectos que allí fueron emprendidos- de lo que fue "Occidente" (este lugar geográficamente incierto, de intensa terrible creatividad histórica), puede apenas sorprenderse retrospectivamente de que la crisis atravesada de 1914 a 1955 por Occidente no haya terminado por afectar, con un cierto desfase cronológico, el destino de una de sus periferias experimentales privilegiadas (las otras dos son: Europa Oriental y América del Norte). En esta perspectiva, la idea que puede venir es que no habría más crisis (cultural) en América Latina contemporánea, si no hubiera habido una decadencia definitiva (ideológica) en "Occidente". El presidente Perón al igual que el filósofo Spengler ¿se habrían equivocado de hipótesis histórica?

En realidad, Europa, no sin problema, vuelve a salir, desde 1960, de las ruinas acumuladas por su medio siglo de guerras civiles bautizadas "guerras mundiales". Por las mismas profundas razones, esta otra provincia de Occidente que es América Latina ¿por qué no podrá también superar su crisis actual? Crisis de mutación fundada en la destrucción acelerada, durante los "treinta gloriosos" de sus formas tradicionales, premodernas de vida y cultura; no como en Europa, de la destrucción física masiva de una parte de sus pueblos cuyo índice de crecimiento permanece como uno de los más elevados del mundo en un espacio continental de recursos intensivos. Por cierto que-

da la desventaja -por el momento insuperable- de la dependencia exterior y de traumatismos históricos antiguos o recientes que han engendrado graves neurosis en la cultura de élite y en la cultura popular. Esto, ¿permite prejuizar que no existe salida histórica posible? Por supuesto que no.

Por otro lado, en la actual etapa histórica, aquello no podrá evidentemente jugarse sólo en América Latina, pues ésta, es parte indispensable y dependiente del resto del mundo llamado "Occidente". Sin embargo, esto deberá realizarse **primero** en América Latina... o no se realizará. En la víspera del siglo XXI, este continente, con sus pueblos mal conducidos por la historia antigua o reciente, no espera gran cosa de sus polemistas y de sus jefes. Espera sus nuevos pensadores constructivos. ¡Los espera con urgencia! 

Un juicio por la vida

DARIO ORDOÑEZ ARAY*

Orden en la sala! Señor Secretario, sírvase informar la presente causa. Como no, su excelencia. Luego de haberse realizado el correspondiente sorteo de la demanda, y habiendo recaído el mismo en el Juzgado del Gran Arquitecto del Universo, permítame dar a conocer los pormenores: el Actor, la Asociación de la Biofilia (amor a la vida), demanda juicio sumarísimo contra la empresa de la Necrofilia (deseo de la muerte). El contenido de la demanda es el siguiente:

Nosotros, los bosques y mares, en representación de la naturaleza, de edad indefinida, de estado civil libre y domiciliado en el tercer planeta del Sistema Solar ante Ud. muy respetuosamente exponemos: Hace algunos milenios se presentó en mi habitat un ser que se dice especial, me refiero al Homo sapiens; sus primeras tareas de supervivencia eran la

* Estudiante de Derecho. Ex-Presidente de A.E.D.

caza, la recolección de frutos silvestres, la agricultura, la domesticación de animales. El egocentrismo de estos individuos llegó a establecer una inconmensurable vanidad al manifestar que este pequeño astro era el "Centro del Universo" y más aún se llegó a afirmar en su perspectiva antropocentrista que "Todas las leyes de la naturaleza han sido concebidas para que sirvan las necesidades humanas". Pero nos preguntamos, esforzándonos en una dicotomía recíproca: "El hombre y la naturaleza se necesitan mutuamente, y de manera especial el primero con relación a la segunda".

Creemos que esta actitud de irrespeto, sometimiento y esclavitud se debe, en el fondo, a una venganza y un vergonzante revanchismo; hace algún tiempo nosotros éramos sus dioses, tanto es así que el trueno, el fuego y la erupción de un volcán eran considerados manifestaciones supremas de indignación, sin embargo se percataron en algún momento que eso no era cierto y emprendieron una campaña de terrorismo y persecución contra sus antiguos dioses: la naturaleza. De ninguna manera es culpa nuestra esta abismal confusión.

Señor Juez, nosotros originalmente no consideramos a estos sujetos enemigos irreconciliables, sabemos que su actuación -no de todos- obedece a intereses económicos sicópatas, pero sin duda esta conducta patológica y desordenada se fundamenta en atentar, asesinar y subordinar nuestras especies a determinados grupos de individuos.

En el siglo que fenece la ciencia y la tecnología nos ha sorprendido con un desarrollo vertiginoso, pero este desenvolvimiento se lo ha hecho en base de afectar notablemente el

medio ambiente: se ha desatado el uso indiscriminado de componentes químicos, presenciamos grandes concentraciones urbanas sin planificación, la contaminación del agua y de la atmósfera es veneno contraproducente y directo contra el hombre. Citemos el caso de la ciudad de Cuenca en cuyos ríos existe materia fecal en 50 veces más de lo permitido, además de los desechos industriales y de hospitales, lo que hace que el líquido vital se convierta en veneno letal.

Por estas consideraciones Señor Juez, le exijo imponga las sanciones y correcciones a quien encontrarse culpable.

Contestación de la demanda 1

Los gobernantes y los científicos inconsecuentes, representantes de una parte de la humanidad, con domicilio en las industrias contaminantes, ante la infundada demanda de la naturaleza, nos es fácil rebatirla de la siguiente manera:

En el mundo que habitamos se aplica el principio universal de la "sobrevivencia del más fuerte"; en este sentido ciertos hombres somos y seremos los soberanos del planeta. Este axioma indiscutible nos da la posibilidad de someter y dominar toda especie inferior, incluso el ser humano debe ser depurado y seleccionado, los débiles deben perecer e imponerse una raza de extraordinarias cualidades.

La armonía en el planeta se da por la conducción firme y drástica del Hombre-élite, todos los demás deben cumplir dos papeles: o subordinarse o desaparecer.

Contestación de la demanda 2

El movimiento mundial ecologista, representante de toda la humanidad, nacidos en las entrañas de una sociedad injusta y con domicilio en la esperanza y fe de la conciencia ambiental nos **allanamos** totalmente a la demanda planteada; además hemos resuelto cerrar filas para defender y proteger la naturaleza.

Sentencia ejecutoriada

En uso de las más amplias atribuciones otorgadas, y luego de una exhaustiva investigación la autoridad competente resuelve:

1. No podemos desestimar y condenar sin más la actuación del hombre con la naturaleza. En el transcurso de estos años las sociedades humanas han tenido un papel protagónico y positivo.

Algunos de los sitios más armoniosos del planeta son obra de mano humana; el mosaico de praderas floridas, bosques y pastizales de altura que se encuentran en las montañas europeas, las terrazas y arrozales que cubren extensiones de Java o de Nepal, las hermosas llanuras normandas o el campo irlandés, la alteración de laderas multicolores y de terrazas con viñas y olivos en las costas y las islas mediterráneas, los altiplanos andinos con sus terrazas al borde del abismo, el verde esplendor de los cocoteros de las islas del Pacífico. Toda esta inmensa variedad ha sido favorecida por el hombre.

2. El romanticismo naturalista se estrella con la cruda realidad, la moda por el ecologismo es el cascarón donde aparece un mundo enfer-

mo, con un diagnóstico deprimente. Demos un vistazo:

- En el mundo pobre y subdesarrollado las empresas transnacionales han expoliado terriblemente los recursos naturales no renovables.

- La colonización del bosque tropical sudamericano lo único que ha acarreado hasta la presente fecha es la destrucción. Además se ha provocado alteraciones ecológicas de tal magnitud que se correrá un riesgo planetario si se emprendiera su explotación masiva.

- La lluvia ácida sobre los bosques norteamericanos o la contaminación marítima en las playas brasileñas.

- En el Ecuador mismo, el abandono del consumo de los alimentos básicos de los indígenas en la moderna sociedad es un riesgo grande; la quinua, un cereal andino, ya no es cultivado con intensidad, igualmente ocurre con tubérculos como el melloco y la oca sin que se deba olvidar el casi desaparecido consumo del camote y la patata.

- La desordenada concentración urbana también está favoreciendo a desestabilizar los ecosistemas, por citar pocos ejemplos: hacinamiento, congestión circulatoria, escasez de viviendas, contaminación atmosférica, destrucción de especies vegetales, pérdida de terrenos agrícolas, etc.

- Ante la interrogante de que si el problema del hambre radica en los excedentes poblacionales o en el injusto reparto mundial y nacional de los bienes económicos, resulta evidente que para el año 2000 -muy cerca- la población mundial será de 6.500 millones de habitantes, es decir cuatro veces más que a comienzos de este siglo y nadie sabe cuántos

seres humanos puede alimentar la Tierra, con la nota adicional de que en los países industrializados lo normal es que la familia tenga pocos miembros y en las regiones más pobres los índices de natalidad se han mantenido altos.

- Cada minuto se destruyen 20 hectáreas de selva tropical, lo que equivale aproximadamente al 1% de la selva total mundial al año. Más o menos la misma cantidad de tierra se pierde por causa de salinidad y el anegamiento en los nuevos regadíos. Los bosques del tercer mundo están siendo destruidos para satisfacer la demanda de madera industrial lo que conlleva a que desaparezca una tribu por año.

- Los ríos se han convertido en cloacas para las inmundicias químicas y microbiológicas, produciendo altos índices de mortalidad.

- La industrialización sin control y el creciente empleo de productos químicos en la agricultura fomentan notablemente la incidencia del cáncer.

3. La militancia en las causas ecologistas, más allá de la moda y de creer que el asunto es de pajaritos y sapos, implica un profundo cambio de actitud humana individual. La responsabilidad para defender el planeta parte del ejemplo propio y diario. A continuación algunas recomendaciones:

a) Cuando se mata a un animal, éste segrega una cantidad increíble de adrenalina, todo este producto tóxico sumado a las sustancias para engordar, hormonas, ciclos biológicos alterados, más la ingesta excesiva del alcohol despierta una importante dosis de agresividad.

b) Las compañías multinacionales como la Mc. Donald han creado falsas necesidades como el consumo masivo de papas fritas, perros calientes, hamburguesas, gaseosas, cigarrillos.

Esta cadena de productos son nocivos para la salud, además que todo ello se hace a un costo mínimo al comprar miles de hectáreas, por ejemplo en el Brasil, deforestando la Amazonía.

c) Los vasos plásticos tienen cadmio, una sustancia radioactiva que se van acumulando paulatinamente en el organismo. La televisión tiene una buena carga de rayos X (aparte de mensajes negativos, ruidos y agresividad), lo que puede desencadenar enfermedades como el cáncer. No olvidemos que los juegos de Nintendo están produciendo en el Japón casos de epilepsia fotosensible.

d) Antes el azúcar era prohibido porque afectaba la concentración; el azúcar es un estimulante. El exceso del consumo de azúcar da Hipoglicemia y dependencia, ya que al dejar de consumir provoca grandes depresiones.

e) Se debe alcanzar todos los tipos de reposo: visual, auditivo, táctil, equilibrar toda la contaminación exterior. El humo, perfumes, el ruido de la ciudad, las joyas de metal hay que alejarlos, aislarlos, descansar de ellos.

f) La piel debe comunicarse con el mundo exterior, e intercambiar y descargar energía. Lo que impide el intercambio es antinatural, nos va cargando de tensión. El caucho que usamos en los zapatos es aislante, todos los tejidos con fibras sintéticas son aislantes. Hay que elegir en lo posible ropas de algodón y andar pocos minutos descalzo.

4. En base de todas las pruebas formuladas, en nombre de todas las repúblicas y por el bien de la humanidad y el Universo sancionó a la especie humana que se recluya con prisión perpetua en el Cuarto de Reflexión hasta crear Conciencia Ambiental; y condenó a la Empresa

Necrofílica, representante de una mínima parte de la humanidad, a abandonar inmediatamente el planeta y ser irradiado a un hueco negro.

Dado en el Templo de la Vida,
en medio de un trigal. ■

TESIS

Hegel: dialéctica, ética y estado burgués

PATRICIO CRESPO

El presente trabajo constituye una parte de la Monografía elaborada previa a la obtención del Título de Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, que bajo el título general de "Ética, Razón Práctica y Axiología en las Doctrinas Jurídicas y su Incidencia en el Pensamiento Jurídico Ecuatoriano", presentáramos a finales de 1990.

En esta perspectiva, y dada la amplitud del trabajo mencionado, que en realidad constituye una revisión somera de las corrientes y autores más representativos del pensamiento universal, cuyas teorías trascendieron los ámbitos de sus preocupaciones meramente filosóficas e influyeron en cada circunstancia histórica concreta en la formulación de principios e instituciones jurídicas con importantes repercusiones en la constitución del derecho moderno, hemos querido rescatar aspectos actuales del pensamiento hegeliano, en cuanto éste

ofrece filones importantes para la reflexión teórica sobre la Ética y el Derecho.

Lo que ofrecemos a continuación no es pues, en verdad, el aporte de nuevos puntos de vista sobre el pensamiento hegeliano, sino más bien una revisión y, en cierto modo, un rescate de fuentes bibliográficas generalmente ignoradas en el estudio académico del derecho en las entidades oficiales dedicadas a la formación de profesionales en jurisprudencia. En este camino, como advertimos en su oportunidad en el material original, como en éste, hemos preferido evitar la profusión de citas y referencias técnicas que además de dificultar la lectura, también contribuyen a distraer la perspectiva y el objetivo principal de este artículo.

La selección de este tema ha sido realizada a la luz de las nuevas y complejas condiciones de la sociedad contemporánea, surgidas a raíz del descalabro del socialismo real en los países de Europa y en la Unión Soviética y que han incidido, especialmente en la intelectualidad vanguardista latinoamericana, para la búsqueda de alternativas nuevas, originales, en la formulación de teorías que orienten la praxis social en la inalterada situación social de estos pueblos. Así, ante los hechos, ha surgido como prioridad en América Latina, la formulación de una Nueva Ética, que a partir de una revaloración de su sistema axiológico, de su crisis, oriente con certeza el nuevo deber ser de América Latina, más que nunca sumida en la crisis económica, en la frustración política y en la incertidumbre.

Nuestro trabajo apenas recoge un aspecto de esta nueva preocupación, y plantea también, la necesidad de retomar las reflexiones teóricas, sin dogmatismo ni prejuicios, sobre la

Nueva Ética que la sociedad del presente impone.

Hegel: Dialéctica, ética y estado burgués

Jorge Guillermo Federico Hegel nace en la ciudad alemana de Stuttgart en 1770 y muere en Berlín en 1831. Hegel y su pensamiento constituyen sin duda la expresión más importante del pensamiento burgués de la modernidad, en tanto representa la cumbre del pensamiento idealista alemán y de la filosofía oficial del Estado prusiano. No es pues aventurado afirmar, como dicen M. A. Kissiel y M. V. Emdin, que Hegel era una peculiar expresión ideológica de la época de las revoluciones burguesas de Francia e Inglaterra, pero que fue ante todo un ideólogo de la burguesía alemana de su tiempo.

Si bien nuestro objetivo es esclarecer los vínculos entre la Ética y el pensamiento jurídico, en mérito y virtud de la complejidad y trascendencia del sistema de ideas de este pensador alemán, es preciso aclarar con alguna holgura, ciertos antecedentes que constituyen el fundamento y la nota distintiva del pensamiento hegeliano, tanto más cuanto que este mismo pensador, como muy pocos en la historia de la filosofía, comprendió a cabalidad su papel en la sociedad burguesa, por lo que comienza asumiendo su responsabilidad de "mediatizar" -utilizando su propia terminología- la realidad alemana en el campo de las ideas, lo que le lleva a afirmar que "la tarea del filósofo consiste en pensar su propio tiempo", estando además obligado a contemplar la totalidad (del mundo) como "racional".

Comenzaremos por destacar que Hegel contribuye con el desarrollo del pensamiento y -como veremos- de las ideas jurídicas, precisamente con la "idea de desarrollo" que desembocará en la constitución y aplicación del método dialéctico al proceso histórico del universo. El rasgo característico en la actitud de Hegel frente a la sociedad que representa, constituye la plena conciencia de lo que significa su sistema dentro del proceso general de desarrollo de la idea.

Parte del concepto de que la *historia de la filosofía es la historia, sujeta a leyes, del proceso de autoconocimiento del espíritu absoluto, que es el autodesarrollo histórico de la verdad*. Por otro lado, como se sabe, Hegel es el representante más acabado del idealismo o, de lo que él mismo llama **el idealismo absoluto**, siendo por otro lado este idealismo "la culminación del proceso de autoconocimiento del espíritu absoluto y por tanto el resultado supremo y definitivo de toda la historia universal", por lo que la historia de la filosofía deja de ser -al decir de Hegel- un mosaico de esfuerzos fallidos, de errores o fantasías, para ser vista como el movimiento de la razón, su tejer y destejer penelopiano, o sea, la vida misma del espíritu.

Elaborando una teoría cosmogónica compleja y racionalista con un gran nivel de abstracción y en ocasiones de misticismo religioso, Hegel presenta la noción de idea absoluta o pensamiento de pensamientos, que "...se manifiesta como primer principio universal absoluto, principio primario que no deriva de nada... que es el proceso de pensamiento puro, en sí mismo, al margen del hombre... como el espíritu universal antes de que surja la natura-

leza, que es algo secundario, **el ser otro** del espíritu. Luego de pasar por esta fase el espíritu universal **retorna a sí mismo** y se convierte en espíritu absoluto", con lo cual deja marcado el pensamiento no sólo con la idea de movimiento, consustancial a su dialéctica, sino lo que es más novedoso, despierta en el pensamiento la noción de desarrollo y progreso, ausentes hasta entonces inclusive en el pensamiento más avanzado de la Ilustración Francesa.

Debemos aclarar, para los fines subsiguientes, que con sobrada razón se ha visto en la idea absoluta de Hegel una clara identificación con Dios, lo que marcará un permanente carácter religioso en la línea de su pensamiento inclusive político, sin que desde luego, su autor se haya propuesto elaborar una teología. A este respecto vale citar la crítica a la cual somete V. I. Lenin, que dice:

"Todos saben, por ejemplo, lo que es la idea humana, pero la idea sin el hombre, anterior al hombre, la idea como abstracción, la idea absoluta es una invención teológica del idealista Hegel". (LENIN, "Materialismo y Empiriocriticismo", p. 257).

No obstante el fragmento citado, en ningún momento puede significar que Hegel en su conjunto recibiera del pensador soviético el calificativo de metafísico, precisamente porque fue el primero en ofrecernos una visión global, totalizadora, dialéctica, de la naturaleza y la sociedad, pese a las múltiples limitaciones que la necesidad de su sistema le impusiera, por ello, creemos conveniente extraer otro comentario del mismo autor que dice:

"Tras la dialéctica de los conceptos Hegel entrevió la dialéctica de las cosas, la dialéctica

objetiva del desarrollo de la naturaleza y la sociedad". (LENIN, Idem.).

En su obra "**La Ciencia de la Lógica**", Hegel formula algunas categorías para comprender el proceso racional de autoconocimiento de la idea y como un medio para explicar este proceso, entre ellas, básicamente, la "categoría de objetividad, la que es convertida en última instancia en categoría de finalidad y que se trueca en idea absoluta".

En consideración a la amplitud de los conceptos de carácter puramente hegeliano y que gravitan a lo largo de su dilatada obra, y con el objeto de dejar establecido muy brevemente el significado de cada uno de ellos, es necesario esbozarlos sumariamente y de esa manera facilitar su comprensión.

Cuando Hegel nos habla -y muy frecuentemente- de "**estar mediado**", significa **estar unido**, sujeto a una concatenación regular y necesariamente dialéctica. Y, cuando se refiere a la mediación de conceptos, como proceso dialéctico objetivo que es, quiere decir que un concepto se da **por medio** de otros, es decir, con una vinculación recíproca.

Como las ideas más importantes en la doctrina del Ser en Hegel, se destacan, la idea de **mediación** o concatenación de conceptos; la idea del **devenir** o desarrollo de los conceptos; la idea de **transición** de cantidad a cualidad y viceversa; la idea de **determinación** o manifestación de los conceptos y los fenómenos; la idea del Ser como la primera determinación de la idea absoluta; la idea del Ser Puro como abstracción del Ser; la identidad del Ser Puro con el No Ser o la Nada. La idea de que el movimiento es la contradicción misma en su existencia; etc.

Asimismo, al comentar sobre la dialéctica hegeliana, Lenin destaca en ella su carácter objetivo, cuando manifiesta que "el **método dialéctico** no es algo externo al objeto, sino que tiene un valor objetivo como forma del automovimiento de la realidad misma... es principio y el alma inmanentes del objeto". (LENIN, "Cuadernos Filosóficos", p. 158).

En la "Filosofía del Espíritu", Hegel establece una escatología del espíritu, especialmente en cuanto espíritu subjetivo, por el cual éste se desarrolla en tres niveles:

"1.- Se presenta como **alma** en forma humana y es materia de la Antropología,

"2.- Como **conciencia**, por la cual el espíritu se diferencia a sí mismo de la corporeidad, por lo que nos encontramos con la Fenomenología; y,

"3.- La más importante de las facetas, por la cual el espíritu **subordina teórica y prácticamente al mundo exterior**. En este caso estamos en el ámbito de la Psicología".

En relación con la temática que nos ocupa, debemos señalar que dentro del sistema filosófico hegeliano, es de capital importancia centrarnos en lo que Hegel llamó la "Filosofía del Espíritu", en la que se preocupa fundamentalmente de los problemas de la vida social y que los aborda básicamente en materias como la Psicología, Antropología, Fenomenología, Estética, Filosofía de la Religión y sobre todo la **Filosofía del Derecho y del Estado**.

En este camino Hegel considera que la naturaleza y la sociedad no son sino momentos del despliegue de la idea absoluta, la que en su camino hacia el espíritu absoluto se enajena en la naturaleza y se realiza en el pensamiento humano, por ello, la "historia de la naturaleza

y la sociedad no son más que lógica aplicada". En definitiva, en la Lógica el espíritu es pura esencia abstracta, en tanto que en la Filosofía de la Naturaleza el espíritu se transforma en **pura exterioridad**.

Por otro lado, Hegel aborda el estudio de los fenómenos de la conciencia, para lo cual genera su propia doctrina, en la que se preocupa también de los procesos graduales de desarrollo de la conciencia, en relación con la posición del sujeto frente al objeto. Así, Hegel establece tres grados de desarrollo de la conciencia: 1.- La Conciencia General, en la que el objeto se opone al Yo; 2.- la conciencia de sí, en la que el objeto es el Yo mismo; y, 3.- La razón, en la cual el objeto pertenece al Yo como pensamiento.

En cuanto a la **Filosofía de la Religión**, es evidente que acentuados rasgos de misticismo están presentes en toda la obra de Hegel, sin embargo es claro que aparte de las preocupaciones metafísicas, este filósofo se preocupó también por explicar acerca de la escisión entre religión-sociedad-espíritu y materia, tanto de la "escisión en sí misma como su consolidación" en la que descubre "su necesidad y la posibilidad de pensarla como momento dialéctico hacia una unidad superior, hacia una reconciliación consciente".

Ética, Estado y derecho

"Toda filosofía del futuro ha de ser ante todo ...una ética. Puesto que, en el futuro, toda metafísica se transforma en moral..., esta ética no será otra cosa que un sistema completo de todas las ideas... La primera idea es la representación de mí mismo como un ser absolutamen-

te libre. Con el ser libre autoconsciente, emerge simultáneamente un mundo -de la nada-. Aquí descenderé a los campos de la física; la pregunta es ésta: ¿Cómo tiene que estar constituido un mundo para ser normal?". (HEGEL, "Fragmento de 1776").

Como ocurre con Kant y dentro de la Filosofía Clásica Alemana, ésta tuvo como eje central de sus preocupaciones, el dilucidar aspectos de carácter ético antes que ontológico, como respuesta en el deber ser de los alemanes, cuya estructura política y formación económico social se mantenía a la zaga de naciones como la inglesa y francesa, que habían consolidado un estado capitalista mucho tiempo atrás. Del mismo modo ocurre con Hegel, no obstante su carácter progresista como lo veremos luego, en tanto pretende encontrar una explicación científica del desarrollo moral de la humanidad, como apunta con precisión G. V. Plejánov.

El **espíritu objetivo** constituye para Hegel la segunda fase en el desarrollo del autoconocimiento del espíritu absoluto, su vuelta hacia sí mismo a partir de "su otro" que es la naturaleza, en la cual se halla alienado y es por tanto, la base de la vida y actividad de los individuos, porque es en las relaciones sociales y morales en donde se elimina esta alienación y el espíritu objetivo se conoce a sí mismo.

Engels en su estudio de la ética hegeliana identifica la Teoría Moral con la Filosofía del Derecho, estableciendo varios ámbitos en el siguiente orden: 1.- Derecho abstracto; 2.- Moralidad; y, 3.- Moral práctica. Esta última se divide en los tratados de la familia; la sociedad civil; y, el Estado. Valora además Engels el mérito de Hegel al reconocer "**la interacción**

dialéctica de la moral con el derecho y de la economía con la política", a partir de su visión totalizadora y dinámica de la sociedad, no obstante su reconocimiento, en este orden, de que es imposible transformar la sociedad solamente por aspiraciones y buenos deseos.

Libertad y moralidad

Teniendo presente la calidad de "figura cimera" del pensamiento alemán que distingue a Hegel, Kissiel y Emdin concluyen en que no podía ser sino la **libertad** la base de toda moralidad. La moralidad -dice Hegel- siempre se halla determinada por el espíritu mundial y la libertad es la "naturaleza", la "esencia" del espíritu, a partir de su autoconocimiento, que es la propiedad y objetivo fundamental del espíritu mundial. El autoconocimiento del espíritu es precisamente la libertad.

La libertad de conciencia

De lo dicho se deduce -siguiendo con los criterios de Kissiel y Emdin- que para Hegel la forma primaria de libertad es la de conciencia, que se define como el conjunto y unidad dialéctica entre la voluntad universal y la particular, porque la sociedad es también un todo único. De esta libertad derivan otras formas de libertad, como la de prensa, política, religiosa, moral, etc. Asimismo, es atributo exclusivo del intelecto humano, que es el único capaz de generar el pensamiento abstracto, y de concebir lo que se debe hacer con anterioridad a la ejecución del acto, de donde nace precisamente el libre albedrío como modo especial de pensamiento.

Desarrollo de la libertad de conciencia

Voluntad natural.- Esta forma de voluntad en Hegel "es propia de los niños y de las

gentes incultas", por lo que tiene un carácter ilimitado y es indeterminada en cuanto a sus inclinaciones y deseos en relación con los objetos. Es una posibilidad de libertad, pero no es una libertad verdadera porque es singular y subjetiva. La libertad natural actúa en forma de contemplación directa y sensorial de los objetos.

La arbitrariedad.- Se presenta como una capacidad del hombre en particular para escoger libremente entre múltiples circunstancias externas. Por su **forma** entonces, la arbitrariedad es una verdadera libertad de conciencia, ya que el momento sustancial de ésta es la libertad de elección, es una libertad "para sí". Pero, en cuanto se refiere a su **contenido**, ésta no es una verdadera libertad, a pesar de que crea la idea racional de que es una verdadera libertad, toda vez que puede hacer lo que quiere, por lo que es más bien la "no libertad", una ilusión de libertad "pues se halla determinada no por la necesidad racional sino por las casualidades..." y por lo tanto no puede ser el verdadero fundamento de las relaciones entre las gentes. (KISSIEL, EMDIN, op. cit.).

La voluntad racional.- Es en términos hegelianos, la negación de la negación de la voluntad natural, siendo por lo tanto libre en la **forma** y en el **contenido**, es una verdadera libertad, dice Hegel, "en sí" y "para sí" y se presenta como la toma de conciencia de la racionalidad, de la necesidad de la realidad, por lo tanto, la voluntad racional es un concepto concreto y verdadero de la libertad, toda vez que constituye un conjunto integral, una identidad necesaria de los contrarios de la voluntad

universal y de la voluntad particular de los individuos. (Idem). De aquí se infiere que la voluntad individual es la manifestación de la voluntad social universal y por lo tanto debe subordinarse a ella. Es aquí en donde se produce lo que los autores citados denominan como "reducción mística de la sociedad a la voluntad universal y del hombre en particular a la voluntad individual del autoconocimiento, la cual imposibilita a Hegel ver en el modo de producción la base del ser y del desarrollo de la sociedad como un todo único y relacionado, que determina también el carácter y la orientación de la libertad de conciencia humana; y, que el desarrollo del libre albedrío del hombre culmina en el proceso de la actividad laboral y social en lo referente a la transformación de la naturaleza y de la sociedad, en tanto que para Hegel "...la sociedad humana es el producto de la instauración del **concepto** de libertad, entendiéndose por tal libertad, la libertad burguesa de la propiedad privada, erigida por el filósofo alemán en principio ético supremo, como el espíritu absoluto establecido **sólo en su último tiempo**."

Del mismo modo como el punto de partida para la ética hegeliana es el concepto abstracto de libertad, el derecho es para Hegel el ser existente del concepto sustancial de libertad, fetichizando así el derecho, al igual que sus antecesores (Hobbes, Spinoza, Locke, Leibnitz, Helvecio, Kant, Fichte), lo que constituyó un aspecto típico en los filósofos del ascendente capitalismo del siglo diecinueve.

Propiedad y derecho

Del concepto de libertad deviene en Hegel el de Propiedad y consecuente a éste, el de

Derecho con sus nociones de Justicia-Injusticia, Igualdad-Desigualdad, Ley-Delito, etc. Parte nuestro autor de una revisión e interpretación de la historia de la humanidad, reduciéndola al análisis de las Sociedades Clasistas, y llega a la conclusión del predominio histórico de la propiedad privada sobre la social, por lo que en todo momento pretende eternizar la propiedad privada burguesa en nombre de la libertad de la persona humana, evidenciando un comprensible rechazo a las teorías sobre la propiedad de los socialistas utópicos de la época, bajo el argumento de que la propiedad social es la negación de la libertad personal.

Hegel sostiene que "... la medida de los bienes de cada persona es directamente proporcional a su amor al trabajo y como quiera que éste es distinto en las diferentes personas, también la propiedad sobre las cosas debe ser desigual" por lo que, en su criterio, la desigualdad de la propiedad privada no solo que es lógica, sino además es éticamente justa en consideración a los atributos peculiares de los individuos frente al trabajo. Debemos aclarar que este autor, por sus limitaciones en el conocimiento de la Economía Política, confunde en todos sus análisis el significado de la propiedad personal con la propiedad privada, la que, como sabemos, tiene diferencias sustanciales frente a la posesión y distribución de los bienes, cuyo carácter social de producción estaban lejos de ser atisbados siquiera en la economía clásica inglesa.

"Todas las cosas -dice Hegel- pueden llegar a ser propiedad del hombre, puesto que éste es una **voluntad libre** y, como tal, es en sí y para sí y lo que se lo oponga no tiene esa cualidad... Apropiarse, por tanto, significa, ha-

blando en esencia, manifestar la superioridad de mi voluntad con respecto a la cosa y poner en evidencia que ella no es en sí ni para sí, no es un auto objetivo... La voluntad libre o libre albedrío es, en consecuencia, un idealismo que no considera la cosas como son, como algo que es en sí y para sí, a tiempo que el idealismo los declara absolutos, pese a que se encuentran en forma de finalidad". (HEGEL, Obras: t. VII, pp. 71 - 72).

De este párrafo podemos inferir varias conclusiones importantes tanto para la justificación ética de la propiedad privada, como para sus deducciones en el campo del derecho y de la organización de la sociedad en torno a estos principios. Cuando Hegel afirma la supremacía de la libertad como condición para la racionalidad de la sociedad, consagra no sólo la premisa de la propiedad privada, sino además del derecho a esa propiedad, como facultad abstracta admitida y sancionada por la sociedad civil, la sociedad burguesa, en la que prima la casualidad mas no el determinismo estamentario de los regímenes anteriores, de ahí la afirmación hegeliana de que "lo que se tenga, por mucho que sea... es una casualidad **jurídica**, como un derecho absoluto del hombre a la apropiación de todas las cosas". (Ibidem, p. 75).

Como puede apreciarse en la teoría de Hegel sobre la propiedad, el elemento constitutivo de la misma es la voluntad libre, que con la propiedad manifiesta su superioridad frente a las cosas. A este respecto Marx manifiesta en la "**Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel**" que la instauración de la propiedad privada condicionó no necesariamente la libertad personal como afirma Hegel, sino la esclavitud asalariada a la que añade Lenin que

"la propiedad privada no está ligada a la libertad sino a la explotación".

La Propiedad y el Contrato

Hegel define a la propiedad privada como **el ser existente de la persona particular** que imprime a la cosa su voluntad singular, por lo que se deduce que todo individuo aspira y tiene absoluto derecho a introducir su voluntad en una cantidad cada vez mayor de cosas, es decir, a convertirlas en propiedad privada, de la misma manera como está facultada a "extraer a su tamaño su voluntad de la cosa dada, enajenarla con respecto así mismo y trasladar voluntariamente su propiedad a otra persona, la cual, también de modo voluntario, desea introducir su voluntad en esta cosa, esto es, convertirla en su propiedad privada"; de este juego de voluntades mediatizadas por la presencia de las cosas, surge **el contrato**, como *conjunto de relaciones que permiten el respeto a la propiedad privada y hacen posible para que las cosas de uno se trasladen al dominio de otros*, cuyo ámbito excluyen el régimen de familia y el Estado. Conjuntamente con la propiedad privada, tanto las relaciones contractuales como las de intercambio, hacen posible la realización de la libertad en la realidad social.

El Contrato y la "Mentira"

Hegel considera que al momento de celebrarse el contrato, se establece la voluntad general, pero queda persistente la voluntad particular, la misma que origina la posibilidad de la "mentira" es decir, la negación de contrato o voluntad general por parte de la arbitrariedad.

La "mentira" como negación es erradicada, sometida a negación por parte del derecho real. Esta negación de la negación -dice Hegel- restablece de nuevo al derecho, pero ya no en calidad de derecho posible, directo, como era al principio, sino como indirecto y real. En su "Filosofía del Derecho" Hegel habla de tres clases de mentira: la "bondadosa", el "engaño" y el "crimen", de las cuales sólo las dos últimas son consideradas violaciones del derecho y por lo tanto merecedoras de castigo para erradicarlas.

El Delito y el Delincuente

Partimos ya de la afirmación de que el acto que contravenga al contrato o a la norma que regula las relaciones sociales, constituyen un delito cuando lleva implícito el engaño o violación del consentimiento y el crimen como negación de los derechos fundamentales de las personas. Aparejado al delito, Hegel asume el estudio del delincuente, proclamando ante todo, el respeto a determinados derechos inherentes a la condición humana, como la dignidad en el sentido que es concebida por los pensadores de la ilustración. Asimismo, reclama como principios básicos el comportamiento humano, el honor, la dignidad y la libertad del hombre, exigiendo que la sociedad respete en el delincuente el principio divino que hay en él", por lo que se le debe prodigar además justicia.

Es el principio divino -señala Hegel- el que le da la posibilidad de conocer lo que es bueno y lo que es malo y le imprime, mediante su **libre albedrío** la elección de lo primero o lo segundo. El propio delincuente con su albedrío -continúa- ha concebido y realizado la

violación del derecho y, por consiguiente, el castigo como instrumento de restablecimiento del derecho del propio delincuente, es un acto de libre albedrío.

"El castigo al que se somete al delincuente, por su forma parece un acto de violencia externa y estatal, pero en realidad no es sino la manifestación de la voluntad interna del propio delincuente. La toma de conciencia de esto es precisamente el paso del campo del derecho, a la voluntad moral". (HEGEL, Obras: t. VII, p. 178 y sigs.).

En esta visión de Hegel sobre el delincuente, puede apreciarse el total menosprecio a las condiciones sociales que generan los actos delictuosos, o factores criminógenos que condicionan la violación de la ley. Igualmente, no vislumbra la posibilidad de condicionantes o determinantes endógenos a la persona del delincuente que, alterando su principio de realidad, le impelen irracionalmente a la ejecución de actos que casualmente coinciden con la tipificación legal; por el contrario, Hegel eleva al delincuente a un rango de ser libre y capaz de auto determinarse y lo convierte a él mismo en sancionador místico de las leyes de la sociedad existente, en tanto que su voluntad libremente prefirió el acto delictivo y aceptó su condigno castigo.

Los Héroes

Hegel crea como elemento ruptural del sistema de valores, una **sui generis** clase de delincuente, al que le dedica una parte considerable de su ética, en aparente contradicción con su principio de castigo al delincuente que contraviene al derecho; admite en este caso, la necesidad dialéctica de la **Mentira del Héroe**,

personaje indispensable para el desarrollo dialéctico de la sociedad y, en el derecho, indispensable para romper el orden existente y otorgar al derecho un nuevo contenido moral, a los que Hegel mira con simpatía pese a ser "violadores de la tranquilidad social", pero que con justicia se merecían el calificativo de héroes. Claro está, en concordancia con su posición de clase en el seno de la sociedad prusiana, admite la posibilidad de existencia de esta clase de personajes, solamente en las sociedades no civilizadas del pasado, sin que tengan la más remota posibilidad en el presente.

La moral

Aspecto trascendental en todo el sistema hegeliano, es el relativo a la moral, en tanto refleja mejor sus opiniones acerca de la praxis individual y social, a la vez que mantiene una estrecha vinculación con los postulados jurídicos y políticos de la sociedad alemana de entonces, caracterizada por la falta de un aparato estatal sólido que reúna las aspiraciones nacionalistas del pueblo germano de los albores del siglo XIX.

Para Hegel la esfera de la moral abarca el aspecto interno de la libertad de conciencia del hombre, es decir, sus convicciones subjetivas, los motivos de conducta, los objetivos y las aspiraciones. Son además las convicciones internas del hombre como sujeto especial que da origen tanto a las acciones buenas como a las inmorales y es más elevada que el derecho abstracto, porque es una fase concreta y verdadera en el desarrollo del libre albedrío. "Como fase subsiguiente en el desarrollo de la ética, la moral es la verdad del derecho abstracto", concluye Hegel (Cfr. Kissiel - Emdin, Op. cit.).

Hegel realiza, como todos los moralistas, una clasificación de las categorías morales, pero en este caso particular, estas características son dialécticas, porque están en contradicción unidad e interacción. Estas son: el **designio**, y la **culpa**; la **aspiración** y el **bien**; y, la **bondad** y la **conciencia**.

Dos categorías igualmente importantes de la moral hegeliana son el designio y la aspiración. Por **designio** debemos entender el deseo singular de la voluntad humana, que se refiere sólo a un acto formal de su conducta. La **aspiración**, en cambio, es la esencia, la verdad del designio, lo que equivale decir, lo universal y determinado que concretamente está contenido en el designio. La aspiración -opina Hegel- sólo es interesante a la voluntad subjetiva, libre, del hombre que piensa y que sea capaz de pensar y razonar lógicamente.

El "**bien**" es otro aspecto de contenido de la conducta humana; es la realización del "derecho del sujeto a plantearse como objetivo de sus comportamientos la satisfacción de sus necesidades, deseos y pasiones, por lo que puede decirse con propiedad que el derecho del sujeto es el derecho del bien, siendo además el bien un momento necesario de la moralidad. En Hegel se da una clara identificación del **bien** con la **felicidad** porque, dice, "es feliz el que ha construido su existencia de tal modo que corresponda a las peculiaridades de su carácter, a sus deseos y arbitrio y de ese modo, él mismo se deleita con su existencia". (HEGEL, Obras, t. III, p. 301).

La felicidad es pues la satisfacción de inclinaciones puramente subjetivas, en cambio el bien, trascendiendo los límites de la subjetividad, está ligado al deber, compaginando el

bien del sujeto con el bien de toda la sociedad, de aquí que Hegel declare que la conservación de la vida es la primera y más necesaria condición para la libertad del hombre, porque resume el requisito básico para la realización del espíritu, la existencia del sujeto en lo objetivo y lo subjetivo, para el cual la razón sea su facultad.

Aparejado al bien surge la categoría de **bondad** a la que define textualmente de la siguiente manera:

"La bondad es la libertad realizada, es decir, lo objetivo, general, necesariamente racional, realizado en la voluntad subjetiva del hombre... es por eso, mirando más adelante, una idea determinada, la unidad entre la noción de voluntad y la voluntad particular". (HEGEL, Obras, t. VII, p. 149).

A partir de la definición de la categoría de bondad, Hegel elabora su concepto del deber, el que consiste en "*tener una comprensión de la bondad y hacer de ella una aspiración y realizarla en la actividad, por ello, todo sujeto aspira a conocer con su conocimiento la bondad*", siendo la **conciencia** el perfecto conocimiento de la bondad y la destreza para definirla por el pensamiento.

"La verdadera conciencia -sostiene Hegel- consiste en la seguridad absoluta del individuo pensante que ha comprendido correctamente la bondad, que la observa de modo riguroso en todos los aspectos y que, invariablemente la realiza en su actividad". (HEGEL, Obras, t. III, p. 305).

Contrario al formalismo ético de sus predecesores en la filosofía alemana, Hegel estuvo consciente de que sólo la actividad práctica del hombre puede marcar de objetividad las cate-

gorías morales, convirtiéndola en praxis social, por ello sostiene que sólo es posible realizar la bondad objetivizándola en la sociedad, en las relaciones entre los sujetos. Por otro lado, al hablar de la conciencia moral, Hegel sostiene que ésta no es aún una verdadera conciencia, en razón de su subjetividad, individualidad y formalidad, por lo que no puede llegar a ser una fuente de legislación social. Su variabilidad se nota especialmente "si la conciencia del individuo se marcha totalmente a los lindes de la subjetividad formal, porque pasa fácilmente del estado de bondad al de maldad. Este tránsito del bien al mal, de lo positivo a lo negativo y viceversa es posible en virtud de la relativa indivisibilidad entre bondad o maldad, porque ambas están consideradas como aspectos de libre albedrío, indivisibles, contrarios, penetrados y negados recíprocamente". (Cfr. Kissiel - Emdin, Op. Cit.).

Finalmente, encontramos un aspecto capital de la ética hegeliana que trata de la **moralidad**, como la conciliación de lo subjetivo y objetivo en la existencia humana.

"... en la moralidad se supera el divorcio entre lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo, que se presenta en el campo del derecho y la moral (...) lo jurídico y lo moral no pueden existir cada uno de suyo, deben tener a la moralidad como su portador y su fundamento, pues el derecho no logra el momento de lo subjetivo y la moral, una vez más, es unilateral ya que apenas tiene subjetividad; de este modo, ambos momentos no tienen de por sí realidad". (HEGEL, Obras, t. IV, p. 334).

En la sección correspondiente a la moralidad, Hegel se preocupa de lo que hoy en lenguaje Gramsciano podríamos definir como

la vida cotidiana del individuo en sociedad. No es ya la preocupación abstracta por los problemas del derecho o el devenir del espíritu, sino de las relaciones de los hombres dentro de una sociedad organizada. En primer lugar, su preocupación gira en torno a la constitución o significado social, jurídico y moral de la familia, del vínculo matrimonial, las relaciones entre sus miembros, etc. y luego, aborda los problemas referidos a la sociedad civil, como receptáculo de mayor interacción entre los individuos, que hace posible la existencia misma de los hombres.

La familia -dice Hegel- es la forma inferior de desarrollo de la moralidad a la vez que es la fase en buena medida **inconsciente** de las relaciones sociales, por lo que el individuo no debe aconsejar encerrarse en un círculo familiar estrecho. La familia -prosigue- es una unidad necesaria y social de esposos e hijos, basada en el sentido natural del amor y la confianza mutuos, cohesionados por el matrimonio, que por su parte es un amor jurídico moral y en realidad, muy diferente de la apreciación kantiana del matrimonio como un contrato comercial entre el hombre y la mujer para la utilización recíproca de sus órganos sexuales, concepto que a Hegel le parece repulsivo y vergonzoso, sin embargo de que cree que el amor sexual debe ser dispuesto en el matrimonio y tener una significación intelectual y moral, porque el matrimonio convierte en moral la fusión de dos personas de distinto sexo en una sola persona. Cfr. (HEGEL, Op. Cit. t. III, p. 308).

Finalmente, reconociendo explícitamente la capacidad legislativa de la sociedad sobre la familia, Hegel recomienda que todos los miem-

bros de la familia observen por deber, rigurosamente, las relaciones jurídicas y materiales establecidas por la sociedad.

La sociedad civil

Se afirma que es en la Sección relativa a la sociedad civil, en la cual Hegel vierte la mayor parte de los contenidos éticos de su sistema e inclusive hay quienes afirman que aquí se proponía Hegel convencer al lector, de que en el **mundo contemporáneo** todo es racional y moral y que, pese a sus aparentes deficiencias en el mundo **hay que situarse en la realidad** y que para este pensador la sociedad civil se presenta ante todo como un **sistema de necesidades**, esto es, como una conexión regular de los propietarios privados en un sólo sistema social. Las diferentes necesidades humanas en cuanto se refiere a comida, vestido, vivienda, etc., pueden ser satisfechas con los correspondientes productos obtenidos por el trabajo.

Cuando se refiere a la sociedad civil y las formas como su constitución propicia la integración dialéctica de los elementos universales y singulares que lo integran, este autor no desconoce, peor ignora, la fuerza de las contradicciones que el modo de producción capitalista genera incesantemente, ni se desentiende de los conflictos sociales producidos por la miseria y la sobreexplotación de las masas trabajadoras en las cada vez más numerosas factorías, principalmente en la zona baja del Rhin, como Baviera, Frankfurt del Main; antes por el contrario, afirma que los antagonismos clasistas son el producto de un excesivo lujo y acumulación de riqueza por parte de unos, frente a un cuadro de miseria y desgaste físico

y moral **en ambos lados**. No obstante la dura realidad social, Hegel con gran optimismo defiende y canoniza el régimen de libertad burguesa y de organización capitalista del Imperio Prusiano. A continuación, citamos un extracto de uno de sus textos.

"La dialéctica de lo universal y singular, y de su paso a sus contrarios en el sistema de necesidades de la sociedad civil, consiste en que el individuo, al buscar de manera consciente exclusivamente sus intereses egoístas, en realidad está trabajando para la satisfacción de las necesidades de toda la sociedad, de todos los demás individuos y éstos también trabajan para la satisfacción de las necesidades de aquél (...) y ninguno de los miembros de la sociedad se percata de que dicha mediación de la satisfacción lograda por el trabajo de todos constituye en logro común". (HEGEL, Introducción a la Filosofía, t. III, p. 309).

De aquí se puede concluir con Hegel, que la satisfacción de las necesidades colectivas parte de la satisfacción de los intereses egoístas, lo que da por resultado el surgimiento de la sociedad civil, llamada a conectar los intereses y actividades de los diferentes sectores **aparentemente** contrapuestos, lo cual se justifica en tanto la Alemania de su época se esforzaba por constituirse en una sociedad organizada jurídica y políticamente en torno a los intereses de la burguesía industrial, agraria y comercial que había asumido, por su cuenta, el control en el manejo de la economía y sin embargo, no podían liberarse de las ataduras políticas e ideológicas de un feudalismo decadente.

Hegel se esforzaba por eternizar apologeticamente la polarización de clases en la

sociedad civil, extrayendo sus bases (la desigualdad material) de "las desiguales aptitudes naturales, corporales y espirituales del hombre". (Cfr. Kissiel - Emdin, Op. Cit. p. 86).

Hegel no se detuvo en la identificación calumniosa del proletariado de la sociedad burguesa con el "lumpen - proletariat", y le atribuía el deseo de no trabajar y el afán de lograr de la sociedad gratuitamente, sin trabajar, todos los medios de subsistencia. Asimismo, moralmente ilustró y eternizó la estructura estamental de la sociedad, la cual extraía de los momentos lógicos del **concepto moral** y de la división del trabajo en la sociedad civil. (Ibidem, p. 88).

En su análisis de clase sociales, Hegel agrupa los diferentes sectores productivos y sociales en torno a la rama de actividad, naturalmente al margen de los principios de la ciencia económica, y las denomina **capas sociales** y son las siguientes: La **sustancial** que es aquella dedicada al cultivo de la tierra y encargada de la producción de alimentos y materia prima para el vestido; la capa **industrial**, destinada a la elaboración de productos de la naturaleza, es decir, a la actividad transformadora fabril; y, la capa **universal**, conformada por la burocracia estatal, los servidores públicos, empleados y subalternos, quienes son "supuestamente los defensores de los intereses generales de la sociedad".

La condición para la existencia del individuo es pues la existencia en sociedad, única forma capaz de individualizarlo como persona y dar sentido a su acción. De tal modo, la pertenencia a cualesquiera de los sectores o capas estamentales es un requisito para su supervivencia y realización como persona hu-

mana, además, única forma de conciliar lo universal con lo singular.

“La destinación moral de los estamentos consiste en que éstos, al abarcar a todos los ciudadanos garantizan la tranquila unidad de la sociedad, el particular estado de ánimo del individuo”.

“El hombre sin estamento no es más que una persona particular y no se encuentra en la universalidad real”. (HEGEL, *Ibidem*, p. 229).

El propósito de su teoría fue el de difundir la convicción de que era posible vivir en armonía en una sociedad de clases como la capitalista de su época y que, las contradicciones enunciadas en el desarrollo de la dialéctica cumplían con su postulado de la superación pacífica de las contradicciones, en virtud de la existencia del Estado y de sus diferentes órganos, basados todos ellos, en la distribución equitativa de la justicia y en la observación positiva del mandato legal, como un imperativo para garantizar la estabilidad de la sociedad, la instauración de la idea moral y la permanente convivencia en virtud de la moralidad inherente a la sociedad civil. A partir de aquí, Hegel reclama una organización bien definida y universal de la administración de justicia que vele por la satisfacción de las demandas sociales y precautele la paz y de hecho, defiende a la propiedad privada, por ello para este filósofo la vida moral de la sociedad burguesa se encuentra plenamente reflejada precisamente en la administración de justicia a través del **poder judicial**, como instancia jurídica más alta del poder estatal.

A continuación exponemos un conjunto de reglas y recomendaciones hegelianas sobre la organización del poder judicial, sobre los

jueces, procesos y litigantes, frente al ejercicio del derecho.

* Requiere, en primer lugar, la existencia de códigos legales debidamente organizados y sistematizados, a fin de dar claridad sobre la declaración de derechos y facultades legales, al tiempo que critica la “enfermedad alemana de la absoluta perfección del código de leyes, que impide que éste pueda ser apto para todos los tiempos”.

* Proclama la igualdad jurídica de las personas frente a la ley, en contraposición al sistema de privilegio del régimen feudal anterior, esta igualdad “incluye a los gobernantes en la esfera de asuntos particulares”.

* Propone que las sentencias de los jueces y magistrados, con las cuales se dé término a los litigios puestos a su decisión, se basen en las pruebas objetivas constantes en el proceso, manifestándose contrario a la decisión nacida de la arbitrariedad.

* Asimismo, contrario a la práctica judicial del feudalismo, aboga por la publicidad de los procesos, porque, dice, es de por sí injusto el enjuiciamiento sin el apercibimiento del encausado o demandado.

* En cuanto a las condiciones de los jueces y magistrados, dice que éstos deben ser jurados de conciencia o de jueces juramentados, con el objeto de garantizar su probidad e imparcialidad.

* Como un elemento auxiliar de la administración de justicia, coloca a la policía, la cual dice “está llamada a garantizar el orden exterior en la sociedad... conscientemente regula las relaciones entre los productores y consumidores de la sociedad civil, debe además luchar contra el deseo de no trabajar, contra la maldad y otros vicios...”.

El Estado

Como habíamos señalado en páginas anteriores, el filón ético principal del pensamiento hegeliano, lo encontramos en su obra la “**Filosofía del Derecho**”, en la cual el autor plantea como problema ético central la definición teórica del mejor tipo racional, la mejor forma de Estado, y de las obligaciones morales de los ciudadanos en relación con él, así dice:

“El Estado es la forma superior del espíritu mundial, y es una realidad de la idea moral, esto es, como unidad de esencia y fenómeno de la idea moral”. (HEGEL, *Obras*, t. VII, p. 310).

Hegel consideró que el Estado no sólo estaba llamado a conciliar los intereses antagónicos existentes en la sociedad, sino que consideró a su propia naturaleza, al margen de las particularidades de la vida social, como un resultado del desarrollo de la idea a partir de la idea absoluta que, como vimos, era identificada teológicamente con la divinidad. No es, por esto, equivocado pensar de que Hegel en otros términos, atribuía un origen divino a la existencia del Estado, lo que inclusive llegó a considerarlo como una “realidad eternamente existente”, al margen de la existencia de la sociedad privada sin organización estatal; sin embargo de esta afirmación, Hegel criticó y se opuso tenazmente a la fundamentación teológica del Estado feudal que justificaba por la fe el absolutismo, de la misma manera como rechazaba la afirmación de los teóricos de la ilustración que veían en el Estado un instrumento destinado al servicio de los particulares. El Estado es ante todo el fundamento de la estructura social, primario con respecto a la familia y a la sociedad civil, según Hegel.

Por otro lado, como planteamiento clásico del hegelianismo encontramos la afirmación de la subordinación general al Estado y la obediencia incondicional a sus intereses, a partir ante todo de “la propia convicción racional que es la que obliga a la gente a obedecer al Estado”.

Esta preeminencia absoluta del Estado sobre la sociedad y los individuos se ilustra en el siguiente texto extraído de la “**Filosofía del Derecho**” y que dice:

“... todos los valores del hombre, toda su realidad espiritual, existen exclusivamente gracias al Estado... pues lo verdadero es la unión de la voluntad universal y subjetiva y lo universal existe en el Estado, en las leyes... Sólo la voluntad que se somete a la ley es libre... en razón de que la voluntad subjetiva del hombre se somete a las leyes y por eso desaparece la contraposición entre necesidad y libertad”. (HEGEL, *Obras*, t. VIII, p. 38).

La monarquía como forma de gobierno

No sólo es importante la consolidación del Estado como órgano regulador de las relaciones de las voluntades y los intereses particulares, sino que es preciso que el administrador de este poder se encuentre predeterminado para quienes en mejor forma encarnan su espíritu, es decir la libertad. De ello sigue Hegel en su análisis ético del Estado, que la mejor forma de gobierno es la monarquía constitucional, por significar el máximo adelanto moral y que determina la mejor forma de estado, opinión que se explica mejor en tanto nos damos cuenta que Hegel escribió la “**Filosofía del Derecho**”, precisamente cuando la reacción conservadora resulta triunfante con la restauración

de la Casa de los Borbones en la Corona Prusiana.

En una exaltación, que para muchos críticos significa una actitud oportunista de Hegel frente a una monarquía prusiana, Hegel afirma que "toda la humanidad encontró su desarrollo superior y **culminante** en la monarquía estamental de Federico Guillermo III de Prusia". No obstante, cualquier calificativo de oportunismo, sin más, es por lo menos una ligereza que evita conocer los fundamentos históricos y filosóficos del pensamiento de este filósofo alemán que supo "pensar y expresar su tiempo" -para utilizar su propia expresión-, en tanto en ese país recién se estaban suscitando los cambios que en Inglaterra y Francia se habían producido mucho tiempo atrás y que en el primer caso significó el tránsito pacífico del estado feudal al burgués, de idéntica forma como en el país de los Junkers se transitaba igual camino, a pesar de la ausencia de un régimen de integración política y nacional.

El pensamiento eminentemente dialéctico no podía estar ausente de sus discusiones acerca de las formas de Estado y de gobierno, porque de suyo significaría que sólo en este único caso aborda los problemas de la historia y la sociedad desde la apreciación empírica y positiva de la sociedad. Por el contrario, Hegel sostiene que el Estado y Gobierno bajo la forma de monarquía constitucional es el mejor y perfecto, recurriendo a su propia dialéctica específicamente a la ley de la negación de la negación, "en la cual la tesis es lo universal en forma de poder estatal monárquico, patriarcal o militar, la antítesis es lo singular en forma de aristocracia y democracia y, en fin, la síntesis de lo universal y singular que es de nuevo el poder

monárquico sobre una base nueva y superior, con la constitución y separación de poderes que se complementan recíprocamente y constituyen un todo orgánico y único para lograr un sólo objetivo. En esta fase el Estado es la libertad racional, que objetivamente toma conciencia de sí y que para sí es verdadera". (HEGEL, Obras, t. VIII, p. 455).

En definitiva, para Hegel la forma jurídica concreta del Estado **racional** es la monarquía constitucional, es decir, **la monarquía en el marco de la legalidad**. Este planteamiento exige, consecuentemente, explicar dos aspectos muy importantes. Primero, cuál es la fuente de la capacidad del monarca para ejercer el poder y ser el depositario de la representación del Estado; y, segundo, cuáles son los medios a través de los cuales se construye la legalidad sobre la cual se asentará este nuevo tipo de monarquía.

Para el primer caso, Hegel radica la soberanía del Estado en la persona del Monarca, por cuanto la soberanía nacional **como objeto autónomo** se encuentra en el marco de la **idea moral** -que no conoce desarrollo en el espacio ni en el tiempo- en tanto que, **como sujeto**, no puede encarnarse en la multiplicidad del pueblo, sino en la singularidad del monarca, por lo que un pueblo sin monarca no es sino una muchedumbre caótica que no sabe lo que quiere y que le convierte en una masa informe, inmoral y salvaje, por lo que no debe ejercer ninguna influencia decisiva en los asuntos del Estado.

En lo segundo, esto es, en cuanto al marco de la legalidad que confiera a la monarquía un nuevo contenido, admite la necesidad de un órgano legislativo y judicial que legisle y apli-

que la ley dentro de los principios de legalidad e igualdad jurídica de los ciudadanos. Estas leyes surgirían de la voluntad del monarca y de un parlamento elegido mediante el sufragio, cuyo derecho deberá concederse exclusivamente a los súbditos pertenecientes a las capas altas de la burocracia (funcionarios del Estado, como los llama Hegel), a la nobleza feudal en orden de sucesión hereditaria y a la gran burguesía, bajo el argumento de que sólo pueden tener responsabilidad moral frente a los intereses del Estado, quienes mayores intereses tienen en su permanencia y armonía, "porque la voluntad del pueblo, encarnada en la democracia y la república, corresponde a la fase inferior del desarrollo de la idea en la historia humana".

Marx y Engels, al criticar la teoría hegeliana sobre la "**personificación y humanización**" de la soberanía en el monarca, cuya condición está marcada por el derecho a la sucesión hereditaria, señalan que en tal caso el nacimiento determinaría la calidad del monarca "del mismo modo como determina la calidad del ganado -y añade- El **cuerpo** del monarca determinaría su dignidad. La instancia, decisiva en la más alta cumbre del Estado, sería, de esa suerte, la **naturaleza física** en vez de la razón". (Cfr. K. Marx, "Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel", pp. 45 y sigs.).

Para completar su visión sobre la conformación del Estado, Hegel anota que si bien éste está llamado a conciliar los intereses antagónicos o la voluntad universal con la singular, también debe estar preparado para las amenazas de la **urgencia** interna o externa, por lo que se requiere del **poder militar** que es un aspecto determinado del mismo Estado en

dirección hacia el exterior. En este sentido, Hegel no sólo valora positivamente la guerra como defensa de la soberanía del Estado y de la paz para la sociedad civil, sino que también cree que ella "preserva a los pueblos de la descomposición, que vendría irremediablemente a consecuencia de una paz prolongada y con mayor eterna", calificando a la propuesta kantiana de la "paz perpetua" como una hablada sin contenido y una perniciosa utopía. (HEGEL, Op. Cit. t. VII, p. 344).

Vale recordar que muchos de los argumentos sobre la guerra expuestos por Hegel en la "Filosofía del Derecho", fueron profusamente utilizados por el militarismo alemán, inclusive desde los albores de la unificación de los Estados Alemanes conducida por Bismark a finales del siglo XIX y que a la postre desembocaron en la II guerra mundial.

A manera de conclusión podemos sintetizar los aspectos más destacados del planteamiento hegeliano sobre la ética, la moral y el Estado, en el sentido de que no sólo la doctrina sobre el derecho abstracto y la sociedad civil, sino también la teoría del Estado de Hegel, parten de la premisa sobre la racionalidad del régimen social y político burgués y que por lo mismo está profundamente penetrado de idealismo burgués; que, como dice Antonio Gramsci, puede considerarse a Hegel como el precursor de las revoluciones liberales suscitadas durante el siglo XIX o con lo que afirma F. Gregoire en el sentido de que en Hegel el individuo y el Estado están íntimamente ligados, de tal modo que el objetivo del hombre en particular es el Estado y el de éste es el individuo en particular. ■

NOMINA DEL PERSONAL DOCENTE DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

Decano de la Facultad: Dr. Jacinto Cordero Espinosa

Subdecano de la Facultad: Dr. José R. Peña Ruiz.

ESCUELA DE DERECHO:

Dr. Teodoro Coello Vázquez: **Rector de la Universidad de Cuenca**

Dr. Claudio Cordero Espinosa

Dr. Pedro Córdova Alvarez

Dr. Teodoro Ordóñez Monsalve

Dr. Blasco Alvarado Vintimilla

Dr. Hernán Coello García

Dr. Max Coellar Espinoza

Dr. Pablo Estrella Vintimilla

Econ. Medardo Mora Peña

Dr. Remigio Ochoa Chica

Dr. Patricio Cordero Ordóñez

Dr. Florencio Morales Torres

Dr. Edgar Coello García

Dr. Francisco Carrasco Vintimilla

Dr. Homero Moscoso Jaramillo

Dr. Raúl Andrade Zea

Dr. Jorge Morales Alvarez

Dr. Caupolicán Ochoa Neira

Econ. Max Bernal Villa

Dr. Carlos Castro Riera

Dr. Rubén Tenorio Oramas

Dr. Gabriel Tenorio Salazar

Dr. Leonardo Moreno Aguilar

Dr. Fernando Domínguez Dávila

Dr. Teodoro González Argudo

Dr. Kaiser Machuca Bravo
Dr. Edgar Tamayo Jaramillo
Lcdo. Manuel Quesada Orellana

ESCUELA DE TRABAJO SOCIAL:

Lcdo. Eloy Palacios Espinoza: **Director de la Escuela**
Lcdo. Raúl Eduardo Gómez
Lcdo. Luis Araneda Alfero
Lcdo. Raúl Castillo Poblete
Lcdo. Víctor Vanegas Campoverde
Lcda. Cecilia Castro Ledesma
Lcda. Diana González Montesinos
Lcda. Lucila Bermúdez Coronel
Lcdo. Edmundo Maldonado Samaniego

SECRETARIO PROCURADOR DE LA FACULTAD:

Dr. José Aguilar Contreras

AUXILIARES DE SECRETARIA:

Maribel Vintimilla Barzallo
Graciela Encalada Ochoa