

## CAPÍTULO X

### LAS IDEOLOGÍAS EN LA VIDA DEL DERECHO

#### 50. El derecho positivo como técnica político-social

Considerado desde una perspectiva dinámica, el derecho positivo es, como señala Kelsen, una técnica social: un cierto estado social deseado ha de ser “provocado” o tratará de ser “provocado” mediante determinados contenidos normativos.

Si todo acto de gobierno, de legislación o de jurisdicción; si todo acto normativo que expresa la denominada “voluntad del Estado” responde a una determinada actitud política —a la actitud política de un grupo dominante—, fácil es inferir que las normas creadas por esos actos en determinado momento histórico son también, en mayor o menor medida, el producto de una cierta concepción de la vida social y de sus circunstancias históricas concretas.

Y puesto que no hay, en el fondo, un acto normativo realizado por un órgano del Estado que no presuponga un punto de vista político, podemos afirmar que el derecho, en cuanto se traduce como un sistema de actos estatales productores de normas jurídicas, más que una técnica social, *es una técnica político-social*.

Es forzoso entonces admitir la existencia de un trasfondo ideológico tanto en la estructura total de un orden jurídico como en la estructura de cada institución jurídica. Pero ese trasfondo ideológico sólo resulta perceptible cuando desde un enfoque estimativo distinto al presupuesto por la actitud política del gobernante, del legislador o del juez que expresan normativamente la "voluntad del Estado", es posible descubrir la inadecuación o incongruencia de su pensamiento con las contingencias reales de la vida social.

### 51. Función ideológica de algunas concepciones jurídicas

En lo que sigue, hemos de analizar algunas de las grandes concepciones jurídicas que, en un momento histórico dado, mostraron con evidencia su función ideológica.

1) *La teoría sobre el origen divino del poder real.* La antigua concepción que consideraba al derecho como algo distinto de la fuerza y que admitía, sin embargo, que tanto el derecho como la fuerza que monopolizaba el monarca eran la expresión de un orden justo, de origen trascendente, ha constituido sin duda la primera gran ideología que impidió, durante largos períodos históricos, limitar y condicionar jurídicamente al poder político.

Hoy no dudáramos en afirmar que el derecho es fuerza física organizada en cuanto se efectiviza compulsivamente como poder sancionatorio. Pero tampoco dudáramos en asegurar que la fuerza, manifestada como poder es, ella misma, organización jurídica positiva y no la expresión de un orden trascendente <sup>86</sup>.

<sup>86</sup> Véase sobre esto: Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, p. 70 y ss.; Olivecrona, K., *El derecho como hecho*, Bs. As., 1959, p. 95 y siguientes.

Pero una mentalidad predispuesta a ver en el derecho sólo un orden justo y armonioso (producto de una voluntad superior, trascendente) y a considerar el poder del gobernante como una expresión metafísica de ese orden, implicó no sólo una conciencia confusa sobre la naturaleza de lo jurídico sino también un criterio oscuro y contradictorio sobre la naturaleza y origen del poder.

Todo uso discrecional y arbitrario de la fuerza por parte del monarca, en tanto esa fuerza era entendida como la manifestación del poder de éste, quedaba, bajo aquella concepción, legitimado, con lo cual se favorecía a los intereses políticos de ciertos grupos dominantes. Bajo esa ideología los pueblos de la antigüedad vivieron sujetos a la voluntad omnímoda de un monarca y de toda una oligarquía nobiliaria o sacerdotal que le servía de soporte.

Y la misma ideología volvió a aflorar tras el largo interregno medieval con la consolidación del absolutismo monárquico, en el siglo XVI. Uno de sus más destacados representantes doctrinarios, Jean Bodin, elaborando no una teoría del Estado sino una teoría de la justificación del absolutismo, caracterizó a la soberanía del Estado como el poder absoluto y perpetuo del monarca sosteniendo además que quien ejerce el poder no puede quedar sometido a él. El único sometimiento que reconoce el monarca es el relativo a las normas divinas y naturales. Frente, pues, al soberano, sólo existen deberes pero no derechos<sup>87</sup>.

<sup>87</sup> En contra de esta concepción alzábese incluso la tesis de prestigiosos canonistas de la época, como Francisco Suárez. Según este autor, Dios es la fuente suprema, pero mediata, del poder público; pues como creador de una ley natural y por ende, de un orden social (cuyo mantenimiento requiere un poder), no designa en concreto a persona alguna para que ejerza el poder, sino que confiere a la comunidad el atributo de darse sus formas de gobierno y determinar quién y cómo ha de ejercer el poder (véase Recasens Siches, L., *La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, en "Filosofía del derecho", de G. del Vecchio, México, 1946, t. II, p. 71 y siguientes).

Es comprensible que la vigencia de una concepción tal confiriase, como ocurrió, un significado específico a las instituciones jurídicas, pues salvo excepciones contadas no existió otro criterio distributivo de las funciones públicas que el postulado por el monarca. Y de la misma manera, el otorgamiento de privilegios, la distribución de las riquezas y la juridicidad o antijuridicidad de los actos dependieron, en última instancia, de la potestad normativa de quien ejercía omnímodamente el poder y monopolizaba discrecionalmente la fuerza.

Si bien la tesis de que el poder no tiene un origen trascendente sino, por el contrario, un fundamento empírico, social, quedó demostrada a lo largo de la historia cada vez que ciertos grupos sociales imponían con un criterio distinto determinadas condiciones de vida y de organización política (tal como ocurrió con la democracia ateniense; la República e incluso el Imperio Romano; las invasiones de los bárbaros<sup>88</sup>; las alianzas y presiones de los señores feudales contra los monarcas; las alianzas populares contra los señores feudales; etc.), la antigua concepción del origen divino del poder real no pudo ser erradicada de las ideas políticas hasta el momento en que, durante el siglo XVIII, se percibió con claridad que ella enmascaraba un interés contrario a la sociedad y a los propios fines del hombre.

<sup>88</sup> Con la invasión de los germanos, las costumbres jurídicas y políticas del mundo romanizado reciben una lección perdurable. El príncipe germano sube al poder o desciende de éste según la decisión de la asamblea (*witan* o *witenagemot*) que es su consejo y al propio tiempo su tribunal. La ley es la costumbre del grupo; pero la asamblea la interpreta expresando no una decisión de poder, sino una decisión colectiva y anónima.

"Esta triple novedad: derecho popular (no dogmático); asamblea tribal (no oligárquica) y príncipe ejecutivo (no despótico), representa una asombrosa novedad de la 'barbarie' para los occidentales descreídos de Roma y conformes con la realeza de estirpe asiática" (Calmon, P., *Historia de las ideas políticas*, Bs. As., 1957, p. 59).

Expresando una nueva concepción del yo, del mundo y de la vida, numerosos filósofos de ese siglo difundieron el concepto, ya latente en todas las mentes, de que la única fuente del poder radica en las mismas fuerzas sociales, en la voluntad del hombre social, y que es esa voluntad la que lo organiza y condiciona jurídicamente.

La difusión de este concepto, que había de transformar todo un sistema de estructuras jurídicas anacrónicas, implicaba poner en evidencia que aquella antigua concepción sobre el poder era una concepción errónea, una "falsa conciencia", o como decimos hoy, *una ideología*.

2) *La justificación de la esclavitud*. La otra gran ideología de la antigüedad, que proyectó su influencia hasta el siglo XIX y que encubrió en todas las épocas un descarnado propósito de explotación del hombre por el hombre, fue sin duda la teoría de la justificación de la esclavitud.

Practicada de hecho desde los albores de la humanidad, la esclavitud recibió en Grecia sus primeras justificaciones doctrinarias. Toda colectividad política —sostenía Aristóteles— está compuesta de jefes y súbditos, de libres y esclavos<sup>89</sup>. La propia "naturaleza" de la sociedad justifica esta división.

La doctrina aristotélica de la servidumbre natural asentábase en la suposición de que en las distintas posibilidades de medio y raza de una sociedad hay hombres que nacen, por destino y naturaleza, sujetos al dominio de otros capaces por su condición, fortuna o inteligencia, de gobernarlos y dirigirlos. Aquéllos debían obedecer a los más civilizados y si no lo hacían podían ser forzados a ello.

Este criterio, asentado en el derecho natural del más fuerte para dictar su ley al más débil, fue también, en

<sup>89</sup> Aristóteles, *La política*, L. I, cap. II y L. I, cap. V (párrafos citados y expuestos por Calmon, P., *Historia de las ideas políticas*, p. 12 y 129).

principio, el mantenido por los romanos. Pero la evolución de la doctrina en Roma llegó a fundamentar jurídicamente el sometimiento de una persona al dominio de otra, ya en el derecho de gentes, si el cautiverio derivaba de acciones de guerra; ya en el derecho civil, si la potestad del amo se originaba en un contrato de compraventa, o en el hecho del nacimiento o en la *manus injectio* ejercida por un acreedor sobre un deudor declarado *nexus*.

Pese a que el dogma cristiano se esforzó por destruir el argumento aristotélico de la justificación de la esclavitud, la institución fue mantenida en Europa durante la Edad Media, pero circunscripta en su forma tradicional sólo a los individuos de raza negra. Una nueva ideología, la de la discriminación racial, se superponía ahora para modalizar inteligentemente la vieja ideología de la esclavitud natural.

Fundados en esta diferenciación que hacía una cristiandad politizada, los piratas y traficantes musulmanes organizaron verdaderas cacerías humanas en África y Asia y establecieron los primeros asientos para "trata de negros", comercio que se difundió por todo el mundo entre los siglos xv y xix y que durante largo tiempo pasó a manos de los portugueses a raíz de las demarcaciones hechas por el Papa Alejandro VI con el objeto de zanjar los conflictos suscitados por las exploraciones geográficas que realizaban España y Portugal.

Descubierto el Nuevo Mundo, los primeros colonizadores españoles intentaron aplicar a los aborígenes americanos la misma teoría esclavista que envilecía a los negros.

En contra de la concepción humanista de Fray Bartolomé de las Casas, de Francisco de Vitoria y de Francisco Suárez, un doctrinario de la servidumbre natural, Ginés de Sepúlveda, reforzando la tesis aristotélica, pretendió legitimar la esclavitud de los indios americanos invocando aquel famoso principio del "derecho de conquista y justa gue-

tra" reconocido sin discusión por las naciones cristianas, según el cual los bárbaros infieles podían ser sometidos por los cristianos con el fin de integrarlos a la civilización o inculcarles la religión de Cristo<sup>90</sup>.

Esta nueva tesis no prosperó, sin embargo, pues el Papa Paulo III dictó en 1537 una bula declarando que los indios americanos eran seres racionales, "no extraños a la dignidad de la naturaleza humana", capaces de abrazar la fe cristiana y, por tanto, exentos de ser considerados "esclavos por naturaleza"<sup>91</sup>.

Pero si bien no se aplicó respecto del indio americano el instituto de la esclavitud según sus formas y fundamentos tradicionales, ello no fue obstáculo para que el propósito de explotación del trabajo físico del hombre se concretara en nuestro suelo: en primer lugar, porque España, por el Pacto de asientos de negros suscripto en Utrech el 13 de junio de 1713, concedió a los súbditos británicos el monopolio para importar esclavos negros a América. En segundo lugar, porque el inhumano tratamiento que daban los encomenderos españoles y extranjeros a los indios americanos sujetos a su potestad, se diferenció muy poco de una efectiva esclavitud.

Tales eran los intereses comprometidos en América en favor de este sistema, que la única voz que se alzó —ya consolidado el régimen colonial— en defensa del aborigen, la de los jesuitas, fue acallada por la misma Corona Española al decretar la expulsión de aquéllos.

La tesis aristotélica de la superioridad de un hombre civilizado sobre otro no civilizado como fundamento de la servidumbre natural de éste, tan invocada y tan ardentemente defendida como un principio inmutable de dere-

<sup>90</sup> Una nueva fundamentación, de significación ética y religiosa, agregábase así, a la infamante ideología.

<sup>91</sup> Calmon, P., *Historia de las ideas políticas*, p. 130 y 131.

cho natural, ha constituido, como dijimos, a lo largo de la historia, una ideología que ocultando las reales motivaciones o intereses del "hombre civilizado", ha servido para distorsionar por igual, tanto la intrínseca realidad humana del amo como la del esclavo.

Sólo la difusión de una conciencia igualitaria de los individuos, por la que tanto había argumentado la filosofía estoica y luchado el cristianismo apolítico, fue capaz de poner en evidencia el trasfondo ideológico de aquella concepción.

3) *La concepción metafísica de los derechos subjetivos. Las ideologías individualistas.* La idea tan armoniosamente desarrollada por el jusnaturalismo de que el hombre es por naturaleza libre y titular de derechos individuales, absolutos, inalienables e imprescriptibles —idea que con tanta amplitud consagraran la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789 y las constituciones políticas modernas en ella inspiradas— se transformó en una de las más grandes ideologías de la época contemporánea al ser invocada y aplicada a lo largo del siglo XIX como expresión de una política individualista.

"*Los hombres* —expresa el art. 1º de la Declaración de Derechos— *nacen y se mantienen libres e iguales en derechos*". A la luz de este principio fundamental, la sociedad políticamente organizada —el Estado— no tiene otra función que asegurar el goce y ejercicio de los derechos subjetivos naturales de cada individuo hasta los límites señalados por los derechos subjetivos de los demás.

Considerado desde el punto de vista legislativo, el derecho subjetivo resulta, según esta concepción, un *poder del querer*, un poder hacer reconocido y protegido por la ley: el poder que tiene un individuo para imponer a otros el respeto de su propia voluntad en la medida en que la

ley lo permita<sup>92</sup>. Tal es el concepto desarrollado por los arts. 4º y 5º de la misma Declaración de Derechos al decir: "*La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley*". "*La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad*".

Esta noción metafísica de los derechos subjetivos absolutos, propios de la naturaleza humana, va a difundir desde principios del siglo XIX el concepto de una marcada preponderancia de los derechos individuales. Como dice Smith, el hombre y su libertad comienzan a suscitar a partir de entonces todo el interés filosófico, político y jurídico. El individuo, sus atributos espirituales y su capacidad productora de bienes van a constituir el punto de partida de la interpretación de los fenómenos sociales y especialmente de los económicos. "El concepto de una propiedad privada, absoluta y perpetua, tal como la concebían los *cives* romanos; y la suposición fisiocrática de que la acción individual motivada únicamente por el interés de cada uno, es suficiente para crear un orden social y económico justo y estable, se arraigan de tal modo en la conciencia jurídica del siglo XIX, que todo el transcurso de este siglo devendrá bajo el signo prevalente de la concepción liberal individualista"<sup>93</sup>.

Pero la concepción liberal individualista no se circunscribió a ser la expresión de una nueva filosofía; de una filosofía que en la segunda mitad del siglo XVIII ha-

<sup>92</sup> Duguit, L., *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, 1920, p. 26 a 29.

<sup>93</sup> Smith, J. C., *La autonomía de la voluntad y el contrato*, La Plata, 1968, p. 30.

bía logrado poner en evidencia el trasfondo ideológico de la organización política monárquico-absolutista, basada en la desigualdad y en la opresión humana. Si nos ubicamos atendiendo la perspectiva política de ciertos grupos que, al amparo de la libertad y la igualdad consagradas en la Declaración de Derechos y en las constituciones políticas que recogieron los principios humanistas de ésta, habían conseguido concentrar grandes capitales y constituir mediante el monopolio de los mismos una poderosa fuerza social, direccional de otros grupos, resulta fácil percibir que todo aquel bagaje filosófico de raíz jusnaturalista, que reconocía a la libertad y a los derechos subjetivos del hombre un fundamento metafísico y una validez absoluta, hubo de adquirir bien pronto, a su vez, un profundo significado ideológico.

Este significado fue sin duda favorecido por las propias legislaciones del siglo XIX, muchas de ellas intrínsecamente bien inspiradas, pero elaboradas con la actitud mental y por tanto bajo la influencia del individualismo dominante. Y así, tanto el Código Civil francés de 1804 como todos los códigos europeos y americanos que adoptaron sus principios básicos, introdujeron disposiciones que expresa o implícitamente, con o sin intención del legislador, no hacían sino favorecer el egoísmo individual y, las más de las veces, los intereses de los grandes sectores capitalistas.

Varias son las formas y modalidades de manifestación de esta tendencia ideológica en las legislaciones y en la doctrina del siglo XIX. Veamos:

a) *El no intervencionismo estatal.* Como primera modalidad y constituyendo una actitud política básica, casi uniformemente adoptada por los países europeos después de la caída del Imperio napoleónico y por los americanos en la segunda mitad del siglo pasado, se destaca la posi-

ción prescindente del legislador respecto de las relaciones económicas en general y del ejercicio de los derechos de contenido patrimonial en particular.

Para la ideología individualista la libertad del hombre no es sólo una realidad metafísica sino, ante todo, una realidad empírica que debe traducirse en la reducción a un mínimo de las distintas formas de limitaciones jurídicas al *poder del querer* de los individuos y, por consiguiente, en la mayor abstención posible de la acción del Estado con respecto a las oposiciones de intereses que se manifiestan en la dinámica social.

Bajo este concepto la intervención del legislador en los procesos de producción, distribución y consumo de las riquezas debe quedar reducida a asegurar y garantizar el desarrollo sin trabas de la libre acción de los individuos y de los grupos<sup>94</sup>.

No es difícil percibir el horizonte de intereses que encubre una concepción tal.

b) *La exclusión de la teoría del abuso de los derechos.* La segunda manifestación de la ideología individualista, perceptible como telón de fondo de un amplio número de instituciones del derecho privado es, sin duda, el rechazo que hicieron las legislaciones del siglo XIX de la teoría del abuso de los derechos.

Esta actitud, muy bien conciliada con la concepción metafísica de la libertad y los derechos subjetivos que la informaba, significaba en los hechos impedir que los jueces entraran a analizar las motivaciones y finalidades que tenía en vista el titular de un derecho subjetivo al ejercerlo, o las consecuencias dañosas que, para otro, podían derivar de tal ejercicio.

<sup>94</sup> Smith, J. C., *El Código Civil argentino: síntesis doctrinaria de una época*, LL, 135-1334.

Era la vigencia doctrinaria del viejo aforismo romano *neminem laedit qui jure suo utitur* admitida de una manera general por la doctrina jurídica y consagrada tácita o expresamente por numerosos códigos del siglo pasado. El texto originario del art. 1071 del Código Civil argentino es la expresión de esa doctrina.

c) *La doctrina de la autonomía de la voluntad irrestrictible*. Pero donde la ideología individualista ha mostrado su mayor influencia sobre las instituciones del derecho privado es, sin duda, en la esfera de la autonomía de la voluntad irrestrictible. Basado siempre en la misma concepción metafísica de los derechos subjetivos innatos y absolutos, el pensamiento jurídico dominante en el siglo XIX dio un alcance sumamente amplio a la voluntad de los individuos, precisamente porque esa voluntad había llegado a ser considerada por los teóricos de la revolución francesa como el elemento esencialmente expresivo de la libertad.

Tan lejos había llegado esta concepción en la doctrina política de Rousseau, que la misma sociedad políticamente organizada —el Estado— no era considerada sino como el fruto de la voluntad asociativa de los individuos, manifestada en el contrato social<sup>95</sup>. El individualismo apoyó en esa idea sus propios fundamentos políticos y, al desarrollarlos en el ámbito del derecho privado, distorsionó por lo general el claro sentido social originariamente involucrado en aquélla.

Si cada individuo posee por su propia naturaleza una esfera de libertad jurídica determinada por su *poder de querer*, era forzoso admitir que la voluntad jurídica —expresión de esa libertad—, es autónoma en sus más amplias proyecciones.

<sup>95</sup> Rousseau, J. J., *El contrato social*, Bs. As., 1935, cap. II.

La autonomía de la voluntad resultaba así, para el individualismo del siglo XIX un poder querer jurídicamente, esto es, el derecho natural, reconocido y protegido por la ley, de *poder crear mediante un acto jurídico*, una serie de vinculaciones jurídicas con otros individuos.

A partir de tal suposición todo acto jurídico privado era considerado nada menos que un acto del poder del querer de los sujetos intervinientes, fundamentalmente autónomo, y dirigido a modificar en más o en menos la esfera de libertad jurídica de cada uno<sup>96</sup>.

Se explica entonces que bajo la vigencia de tal suposición, la mayoría de las legislaciones del siglo XIX confiese un contenido tan amplio e irrestricto al principio de la autonomía de la voluntad, excluyendo totalmente algunas o circunscribiendo a su mínima expresión otras, institutos tales como la restitución *in integrum*, la lesión, la prodigalidad y la imprevisión<sup>97</sup>.

Y se explica también que bajo la influencia de ese principio se sostuviese doctrinariamente el postulado de que el consentimiento libre de los individuos, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe conferir plena validez a los actos y tornarlos irrevocables<sup>98</sup>.

Favorecido, así, por la amplia vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, se consolida y difunde a lo largo del siglo XIX el concepto individualista de la libertad contractual.

“Esa libertad —dice Smith— y su instrumento legal, el contrato, crearán grandes empresas, sustituirán la asocia-

<sup>96</sup> Duguit, L., *Las transformaciones generales*, p. 70 y siguientes.

<sup>97</sup> Véase Smith, J. C., *El Código Civil argentino: síntesis doctrinaria de una época*, LL, 135-1334.

<sup>98</sup> Tal es el concepto expresado por Vélez Sársfield al final de la nota al artículo 943 del Código Civil.

ción de individuos por la asociación de capitales, internacionalizarán sobre bases firmes el comercio y la industria, llevarán el progreso a los más apartados confines de la tierra; pero, al propio tiempo, tornarán más profundas las oposiciones sociales y más dramáticas las diferencias económicas”<sup>99</sup>.

Ahora bien: favorecidos de una parte por el no intervencionismo de los Estados en materia económica; de otra, por la expansión tecnológica del maquinismo; y, de una tercera, por las grandes concentraciones industriales, comerciales y agropecuarias, van definiéndose en torno a intereses comunes ciertos grupos propietarios de los instrumentos y medios de la producción económica, que monopolizan los beneficios resultantes de ésta y adquieren una función direccional sobre amplios sectores de la sociedad. Es así cómo aquella armoniosa concepción metafísica de los derechos subjetivos, especificada ahora concretamente como autonomía irrestringible de la voluntad, vuelve a mostrarse como una nueva modalidad ideológica del individualismo: la *ideología capitalista*.

4) *Las ideologías socialistas*. No menos ideológicas han sido las divisiones políticas de la sociedad en “clases” o “estratos” diferentes, más o menos cerrados, que se plasmaron a lo largo de la historia. Podría decirse que la organización política “clasista” es la que mejor ha definido a través del tiempo a todo un sistema de diferenciaciones en la condición jurídica de los individuos cada vez que el monopolio del poder, el otorgamiento de privilegios o la distribución de las riquezas, quedaban en manos de un solo grupo.

Y es, sin duda, aquel tipo de organización el que con mayor claridad nos muestra el trasfondo ideológico de

<sup>99</sup> Smith, J. C., *La autonomía de la voluntad y el contrato*, p. 31.

ciertas instituciones jurídicas —como algunas magistraturas, el matrimonio, la propiedad, etc.— en cuanto fueron establecidas en función de los intereses políticos, religiosos, raciales o económicos de una clase dominante.

Cualquiera haya sido el fundamento filosófico invocado en las distintas épocas para fundamentar una estructuración política discriminatoria de clases sociales, lo cierto es que esas concepciones filosóficas han constituido en todos los tiempos, con rara uniformidad, sólo un velo intelectual que sirvió para encubrir los propósitos de supremacía de un grupo determinado sobre otros grupos dominados por el temor, la fuerza o la confusión de ideas.

Esa supremacía se ha evidenciado jurídicamente en una serie gradual de incapacidades de los individuos pertenecientes a los grupos dominados para ejercer funciones políticas, religiosas o militares y para otorgar determinados actos jurídicos; así como en un catálogo más o menos amplio de obligaciones y cargas impuestas a los individuos.

Ese sentido y no otro es el que encierra la distinción establecida en la India entre bramanes, chatrias, vaisias, sudras y parias; la de los espartanos, entre iguales, periecos e ilotas; la de los atenienses, entre eupátridas y hombres libres; la de los romanos, entre patricios, caballeros y plebeyos; la del feudalismo, entre señores feudales (príncipes, duques, marqueses, condes, vizcondes, barones y castellanos), clérigos, villanos, maestros, artesanos y siervos; y la del absolutismo monárquico de los siglos xvi a xviii entre los individuos pertenecientes a los distintos “estados” sociales.

En cualquiera de estos casos, cada grupo resultante de la organización política “clasista” tenía su significación social, cultural y económica propia y por consiguiente, su estatuto, su *lex privata* que le concedía un cierto privilegio o lo privaba totalmente de él.

Esta convicción de que cada individuo sólo podía invocar, gozar y ejercer el privilegio concedido a la clase o estrato social a que pertenecía, fue considerada durante largos períodos históricos una *tesis verdadera*, una concepción adecuada y congruente con la forma de vida política, hasta que el gran movimiento de ideas que precedió a la revolución de 1789 y se difundió por el mundo después de ella, hizo aflorar en la mayoría de los pueblos un nuevo esquema de organización política basado en la *libertad* y en la igualdad humanas: un esquema de vida que puso en evidencia en la conciencia de esos pueblos, la función ideológica de las antiguas estructuras políticas.

Pero el concepto de "clase social" no ha podido ser erradicado todavía del pensamiento político moderno. Perdura aún, si bien con cierta elasticidad, en las monarquías contemporáneas, que, pese a su fundamentación política constitucional, se asientan sobre una idea diferencial de privilegios personales que definen a una aristocracia nobiliaria colocada por encima de un estrato popular básico.

Y perdura también como un punto de apoyo muy firme en el variado desarrollo del marxismo, en cuanto ve en el conflicto de intereses y de actitudes políticas trabado entre la *burguesía* y el *proletariado* modernos, una verdadera "lucha de clases".

Prescindiendo del análisis de las organizaciones políticas y de las formas de gobierno concretas, este nuevo criterio apoya ahora el concepto de "clase social" y de "lucha de clases" en un fundamento exclusivamente económico, dejando de lado todo otro régimen de intereses y motivaciones humanas.

Así, en vista de ese único fundamento, y considerando que la transformación de las condiciones económicas de la sociedad es la fuerza material decisiva que dinamiza a la historia con prescindencia de la voluntad humana, Carlos

Marx ha elaborado un nuevo concepto de clase social ampliamente difundido en nuestra época<sup>100</sup>.

Según Marx, una clase social no es un grupo social cualquiera. Es el formado por individuos que se encuentran en una posición económica análoga y tienen conciencia, en virtud de su propia actividad unificada, de la existencia de un antagonismo, abierto o velado, con otro grupo también determinado por el lugar que ocupa en la estructura económica.

El concepto de clase social aparece entonces definido en la tesis marxista por la unidad de pensamiento y la unidad de acción de los individuos de un grupo que adoptan, en sus relaciones económicas con los de otro grupo, una actitud antagónica.

“La sociedad burguesa moderna —expresa<sup>101</sup>—, levantada sobre las ruinas de la sociedad feudal, no ha abolido los antagonismos de clases. No ha hecho sino sustituir con nuevas clases a las antiguas, originando con nuevas condiciones de opresión, nuevas formas de lucha.

“Sin embargo, el carácter distintivo de nuestra época, de la época de la burguesía, es haber simplificado los antagonismos de clases. La sociedad se divide cada vez más en dos grandes campos opuestos, en dos clases directamente enemigas: la burguesía y el proletariado”.

Significando pues la “conciencia de clase social” una conciencia de oposición o antagonismo de clases derivada de las relaciones económicas, para que el proletariado tenga una auténtica conciencia de clase es necesario que los proletarios, además de reconocer su propia solidaridad, se reconozcan “explotados por el capitalismo burgués”.

<sup>100</sup> Smith, J. C., *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*, Bs. As., 1980, p. 91 a 93.

<sup>101</sup> Marx, K., *El manifiesto comunista*, p. 22.

De esta manera la conciencia de oposición o antagonismo de clases se transforma en una abierta lucha política; en una lucha por el predominio del poder del Estado.

Como se ve, esta concepción que pretende reducir a una única causa el conjunto de conflictos ideológicos; que intenta además fundamentar en base a ella un único tipo de oposición —la oposición económica entre la burguesía y el proletariado—, es también, ella misma, profunda y predominantemente ideológica, en cuanto oculta deliberadamente las restantes causas motivantes de la dinámica histórica y postula transformar al proletariado en *clase dominante* a fin de subordinar por la fuerza los complejos y naturales mecanismos de la vida social a los intereses políticos y económicos de esa clase, postulando y defendiendo una actitud política básicamente opuesta a la del individualismo, a saber: la disolución de todo privilegio personal fundado en la potencialidad económica; el predominio absoluto del interés social sobre el interés individual; el intervencionismo irrestricto del Estado como método regulador de las relaciones económicas de los individuos y de los grupos, y la creación de condiciones sociales que posibiliten una distribución igualitaria de las riquezas.

Si bien es cierto que las concepciones socialistas exageraron distorsivamente el cuadro de las condiciones y las necesidades sociales, enmascarando las más de las veces los propósitos unilaterales de poder y dominación de los grupos que las sostuvieron, no lo es menos que ellas fueron poniendo paulatinamente en evidencia cómo el individualismo había logrado transformar la noción metafísica de los derechos subjetivos naturales y absolutos en una gran ideología que estaba permanentemente en la base de su posición política y jurídica.

Pues si —como lo sostenía el individualismo a ultranza— el ejercicio de un derecho subjetivo, por dañoso que fuera para los demás y por inútil que resultara para su

titular, nunca podía constituir en ilícito ningún acto; si el propietario de una cosa, al tener derecho de usar, gozar y disponer de ella, tenía también paralelamente el derecho de no usarla, no gozarla, no dividirla ni enajenarla pudiendo por consiguiente dejar indefinidamente sus tierras sin cultivar, sus predios urbanos sin construir y sus edificaciones sin ocupar ni alquilar; si uno de los contratantes podía imponer condiciones a voluntad y el otro se veía compelido por necesidad o por inexperiencia a aceptarlas sin discutir, resultaba evidente que las teorías del ejercicio discrecional de los derechos, del derecho de propiedad exclusivista y absoluto y de la autonomía irrestricta de la voluntad sólo servían en el fondo para enmascarar propósitos individuales y egoístas. No eran, pues, otra cosa que un sistema de conceptos expresivo de la ley del más fuerte.

Los disloques producidos por sucesivas crisis económicas, así como la creciente falta de relación entre los recursos y las necesidades reales de los pueblos desataron desde el último tercio del siglo XIX una sucesión tumultuosa de conflictos político-sociales internos e internacionales (muchos de ellos traducidos en conflagraciones bélicas) que produjeron una definitiva y abierta escisión entre las posiciones *individualistas*, que aún pretenden subsistir, y las *socialistas*, que día a día se difunden y que incluso han llegado a concretarse como actitud política triunfante en las modernas dictaduras del proletariado, de las que la revolución bolchevique de 1917 constituye su primera manifestación institucionalizada.

En las estructuras políticas comunistas actualmente consolidadas se ha operado un proceso de tajante transformación de los principios o instituciones jurídicas tradicionales. La libertad de acción y expresión constreñidas al detalle según interpretaciones más o menos fieles del marxismo; la "propiedad socialista", entendida fundamental-

mente como propiedad exclusiva y originaria del Estado sobre el suelo y todos los instrumentos de producción económica; y la libertad contractual reducida a lo imprescindible para la actividad personal de los individuos, constituyen ahora la expresión de una "nueva conciencia política y jurídica" en los países de la órbita soviética y en los del comunismo asiático y cubano: una conciencia política y jurídica aplastante de la personalidad humana y de sus atributos intrínsecos.

O, como hemos dicho anteriormente, una gran ideología en acción, que, en su intento de mostrar doctrinariamente al espíritu como la exteriorización de un mero epifenómeno de la materia, ha terminado por ahogar mediante la fuerza de una "clase social dominante", las potencias creadoras del hombre, limitando las posibilidades de concreción de su libertad y levantando una verdadera cortina de hierro entre el querer real del individuo y el querer político del Estado comunista <sup>102</sup>.

Ahora bien: decía Carlos Marx que la sociedad se da

<sup>102</sup> Dice Friedmann que la revolución jurídica soviética ha ido mucho más lejos que la revolución jurídica nazi. A diferencia de ésta no se limitó a la estructura constitucional y al sistema de poder político, sino que modificó fundamentalmente las condiciones de la producción y de las transacciones comerciales, y con ello la estructura de la propiedad y del contrato. También ha efectuado cambios fundamentales en las relaciones familiares, aproximando la celebración y disolución del matrimonio a la concertación y rescisión de contratos, creando una igualdad completa entre hombres y mujeres, mejorando radicalmente la situación de los hijos ilegítimos y legalizando el aborto. Como el sistema nazi, el sistema soviético ha subordinado por completo los deberes del individuo y del grupo a los del Estado, empleando para tal fin las facultadesseudolegales de una poderosa policía secreta, con su propio procedimiento cuasicriminal, las presiones políticas del partido comunista y las detenciones y deportaciones en masa y sin proceso. (Friedmann, II., *El derecho en una sociedad en transformación*, México, 1956, p. 26).

tanto en la realidad como en la mente humana <sup>103</sup>. Pero la mente, la conciencia del hombre, puede reflejar o reproducir a la sociedad de dos maneras: como *saber científico* y como *forma ideológica*.

A diferencia de las teorías científicas, las formas ideológicas constituyen una "falsa conciencia", una idea incorrecta de la realidad social representada por las "formas" (principios, normas e instituciones) políticas, jurídicas, morales, estéticas, filosóficas y sobre todo, por la religión que, según Marx, es la ideología típica y más característica, la "conciencia pervertida del mundo" <sup>104</sup>.

En tanto formas de conciencia social, estas "formas ideológicas" desnaturalizan y distorsionan la realidad social puesto que son, respecto de ésta, una imagen o representación inexacta y deformada.

Este concepto aparece claramente expresado en la obra fragmentaria de Marx titulada *Origen de la economía política*. Sostiene allí el autor que en todo período de transformaciones sociales debe siempre distinguirse entre la transformación material misma, que puede ser descripta científicamente con toda precisión, y las formas legales, políticas, religiosas, estéticas o filosóficas, "en una palabra, *las formas ideológicas*, mediante las cuales los hombres adquieren conciencia de esa transformación y la llevan a término". De igual modo que no podemos juzgar a un individuo por la idea que se hace de sí mismo, tampoco podemos juzgar un período de transformaciones por la conciencia que de él se haga la sociedad <sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Marx, K., *Crítica de la economía política*, Introducción, Madrid, s/f.

<sup>104</sup> Kelsen, H., *Teoría comunista del derecho y del Estado*, Bs. As. 1958, p. 17 a 31.

<sup>105</sup> Marx, K., *El manifiesto comunista*, p. XX y LVI.

La conciencia ideológica es una falsa conciencia de la realidad social porque aparece permanentemente determinada por la situación social del individuo, cuya mente refleja el conjunto de los intereses del grupo social a que aquél pertenece.

Ahora bien: entre esas "formas ideológicas" mediante las cuales los hombres toman conciencia de la realidad, encuéntrase incluidas, según la tesis marxista, las *superestructuras jurídicas y políticas*, es decir, el derecho y el Estado.

"En la producción social de su existencia —dice Marx en la citada obra— los hombres entran en relaciones determinadas, necesarias, independientes de su voluntad; estas relaciones de producción corresponden a un determinado grado de desenvolvimiento de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de esas relaciones de producción constituye la *estructura económica* de la sociedad, la base real sobre la que se levantan las *superestructuras jurídicas y políticas* y a las cuales corresponden formas definidas de conciencia social. El modo de producción condiciona, pues, el proceso de la vida social, política o intelectual en general" <sup>106</sup>.

Reisner, un autor que ha hecho una interpretación normativa del socialismo marxista, afirma el carácter ideológico que el derecho tiene para el marxismo. "Marx —dice— fija su posición basándose totalmente en la comparación entre igualdad y desigualdad, por una parte, y derecho, por la otra. Desde este punto de vista el derecho, de cualquier clase que sea, aparece como derecho de desigualdad, a pesar de su pretensión de ser derecho igual" <sup>107</sup>.

<sup>106</sup> Marx, K., *El manifiesto comunista*, p. LV.

<sup>107</sup> Párrafo transcrito por Kelsen en su *Teoría comunista del derecho y del Estado*, p. 126.

El derecho es, pues, para el marxismo, una *ideología*, porque partiendo de una aberrante interpretación de la realidad social pretende ser una regulación normativa de la igualdad, y en última instancia, *un derecho justo*, aunque en el fondo es únicamente la expresión normativa de desigualdades sociales, un derecho injusto por el aniquilamiento del individuo, que subyace en su base.

Al caracterizar al derecho como una forma ideológica y ubicarlo en un plano superestructural condicionado por la estructura económica, es evidente que Marx pretendió suprimirlo de la realidad. Es que Marx necesitaba identificar *lo real* sólo con lo *económico*, a fin de oponer las relaciones económicas, como única realidad, a aquellas que deseaba desacreditar como ideologías por constituir, según su enfoque estimativo, una falsa conciencia de lo real.

Y puesto que la identificación de la realidad con las relaciones económicas es la columna vertebral de la interpretación económica de la sociedad, la tesis de Marx se desmorona sin duda no bien se llega a considerar al derecho como una de las realidades de la vida social<sup>108</sup>.

Hay, evidentemente, en el planteo marxista una intrínseca e insalvable confusión. Si una de las fundamentales características de la ideología es la de constituir una interpretación deformante de la realidad, un sistema de conceptos que oculta o enmascara a los fenómenos histórico-sociales, resulta claro que el derecho positivo, en tanto sistema coactivo de conducta humana normativamente determinado, nunca podría constituir una ideología.

Ideología puede ser, sin duda, una teoría, una expresión conceptual del *conocimiento de lo social* que sirve para fundamentar e inclusive justificar una actitud prác-

<sup>108</sup> Kelsen, II., *Teoría comunista del derecho y del Estado*, p. 31.

tica proyectada a la vida política. Pero no es ideología el derecho mismo; pues por mucho que las normas creadas por el constituyente, el legislador o el juez, sean el producto de la actitud política y, por tanto, de las concepciones ideológicas de éstos, esas normas nunca expresan una mera interpretación, nunca un mero conocimiento de lo real —aunque lo presupongan—, sino, siempre, un *acto de voluntad normativa*.

El derecho positivo es él mismo una realidad social. Es una forma de vida social instituida, sistematizada, ordenada mediante normas coactivamente impuestas que permiten o prohíben ciertos actos, que obligan y facultan a los individuos, y que confieren un determinado sentido jurídico a la realidad existencial y a sus permanentes objetivaciones.

“La opinión de que el derecho es una ideología —sostiene Kelsen— es el resultado de confundir al derecho con una cierta teoría del derecho, confusión que es muy frecuente no sólo entre los jurisconsultos marxistas sino también entre los burgueses. Esta confusión se encuentra en la raíz de la afirmación engañosa pero formulada a menudo: el derecho se presenta o se interpreta como norma y, por lo tanto, como justo. Pero no es el *derecho*; es siempre algún jurista el que presenta o interpreta el derecho de cierto modo y puede producir de esa manera —mediante su presentación o interpretación— una ideología”<sup>109</sup>.

Cualesquiera sean pues, sus contenidos normativos; cualesquiera sean los principios sobre los cuales se asientan sus instituciones, *todo orden jurídico positivo es siempre una realidad histórica, una realidad sociocultural, no una interpretación de ella*.

<sup>109</sup> Kelsen, II., *Teoría comunista del derecho y del Estado*, p. 32 y 33.

5) *La tesis del funcionalismo social de las instituciones jurídicas como intento de superación de las ideologías individualista y socialista.* Empero, si bien el derecho positivo es y fue siempre una realidad —y no una interpretación doctrinaria de ella— ha de reconocerse que es una realidad producida con función histórica por la voluntad humana: la voluntad del constituyente, del legislador, del juez o de la propia comunidad. Y, como tal realidad, nunca pudo prescindir de una doctrina que la expusiese y fundamentase racional y axiológicamente.

La base axiológica de esa fundamentación doctrinaria constituye precisamente el campo de alimentación de no pocas ideologías, desde que toda doctrina jurídica —en tanto teoría o interpretación— se apoya, como hemos visto, en una particular concepción estimativa del mundo y de la vida, de sus autores o expositores.

Desde esta perspectiva, es innegable que muchas instituciones jurídicas fueron adquiriendo con el tiempo un notable matiz ideológico de sucesivas y diversas exposiciones y fundamentaciones doctrinarias. Ahora bien: en variadas ocasiones ha sido la misma doctrina la que ha pretendido y logrado en alguna medida la superación de la ideología que subyace en la base histórico-teleológica de una determinada institución o de un sistema de instituciones jurídicas, postulando criterios legislativos o jurisprudenciales equidistantes a los que expresan una oposición tética.

Es lo que ha ocurrido con la doctrina de la función social de las instituciones jurídicas que, de alguna manera, se presenta como una programática doctrinaria de superación, equilibrada entre las dos grandes posiciones ideológicas del siglo pasado y del presente.

En efecto: en una ubicación equidistante entre la actitud política individualista (virtualmente abandonada por la mayoría de las constituciones y legislaciones contemporá-

neas) y la socialista, ha surgido desde comienzos del presente siglo, a la manera de un amplio movimiento de síntesis dentro de las formas de gobierno liberales (democrático-republicanas y democrático-monárquicas), una nueva actitud que ha ganado terreno y se ha consolidado en todo el mundo occidental desplazando al individualismo y al socialismo. Es la concepción del predominio del interés y los fines sociales, expresada en la teoría de la "función social de las instituciones jurídicas".

Según esta concepción, expuesta por Duguit a principios de este siglo<sup>110</sup>, todo individuo, todo acto jurídico y todo el conjunto de bienes que constituyen la economía privada, están permanentemente afectados a una cierta finalidad social, por lo cual tienen una determinada función social que cumplir.

Este criterio, que ha venido a reemplazar como un nuevo fundamento jusnaturalista a la clásica concepción metafísica de la libertad y de los derechos subjetivos del individuo, sostiene el postulado de que la legislación ha dejado de ser el simple reconocimiento de aquellas libertades y derechos para constituirse en el método político jurídico fundamental en la determinación de las condiciones básicas de vida social, en el control de todo tipo de relaciones sociales que afecten a esas condiciones y en la regulación de la economía de acuerdo a las necesidades sociales.

Tácita o expresamente inspirados en ese concepto y manifestando cada vez con mayor nitidez el propósito de adaptar las instituciones jurídicas a las exigencias naturales, éticas y económicas de la sociedad, los Estados modernos han venido aplicando desde principios de siglo una política marcadamente intervencionista que se ha mani-

<sup>110</sup> Duguit, L., *Las transformaciones generales*, p. 22 y siguientes.

festado en una serie de importantes restricciones en la esfera de libertad de los individuos.

Esta nueva actitud política, que se juzga por ahora imprescindible para mantener un relativo equilibrio entre las fuerzas sociales en pugna, ha operado por lo general en todas las gradas de producción jurídica: desde las reformas constitucionales que introdujeron modificaciones de importancia en los textos vigentes con el fin de dar cabida a instituciones de contenido y finalidad fundamental o predominantemente sociales, hasta los meros cambios de jurisprudencia, que han sustituido los principios individualistas en que se fundaban ciertas instituciones por otros más acordes con el interés social predominante.

Así, en el orden de los derechos subjetivos fundamentales se han consagrado constitucionalmente en numerosos países el derecho a la protección familiar, el derecho al bienestar social, el derecho al trabajo en condiciones dignas, el derecho de agremiación e incluso el de huelga.

En la esfera de la propiedad privada se ha operado una intensificación creciente de las restricciones legislativas desde un doble punto de vista: en primer lugar, limitándose el poder de los grandes consorcios capitalistas para utilizar la propiedad industrial o la agropecuaria como un medio de control privado o como un factor político direccional de la economía de un país; en segundo lugar, restringiéndose el goce y el ejercicio del derecho de propiedad mediante disposiciones legales —de emergencia algunas, planificadas sistemáticamente otras—, que han condicionado y relativizado ese derecho en vista de necesidades sociales concretas y del fin social que se atribuye.

Debe destacarse muy especialmente en relación a este segundo tipo de restricciones, que la aplicación de la concepción funcionalista de la propiedad, y por tanto, el tránsito de la actitud política no intervencionista a la intervencionista, no siempre se ha manifestado como una toma

de posición exclusiva del constituyente, del legislador o del administrador en tanto fuentes productoras de normas jurídicas generales. A menudo ese cambio de actitud ha comenzado a manifestarse en la grada de las normas individuales cuando un cambio de jurisprudencia ha acogido una nueva doctrina lo suficientemente fundada y difundida o la ha sentado por propia convicción de un tribunal frente a circunstancias concretas. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en materia de abuso del derecho de propiedad.

En efecto: en Francia, el abuso de los derechos no había sido contemplado en el Código Civil de 1804. Pero, no obstante, y frente a invocaciones no siempre bien intencionadas del derecho de propiedad, muchos autores como Demogue y Marcowitch entendieron que la teoría del abuso surge de la propia ampliación del concepto de culpa expresado en el art. 1382 del Código, en tanto que otros, como Jossierand, lo infirieron directamente de los fines sociales, económicos y morales tenidos en vista por las leyes <sup>111</sup>.

Sobre esta base doctrinaria los tribunales franceses han llegado a admitir la teoría del abuso del derecho de propiedad modificando así uno de los principios fundamentales de la institución. Lo propio ha ocurrido en Alemania y en Suiza.

El derecho inglés, por su parte, si bien todavía se adhiere firmemente a una concepción individualista de la propiedad, nos ofrece el ejemplo de algunos fallos que han dado preferencia a los intereses económicos del damnificado sobre los derechos exclusivos y absolutos del propietario demandado, cuando el daño ha provenido de un "uso antisocial de la propiedad" <sup>112</sup>.

<sup>111</sup> Smith, J. C., *Consideraciones sobre la reforma del Código Civil*, LL, 130-1016.

<sup>112</sup> Friedmann, W., *El derecho en una sociedad*, p. 92.

Esta actitud es aún más rigurosa en la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos, cuyos tribunales han declarado ilegal la construcción de un cerco que tiene por objeto impedir la visual del demandante o la perforación de un pozo hecho con el fin de sustraerle agua <sup>113</sup>.

Pero el cambio de actitud llegó incluso más lejos en nuestro país, cuando antes de la modificación introducida en el texto del art. 1071 del Código Civil por la ley 17.711, varios tribunales ya habían declarado que para que el ejercicio de un derecho de propiedad no constituya abuso, ese ejercicio deber ser "normal".

Y finalmente, en lo que concierne a la esfera de la autonomía de la voluntad —en la cual la voluntad real de los individuos había llegado a ser prácticamente absorbida por la voluntad de los grandes consorcios capitalistas <sup>114</sup>— no es aventurado afirmar que ella constituye el ámbito donde con mayor intensidad y variación se ha hecho evidente la influencia de la actitud política anti-individualista, a punto tal que aquella autonomía ha quedado reducida en numerosos casos a la mera posibilidad de elección de un determinado tipo contractual o la posibilidad de admisión o rechazo de las distintas variantes que admiten las leyes para cada uno de esos tipos.

<sup>113</sup> Friedmann, W., *El derecho en una sociedad*, p. 93.

<sup>114</sup> Dice Friedmann al respecto: "La teoría clásica del contrato supone que el individuo legal es también un individuo físico. Los fundamentos de la teoría se derrumbaron cuando las corporaciones empezaron a desplazar cada vez más a las personas físicas como personas legales y como partes de los contratos comerciales o industriales. Como la teoría era que dos o más personas individuales negociaban entre sí libremente, el control sobre los términos del contrato se limitaba a unas pocas formas de ilegalidad. La idea de que el Estado pudiera, en nombre de la comunidad, intervenir para dictar o alterar los términos de los contratos en aras del interés público es, en general, ajena a la teoría clásica del contrato..." (*El derecho en una sociedad*, p. 110).

En general, y aun en los países más tradicionalistas como Gran Bretaña, nuestra época ofrece en materia contractual la tónica de un fuerte dirigismo estatal, especialmente en torno a aquellas especies de convención a las cuales el individualismo había franqueado el camino a la mala fe.

En efecto: la elaboración de una nueva categoría contractual, —el contrato de trabajo— bajo principios que tienden a asegurar a la parte económicamente débil un mínimo de condiciones irrenunciables; la “publicización” de las convenciones colectivas de trabajo que muchos países han adoptado como método eficaz para asegurar una más amplia obligatoriedad de las mismas; la reelaboración de la teoría de la lesión sobre bases subjetivas a fin de evitar el aprovechamiento por parte de uno de los contratantes de la necesidad, inexperiencia o ligereza del otro; las inhabilidades e incapacidades especiales para otorgar determinados actos jurídicos y, sobre todo, la amplia recepción que ha tenido en el derecho positivo contemporáneo la teoría de la imprevisión<sup>115</sup>, afectaron profundamente la antigua soberanía civilista del contrato, flexibilizando sin duda, en nuestros días, su viejo rigor individualista.

<sup>115</sup> He aquí otro caso que nos muestra con suficiente claridad cómo, sin modificarse siquiera la letra de la ley, puede ser modificada, a veces profundamente, la estructura interna de una institución jurídica cuando la jurisprudencia admite nuevos principios que confieren a aquélla un distinto significado.

El Código Civil francés nunca admitió la teoría de la imprevisión; pero el instituto fue introducido jurisprudencialmente en Francia a partir del famoso fallo del Consejo de Estado en el juicio incoado por la Compañía de Gas de Burdeos contra el Municipio de esa ciudad durante la primera guerra mundial. Tampoco la admitía el derecho inglés hasta que los tribunales la incorporaron mediante la teoría de la *frustration of adventure*. Y lo propio ocurría en nuestro país hasta que el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala G) de la Capital Federal declaró que la teoría de la imprevisión se encuentra implícitamente acogida en el texto (originario)

Prácticamente, lo que define en nuestra época la modalidad de contratación más generalizada, es el carácter uniforme que dentro de determinados tipos tienen los contratos. Tanto el contrato de trabajo, como el de compraventa, o el de transporte, o el de seguros o el de locación se asientan, cada uno, sobre condiciones, precios y efectos reglamentados uniformemente por cada legislación.

Esa uniformidad —típica característica de nuestra época— simplifica notablemente la dinámica de los negocios; pero al mismo tiempo afecta profundamente la libertad contractual <sup>116</sup>.

La amplia conclusión que surge del examen de las diferentes esferas del derecho privado de los países de occidente, en los que el intervencionismo estatal contemporáneo se manifiesta sin que se hayan abandonado del todo muchos clásicos esquemas individualistas, es la de que, de una manera evidente, estamos operando hoy con un concepto que representa una firme tendencia hacia la función social de las instituciones jurídicas.

Hasta qué punto la aplicación de este concepto resultará compatible en todas sus partes con las estructuras políticas liberales que se esfuerza por mantener incólumes nuestro mundo occidental; hasta qué punto la concepción de la función social de las instituciones jurídicas no es, a su vez, una de las grandes ideologías con que nuestra época trata de encubrir consciente o inconscientemente un

---

del art. 1193 del Código Civil. Una nueva concepción política admitida por el juez, deja atrás a la concepción individualista del legislador o de toda una tradición jurisprudencial e incorpora una institución que ni uno ni otra habían acogido.

<sup>116</sup> Smith, J. C., *La autonomía de la voluntad y el contrato*, p. 47. Véase también su antecedente: Friedmann, W., *El derecho en una sociedad*, p. 118 y 119.

larvado socialismo, es algo que desde nuestra actual perspectiva histórica no podríamos aclarar.

Desde luego, cuando el investigador del futuro enfoque nuestra actual actitud y la compare y examine objetiva y desprejuiciadamente, tendrá sin dudas mayores posibilidades para encontrar la verdad.