

PRESENTACIÓN

MARCOS KAPLAN

Los trabajos que integran esta compilación se caracterizan por el hecho de que, a más de su mérito intrínsecamente científico, representan una reacción contra tendencias que han deformado y frenado en América Latina, pero no sólo en ella, el avance del Derecho por una parte, y de las Ciencias Sociales por la otra, sobre todo en lo referente a la problemática del Estado y del sistema jurídico. Varios fenómenos y procesos han convergido, desde los orígenes y a través de movimientos diferentes, en la producción de esta lamentable situación.

Desde el punto de vista de las Ciencias Sociales en su conjunto, han prevalecido teorías cerradas y estáticas que fragmentan y simplifican la realidad, limitan y degradan su interpretación. El conocimiento de la sociedad se fragmenta en disciplinas particulares. La disociación y la mutua clausura se dan ante todo entre las ciencias naturales y las ciencias humanas y sociales. Las segundas, además, se escinden y compartimentalizan, generan sus propias deformaciones científico-ideológicas y sus veleidades de imperialismo académico y técnico. La historia y el historicismo, la economía y el economicismo, la sociología y el sociologismo, la psicología y el psicologismo, la ciencia política y el politicismo, contribuyen a fracturar y disociar la realidad humana y social. Escamotean y abandonan lo global y lo social; lo pulverizan en lo parcial y lo puntual, para que la totalidad y la especificidad subsistan sólo como agregado mecánico de fragmentos convertidos en meros temas de investigación.

La sociedad es separada en instancias. Lo económico, lo social, lo cultural-ideológico, lo institucional, lo jurídico, lo político, lo internacional, son presentados como dominios distintos que se fetichiza y se elabora en abstracto, se disocia y se superpone, o se mezcla y se confunde, sin captación de las conexiones y articulaciones ni del movimiento global en el cual cada término nunca deja de ser activo. Las instancias aparecen como partes de algún modelo en que todas son en principio influyentes, pero con el predominio de una de ellas que somete a las

demás a un condicionamiento rígido y a una determinación causal-linear o por acción mecánica.

La primacía de estas tendencias han implicado en particular el desdén de la investigación científica del Derecho, o su reducción a un papel subordinado o reflejo de otras estructuras, actores y procesos, como simple forma, producto pasivo de la base económica o del conflicto de clases, mero instrumento en manos de la clase dominante, que sólo puede progresar de manera heterónoma, por el impacto y la regulación impositiva de cambios dados en otras instancias.

A la inversa, pero simultáneamente y en concomitancia o en convergencia hacia los mismos resultados esterilizantes o negativos, se ha ido dando un proceso de crisis del Derecho y del papel y del aporte de los juristas. La crisis del Derecho en el siglo xx, y sobre todo en las décadas más recientes, es evidentemente un fenómeno universal. Es ante todo la crisis del sistema socioeconómico, cultural y político del capitalismo liberal; y por lo tanto, la crisis de un orden jurídico universal, elaborado y perfeccionado en el curso de varios siglos, y que durante un cierto lapso histórico pareció adecuado para asegurar el progreso, la libertad y la justicia en cualquier país del mundo. La crisis que el sistema global del capitalismo liberal, y con él su Derecho, va evidenciando en el siglo xx está ligada con la tremenda marea de transformaciones y conflictos que dicho sistema ha venido sufriendo en escala mundial. Factores y manifestaciones a la vez de esta crisis son, entre otras: la puesta en tela de juicio de la noción de progreso rectilíneo y continuado; la evidencia de la imposibilidad de aplicar un modelo único de organización socioeconómica, política y jurídica; la exigencia de cambios más o menos generales y rápidos, y su conflicto con la perduración de las estructuras heredadas; el creciente papel del Estado, de su intervencionismo y de su sector público; los proyectos e intentos de planificación; la difusión de regímenes totalitarios; etc.

Tales procesos y problemas han repercutido necesariamente en el ámbito de lo institucional y jurídico. A mero título de ejemplificación, basta mencionar lo ocurrido con el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Civil. La crisis y transformación del *Derecho Constitucional* están directamente ligadas con los fenómenos de crecimiento global y centralización del poder, de hipertrofia del Ejecutivo en desmedro del parlamento y de los tribunales; con la multiplicación de funciones y áreas de acción del Estado; con el incremento de los poderes de coacción, control y regulación; con el replanteo del ámbito y vigencia de los derechos humanos, sociales y políticos; con los controvertidos problemas que giran alrededor de la relación planificación-libertad.

En cuanto al *Derecho Administrativo*, el siglo xx, como bien lo señalara hace tiempo Marcel Waline, es el momento simultáneo de su mayor importancia y de su crisis aguda. Problemas como la necesidad de poner límites al discrecionalismo administrativo, la responsabilidad del Estado, la figura del contrato administrativo, la estructura y dinámica de los servicios públicos, la emergencia de agencias y corporaciones públicas de nuevo tipo, la expansión y complejidad de la burocracia estatal, los tribunales administrativos: todos ellos han planteado y mantenido la discusión sobre el dominio de aplicación, los principios básicos, la posibilidad o la imposibilidad de sistematización del Derecho Administrativo.

En lo que se refiere al *Derecho Civil*, es suficiente recordar los problemas surgidos de la modificación y de la crisis del régimen de propiedad (restricciones, abuso del derecho, control sobre los monopolios, actuación empresarial del Estado) y del régimen del contrato (standardización, control público sobre los términos, el Estado como parte, la teoría de la imprevisión, la negociación colectiva de los convenios laborales y, en general, la creciente institucionalización del contrato). Sustrato común de estos procesos y fenómenos es el hecho de la creciente interpenetración de los elementos de Derecho Público y de Derecho Privado.

Importa señalar que la crisis del Derecho no se limita al ámbito del capitalismo desarrollado, sino que adquiere una dimensión universal, al darse también casi simultáneamente, aunque con factores, procesos, formas y matices específicos y divergentes, en los regímenes posrevolucionarios y de planificación centralizada del bloque soviético y fuera de él, y en el llamado "Tercer Mundo". En América Latina, el proceso de cambio y la marea de conflictos de las últimas décadas han repercutido en el ámbito de lo institucional y lo jurídico, generando crisis específicas en el Derecho y en la función, la práctica y la imagen de los juristas. Éstos han adoptado ante la crisis tres tipos de actitudes.

Una parte considerable de ellos tiende a atenerse rígidamente a la letra de la ley, considerada como fija y estática, y utilizada como mero instrumento de conservación. Otra parte no desdeñable de los juristas prefiere refugiarse en la abstracción, el formalismo, la pura especulación y la falsa sutileza. Un sector todavía minoritario aunque en aumento busca a la vez cumplir el examen crítico global de la estructura, el significado y la función reales del Derecho, y utilizar la ley como instrumento flexible para conformar, ordenar o suscitar nuevos y progresivos desarrollos socioeconómicos, políticos y culturales.

Los fenómenos y procesos universales de la crisis del Derecho y de la gama de reacciones de los juristas ante dicha crisis adquieren ciertos

matices específicos. Los juristas han tenido un considerable papel inicial en la historia latinoamericana. Fueron promotores de la independencia y de la organización, y tuvieron en las mismas una fuerte participación doctrinaria, técnica y práctica, llegando a obtener frecuentemente posiciones de poder y prestigio en la política, el gobierno y la administración. A su cargo estuvo la elaboración de un modelo institucional y jurídico, importado de Europa y Estados Unidos, formalista, divorciado en muchos aspectos de la realidad y dotado de cualidades casi mágicas para cumplir la modernización y progreso de los países de la región. En relación con ello, y con el tipo de estructura socio-económica y de sistema político que se fue desarrollando, se produjo también la hipertrofia de la enseñanza y de la práctica del derecho, con acentuados rasgos de formalismo, de privatismo, de énfasis libresco y carencia de sentido realista, de predominio de lo normativo y de lo formulario sobre lo vital y dinámico. A ello se agregó, siempre en cuanto a la enseñanza y la práctica del Derecho, un doble sentido de aristocratismo y de desarraigo del país en beneficio de la alienación a lo foráneo. El resultado fue un sistema institucional y jurídico que, en su letra y sobre todo en su espíritu y en su aplicación, tuvo escasa relación con los intereses vitales y las exigencias específicas de sociedades atrasadas y necesitadas de cambios sustanciales; un sistema que, junto con una parte considerable (no la totalidad) de los especialistas letrados, funcionó casi siempre para la legitimación y promoción de la sociedad tradicional, de los intereses dominantes y de los regímenes vigentes.

Las vicisitudes tumultuosas y dramáticas de América Latina en las últimas décadas han generado o puesto cada vez más a plena luz la crisis del sistema jurídico y del papel de los juristas en los países de la región. Frente a la vigencia de condiciones cada vez más inadecuadas para posibilitar e impulsar el crecimiento económico, el cambio social, la democracia efectiva, la creatividad autónoma de la cultura y la ciencia, la independencia internacional, una legislación fetichizada aparece concebida en la mayoría de los países latinoamericanos como algo estático y rígido, como arma de conservación más que instrumento de libertad y justicia. Identificados como enemigos activos o, en el mejor de los casos, como obstáculos pasivos contra el cambio social, el sistema institucional y legal y los juristas tienden a caer en el descrédito. El jurista por añadidura parece estar ausente de los procesos y decisiones atinentes a los problemas del desarrollo, o por lo menos en posición secundaria y desmedrada. Los planes son elaborados y ejecutados por dirigentes políticos, administradores públicos, economistas, sociólogos, ingenieros, médicos, educadores. El jurista, o bien

está ausente (y según un conocido dicho francés *les absents ont toujours tort*, los ausentes nunca tienen razón), o aparece como mero técnico, con escala o nula participación en lo que se discute, acuerda y ejecuta en los niveles relevantes del sistema nacional de decisiones.

En un texto dedicado al análisis de los *Aspectos políticos de la planificación*, me referí ya hace tiempo a las implicaciones que el marco jurídico-institucional tiene para ese problema: “El marco jurídico-institucional, elaborado para una sociedad estructuralmente más sencilla, y para la operación del modelo primario-exportador de crecimiento, resulta inadecuado para las exigencias y políticas de un desarrollo planificado. Éste carece de normas constitucionales y de legislación específica que den bases y perspectivas ciertas a la planificación como función legitimada del Estado. Los intentos de planificación quedan sometidos a las vicisitudes e incertidumbres emergentes de un conglomerado heterogéneo y contradictorio de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, correspondientes a los niveles nacionales, provinciales y municipales, y emanadas de los poderes legislativos y ejecutivos y de las decisiones jurisprudenciales. La situación se ve agravada además por la existencia de regímenes federales y de entes públicos descentralizados. Se carece además de un número suficiente de juristas, dotados de mentalidad innovadora, imaginación, independencia de criterio, valor político y solidez técnica, capaces de desafiar a los enemigos y obstáculos del desarrollo, y de contribuir al mejor uso, a la adaptación y a la modificación de las normas e instituciones existentes, para la solución de los problemas planteados por la planificación. Los juristas, ya sea en función de abogados, de magistrados, de legisladores o de funcionarios, se desempeñan en su mayoría como agentes de justificación y defensa del sistema social y de los regímenes vigentes, disfrazados a menudo a través de la identificación con un profesionalismo en apariencia neutral.”

La necesidad y la posibilidad de superar positivamente esta crisis han comenzado a ser vislumbrados por un número considerable de juristas de alta calidad en la mayoría de los países de América Latina, y a penetrar en la orientación y el contenido de actividades de más de una escuela de Derecho y de algunos centros de investigación jurídica de la región. Ello, con ser altamente estimulante, no exime de la exigencia de un replanteo en profundidad, sobre todo en cuanto al señalamiento de algunos prerequisites y avances que a su vez exigen cambios en las actitudes y prácticas de los juristas y de los otros científicos sociales de la región.

El Derecho y las Ciencias Sociales, en forma separada, no pueden agotar lo real, ni encerrar su objeto de actividad y su práctica especí-

fica en paradigmas rígidos. La Ciencia del Derecho y las Ciencias Sociales están condenadas a la apertura, al inacabamiento, a la incertidumbre, a la extensibilidad de lo desconocido, al interminable esfuerzo de conocimiento. No pueden ni deben autoencerrarse en el exclusivismo feudal de un ámbito restringido, sino considerarse partes del esfuerzo hacia una Ciencia del Hombre que aún no existe, aunque quizás esté comenzando ya a emerger. El desafío y la exigencia implican una restructuración de la configuración general del saber sobre lo humano y social, la creación de brechas en los paradigmas cerrados, la apertura de cada dominio del conocimiento hacia los otros, el desarrollo y la primacía de un pensamiento y de una teoría de tipo transdisciplinario para sistemas abiertos, multidimensionales y complejos.

Para las Ciencias Sociales la renovación requiere el rescate de la naturaleza específica, la autonomía relativa, la lógica propia del Derecho como instancia fundamental de una sociedad, y su capacidad de retroacción, de condicionamiento y determinación sobre las otras instancias, aspectos y niveles de la sociedad. El Derecho cumple funciones básicas. Es coproductor, corregulador, y comodificador de estructuras y procesos. Autoinstitucionaliza el poder del Estado. Impone una coherencia mínima sobre el caos de intereses, iniciativas y conflictos de clases, grupos e individuos. Institucionaliza y regula, a través del régimen y la variedad de contratos, la instancia específicamente social, ubicada entre lo económico y lo político. Fija las reglas del juego social y de la adquisición el uso y los resultados del poder. Mantiene la continuidad de la imagen que la sociedad tiene de sí misma y de su sistema de valores. Regula la asignación de recursos y la distribución de bienes, servicios, ingresos y oportunidades, entre grupos e individuos.

Para los juristas, la apertura inter o transdisciplinaria implica la incorporación de enfoques y conocimientos que permitan rescatar la importancia de los elementos antes indicados. Ello permitirá a los juristas reconocer su deber y legitimar su derecho de participación en los procesos de crisis, cambio y progreso histórico de sus sociedades.

Resulta insuficiente o imposible formar un jurista a la altura de las exigencias de la sociedad latinoamericana que se acerca al siglo XXI, si no se le dota de un enfoque crítico global sobre el significado del Derecho en toda sociedad históricamente conocida. La importancia del Derecho y de los juristas actualizados y progresistas deriva en gran medida del hecho que, por su propia naturaleza, el sistema legal contribuye a dar la clave de una sociedad, permite descifrarla y revelar sus caracteres específicos, sus contradicciones y límites pero también sus posibilidades de innovación y progreso histórico.

El nuevo jurista debe ser fiel a las necesidades y exigencias más altas de su pueblo y de su país, del mundo y de la época en que vive. “La historia de las ideas, recordó José Medina Echevarría, nos muestra que jamás la especulación jurídica en sus grandes momentos ha sido una construcción espectral, sino instrumento de organización, medio de lucha y depósito de creencias e ideales.” Los grandes filósofos modernos de la política, el Estado y el Derecho: Maquiavelo, Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Hegel, Marx, Tocqueville, Max Weber, etc., han demostrado cómo un apasionado compromiso con los problemas del propio tiempo histórico no impide sino que por el contrario promueve y alimenta un vigoroso adelanto del pensamiento científico. Ellos elaboraron sistemas totales de vida humana, teorías del hombre, de la sociedad y de la historia; buscaron formular grandes principios, sustentándose en problemas fundamentales y realidades concretas y tendiendo a ofrecer soluciones; de allí su resonancia histórica, en su tiempo y en su proyección hacia nuestro presente y nuestro futuro.

El nuevo jurista no puede ni debe aceptar el Derecho como instrumento de opresión, conformismo ni evasión. No puede tampoco reducirse a la mera manipulación y a la aplicación de códigos y leyes como algo ya dado para siempre, como realidad rígida e inmutable. Debe huir de la abstracción, del formalismo, de la pura especulación y de la falsa sutileza; evitar a la vez el ritualismo y la jerga; preocuparse por la simplicidad, la racionalidad, el realismo.

El nuevo jurista debe contribuir a revitalizar el Derecho, superando en lo posible sus limitaciones originales y estructurales, a fin de convertirlo en creencia positiva, estímulo vital, fuerza de sostén y de lucha para el hombre común y para el propio jurista, instrumento flexible para dar forma y orden a los cambios sociales y políticos. Un aspecto esencial de lo planteado se refiere a la necesidad de elaborar soluciones y estructuras políticas, institucionales y jurídicas que faciliten y promuevan las transformaciones necesarias en la economía y sociedad, la cultura y el Estado.

De todas estas maneras podría contribuir el jurista de nuevo tipo a insertar en la realidad social en que vivimos los postulados ideales que siguen siendo herencia valiosa y patrimonio irrenunciable y siempre actual, aunque en gran medida todavía irrealizado, de la especie humana: libertad, justicia, igualdad, progreso, plena expansión de la personalidad humana, reconciliación aproximativa de las antinomias entre el polo individual y el polo social.

Desde formaciones y perspectivas no siempre coincidentes o distintas, con diferentes preocupaciones y énfasis, los autores de los trabajos compilados en este volumen comparten en lo esencial el interés

por la problemática expuesta e intentan darle respuesta a través de su actividad de investigadores, publicistas y docentes universitarios. El orden en que los trabajos aparecen responden al nivel de abstracción descendente en que sus objetos y contenidos son tratados. Por esta razón aparezco en primer término con mi texto *Estado y sociedad — El problema de la autonomía relativa*. Los tres trabajos siguientes están referidos al análisis de poderes del Estado en México y América Latina. El doctor Jorge Carpizo, actualmente director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, contribuye con sus *Notas sobre el presidencialismo mexicano*. El doctor Héctor Fix-Zamudio, ex director y actual investigador del mismo Instituto, analiza la *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*. José Ovalle Favela se ocupa de *Sistemas jurídicos y políticos, proceso y sociedad*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lima, examina un posible proceso *Hacia una estrategia para legitimar la investigación jurídica*. Cierra el volumen el doctor Jorge Witker V., desde hace mucho tiempo interesado en *Los problemas de la enseñanza del Derecho*. Se espera justificadamente que esta compilación inaugure una serie destinada a rescatar la interacción, la comunicación y la colaboración entre el Derecho y las otras Ciencias Sociales, como indispensable y fecundo esfuerzo de respuesta a los grandes problemas de México y América Latina.