

LOS SISTEMAS JURÍDICOS Y LOS GRUPOS DE PRESIÓN

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho y la idea del sistema*. III. *Los distintos sistemas jurídicos*. IV. *Estado, poder, grupos de presión y sistemas jurídicos*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se pretende enfrentar cualquier cuestión relativa a la evolución de la historia universal, viene siendo una especie de lugar común el tratar de referir su planteamiento y posible solución a los parámetros culturales de la denominada cultura occidental, que adquiere así una dimensión cuasi mítica.

Más aún, llega a afirmarse —paladinamente— que sólo en Occidente existe “ciencia”, con ese sentido de “validez” que actualmente atribuimos a esta ambigua expresión. Sin embargo, suele olvidarse, muy alegremente, por cierto, que nuestra mayestática “ciencia occidental” fue precedida, en muchos siglos, por amplios conocimientos empíricos, filosofía de matices racionalistas, serias meditaciones sobre el cuestionamiento de la problemática del mundo y de la vida y —en fin— conocimientos y observaciones profundas y agudas.

Con toda razón señala Max Weber¹ que a la astronomía de los babilonios, como a cualquier otra de su tiempo, le faltó la fundamentación matemática, que únicamente le proporcionaron los helenos, aunque ello haga tanto más asombroso el desarrollo alcanzado por la astrología babilónica. Del mismo modo, la geometría estuvo carente de una “demostración” racional, que asimismo fue producto del espíritu helénico, primer creador —también— de la mecánica y de la física.

Algo similar ocurrió con las ciencias naturales hindúes, que adolecieron de la experimentación racional (debida al Renacimiento, salvo

¹ Weber, Max. *La ética protestante*; trad. de Legaz Lacambra, Madrid, SARPE, 1984, pp. 23 y ss.

atisbos casuales y puramente visionarios anteriores), y del soporte del laboratorio. Pudiendo afirmarse lo mismo de la medicina empírica-técnica de la India, que no tuvo fundamento biológico y bioquímico.

Esta situación puede ser trasladada a la historiografía china, de gran empaque, pero carente del "pragma" de Tucídides. También la teoría del Estado de Maquiavelo tiene antecedentes en la India, pero una vez más, echamos de menos la sistematización de corte aristotélico y la correspondiente causa conceptual racionalista.

Finalmente, en el ámbito jurídico, quizá pueda afirmarse, con plena seguridad, que fuera de Occidente no ha existido una ciencia jurídica racional, aunque tengamos antecedentes remotos en la India (Escuela de Mimansa), o en las distintas escuelas de interpretación jurisprudencial musulmanas (hanefí, malaquí, xafeí y hambalí); la razón es bien sencilla: pese a todas las codificaciones de raíz oriental, a pesar de los numerosos libros jurídicos, hindúes o no, faltaron sencillamente los esquemas y categorías estrictamente jurídicas del derecho romano y del prolífico derecho occidental dimanante de él. Algo parecido podría decirse del arte.

En el curso de su historia, Europa ha inventado un cierto tipo de feudalismo, de aristocracia, de burguesía, de ideología y de revolución,² pero sobre todo de una *burocracia*; fuera de Occidente el funcionario especializado, el burócrata, no ha tenido nunca una importancia tan fundamental para el orden social.

A la relevancia burocrática, señalada en el anterior párrafo, cabe añadir que el "Estado", concebido como forma suprema de organización política, dotado de una "Constitución" racionalmente establecida, es también una primicia occidental. Novedad a la que habría que añadirle, dada su trascendencia en cuanto al tema que nos ocupa, un derecho racionalmente preceptuado y una administración, a cargo de funcionarios especializados, orientada por normas positivas racionales, es decir, por leyes.

Fuera del ámbito occidental, todo esto era conocido, pero de modo rudimentario, fragmentario, sin la coherencia de la logicidad, que regulara la mezcla, la combinación de los principales elementos esenciales. Lo mismo ocurrió con el poder más decisivo de nuestra vida moderna: el capitalismo.³

² Baudrillard, Jean, "La utopía realizada", en revista *Siempre*, núm. 1736, 1-octubre-1986, Suplemento "La cultura en siempre", p. 38, México, 1986.

³ Braudel, Fernand, *La dinámica del capitalismo*; trad. de Tusón Calatayud. Breviarios 427, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 41,42.

Puede afirmarse, como lo hace Braudel, que la economía europea —comparándola con la del resto del mundo— parece haber debido su desarrollo más avanzado a la superioridad de sus instrumentos, de sus instituciones (entre ellas, las casas de bolsa y las distintas formas de crédito), aunque todos los artificios, todos los mecanismos del intercambio existían fuera de Europa en una amplia jerarquía de perfeccionamiento, que va desde Japón, como su más alto punto de referencia, pasando por Insulindia y el islam, hasta su lugar más atrasado, China, todo ello sin concretar otras manifestaciones mucho más primitivas.

Sin duda, el capitalismo se identifica con la aspiración a la ganancia, lograda con el trabajo capitalista permanente y racionalizado (la ganancia siempre renovada), a la rentabilidad. Dentro del capitalismo, todo esfuerzo individual no encauzado a la probabilidad de obtener una rentabilidad está condenado al fracaso.

Sin embargo, en Occidente, el capitalismo tiene una importancia y unas formas, unas características y unas orientaciones, no conocidas —al menos en esas dimensiones— en ninguna otra parte.

Pero la singularidad del capitalismo occidental radica en una forma del mismo no conocida en otros lugares: *la organización racional-capitalista del trabajo formalmente libre*.⁴

Si a lo anterior le añadimos dos elementos determinantes más: a) la separación de la economía doméstica y de la industria y b) la consiguiente contabilidad racional, el cuadro estará completo.

Y aquí llegamos a la parte central de esta introducción, es decir, al lugar donde este capitalismo occidental requiere de unos instrumentos plenamente ligados al objeto de nuestro estudio.

Por lo que respecta a nuestra parcela específica, esos instrumentos son dos: un derecho racionalizado y la administración. El capitalismo industrial moderno necesita tanto de medios técnicos de cálculo de trabajo, como de un derecho previsible y una administración dirigida por reglas formales; sin estos elementos, cabe una concepción y un ejercicio capitalistas, pero adviene en imposible la industria racional privada con capital fijo y cálculo seguro.

Pues bien, sólo el Occidente ha proporcionado a la vida económica un derecho y administración dotados de esta perfección técnico-jurídica formal. De ahí que resulte necesario preguntarse, con el gran Weber, ¿a qué se debe la existencia de tal derecho?

Indudablemente, en otras circunstancias crónicas y tópicas, los inte-

⁴ Weber, Max, *La ética protestante*, op. cit. *supra* nota 1, pp. 29 y ss.

reses capitalistas facilitaron el camino a la preponderancia de los juristas (educados en el derecho racional), en la esfera de la justicia y de la administración, pero no constituyeron, de ninguna manera, el factor único o exclusivo.

Entonces, ¿cuál fue la razón determinante de esta preeminencia del elemento jurídico? ¿Por qué se erigió en uno de los instrumentos preferidos, y preferentes, de los grupos de presión?

La respuesta enlaza, de forma directa, con el "racionalismo" específico y singularísimo de la cultura occidental. Sin embargo, ese racionalismo comporta un elemento muy ambiguo, al igual que no es fácil concretar, sin confusiones, lo que entendemos por "cultura occidental". Por estrictas razones de economía de trabajo, de circunscribirnos a nuestro tema, prescindiremos de la última expresión, para centrarnos en las "racionalizaciones".

Es factible hablar de racionalización desde perspectivas muy distintas: así podemos referirnos a una racionalización de la contemplación mística (punto de vista susceptible de ser considerado "irracional" desde otras esferas vitales); también cabe aplicar la "racionalización" a los planos económicos, técnicos, científicos, educativos, militares, y —en lo que específicamente nos interesa— a las parcelas jurídicas administrativas.

Así pues, procesos de racionalización se han llevado a cabo en muchas partes y en todos los sectores vitales. Por consiguiente —ahora— lo primordial se proyectará a la influencia que este racionalismo implica en el ámbito jurídico.

Lo anterior afecta no sólo al campo económico, fuente principalísima del poder y —obviamente— de los grupos de presión de ellos derivados, sino a la parcela jurídica. El cómo de la relación entre estos dos campos, económico y jurídico, jurídico y económico, es un elemento central, decisivo, determinante en la ciencia moderna, en la noción de la misma, como con sobrada razón apunta Bunge.⁵

Lo importante, por tanto, será desentrañar el contenido de ese "cómo" que confiere prestancia científica a nuestro conocimiento; en otras palabras, tendremos que procurar descifrar, en el ámbito jurídico, las operaciones (empíricas o racionales), por las cuales un enunciado tenido como verdadero es verificable (confirmable o disconfirmable), de una manera objetiva, al menos en principio.⁶

⁵ Bunge, Mario, *La investigación científica*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 10 y ss.

⁶ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, 1986, p. 19, *in fine*.

Todo ello nos lleva de la mano, sin solución de continuidad, al problema del derecho y a la idea del sistema, que supone —ya en sí misma— una evidente racionalización del mismo.

II. EL DERECHO Y LA IDEA DEL SISTEMA

Parece no haber mayor inconveniente en afirmar, con el profesor Polinsky,⁷ que el sistema jurídico actual (concebido como una totalidad, al menos en el ámbito capitalista y nos estamos refiriendo tanto al capitalismo privado, como a las naciones de capitalismo estatal), se encuentra claramente influenciado por imperativos de eficiencia, las normas jurídicas y las políticas jurídicas corresponderán, con frecuencia, a las óptimas en términos de eficiencia. Podríamos decir, sin forzar el significado de lo anterior, que la economía supone una orientación muy importante para la caracterización de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Pocas cuestiones habrán desatado polémicas, que las referentes a la decantación de la esencia del derecho. Las posturas se han escindido en varias vertientes, que van desde los buscadores de una vana esencialización del *jus* (con todo lo que ello comporta), pasando por los que persiguen la interrelación cuasi totalizadora, hasta desembocar en los que, renunciando a objetivos tan grandiosos y realmente tan poco factibles, se conforman con tratar de ubicar la cuestión en un plano más modesto pero —evidentemente— más real.⁸

Los finalmente citados bien centrados en lo que, a mi humilde parecer, constituye una característica de la moderna filosofía, es decir, en el tránsito de lo abstracto a lo concreto.

Trazando un amplio marco conceptual, desde Platón a Hegel, todos los grandes filósofos han prestado una atención preferente al derecho, en calidad de sector destacado de su actividad.⁹

La jurisprudencia,¹⁰ entendida en sentido moderno, y los sistemas filosóficos han empalmado sus quehaceres sin solución de continuidad.

⁷ Polinsky, A. Mitchell, *Introducción al análisis económico del derecho*; trad. de Álvarez Flóres, Barcelona, Ariel, 1985, p. 11.

⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Breves reflexiones sobre el problema filosófico del derecho y la conceptualización del mismo*, todavía sin publicar.

⁹ Carins, H., *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, Baltimore, 1949, pp. 9 y ss.

¹⁰ Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*; trad. de González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Civitas, 1981, p. 23.

Dentro del pensamiento filosófico, la filosofía jurídica ha supuesto un considerable esfuerzo para examinar el derecho en una racional relación con un esquema general de las cosas, en una actividad encaminada a establecer los principios de sus elementos en sus formas ideales, antes que en la conexión causal mediante la cual son conocidos en los *sistemas jurídicos* vigentes.

El objeto propio de la jurisprudencia, en cualquiera de sus diversas ramas, es el derecho positivo; entendiendo por tal —derecho en sentido estricto— el derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad expresa de su soberano o gobierno supremo, afirma Austin.

Concebidas como una totalidad y como relacionadas y conexas las unas con las otras, las leyes y normas positivas de una comunidad particular o específica constituyen un sistema o cuerpo de derecho. Y en tanto que limitada a uno cualquiera de tales sistemas o alguna de sus partes, la jurisprudencia es particular o nacional.

Pero aun cuando cada sistema de derecho tiene sus diferenciaciones concretas y singulares, existen principios, nociones y distinciones comunes a varios sistemas, que forman analogías o semejanzas, que los hacen afines.

Una considerable porción de estos principios comunes lo son a todos los sistemas, lo mismo a los primitivos y rudimentarios de las sociedades atrasadas, que a los sistemas más completos y perfectos de las comunidades más avanzadas.

De esta forma, la jurisprudencia a partir del siglo xvi (sobre todo en Gran Bretaña), se constituye como una actividad relacionada con la ciencia, tomando como modelo a la mecánica; la filosofía de la jurisprudencia queda sustituida por la jurisprudencia como filosofía; dicho en otros términos, la consideración filosófica del derecho pasó (específicamente a mediados del siglo xix), del manejo exclusivo de los filósofos a las manos de los juristas.¹¹

No obstante es Hegel, el gran maestro teutón, quien clarifica, con su proverbial precisión, el antagonismo entre las dos formas del pensamiento sobre el derecho. Para él había una jurisprudencia “filosófica”, cuyo objeto es la *idea del derecho* (es decir, su concepción y su realización), y una jurisprudencia “positiva”, cuya función sería

¹¹ González Vicen, Felipe, “La filosofía del derecho como concepto histórico”, en *Anuario de filosofía del derecho*, Universidad de Madrid, 1969, t. XIV, pp. 45 y ss.

explicar lo que, en un determinado momento histórico, es el *derecho positivo*.¹²

Y añade Hegel que ambas tareas (explicar y comprender, históricamente, la aparición de algo, de un lado, y el criterio filosófico de esta aparición y la conceptualización de lo surgido, del otro), mantendrían "una recíproca indiferencia" mientras que ambas se limitasen estrictamente a sus respectivos ámbitos competenciales, aunque supo detectar la posible fricción de las dos posiciones señaladas.

La previsión hegeliana del enfrentamiento indicado no hace sino confirmar un recelo tradicional entre juristas y filósofos, enfrentamiento que se acrecienta modernamente.

Muy probablemente, al menos esta es nuestra opinión, aquí radica la explicación más plausible, más razonable, del citado enfrentamiento, y —desde luego— de la moderna concepción del derecho, conexas a la idea del sistema.

De una parte, porque el derecho requiere de una técnica depurada, en su conformación positiva, aspecto en el que brillaron, con gran maestría, los juristas romanos (técnica extendida a algunos países como Alemania, justamente por el predominio de la recepción del derecho romano).

De otra, por la especial vocación y aptitud espiritual del filósofo con la consiguiente dificultad de la unificación de ambas cosas en una sola persona. El resultado es que, como consecuencia de la perfección técnica y conceptual de la jurisprudencia, ésta recibe una elevada categoría intelectual, lo que hace que los juristas (especialmente los romanos), sean comandados a idéntico nivel que los matemáticos por su talento deductivo, de gran rigurosidad, partiendo de determinados axiomas.¹³

Los hechos anteriores, sin duda, nos indican que el pensamiento jurídico se ha desplazado (y es lo que nos interesa destacar), del ámbito específicamente filosófico a un plano estrictamente científico. En un principio, la filosofía se ocupaba de los problemas fundamentales y esenciales del derecho; actualmente, la misma jurisprudencia o lo que es lo mismo, la ciencia jurídica, la ciencia del derecho reclama, por sí y para sí, el conocimiento exclusivo de ellos.¹⁴

¹² Hegel, F., *Filosofía del derecho*, reducida y traducida por González Vicen, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1935, *passim*.

¹³ Bagolini, L., "La scelta di metodo nella giurisprudenza (diálogo tragiurista e filosofo)", *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Roma, 1957, pp. 3 y ss.

¹⁴ González, Vicen, F., "La filosofía del derecho como concepto histórico", *op. cit. supra*, nota 11, pp. 17 y ss.

¿Qué ha ocurrido? La cosa es sencilla: filosofía y ciencia ya no presentan una sinonimia conceptual, las ciencias se han separado de la filosofía, y —entre ellas— la ciencia jurídica (la jurisprudencia), de muy particular forma; inclusive la propia filosofía ha recibido una muy marcada orientación científica, que le ha hecho reclamarse a sí misma su justificación no como “filosofía”, sino más bien como ciencia, o al menos como teoría de la ciencia.

Las ciencias, trabajando con rigor intelectual, y con técnicas muy depuradas, han conseguido alcanzar conocimiento seguro y un dominio, cada vez mayor, de la naturaleza.

Todo ello ha tenido su traducción al campo jurídico, la antigua y venerable ciencia del derecho natural se ha trasvasado a la filosofía del derecho, pero ésta (en tanto que concepto histórico), afloró como conciencia del carácter estrictamente histórico del derecho (o lo que es lo mismo, convertida en objeto científico *stricto sensu*), y dejó de ser materia de una metafísica y de una ontología. Independientemente, sin perjuicio de que la terminología jurídica no ponga de manifiesto este sentido objetivo.

Pero, en definitiva, la verdadera cuestión a resolver (a los efectos de nuestra tarea específica), es la *realidad del derecho*, lo que el derecho es en realidad. Y este problema puede plantearse desde un triple nivel: normativo, subjetivo (personalista), y axiológico.

La conceptualización normativista, fundamentalmente objetiva, concibe al derecho como el *sistema* de las normas positivas vigentes.

La noción personalista (subjetivista), característica de los pueblos germánicos, tiene una matización claramente metafísica, con dos vertientes: la de Hegel; el derecho es existencia de la voluntad libre; y la de Rosmini: la persona es derecho humano subsistente.¹⁵

El enfoque axiológico detecta una larga trayectoria intelectual, desde Platón y Aristóteles, continuando por Tomás de Aquino y desembocando en los actuales jusnaturalistas.

No obstante, estos tres niveles deben ser superados, y lo serán con la consideración del derecho como realidad social y de la realidad social como realidad humana. De esta manera, la vida social (sistema de usos y vigencias colectivas, repertorio de comportamientos y patrones de existencia sociales), es el fundamento de la dimensión normativa del derecho, y —al propio tiempo— la vida social es jurídica en cuanto posee un sentido de justicia, y ese sentido de justicia adquiere

¹⁵ Rosmini, Antonio-Serbati, *Filosofía del diritto*, Milán, Giuffrè, vol. I, pp. 1841-1843.

su autenticidad en la instauración de la persona, con lo suyo, en la ordenada convivencia.¹⁶

Realmente, puede afirmarse que el problema metodológico se ha erigido en la preocupación jurídica fundamental, sobre todo en su vertiente científica. El cómo, es decir, la investigación científica que ha permitido al hombre una reconstrucción conceptual del mundo, es cada vez más amplia, profunda y exacta.¹⁷

El panorama, sin embargo, en la parcela metodológica se encuentra muy lejos de ofrecer criterios unificadores: la única coincidencia parece estar en el repudio de un seco empirismo; el método del análisis de la problemática del derecho no es el mismo del utilizado en las ciencias naturales. Fuera de lo anterior, las divergencias superan, con mucho, a las coincidencias.

Por ello, resulta necesario investigar, en cada cambio importante, las fuerzas sociales y económicas coadyuvantes en la determinación de las orientaciones generales y en el ritmo del avance científico; y en reciprocidad, examinar también cuáles han sido los puntos, en que los descubrimientos científicos han podido modificar, profundamente, el curso de los acontecimientos económicos, sociales y hasta estrictamente políticos.¹⁸

El vertiginoso acontecer del mundo moderno no deja de obedecer a ciertas pautas. La nuestra es una época de transición (de una organización social a otro tipo de sociedad distinta), en la que los conflictos aún no se resuelven. El mundo, a partir de 1917, se escinde entre dos formas diversas de vida y de sociedad. Pero esta escisión, al propio tiempo, no es sino una manifestación abierta de los conflictos subyacentes en la engañosa uniformidad del siglo XIX.

Pero, ¿qué hace el derecho ante este aluvión que se le viene, que se le ha venido encima? El prodigioso y rapidísimo avance técnico y científico, iniciado en el siglo XIX y que se ha acentuado hasta límites inimaginables en el nuestro, ha producido una transformación (cuyos alcances no están todavía suficientemente determinados), en el acervo cultural del mundo, que ha afectado las mismísimas bases del entorno cultural, y ello lógicamente ha tenido su repercusión en el universo de lo jurídico, que azorado ante tal despliegue técnico-científico se ha visto

¹⁶ Cathrein, Viktor, S.J., *Derecho natural y positivo* (1909), trad. Jardón y Barja, Madrid, Reus, 1926, pp. 51-53; Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 37 y 38.

¹⁷ Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Siglo XX, 1981, p. 9.

¹⁸ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal*, op. cit. supra, nota 6, p. 22.

sorprendido, cuando no completamente rebasado, por este incuestionable avance material.

Su respuesta ha venido de la mano de la lógica moderna, que se convierte en el común denominador de las ciencias especiales; no es una ciencia "universal" (de cuyas leyes dimanen las normas de las demás ciencias), sino una ciencia general, en el sentido de que las verdades lógicas se refieren a cualesquiera objetos; no una ciencia incluyente de las demás, sino una ciencia incluida en todas las demás, porque constituye la parte común de todas ellas, ya que lo que la lógica afirma es lo que se puede afirmar sobre los objetos de cualquier ciencia.

Wittgenstein¹⁹ expresa que la lógica viene a representar la "estructura formal del mundo", la última parcela analizable, tras la cual nada se puede decir, porque lo que todos pensamos lo pensamos dentro de la estructura formal del mundo. El pensamiento lógico se erige en una construcción sistematizada, en una técnica que verifica sus proposiciones conforme a un sistema de reglas constitutivas de un lenguaje artificial.

Las proposiciones lógicas presentan la armazón del mundo; su conexión con éste consiste en que dan por supuesto que los nombres tienen un significado y las proposiciones elementales un sentido; conocida la sintaxis lógica de un lenguaje de signos cualquiera, todas las proposiciones de la lógica están ya dadas.

La ciencia jurídica, en su dimensión dogmática, se cimienta, pues, como una materia rigurosamente lógica. Desde el punto de vista sociológico, fue decisivo que los juristas doctos (científicos), aparecieran como una "comunidad científica", como un estamento especial, que —desde la recepción del derecho romano— obtuvieron influencia relevante sobre las cualidades formales del derecho.²⁰

Se llevó a cabo la construcción de conceptos (respecto de los cuales, la jurisprudencia romana no tuvo una designación unitaria), y —convertidos en categorías lógicas— formaron la base para toda clase de operaciones deductivas.

De esta manera, apareció el propósito de la construcción jurídica de los hechos sin contradicción alguna. Y el derecho se concibió como un compacto complejo normativo, lógicamente exento de contradicciones y lagunas, que debe ser aplicado.

En esta concepción, la ciencia del derecho no sólo es, adjetivamente,

¹⁹ Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus*; trad. de Tierno Galván, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1957, parágrafos: 5.61, 5.62, 6.1, 6.2, 6.124.

²⁰ Weber, Max, *Economía y sociedad*; trad. de Medina Echavarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, t. III, pp. 183 y ss.

lógica, sino también sustancialmente, en otras palabras, no únicamente expresión de un estilo logicista de pensar en el plano jurídico, sino que su finalidad misma se encuentra en la lógica. Se produce una depuración de los conceptos jurídicos mediante la utilización de la teoría del conocimiento, orientación que desemboca en Rudolf Stammler y culmina en Hans Kelsen.²¹

Kelsen,²² propugna la diferenciación entre el “ser” (*sein*), y el “deber ser” (*sollen*), ubicando al derecho en esta última parcela. El término “ser” (*sein*), es equiparado a la realidad natural; mientras que el “deber ser” (*sollen*), viene referido a los objetos ideales, que no poseen aquella realística natural; pero Kelsen puntualiza, con su proverbial agudeza mental, que no se trata de cualquier *sollen*, de cualquier “deber ser” (basado en un juicio ético-político), sino en un deber ser lógico *stricto sensu*, de una atadura lógica y no de otra cosa.

La contraposición, para Kelsen, tiene el sentido de la que se da entre el orden del ser, interpretado como “naturaleza”, y el ser que no es naturaleza (contradicción interpretada por la sociología y por el marxismo como antítesis de la realidad y de la ideología).

La contraposición es expresada lógicamente en la forma del “enlace causal” de los hechos y la imputación normativa” (hasta tal punto que la norma jurídica llega a ser definida como “conducta humana imputativamente vinculada”).

Por consiguiente, la lógica del derecho necesita manejar conceptos propios (imputación, permisión, deber ser, etcétera), porque sus proposiciones no son meramente enunciativas sino prescriptivas. El estudio de la forma de estas proposiciones constituye el contenido de una lógica del deber ser (lo que con Von Wright es denominado “lógica deóntica”).²³

No quisiéramos concluir este apartado, sin aludir a la concepción del profesor Karl Larenz respecto de la sistemática jurídica. El catedrático de la Universidad de Munich señala que el descubrimiento de la conexión de sentido de las normas jurídicas y su relación con los principios rectores del orden jurídico, y su exposición metódicamente estructurada, permite una *visión externa totalizadora de carácter siste-*

²¹ Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*; trad. de Wenceslao Roces, México, Editora Nacional, 1974; Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*; trad. de Emilio O. Rabasa, México, UNAM, 1960, pp. 15 ss.

²² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*; trad. de Vernengo, México, UNAM, 1983, pp. 17 y ss.

²³ Von Wright, *An Essay in Modal Logic*, Amsterdam, Mind, 1951, pp. 36 y ss.

mático, que constituye uno de los objetivos esenciales de la jurisprudencia como ciencia del derecho.²⁴

Los conceptos abstractos dimanar de una observación de un objeto, susceptible de intuición sensible (un animal, una planta, una casa, dice Larenz), del que se entresacan ciertas notas distintivas constantes (que quedan aisladas), y con ellas se forman conceptos, con enorme capacidad de abstracción, que permiten subsumir, en ellos, todos los objetos con las características extractadas en la definición conceptual. La abstracción será tanto mayor cuanto más particularidades se eliminen en la creación de los conceptos. Estos conceptos abstractos constituyen el *sistema externo*. El riesgo, según Larenz, es llegar a una abstracción tal que los conceptos corran peligro de vaciedad.

Sin embargo, Larenz señala que puede haber casos en que este concepto abstracto, generalizante, y la sistematización logicista no sean suficientes para captar un fenómeno vital o una conexión de sentido, y entonces aparece el tipo como recurso adecuado. El tipo (independientemente de sus posibles clasificaciones), supone —en general— una forma de pensamiento más concreta que la conceptual abstracta.

Toda diferenciación entre tipo y concepto podría sintetizarse (con la trascendencia sistematizadora que esto tiene), en que el tipo describe y el concepto define, lo que supone una considerable diferenciación metodológica, que significa una expresión más acabada de racionalización sistemática.

Finalmente, Larenz²⁵ ofrece la alternativa de un *sistema interno*, abierto con base en principios ético-jurídicos (no concebidos en forma generalizada abstracta, preponderantemente subsumibles), más bien necesitados de concretación (lo que él denomina *conceptos determinados por la función*); con ello, según Larenz, el pensamiento valorativamente orientado sirve a las necesidades de un *sistema* en constante apertura a la innovación.

El profesor Tamayo,²⁶ por su parte, señala que la simple posibilidad de cambio —regular o irregular— de las entidades del sistema jurídico nos inclina a considerar las variaciones del sistema. Sin embargo, para entender adecuadamente estas *variaciones*, es necesario determinar qué características tienen las entidades del sistema jurídico, que originan

²⁴ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*; trad. de Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 437 y ss.

²⁵ *Idem*, pp. 465 y ss.

²⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, pp. 133 y ss.

los cambios constantes del sistema. La respuesta a lo anterior permitirá saber qué clase de sistema jurídico es aquel que consiente una mutación permanente de sus entidades.

Las consecuencias de orden fáctico y jurídico de esa creación o innovación suponen, inevitablemente, una mutación o una alteración de un *status* precedente. El hecho indicado tiene su trascendencia política y —consequently— interesa mucho a los grupos de presión, precisamente porque toda creación lleva aparejado un cambio en el entorno donde se realiza. De ahí que la innovación o la creación comporten la modificación, completa o parcial, de una situación anterior. En otras palabras, una conducta jurídica nueva, original, con intención de establecer una normación diversa, supone el negar o rechazar, plena o residualmente, el orden normativo anterior.

Señaladas, sintéticamente, algunas cuestiones relativas al derecho y a la idea de sistema, parece conveniente hacer algunas consideraciones en torno a los distintos sistemas, o como dicen algunos autores, a las diversas familias jurídicas.

III. LOS DISTINTOS SISTEMAS JURÍDICOS

Desde cualquier perspectiva que pretendamos considerar al derecho (jusnaturalismo, positivismo, realismo, etcétera), parece no haber duda que nos enfrentamos con un fenómeno eminentemente cultural, en otros términos, el derecho es reflejo de una cultura.²⁷

El derecho mana, fluye como una consecuencia del entorno social en el que se desenvuelve. Tal vez lo anterior resulta más claro si tratamos de precisar el concepto de cultura, la descripción de lo que puede entenderse por ella.

Coincidimos con ese gran intelectual hispano, de los pocos auténticamente críticos, lo que es decir tanto como de los pocos verdaderamente valiosos, que es el profesor López Aranguren, quien entiende la cultura como una pluralidad de estructuras generalizables y transmisibles comunitariamente, o lo que es lo mismo, el repertorio de comportamientos y patrones de existencia de una sociedad tanto en el plano teórico como en el práctico.

La anterior noción de la cultura nos lleva de la mano a afirmar, como resumen, que el derecho es un producto de la cultura, es decir,

²⁷ Mayer, Max Ernest, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Labor, 1937, pp. 75 y ss.

nace, vive, se desarrolla y muere en, y sólo en, unos concretos parámetros culturales.

Precisamente por ese carácter cultural del derecho, en aras del cumplimiento de sus funciones sociales, la racionalización occidental, a la que hemos hecho referencia en páginas anteriores, provocó el encuadramiento del *jus* dentro de un sistema, con la finalidad de asegurar a los destinatarios de las normas jurídicas la mayor certeza, seguridad y claridad posibles.

De ahí que a los ingredientes necesarios (para la existencia del derecho), desde el ángulo lógico-formal se le agreguen, desde el prisma de su virtualidad operativa, una serie de instituciones contingentes, pero convenientes a los efectos de su eficacia social, y todo ello, en conjunto, formando parte de un sistema.

Los primeros (los ingredientes lógico-formales), constituyen la propia armazón lógica del derecho, sin la cual éste no existiría; los *segundos* son los aditamentos que sirven para que el derecho pueda cumplir su finalidad, y —al mismo tiempo— son el contenido de los primeros, en virtud de lo cual (precisamente por ellos), son éstos formales.

Por consiguiente, no consisten en ningún contenido jurídico concreto, sino que son el *a priori*, puramente formal, en el que tiene que participar todo contenido jurídico para ser considerado como tal. Las instituciones, por contra, expresan y representan conceptos empíricos o contingentes, porque no contienen ninguna necesidad lógica con respecto al orden jurídico, pero son definidos por la finalidad de justicia, seguridad, certeza, conveniencia, etcétera.²⁸

Un derecho sin normas, sin instituciones, sin relaciones, sin magistrados, etcétera, es tan inconcebible, tan lógicamente imposible, como un edificio sin paredes, sin techos, etcétera. En cambio, es perfectamente concebible un derecho (no es un absurdo lógico), sin letra de cambio, sin hipoteca, sin comodato o sin regulación expropiatoria. La ausencia de tales instituciones jurídicas es sólo una “laguna” (que es un concepto no de orden lógico, sino axiológico), lo que puede significar una injusticia o inconveniencia, en definitiva, una noción finalista.

No obstante, lo anterior es relativo, y así debe entenderse; toda conceptualización viene a ser formal respecto de lo que incluye por abajo, y material en referencia a lo que incluye por arriba. De esta manera, la noción de la relación jurídica es material en relación al concepto de

²⁸ García Máynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Porrúa, 1964, *passim*.

derecho (que está por encima de ello), y formal respecto a la noción del contrato de arrendamiento (que está por debajo de ella). Lo mismo ocurre con el concepto de institución jurídica: es formal con relación a cualquier institución jurídica concreta, pero material en referencia a la noción de norma jurídica que presupone. En este sentido, en la actualidad, se habla de la relativización de los conceptos jurídicos.²⁹

Ahora bien, todo ello comporta, de igual modo, la relativización de la antítesis metódica entre formalismo y teleología en la formación de sus respectivos órdenes de conceptos jurídicos.

Más concisamente: los conceptos jurídicos formales *a priori* no implicarían, en su composición, ningún ingrediente de teleología determinada, concreta, contingente, pero sí reflejarían el especial tipo de estructura finalista, que es esencial a lo jurídico, sencillamente como característica universal, como común denominador de todas sus manifestaciones históricas o posibles.

Y —al revés— la consideración finalista de los conceptos empíricos no excluye investigar lo que hay, en los mismos, de lógicamente necesario, o sea su esencia. Toda la orientación filosófico-fenomenológica, en relación al derecho, va dirigida al conocimiento del universo de esencias apriorísticas de lo jurídico, en las que participan las instituciones contingentes del derecho (posesión, servidumbre, usufructo, propiedad, etcétera).

Sin embargo, la situación del derecho es sumamente paradójica: *de un lado*, la vida jurídica son casos individuales, históricos, irreversibles e irreductibles unos a otros; *por otro*, la ciencia del derecho opera con normas jurídicas y éstas son, de salida, normas generales, leyes en las que todos los posibles casos de la vida jurídica están o pretenden estar en un esquema genérico y abstracto.

Lo individual se desindividualiza; lo irreversible o irreductible a lo otro, se trasmuta como lo análogo; lo imprevisible se encuentra ya predeterminado. No puede extrañarnos que la ciencia jurídica adapte su lógica a la índole de su objeto inmediato (normas), cuya naturaleza, genérica y abstracta, se le impone necesariamente. No obstante, ahí está como hecho inesquivable la vida jurídica, que no solamente no puede ignorarse, sino que la razón última del derecho, y de su ciencia, es precisamente la vida jurídica.

El hombre, en su doble dimensión individual y social o colectiva, se

²⁹ W. Cesarini Sforza, "La Relatividad de los Conceptos Jurídicos (Congreso de Derecho Comparado, Bruselas)" en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 1959, t. I.

erige en el meollo central de lo jurídico; el derecho es para el hombre, para la vida humana, y la ciencia del derecho o sirve para el hombre, para la vida del hombre o no sirve para nada.

Pero sucede que el hombre se encuentra agrupado, organizado a través de sociedades políticas, la más perfecta de las cuales recibe el nombre de Estado, y toda sociedad política tiene su propio sistema jurídico, inclusive ocurre que —dentro de un mismo Estado— coexisten varios derechos, unos denominados estatales, otros cantonales o regionales, junto al derecho federal, como en los Estados Unidos o en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Y acaece igualmente que el derecho está íntimamente ligado al poder, a tal punto de que, para muchos, se trata de la misma cosa.³⁰

La variedad, incluso nacional, por un lado (como hemos señalado), del derecho y los fenómenos del poder, por el otro, hacen muy difícil, muy complejo, para los juristas, la determinación de los criterios aplicables para distinguir los diversos sistemas jurídicos.

Pero esta delicada tarea se ve facilitada en el ámbito del derecho, al igual que acaece en las parcelas científicas, con la comprobación de ciertas categorías jurídicas generales que se imponen por encima de la variedad de los derechos particulares; justamente esas categorías jurídicas generales que se imponen por encima de la variedad de los derechos particulares; justamente esas categorías, lo común de lo diverso, no muy numerosas, nos permiten agrupar los diferentes derechos.

De ahí que David³¹ pueda afirmar, con razón sobrada, que del mismo modo que el teólogo o el especialista en ciencia política aceptan la existencia de ciertos tipos en la realidad religiosa (budismo, islamismo, cristianismo, etcétera), o entre los distintos regímenes políticos (monarquía, parlamentarismo, presidencialismo, etcétera), también el jurista puede clasificar los diferentes sistemas jurídicos mediante el método de la reducción a ciertos tipos.

De esta manera (para los efectos de la cuestión concreta, que nos ocupa ahora), pueden ser denominados sistemas jurídicos o sistemas de derecho aquellos tipos a los que es factible reducir los derechos existentes. Aunque, de inmediato, hay que advertir de la confusión, a que puede conducir el empleo del vocablo *sistema*, dada su extraordinaria

³⁰ Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1978, pp. 99 y ss.

³¹ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Ed. Aguilar, 1969, pp. 10 y ss.

polivalencia significacional, como es fácilmente comprobable para cualquier jurista con una mediana cultura jurídica.

Además, a lo anterior habrá que añadir la dificultad inherente a la misma concepción del derecho, ya que la noción comporta una buena carga de ambigüedad, cuando no de confusionismo liso y llano.

En función de lo dicho, será necesario, como requisito previo, precisar los criterios a utilizar para determinar cuáles son los sistemas jurídicos existentes en la actualidad, sin pretender —ni mucho menos— hacer exhaustiva su enumeración.

De conformidad con lo anterior, parece conveniente establecer algo, aceptable para todos, en relación con lo que entendemos por derecho. No creemos que exista dificultad en aceptar que el derecho es un conjunto de normas, tampoco habrá nada insuperable en ponernos de acuerdo sobre ciertas características ineludibles, para que una regla (mandato, prohibición o permisión), se estime como norma jurídica. Finalmente, también obtendremos un amplio consenso al afirmar que el derecho, en su sentido más *lato*, no es únicamente un “conjunto de normas”, sino que es algo más, aunque sobre ese “algo más” la posible coincidencia sea ya harto discutible.

Tal vez ese “algo más” se encuentre ubicado entre aquellos elementos integrantes del derecho, que más cercanos se encuentren de lo que hemos entendido, páginas atrás, como cultura. En otras palabras, dependerán en muy alta medida, de la concepción y de la función que al derecho se le asigne en el seno de cada sociedad. Juristas de la categoría de Kelsen, Ross y Hart,³² mantienen —con toda nitidez— que un orden jurídico puede estar integrado no sólo por normas legislativas, sino también por normas consuetudinarias y jurisprudenciales, y no se pronuncian sobre cuáles de estas normas tienen prioridad.³³

Otro criterio sería el de la perspectiva de la técnica jurídica, en función de la cual habría que interrogarse si un jurista, formado en la investigación y en la práctica de un derecho determinado, se halla en condiciones —por ese simple hecho— de desenvolverse adecuadamente en otro sistema jurídico. En caso de respuesta negativa, hay que convenir que esos dos derechos no pertenecen al mismo sistema (o a la misma familia jurídica, que como propone René David).

³² Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed.; trad. de Carrió, México, Editora Nacional, 1978; *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*; trad. de Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962.

³³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*; trad. de García Máynez, 3a. ed., México, UNAM, 1969; Ross, Alf, *La lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971.

Y eso no pertenencia puede deberse a un lenguaje discrepante (no expresión de los mismos conceptos), a una diferente jerarquización de las fuentes o una metodología diversa, entre otras razones. Pero, aún con los criterios expuestos, tampoco podríamos afirmar la identificación de esos dos hipotéticos derechos en un mismo sistema jurídico.

A lo anterior habría que agregar la fundamentación en unos principios filosóficos, económicos o políticos similares, orientados a la realización de dos tipos de sociedad análogos, entonces, y sólo entonces, podríamos —combinando los dos criterios simultáneamente y no por separado— establecer con la conciencia de los conceptos, de las técnicas y de los principios básicos, siempre existirá una considerable relatividad, puesto que en las ciencias sociales, mejor sería decir socio-culturales, no es fácil conseguir un ajuste mecanicista. En casi todo existe, por no decir en todo, una elevada carga de subjetividad enjuiciadora.

En esta tesitura, forzosamente hemos de recordar el aspecto cultural del derecho, así como que la cultura está integrada, fundamental y esencialmente, por comportamientos humanos, por lo que podemos afirmar (como lo hace el profesor Tamayo y Salmorán)³⁴ que “los criterios de identidad y pertenencia de un sistema jurídico se encuentran en todos los comportamientos jurídicos que funcionan como condicionantes de otro u otros”. Efectivamente, los actos jurídicos condicionantes van indicándonos qué actos habrán de completar el sistema y, consiguiendo, qué actos pertenecerán al sistema.

Por lo tanto, ¿qué actos pertenecen a un sistema jurídico? “Las entidades de un sistema jurídico son todos aquellos comportamientos que lo van progresivamente completando al conformarse a los criterios de entidad establecidos en los actos jurídicos condicionantes, desde el acto jurídico tenido como el más mediato a las consecuencias hasta la aplicación imputativa de estas últimas”.³⁵

Un orden jurídico no es mera agregación yuxtapositiva de comportamientos humanos con características similares, sino una conjunción de comportamientos, sistemáticamente conexiónados, que van constituyendo progresivamente el orden jurídico.

En definitiva, ¿qué es lo que nos permite reconocer un orden jurídico concreto y diferenciarlo de cualquier otro? Precisamente son los com-

³⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit., supra nota 26, p. 99, in fine.

³⁵ *Ibidem*.

portamientos humanos (reconocidos como entidades del sistema), lo que nos permite su identificación y su distinción de otro.

Antes de tratar de enumerar los sistemas jurídicos, señaladamente cualificados en nuestros días, queremos referirnos a la muy singular posición del profesor israelita Joseph Raz (con fundamentos en Bentham, Austin y Kelsen).

Estima el prestigioso jurista que la definición de una norma jurídica y —en general— del derecho depende de una teoría del sistema jurídico, y ello porque no cabe la disección, por separado, ya que los sistemas jurídicos son como *intrincadas urdimbres de disposiciones jurídicas interrelacionadas*.³⁶

Según Raz el paso previo para una correcta conceptualización del derecho reside en la formulación de una teoría completa del sistema jurídico, que requiere la ineludible solución de los siguientes problemas: existencia, identidad, estructura y contenido de los sistemas jurídicos, y con carácter de esencialidad para los tres primeros.

El jurista israelita, partiendo de la idea kelseniana de que, para determinar la naturaleza del derecho es preciso considerar las relaciones internormativas, sigue más adelante y convierte a la teoría del sistema jurídico en requisito, previo e ineludible, para la noción del derecho. Sistema y derecho se encuentran, pues, en una relación de interdependencia.

De cualquier forma, habrá que señalar, con Hart y Ross, que no existe la pretendida autosuficiencia del sistema jurídico; de ahí que los jueces (en algunos supuestos) tengan que recurrir a fundamentar sus resoluciones en criterios o principios no jurídicos. Y, más matizadamente, Hans Kelsen (aún afirmando que el derecho no presenta lagunas o contradicciones lógicas), admite la existencia de “indeterminaciones lingüísticas”, que originan que el derecho presente a los jueces no una sola solución, sino varias alternativas. Aunque Kelsen, desde luego, termine negando a esta afirmación relevancia alguna para la posición positivista.

Tendremos que coincidir, si queremos ser sinceros, en que no podremos perder de vista, cuando afrontamos los distintos sistemas jurídicos efectivamente actuantes en nuestra época, todas estas consideraciones, que estimamos enmarcan la cuestión en sus justas dimensiones de relatividad.

³⁶ Raz, Joseph, *Il concetto di sistema giuridico. Un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*; trad. de Paolo Comanducci, Bolonia, Ed. Il Mulino, 1977, *passim*.

Tiene razón David,³⁷ cuando nos indica que las diferencias que antaño podían parecernos importantes han perdido su trascendencia para nosotros; la unidad fundamental que subyace a muchos derechos, que antes nos parecían clara y totalmente diferenciados, se ha manifestado cuando los hemos comparado con sistemas jurídicos, que desconocíamos como tales.

Sin pretensiones de exhaustividad, cabe señalar los sistemas ("familias jurídicas", las denomina David), *jurídicos siguientes*:

1. *Sistema continental europeo*

Detecta en su composición componentes románicos, germánicos y canónicos, muy desigualmente equilibrados según los países. No hay uniformidad en su estructura, que en mucho depende de las circunstancias crónicas y tópicas.

Tales elementos no permanecen separados, cada uno con su concreta esfera de influencia, sino que se entremezclan ("agitándose en el derecho de Europa", conforme a la frase de Jiménez de Asúa), dando lugar a un periodo de transformación, de inestabilidad, de elementos viejos y nuevos, que tiene como característica principal esa mencionada inestabilidad y una evidente falta de homogeneidad e incluso de consistencia, periodo y transformador que se extiende a las distintas legislaciones nacionales de cada país y se prolonga hasta los tiempos modernos.³⁸

Así, en Italia aparecen sus numerosos estatutos municipales y las "constituciones *regni siculi*"; en Francia, el *Grand Coutumier* de Carlos VI (en 1453); en Alemania, los espéculos (espejos), de Sajonia y Suabia (de 1230 y de 1274-1275, respectivamente), y "Los derechos de las ciudades" (especialmente de Magderburgo y Lübeck), etcétera.

Con todo, el derecho romano adquirió y extendió —cada vez más— su zona de influencia, especialmente por ser la fuente a la que acudían los jueces para buscar la fundamentación de sus sentencias (concretamente, *el Digesto* y *el Código de Justiniano*), y de esta manera fue surgiendo un derecho común europeo, de carácter continental, no exactamente homologable con el naciente en Gran Bretaña.³⁹

³⁷ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. supra nota 31, p. 14.

³⁸ Bernaldo de Quirós, Constancio, *Lecciones de legislación comparada*, Ciudad Trujillo, Ed. Montalvo, 1944, *passim*.

³⁹ *Ibidem*.

Puede afirmarse, entonces, que la ciencia jurídica europea continental es un edificio majestuoso, cuyos cimientos son el derecho romano. La norma jurídica, centro del universo jurídico, es concebida como una norma de conducta y —en tanto que tal— íntimamente ligada a elucubraciones éticas, de moral y de justicia.

Junto a los jueces, merecen lugar de honor en su elaboración las universidades, que desarrollaron (específicamente a partir del siglo XII, sobre la base de las compilaciones justinianeas, una ciencia jurídica común y enfocada a las necesidades de un mundo con fuertes rasgos de modernidad. En función de lo anterior, puede decirse que las aportaciones de la ciencia jurídica han sido sustanciales para la conformación de este sistema.

Uno de los orígenes de este carácter científico, en la construcción del sistema, sin duda se encuentra en el proceso de logicización (con su correspondencia lingüística), que aparece en la Edad Media de la mano del “nominalismo y voluntarista”, que supone en el primer ataque serio y profundo contra las concepciones filosóficas de Tomás de Aquino (y mediatamente, también, contra Agustín de Hipona). El incipiente positivismo, inherente al nominalismo voluntarista, trataba de elevar la voluntad divina a la categoría de fuente exclusiva del derecho.

El nominalismo rechaza tanto la doctrina platónica de la idea del derecho, como la *lex aeterna* de San Agustín: el orden jurídico general ya no tendría por causa a la sabiduría divina, rectora de su voluntad, sino exclusivamente a su voluntad. De esta forma, y en el reino de la moral y del derecho, el nominalismo condujo al voluntarismo.⁴⁰

Aunque los antecedentes de esta lógica racionalizadora del nominalismo se remontan al siglo VI con Boecio, y continúa su línea de racionalización jurídica (decisiva en la estructuración del sistema, que nos ocupa), con Duns Scoto en la alta Edad Media, sin embargo no adquiere su madurez sino hasta Guillermo de Ockham,⁴¹ sin duda el lógico más grande de su época.

Su filosofía marca el tránsito de los antiguos a los modernos. El orden ético del universo reside en la voluntad divina: lo bueno es lo que Dios ordena, pero la expresión contraria (Dios lo ordena porque es bueno), no es exacta: ni su esencia, ni el principio de contradic-

⁴⁰ Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, 2a. ed.; trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1983, pp. 135 y ss.

⁴¹ Ockham, Guillermo de, *Theory of Terms, part. I of the Summa Logicae*; trad. de Loux, Notre Dame, London, 1974.

ción le impiden modificar o derogar los preceptos del Decálogo, incluido el deber de amor a Dios. La consecuencia de esta lógica de Ockham es que únicamente existen mandamientos divinos positivos, y no una ley eterna o derecho natural. Obviamente (y es la razón primordial de haber traído a colación al bueno de Guillermo de Ockham), todo este basamento filosófico se proyecta en una resultancia lógica, que va definiéndose como una de las características más connotadas del sistema jurídico europeo continental.

Su lógica desemboca, con plena naturalidad, en un esbozo de formalismo. Prácticamente, nos anticipó (con su atención preferente al carácter consecuencial y proposicional de la lógica), una pujante filosofía del lenguaje como fundamento de sus desarrollos. En otras palabras: su filosofía del lenguaje está polarizada hacia las propiedades de los términos en la proposición y en la consecuencia, de análoga manera a lo que hoy ocurre con la actual semiótica; todo un anticipo de la lógica jurídica moderna, lógica formal, no formalista.⁴²

Evidentemente, el sistema europeo continental denota como características distintivas (entre otras menos relevantes a nuestro juicio), la logicidad formal y la racionalidad, esa racionalidad que señalamos al comienzo de nuestras reflexiones y que tan necesaria ha resultado para los factores de poder actuantes, en forma más o menos expresa, en las sociedades. La lógica formal y la racionalidad terminaron por dar lugar a la sistematización, como expresión acabada de una mayor certeza, claridad y seguridad jurídicas.

Pero el devenir histórico proporcionó al sistema europeo continental, de la mano del creciente capitalismo colonizador, su penetración en los lugares más apartados, en los continentes más lejanos, lo que —de paso— le aseguró un sitio privilegiado entre los distintos sistemas jurídicos.

No obstante, ha sucedido un fenómeno digno de señalarse; al llegar a otros lugares, muchos de ellos con civilizaciones autóctonas de muy estimable rango cultural, los derechos dimanantes del sistema europeo continental han adquirido perfiles propios, que requieren, cuando menos, de cuidadosas matizaciones y que —en muchos casos— ha dado lugar al surgimiento de instituciones jurídicas paralelas, unas correspondientes al derecho recepcionado y otras derivadas de la propia cultura recipiendaria.

⁴² Beuchot, Mauricio, *La filosofía del lenguaje en la Edad Media*, México, UNAM, 1981, pp. 140 y ss.

También es conveniente destacar que el sustrato sociológico receptor ha determinado una dinámica aplicatoria y ambiental, tan distinta de la del lugar del nacimiento del derecho recibido que, forzosamente, ha provocado una nítida diferenciación entre los derechos de esos países y los derechos europeos que les sirvieron de modelo.⁴³

2. Sistema del common law

Algunos autores lo denominan Sistema Insular Europeo. Se encuentra integrado por los derechos derivados del derecho de Inglaterra y por el propio derecho inglés. Este sistema jurídico tiene rasgos muy peculiares, que le dan una configuración muy específica, claramente diferenciada del sistema continental europeo. En el fondo puede afirmarse que los factores de poder, operantes en la sociedad británica, han requerido de una proyección jurídica diversa a la de las sociedades europeas continentales.

Tiene el sistema, en su conjunto, una muy acusada relevancia como derecho público. La norma jurídica del *common law* (con menor carga de abstracción que la de los derechos del continente europeo), se avoca —de forma esencial— a proporcionar solución a un proceso, más que a establecer una regulación conductual de futuro.

De esta forma, como con acierto apunta David,⁴⁴ las normas referentes a la administración de justicia, el procedimiento, la prueba, así como las relativas a la ejecución de las resoluciones judiciales, tienen el mismo rango, si no superior, para los juristas británicos, que las normas atañentes al fondo del derecho, tal vez “porque su preocupación inmediata es restablecer la paz, no echar las bases del orden social”.

Por eso tiene razón Tamayo y Salmorán,⁴⁵ cuando nos indica que, a partir de Henry de Bracton, el *corpus* jurídico inglés (sistematizado con arreglo a los cánones de la jurisprudencia romana), *sus principios, la ideología jurídica que lo anima y, en suma, todo lo que la expresión “derecho” nombra e implica se convierte en el límite natural y racional al poder del monarca*. Verdadero reflejo de que los factores

⁴³ Claessen, Henri J. M., *Antropología política, Estudio de las comunidades políticas. (Una investigación panorámica)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1978, *passim*.

⁴⁴ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. *supra* nota 31, p. 16.

⁴⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1979, t. I, p. 132.

de poder de la sociedad inglesa reclamaban. El derecho es una valladar defensivo contra el poder del rey.

También es muy certera la afirmación del profesor Tamayo,⁴⁶ de que aunque el derecho romano llegó a Europa con bastante retraso para poder suplantarlo al derecho inglés, no obstante ello, las concepciones romanas sobre el derecho (la jurisprudencia), aparecieron con la oportunidad suficiente para desempeñar una función primordial en la ordenación dispositiva y en el desarrollo de aquel derecho.

Para los esbozos constitucionales de la Edad Media, la jurisprudencia romana tiene su importancia, equiparable a la del propio *jus romano*. Este hecho no queda desvirtuado, sino todo lo contrario, porque —en tal época— no se le estimara tan específicamente romana, pues era entendida como perteneciente al acervo de la humanidad. Sin embargo, el principio esencial de esa jurisprudencia romana estaba constituido por la doctrina de que el pueblo es el origen de toda autoridad política legítima en el Estado.

Por otra parte resulta que la terminología jurídica del sistema del *common law*, inclusive algunos conceptos, difieren considerablemente del sistema continental europeo (o familia romano-germánica, como le gusta decir al maestro David), lo cual no es extrañar, si tenemos en cuenta lo anteriormente reseñado. No puede olvidarse que las grandes nacionalidades continentales europeas, específicamente la española y la francesa que fungieron como adelantadas a este respecto, se basaron en el principio político del poder omnímodo del “soberano”. Basta recordar, en lo concerniente, la anécdota de la famosa expresión de Luis XIV: *L'Etat c'est moi*, entendible no solamente en el sentido de que el Estado fuese el rey, sino también en el de que el rey era el Estado: *Moi, c'est l'Etat*.

A los efectos del trabajo que nos ocupa, no conviene olvidar que el importantísimo papel de organizador de la *res publica*, de configurador de la estructura estatal, que —sin duda— desempeñó el derecho romano, lo aproxima (desde la perspectiva constitucionalista), al carácter, prioritariamente de derecho público, que ostenta el derecho inglés.⁴⁷

McIlwain⁴⁸ enfatiza la gran analogía entre el constitucionalismo romano y el inglés, semejanza que, según su opinión, reside en la simili-

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Arangio Ruiz, Vicente, *Historia del derecho romano*; trad. de Pelsmaeker e Ivañez, Madrid, Reus, 1980, pp. 426 y ss.

⁴⁸ McIlwain, C. H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Buenos Aires, Editorial Nova, s/f, pp. 68 y ss.

tud de las circunstancias crónicas y tópicas que transforman al derecho inglés en “derecho común” (*common law*), y al derecho romano en “derecho común” de la península itálica.

El derecho inglés se extiende, a través del Reino Unido, en virtud de su gran capacidad de captación de los cambios jurídicos, que se produjeron en la Inglaterra de los siglos XII y XIII, y —primordialmente— por convertirse en un derecho construido, en muy alta medida, por los juzgadores, al igual que lo sucedido con el derecho de los años postreros de la República romana. Se trata, en realidad, de unas épocas y de unos ordenamientos jurídicos de gran flexibilidad, de una enorme capilaridad social, en donde, lógicamente, los factores reales de poder reflejaron a su vez esas situaciones. La racionalidad de los juristas, realizadores-protagónicos de esos sistemas, eran un reflejo de la racionalidad evolutiva de sus respectivas sociedades.

Por otro lado, la agresividad empresarial británica, de la mano del desarrollo del capitalismo anglosajón, ocasionaron una considerable expansión, por todo el mundo, del sistema de *common law*, aunque repitiéndose, aquí, el fenómeno diferenciatorio, anteriormente señalado para el sistema continental europeo.

3. Sistema socialista marxista

El marxismo, sin duda, es una cosmovisión, que por serlo ha marcado profundamente la evolución de toda la humanidad. Gracias a ella quedó —para siempre— proyectada la atención a los datos económicos de cada época, que con anterioridad habían pasado desapercibidos para la historiografía, o al menos no constituyeron un conjunto de conocimientos sistematizados.

El énfasis en la base económica de la sociedad, como fundamento de toda la superestructura que la envuelve, es una de las ideas claves para el adecuado entendimiento y comprensión del fenómeno marxista, y —lógicamente— del mundo jurídico marxista; en otras palabras, con mayor propiedad expresiva, de los ordenamientos jurídicos de las naciones comunistas.⁴⁹

Aunque, para no caer en complicaciones innecesarias, conviene precisar, desde ahora, que una cosa es el marxismo, como doctrina, como cosmovisión, y otra distinta es el comunismo actual (el de la “dictadura del proletariado”), que únicamente supone la realización de una.

⁴⁹ Márquez Piñero, Rafael. *El tipo penal*, op. cit. *supra* nota 6, p. 252.

parte (tal vez la más dura) de la ideología marxista. Una cosa análoga ocurre con el liberalismo económico de Adam Smith, David Ricardo, Malthus, Juan Bautista Say, etcétera. Un asunto es el modelo teórico liberal y otra, muy distinta, su realización práctica, el capitalismo liberal, el sistema de libre empresa. Y, además, por idéntica razón, ya que tampoco se ha conseguido realizar la plenitud del modelo doctrinal, y que quede claro que no estamos haciendo juicios de valor, sino detectando hechos históricos, plenamente comprobados.

En el panorama jurídico, los sistemas socialistas marxistas-leninistas presentan específicos caracteres como consecuencia de la aplicación del método dialéctico de Marx al análisis y solución de la problemática social. Actualmente, lo que queda, con mayor vigencia, de impresionante construcción marxista es su metodología.

Marx entendía que las superestructuras constituían un reflejo de la base económica, material, de la sociedad. Estas "superestructuras" (religiosas, jurídicas, sociales, artísticas, deportivas, en definitiva, culturales), expresaban la traducción exacta de las relaciones de producción, reveladoras, a su vez, de las condiciones materiales de producción, integrantes ambas (relaciones y condiciones), de la estructura económica de la sociedad. La tensión entre las relaciones sociales de producción y de las condiciones materiales de producción supone el punto máximo de ebullición, detonador del inminente estallido revolucionario.⁵⁰

En otros términos: *la incongruencia manifiesta* entre unas condiciones materiales de producción irremisiblemente signadas por un increíble avance de la técnica, y unas relaciones sociales de producción basadas en la propiedad privada de los medios de producción en unas cuantas manos, frente a la organización eminentemente social de la producción, *provocaría la ruptura y el consiguiente estallido* de la "podrida envoltura capitalista", y daría paso avasallador al primer estadio de la revolución marxista, es decir, a la "dictadura del proletariado", fase necesaria para la llegada del "término final de la evolución", o sea, la sociedad concebida por el maestro de Tréveris (Alemania), en toda su plenitud, estadio donde el derecho (tal como es entendido en los países no comunistas) saldría sobrando como cualquier otra forma de control social.⁵¹

⁵⁰ Marx, Carlos, *El capital*, 2a. ed.; trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, t. III.

⁵¹ Marx, Carlos y Engels, Federico, *Obras escogidas*, Moscú, Ed. Progreso, 1977, t. II.

Las normas fundamentales marxistas recogen los derechos humanos como lógica dimanancia de su fundamentación marxista-leninista, pero ubicados en su contextualización de la "legalidad socialista". Esos derechos humanos difieren de la concepción occidental (propia de los dos sistemas jurídicos anteriores) de derechos subjetivos oponibles a la organización estatal.

En términos generales, tales derechos son conceptuados como posibilidades concretas, otorgadas a los gobernados y a las organizaciones sociales con la finalidad de que puedan defender sus intereses jurídicos, pero con la subordinación de que su utilización lo sea para el desarrollo de los objetivos de la sociedad socialista marxista, y —*prima facie*— para reforzar la "dictadura del proletariado", si bien como estadía provisional hacia el "término final".⁵²

El derecho, en el sistema jurídico marxista, va orientado, al menos durante el periodo de la "dictadura del proletariado, o sea, en la época de la construcción de la primera fase de la sociedad marxista, *no a la conservación de las reglas de una convivencia social*, ya existente en las sociedades capitalistas, *sino a cambiar, a transformar, a sustituir la propia convivencia social capitalista por otra distinta*, es decir, por la sociedad marxista-leninista.

No pretende, no puede pretender, el derecho de raíces marxistas regular "el orden", sino crear "un orden" nuevo, en el que —finalmente— las propias ideas de Estado y derecho desaparecerán. La única fuente, inmediata y directa, del derecho marxista es la voluntad del legislador, en cuanto ésta es expresión de la voluntad general de los trabajadores, encauzada por el partido comunista respectivo.

La colectivización de los bienes de producción produce un doble efecto: *a)* restringe, considerablemente el ámbito de relación entre los ciudadanos, si lo comparamos con la situación anterior,⁵³ y *b)* nos encontramos con una tremenda expansión del derecho público, en detrimento del derecho privado, aunque —respecto de estas afirmaciones de David— habría que puntualizar que el ilustre jurista maneja estas categorías (derecho público y derecho privado) en el sentido estricto del sistema jurídico occidental de corte capitalista, que no se corresponde mucho con las categorías vigentes en el derecho soviético.

Y decimos del derecho soviético, porque el sistema jurídico marxista tiene su origen en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, país

⁵² Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal*, p. 253, *in fine*.

⁵³ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. *supra* nota 31, p. 18.

donde, desde 1917, al triunfar la Revolución, se desarrolló la nueva concepción jurídica y su lógica resultancia de un derecho de nuevo cuño.

De ahí, el derecho marxista se expande a otros lugares, aquí no de la mano del capitalismo expansivo occidental, pero sí apoyado en una nueva gran potencia, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que aprovecha la pobreza, la miseria, la inequidad en la distribución de los bienes materiales y culturales, como el mejor caldo de cultivo posible para sus ambiciones hegemónicas.

De inmediato (como en el caso de los sistemas anteriores) resulta que —junto a un origen ideológico común— se opera una diversificación de conformidad con las circunstancias crónicas, tópicas y específicamente culturales de cada lugar, detectándose —en cada caso concreto— ciertos rasgos especiales que distinguen a unos derechos marxistas de otros; pensemos por ejemplo en el derecho de la República de Cuba, de la República Popular China, de Rumania, de Albania, de la Unión Soviética y advertimos semejanzas y discordancias perfectamente explicables, más aún teniendo en cuenta la extraordinaria dinamicidad de la dialéctica marxista, verdadero motor impulsor de estas sociedades nacidas al calor de su doctrina.⁵⁴

Pero, sin duda, el derecho soviético constituye el modelo para todas las demás naciones comunistas y su evolución marca las pautas a seguir por ellos.

En tal sentido, el profesor Fix-Zamudio⁵⁵ señala que la Constitución soviética de 1936 (de dilatada vigencia), no contiene diferencias apreciables respecto de las declaraciones occidentales consagratorias de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, aunque, tal vez, la distinción más acusada sea de la ubicación de estos derechos en el propio texto constitucional (con todo lo que ello comporte de posible prioridad jerárquica), pues primero se considera la organización del poder y, posteriormente, la enunciación de los derechos mencionados. El formalismo esencial de los “derechos burgueses” es desdeñado en aras de una libertad y de una igualdad reales, ya que los derechos garantizados a los ciudadanos habrán de ser ejercitados en función de los intereses de los trabajadores y con la finalidad de consolidar, definitivamente, el régimen socialista marxista. Derechos claramente clasistas y no meramente “naturales”. Todo el cúmulo de de-

⁵⁴ Terebilov, V.. *El sistema judicial en la URSS*; trad. de Pita, Moscú, Ed. Progreso, 1977, pp. 141 y ss.

⁵⁵ Fix-Zamudio, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, p. 236.

rechos reconocidos va orientado al reforzamiento de la "legalidad socialista".

Sería inútil negar que los tres sistemas expuestos, en sus lineamientos más elementales, con sus variedades, constituyen —indudablemente— los de mayor peso específico en el concierto jurídico universal, hasta el punto que actualmente no existe, con muy alta probabilidad, ningún derecho que no haya utilizado algunos de los elementos integrantes de cualquiera de los tres sistemas jurídicos.

4. Sistema jurídico islámico

Pudiéramos situar como primer rango distintivo de estos ordenamientos jurídicos su casi total carencia de "racionalidad", tomando esta ambigua y confusa expresión en el sentido utilizado en Occidente. Se trata de normaciones de carácter más bien religioso o filosófico que jurídicas en sentido estricto, podríamos asignarle el calificativo de jurídicas solamente en cuanto tratan de regular comportamientos humanos, de vincularlos imputativamente y de que —por consiguiente— desempeñan en sus respectivos países idéntica función a la del derecho en los nuestros.

En resumen, se trata de un conjunto de ordenamientos jurídicos, cuya base se encuentra en los preceptos obligatorios para la parte de la humanidad que profesa la fe islámica. El derecho musulmán que de esta forma es también denominado, no es pues un fenómeno jurídico desdeñable, e inclusive me atrevo a decir que su trascendencia va adquiriendo una dimensión cada vez mayor.

No obstante, conviene precisar y puntualizar minuciosamente que el derecho musulmán (derecho eminentemente religioso), no puede ser confundido con los derechos positivos de los países musulmanes, situación similar a lo que ocurre en las naciones cristianas en relación con el derecho canónico.

En un amplísimo arco geográfico, verdadero mosaico de etnias y culturas, que va desde Marruecos a Indonesia, desde las repúblicas socialistas soviéticas del Asia central y Albania a Zanzíbar y Guinea, existen numerosas naciones afiliadas, en mayor o en menor medida, al sistema jurídico islámico, en el que no cabe detectar una uniformidad racionalizadora como la de los tres sistemas anteriores.

Por otra parte, en todos estos lugares⁵⁶ hay elementos —más o me-

⁵⁶ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. *supra* nota 31, pp. 19 y 370.

nos abundantes— tanto del sistema europeo continental como del *common law* o del sistema socialista-marxista, y ello determina que el sistema jurídico islámico realice una importantísima actividad de interpretación o de aplicación en el terreno práctico de las normas importadas.

Pero el problema fundamental (en lo referente al concreto trabajo que nos ocupa) reside en la actitud altiva, arrogante y pretenciosa de Occidente frente a estos países y —obviamente— a sus derechos respectivos.

Lleva razón Christian Jambet⁵⁷ cuando señala que nuestra época ofrece, indudablemente, condiciones muy favorables para el descubrimiento de las filosofías islámicas en general, y la de Irán, en particular; días llegarán (afirma Jambet) en que leeremos a Sohrevardi como hoy lo hacemos con Hegel... para terminar afirmando que, para ello, habrá que vencer la falsa extrañeza, que no es sino el fruto de la ignorancia y del desprecio.

El derecho de raíz musulmana, en el transcurso del siglo XIX y del siglo XX, ha sufrido una evolución, que ha provocado tres fenómenos destacables.

a) Un enorme desarrollo de los reglamentos administrativos, que habían tenido hasta entonces, una muy escasa incidencia en la vida jurídica, situación de la que derivan los otros dos.

b) La recepción, en algunos lugares y en aspectos muy concretos, de los derechos occidentales.

c) El más reciente, la eliminación —en ciertas naciones— de una buena parte de las jurisdicciones especiales, encargadas de la aplicación del derecho musulmán.⁵⁸

La consecuencia de todo esto ha sido la concurrencia en los países islámicos, o al menos en la mayoría de ellos, de un régimen dualista: *de un lado*, el derecho es concebido como en Occidente (excepto en algunas materias como las relaciones personales, las familiares o las sucesiones), en general el llamado estatuto personal en que *por el otro* se continúan aplicando, en alta medida, las normas tradicionales.

Sin embargo, lo anterior no debe conducirnos a una apresurada afirmación de una presunta “occidentalización” del derecho islámico; ya se trate de países ubicados en la órbita del capitalismo occidental, ya

⁵⁷ Corbin, Henry, *La Livre de la Sagasse Orientale*, Paris, Verdier, 1986, concretamente la *Introducción a Sohrevardi*, realizada por Christian Jambet.

⁵⁸ Leyser, J., “Legal Developments in Indonesia”, in *American Journal of Comparative Law*, 1954, pp. 399 y ss.

de naciones adscritas al bloque marxista-leninista, lo cierto es que queda, todavía, una amplísima zona de elementos propios de la más acrisolada tradición musulmana.

Lo más probable será una síntesis, más o menos conseguida, según los casos, de las concepciones y categorías, importadas de Occidente, con la metodología de razonamiento y hábitos mentales y de pensamiento propios de la tradición jurídica islámica o musulmana. El caso de Egipto, con una presencia del derecho inglés y una vasta influencia del derecho francés, parece ser paradigmático.

Por otra parte, en ciertas naciones occidentales, tales, como España, y en áreas muy concretas como puede ser Andalucía, retorna pujante, como elemento cualificado de identidad en su regionalismo autonomista, la conciencia de un muy rico pasado cultural de raíces musulmanas.⁵⁹

Podríamos finalizar esta escueta nota, referente al sistema jurídico islámico, señalando con Anderson,⁶⁰ que existen dos planos perfectamente distinguibles: *el laico*, que detecta en mayor grado, la influencia de los sistemas jurídicos occidentales (en sus dos vertientes: europea continental y del *common law*), y marxista (que, si bien se mira, tiene raíces reciamente asentadas en la tradición cultural de Occidente), y *el religioso*, fondo subyacente a la cultura de estas sociedades, específicamente concretado en los preceptos del Corán, que de vez en cuando, produce esporádicos rebrotes de un fanatismo religioso, cual ahora ocurre con el "fundamentalismo" de Jomeini en el Irán o antigua Persia.

5. Sistema jurídico asiático

Vaya por delante, que es una absoluta impropiedad hablar del derecho del enorme continente asiático, aunque —con ello— pretendamos referirnos a una hipotética idea de sistema, pues la auténtica realidad es que los ordenamientos jurídicos vigentes en el mismo pueden ser ubicados en cualquiera de los "sistemas" anteriormente referidos, países tan distintos como la India, la República Popular China, Japón, etcétera, con bases culturales tan diversas, con sociedades tan complejas y disímiles, requieren de regulaciones de la convivencia social muy diferentes y traen a presencia factores de poder también muy variados.

En Japón, se abrieron las posibilidades para la influencia extranjera a partir de 1854, la independencia del país se consumó con la aboli-

⁵⁹ López-Baralt, Luce, *Huellas del islam en la literatura española*, Madrid, Libros Hiperión, 1987, *passim*.

⁶⁰ Anderson, J.N.D., *Islamic Law in The Modern World*, 1959, pp. 15 y ss.

ción del régimen de capitulaciones, lo que se reflejó en las leyes de administración de justicia, recibándose —en alta proporción— la modalidad europea. Pero conviene precisar que Japón, a lo largo de su historia, ha mantenido constantes relaciones en China, unas veces de cordialidad y otras de hostilidad.

No obstante, en todo momento, el pensamiento japonés siempre conservó, con respecto al pensamiento chino, perfiles de acusada originalidad, producto del carácter propio de los japoneses y fruto del aislamiento mantenido hasta fines de 1853.

Lo demás es conocido, la sociedad japonesa, de estructura muy rígida, desembocó en un militarismo autocrático, que condujo al país al horror de la lucha y de la derrota total, como consecuencia de la II Guerra Mundial.⁶¹

La “occidentalización” del Japón, realmente, comenzó con la era Meiji a partir de 1868. Una incipiente democracia, de corte occidental se impone sobre un basamento cultural de raíces muy diferentes, en el plano jurídico lo que ocurre es muy simple: sencillamente se sustituyen las tradiciones antiguas por el derecho de construcción occidental y, como no hay tiempo para esperar una elaboración del tipo de la del *common law*, se opta por la realización y puesta en vigor de normaciones jurídicas basadas en el derecho francés o en el derecho alemán, aunque esta última influencia sea más notoria. Se redactan códigos para el ámbito penal, civil, de procedimiento civil, de procedimiento penal, etcétera.⁶²

1945, con la terminación de la segunda conflagración mundial, se produce una gran variación en el sistema jurídico japonés, la influencia europea es sustituida por la de los Estados Unidos y con ella aparece el *common law*. Desde una nueva Constitución hasta la reorganización del sistema represivo y policial, todo recibe la impronta de lo que puede denominarse “norteamericanización” del país. Con ello, la nación conoce, en un tiempo relativamente corto, el impacto de los dos grandes sistemas jurídicos occidentales.

Pero, tras todo este trasiego de influencias jurídicas, cabe formularse un interrogante: ¿el pueblo japonés, en verdad, ha cambiado sus comportamientos, sus patrones de existencia, en definitiva, sus pausas culturales? No es fácil contestar a la pregunta, el peso de la tradición,

⁶¹ Joün Des Longrais, F., *L'Est et L'Ouest. Institutions du Japon et de l'Occident comparées*. (Six études de sociologie juridique), Paris, Editions Sociales, 1958.

⁶² David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. supra nota 31, pp. 418 y 419.

en la vida común y ordinaria, sigue siendo muy grande, da la impresión que Japón ha recibido todo ese bagaje cultural-jurídico foráneo sin que haya permeabilizado, *in profundis*, a su sociedad, se advierte una clara discordancia entre el diseño de los esquemas jurídicos y la práctica cotidiana.

A los efectos de nuestra tarea, el derecho japonés, por lo que hace a su formulación es de claro, de evidente matiz occidental, pero ocurre que la "racionalidad" occidental, el abstencionismo, la logicidad de las normaciones no son fáciles de encajar en la mentalidad japonesa, tan dada al cultivo de los sentimientos, de las sensaciones, en suma, importa más el comportamiento dentro de los cauces tradicionales, que la estricta observancia del exotismo occidental.⁶³

Simplemente, se trata de normas sobrepuestas a un entramado social que, aunque no las rechaza, sí manifiesta su indiferencia ante ellas, reflejándola en su comportamiento.

En China, con el comienzo del siglo xx se produce un fenómeno análogo al japonés. Tras la proclamación de la República en 1912, se inicia la elaboración de códigos, aunque la redacción del código penal se iniciara antes. El código civil, el mercantil, el de procedimientos civiles, el rural, suponen la creación de toda una armazón jurídica, en la que se comprueba la influencia alemana, suiza, brasileña, francesa, italiana, etcétera.

Pero el problema se plantea en forma similar a la del Japón, por un lado, las normaciones jurídicas, por el otro, la vida que fluye con toda su impetuosa intensidad y que no es fácil, ni cómodamente reducible a estos esquemas abstractos, muchas veces, la mayoría de las veces, alejados totalmente de la práctica cotidiana.

Pocos años después de la Segunda Guerra Mundial, tras una de las grandes epopeyas revolucionarias de la historia, Mao-Tse-Tung derriba el régimen militar que, bajo la forma republicana, había derivado en una corrupción increíble. Con Mao y sus colaboradores, se produce el tránsito del capitalismo al comunismo, en su versión maoísta, es decir, la recepción en el terreno de la praxis del marxismo-leninismo.⁶⁴

Pero, ¿cuál es el enfoque jurídico de una cultura tan riquísima como la China? Tal vez pueda servirnos de punto de partida una afirma-

⁶³ Tanaka, K., "La démocratie et la justice au Japon", en *Revue de la Commission Internationale des Juristes*, Ginebra, t. II, 1959-1960, pp. 7 y ss.

⁶⁴ Dekkers, René, *La République populaire de Chine, cadres institutionnels et réalisations*, vol. I, *L'Histoire et le Droit*, Bruselas, Université Libre de Bruxelles, 1963 pp. 201 y ss.

ción tomada de Camerlynck,⁶⁵ que señala que una ley positiva (entendida en sentido jurídico occidental), solamente se acepta en la medida en que represente una costumbre valorada según la ley natural.

El elemento regulador de la convivencia social (en el pensamiento chino tradicional), no lo constituye el derecho (como en Occidente), sino los "ritos", concebidos como comportamientos, como usos sociales, de conducta honesta, de acciones de conformidad con las convicciones equitativas de la comunidad.

La armonía social depende más de la observancia de los "ritos", en el sentido indicado o de otras costumbres, aun del plano puramente artístico (como la música), que del cumplimiento de las normas jurídicas o de las leyes.

Los "ritos" suponen (en el pensamiento tradicional), la adaptación del individuo —en todas las circunstancias vitales— al orden natural de las cosas. El buen funcionamiento de la sociedad no estaba vinculado, necesariamente, a la existencia de un adecuado entramado legislativo, porque el carácter abstracto de las disposiciones legales no podía abarcar todos los supuestos de la vida real.

Inclusive la concreción que proporcionan a las relaciones sociales, con su catálogo de derechos y de obligaciones de cada cual, constituía —para la mentalidad china— un mal, todo lo contrario que la concepción occidental.

El deber de cada uno, en función de los intereses de todos, requiere que, cuando existe una oposición entre los intereses individuales, se busque —en la medida de lo posible— un arreglo, un compromiso, que concilie los intereses en conflicto y en el que se procure la no existencia de vencedores ni de vencidos, excluyéndose el litigio, que sólo es admisible como una última instancia ni deseable, ni bien vista desde la perspectiva social.

Incluso en el supuesto de una decisión judicial favorable, el entorno social no contempla con buenos ojos la exigencia de la inmediata ejecución de lo conseguido, pues con esa actitud se estaría atentando contra la paz social y en definitiva contra el orden natural, meta final de la conducta de cada cual.

Como muy acertadamente afirma David,⁶⁶ indudablemente existe un derecho chino, enraizado en el componente cultural derivado de la filo-

⁶⁵ Camerlynck, G. H., *Cours de droit annamite*, Paris, Editions Sociales, 1938. t. I, pp. 201 y ss.

⁶⁶ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. supra nota 31, pp. 407 y ss.

sofía de Confucio, pero la adecuada convivencia social no se basa primordialmente en las normas jurídicas, y lo propio ocurre con la maquinaria gubernamental, sino en ese actuar de conformidad con el orden natural.

El pensamiento chino tradicional tuvo poco interés a la ciencia jurídica, proyectándose más hacia la norma moral y hacia el comportamiento, para encajar las conductas en las buenas costumbres. Profesiones bien catalogadas en el ámbito de las sociedades occidentales, en la China de la época tradicional se encontraban minusvaloradas, así la de militar, la judicial, etcétera.⁶⁷ El jurista carecía de prestigio, en lógica resultancia de esta relegación del derecho como elemento rector de la convivencia social. Hay pues, una gran diferencia en la valoración del derecho en relación con el Occidente, factor que no debe perderse de vista al confrontar la realidad jurídica y la realidad social de la China moderna.

La idea de la fuerza, como base del poder, no encaja en la mentalidad china, Lao Tse señalaba que la convivencia social está estructurada en función de la compasión, de la economía y de la modestia; el mundo, sencillamente, es un regalo de la divinidad no debe ser gobernado, pues el que pretenda hacerlo lo destruiría; en suma: la tendencia del poder por la fuerza lo destruye.⁶⁸

En el mismo sentido, pero con matices de mayor precisión expositiva, Confucio (Kung-Fou-Tseu) nos indica que el Emperador ("Los cuatro libros clásicos") no es un "Hijo del Cielo", sino que deriva su poder del servicio a la comunidad y del cumplimiento de sus obligaciones, ese servicio comunitario es su mejor título para el ejercicio de sus facultades, que deben ser limitadas. La ética de Confucio es de una altísima categoría política: se apoya en la tradición cultural y en la moralización del poder. Al dar cumplimiento a las necesidades populares se satisfacen, al propio tiempo, los designios celestiales; la virtud es un ideal de carácter supremo, y las cinco virtudes principales son: la sabiduría o prudencia, la benevolencia o humanidad, la felicidad, la veneración o respeto y la fortaleza o valor.⁶⁹

Mencio lleva a sus últimas consecuencias el pensamiento político de Confucio, que proyectan un gran sentido democrático. Mencio cree

⁶⁷ Weber, Alfred, *Historia de la Cultura*; trad. de Recaséns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, *passim*.

⁶⁸ Lao Tse, *Tao Te King*, México, Premia, 1982, *passim*; Mostering, Jesús, *Historia de la Filosofía*, Madrid, Alianza, 1983, *passim*.

⁶⁹ Serra Rojas, Andrés, *Ciencia política*, 8a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 618, *in fine*.

en la bondad innata del hombre y en su racionalidad. Los elementos esenciales de su construcción son el pueblo, la religión y los soberanos. El poder de los reyes proviene del cielo, pero a través del asentimiento del pueblo, respecto del cual tenía un deber de preocupación, "el cielo ve por los ojos del pueblo".⁷⁰

Para esta filosofía política oriental, el pueblo es el elemento más importante del Estado. Captamos, aquí y en general en todo el pensamiento jurídico-político oriental, un evidente sentido colectivo que difiere —profundamente— del individualismo característico occidental.

El choque (con su correspondiente proceso de ajuste y de fusión), entre el occidentalismo y el orientalismo provoca que, concretamente en el aspecto jurídico, pero intimamente entrelazado con el social, los códigos y las leyes sólo se apliquen en tanto respondan al sentimiento popular de la equidad y de los usos. La práctica los ignoraba cuando se oponían a la tradición; en tales supuestos, no se acudía ante los tribunales, ya que se desconocía cuáles eran sus derechos y porque no se deseaba incurrir en la reprobación social; de hecho, las relaciones sociales continuaban siendo regidas como antes.

Pero, ¿qué ocurría cuando, pese a todo y excepcionalmente, se acudía a los tribunales? David⁷¹ señala que —entonces— frecuentemente los jueces seguían aplicando las normas de Confucio, en vez de aplicar las normas jurídicas escritas.

Así: se negaban a desahuciar a un arrendatario que era indigente, pero no había cometido ninguna falta, mientras que el propietario nadaba en la abundancia y no tenía necesidad del local en disputa; concedían nuevos plazos al prestatario que se hallaba sin recursos, en tanto que el acreedor era un hombre rico. No obstante, la promulgación de las nuevas normaciones trajo consigo un efecto temido, la multiplicación de los procesos, lo que —para los chinos— suponía una ominosa señal de decadencia. David nos indica que esta situación (no tan lejana, en el tiempo, pero desde luego anterior a la revolución marxista) según el testimonio de Ezcarra (*Le dorit chinois*, 1936) (provocó incluso en los hombres más avanzados el deseo de un retorno al confucianismo).

Todo esto cambió y lo hizo a partir del primero de octubre de 1949, en que los héroes de la "gran marcha", con Mao-Tse-Tung a la cabe-

⁷⁰ Chan Wing-Tsit y otros, *Filosofía del Oriente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, *passim*.

⁷¹ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. *supra* nota 31, p. 412.

za, convierten a la vieja China en una República Popular, de corte socialista-marxista.

Desde 1912 hasta 1949, China había pretendido, vanamente, incorporarse a la racionalidad capitalista occidental, pero los resultados de tal pretensión no fueron acompañados —precisamente— por el éxito. La revolución maoísta rompe tal dinámica (con sus obvias consecuencias en plano jurídico) e impone un modelo propio (diferente del soviético) para acceder a una sociedad marxista... pero china.

Aunque, por razones estratégicas, Mao consintiera, en los tiempos inmediatamente posteriores al triunfo revolucionario, en admitir la influencia de los planes quinquenales stalinianos (tendencia que había combatido, en el interior de su partido, en los años 1930 y 1940), sin embargo pasada la coyuntura —aproximadamente a finales de 1955— concibe la idea de apartarse de la línea soviética y —en 1958— formula un tipo de desarrollo típicamente chino.⁷²

Pero la llegada al poder del comunismo chino produce (en el nivel jurídico) una de esas grandes paradojas de la historia. Según hemos visto, en líneas antecedentes, para los chinos el derecho no había supuesto un fundamento necesario, ni siquiera conveniente, para una adecuada convivencia social, antes al contrario, el derecho con su inevitable carga de coactividad era más bien signo de una sociedad imperfecta.

En esta tesitura (que abarca, repetimos, desde 1912 —aproximadamente— hasta 1949), el ideal marxista de una sociedad final sin derecho concuerda, muy adecuadamente, con la tradición china; por consiguiente, se produce un engarce entre la prevención del tradicionalismo frente al derecho con la transitoriedad del mismo en el régimen comunista, al menos en el plano estrictamente teórico.

El gran salto adelante, es decir, el afianzamiento de la revolución supone una realización práctica (en la medida en que resultó posible) del pensamiento político, económico y filosófico de Mao. Y en él hay que destacar dos elementos íntimamente conexados: las realidades chinas y su propia concepción del universo.

Por supuesto, el pensamiento económico maoísta es básico para comprender los factores de poder actuantes en la China de su época y en ... la actual. En el plano económico, es la resultante de su cosmovisión, de su concepción del orden social y de su peculiar lectura de las realidades económicas chinas. Se cimienta en cierto número de postulados, de los cuales los sustanciales son la unidad de lo político y

⁷² Mao-Tse-Tung, *La construcción del socialismo*, Ediciones de Bolsillo, Barcelona, Anagrama, 1975, pp. 10, 11 y 12.

de lo económico, la complementariedad del equilibrio y del desequilibrio y la intercambiabilidad de la mano de obra y del capital.

El propio Mao (en cita de Stuart Schram)⁷³ dice: "No hay la menor duda en lo que se refiere a la unidad de la política y de la economía y la unidad de la política y de la técnica... Los que no prestan ninguna atención a la ideología y a la política y que durante todo el día sólo piensan en su trabajo, acabarán convirtiéndose en economistas o en técnicos que habrán perdido el sentido de la orientación. Esto es muy peligroso. El trabajo ideológico y el trabajo político son la garantía del cumplimiento del trabajo económico y técnico. La ideología y la política asumen el papel del jefe supremo..."

Confiriendo a la ciencia económica su verdadera dimensión política, el dirigente chino trata de establecer que, en su opinión, el socialismo no es una herramienta creada para la obtención de un máximo crecimiento, sino un auténtico modo de vida.

Al propio tiempo, reinserta —en el sistema económico— un cierto número de objetivos extraeconómicos tales como igualdad social, la unificación de la ciudad y del campo, la eliminación de las diferencias entre trabajadores manuales e intelectuales, la limitación del papel de los estímulos materiales, etcétera.

De todo lo anterior deriva una situación claramente diferenciadora del comunismo de corte soviético, pero —conviene precisarlo— comunismo también sin asomo de duda, no como ocurre con ciertos medios de difusión, que se empeñan en hacernos creer, con un entusiasmo digno de mejor causa, que los actuales dirigentes chinos son poco menos que socialdemócratas.

El giro del año 1958 hacia una vía propiamente china para la consecución de una sociedad comunista no es explicable únicamente en función de factores estrictamente económicos. El enfrentamiento con el modelo de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas dimana de que el esquema soviético implica, en sí mismo, un reforzamiento de la división del trabajo, una consolidación de la burocracia estatal y una concentración, cada vez más intensa, del poder en manos de los "economistas".

Por contra, el pensamiento maoísta económico, al acentuar voluntariamente la política, deriva en la importancia que se confiere a la superestructura, y en última instancia, al hombre. En el modelo de Mao, el regulador final ya no son las fuerzas del mercado, ni siquiera la

⁷³ Stuart Schram, "Mao-Tse-Tung and the Theory of the Permanent Revolution, 1958-1969", in *The China Quarterly*, no. 46, abril-junio 1971, pp. 228 y ss.

planificación, sino el hombre. Mao, fiel a sus raíces culturales, pretende resolver el problema del crecimiento actuando directamente, a través de una movilización política, ideológica y moral, sobre los comportamientos humanos en la producción, en el consumo e inclusive en sus actividades cotidianas,⁷⁴ pensamiento que es un auténtico catalizador, un verdadero crisol de la trayectoria intelectual de su pueblo, ha sabido plasmar, con el empleo de la dialéctica marxista, muchas de las aspiraciones dormidas en la conciencia del pueblo chino. No estamos haciendo un juicio de valor, sino señalando un cauce, descubierto por el gran conductor revolucionario, que (prescindiendo de las inevitables luchas políticas, desencadenadas con su muerte) dan al movimiento revolucionario del país de Confucio unos ribetes de originalidad sin precedentes en el campo marxista.

En este muestreo sintético del derecho asiático (expresión válida exclusivamente a los fines de nuestro trabajo, pero de notoria impropiedad como ya hemos advertido), queremos referirnos, para terminar, al derecho hindú.

En la India conviene —de salida— establecer una precisión análoga a la realizada con el derecho musulmán, que como sabemos no es, ni con mucho, la totalidad del derecho de los Estados Unidos de componente poblacional musulmán, o por decirlo con otras palabras, de los países islámicos. En esa gran nación asiática, podemos distinguir dos niveles de derecho, el derecho hindú que es el de la comunidad que, en India o en otros países del sudeste asiático, profesa las creencias del induismo, es decir, de la religión brahmánica. Se trata de una regulación de las relaciones sociales de un muy vasto espectro de población de la India, evidentemente mayoritario, que se acoge a la tradición de forma esencial.⁷⁵

Para entender el pensamiento de la India es indispensable atender a la evolución histórica de donde dimana. Realmente, no hallamos una concepción ideal de carácter monolítico, sino una serie de corrientes que, si bien tienen el mismo origen, el pensamiento védico, experimentarán cambios muy considerables respecto del mismo.

La India cuenta con una de las civilizaciones más antiguas y dinámicas del mundo, la ubicada en el valle del Indo, cuyo origen cronológico es difícil de determinar, aunque puede hablarse de la existencia de una verdadera cultura, puesto que en todas sus ciudades había cier-

⁷⁴ *Idem*, pp. 83, 88 y ss.

⁷⁵ Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, "Problemas de la recepción de los Derechos extranjeros en la India", *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, núms. 8-9, pp. 69 y ss., Barcelona, 1957.

tas pautas comunes de comportamientos, ciertos patrones de existencia similares, tales como las mismas medidas, los mismos sistemas de pesos, los mismos sellos para la actividad comercial y las mismas prácticas religiosas, inclusive la urbanización presenta características generalizadas en su desarrollo, todo esto constituía un elemento de unión, pero también existían elementos de dispersión.⁷⁶ Entre ellos, la inmensa variedad de costumbres que solamente puede ser entendida por la "racionalidad occidental" en función del conocimiento del Dharma.

El indoísmo supone para sus seguidores la adhesión a una cierta concepción del mundo, que comporta una determinada estructura social (sistema de castas) y una forma de vida, de tal manera que, lo mismo que en el islam, los preceptos religiosos implican una función análoga a la que, en otras sociedades, se encuentra reservado al derecho.

Sintetizando (dada la índole de este trabajo), puede afirmarse que los principios de la religión hindú los encontramos en textos sagrados muy remotos, denominados "Srutis", que comprenden el Rigveda (los cuatro Vedas), los Vedangas y los Upanishads. Su misión (junto a otras, tales como especulaciones de orden metafísico, ritos, conocimientos astronómicos, etcétera) es dar a conocer el orden fundamental que gobierna al mundo, conforme a la concepción brahmánica.

Los "Srutis" son la verdad auténtica y la fuente de todo conocimiento, conteniendo los principios organizativos, morales y conductuales, que regulan la vida de los hombres en una sociedad en armonía con el ordenamiento divino. Para el debido entendimiento de los "Srutis", su doctrina debe ser completada con otros libros llamados los "Sastras".

Estos "Sastras" son de tres clases: estas clases se corresponden con los tres cimientos del orden universal, a saber: la virtud, el interés y el placer, que son los tres móviles del comportamiento humano.

A estos tres móviles cabe emparejar otras tres clases de ciencia. Una, es la ciencia del *Dharma*, que establece los principios a que deben ajustarse para ser justos y merecer los premios en la otra vida; otra, que muestra a los humanos la forma de enriquecerse y, específicamente, al príncipe el arte de gobernar, es la ciencia del *Artha*, es decir, de lo útil y de la política; *por último*, la ciencia del placer, el *Kama*.

Centrándonos en el Dharma, puede decirse que se refiere a la ley universal que regula, gobierna y sostiene al cosmos, es decir, al uni-

⁷⁶ Schweitzer, A., *El pensamiento de la India*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, *passim*.

verso cuando ha adquirido modo y forma, dicho con otras palabras, el Dharma expone las leyes eternas constitutivas del apoyo del mundo. No es exactamente nuestro derecho, al que rebasa ampliamente, ya que —de plano— rechaza la distinción entre deberes religiosos y obligaciones jurídicas propiamente dichas. La noción occidental de derechos subjetivos es ajena, por completo, al Dharma, cuya finalidad es dar a conocer a los hombres el conjunto de los deberes, que les incumben a cada uno, para gozar de la dicha del más allá. Estos deberes dimanarían de creencias que, a eso que denominamos cultura occidental, le parecerán extrañas, pero son del conocimiento ordinario de los hindúes; varían con la condición de las personas y con la cronología de su existencia (dividida en cuatro edades, según el propio Dharma).⁷⁷

Son numerosísimos los tratados ("Dharmasastras") referentes al Dharma. Los más conocidos son las leyes, especialmente las de Manú, las de Yajanavalkya y las de Narada, redactadas en versos. De ellas, las leyes de Manú, también llamadas Código de Manú,⁷⁸ tienen una muy acusada perfección técnica para su época, cualquiera que sea su cronología exacta, especialmente en el aspecto penal. Desgraciadamente, en la práctica tanta perfección jurídica se vio entorpecida, cuando no definitivamente frustrada, por la división en castas y por los prejuicios religiosos.

Junto a los "Dharmasastras", e inseparablemente vinculados con ellos, se encuentran los "Nibandhas", que son comentarios orientados a establecer las pautas interpretativas para el debido entendimiento de los británicos cuando comienzan a ser considerados como tales. "masastras" no son verdaderos códigos y es a partir de la llegada de los británicos cuando comienzan a ser considerados como tales.

El Dharma es único y su conocimiento sólo es factible a través de la consideración conjunta de todos los "Dharmasastras", muy numerosos (como ya se ha indicado), al igual que los "Nibandas". De cualquier manera la costumbre tiene una especial relevancia en este derecho hindú, en cuanto es un fenómeno social de primerísimo rango, que tiene protagonismo no solamente cuando es *praeter legem*, sino también cuando se trata de la *contra legem*. El derecho hindú es un sistema muy complejo, a lo que contribuyó, en buena medida, la división

⁷⁷ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. supra nota 31, pp. 379-380.

⁷⁸ *Leyes de Manú*, versión en castellano de V. García Calderón, París, Garnier Hnos., s/f, especialmente el libro VIII (jueces y leyes civiles y penales), pp. 227 y ss. de la edc. española.

en escuelas: la Mitakshara (fraccionada en cuatro subgrupos), y la de Dayabhaga o de Bengala.

Las castas han sido (y todavía lo son, aun cuando hayan desaparecido formalmente en la Constitución de 1948, ya que a pesar de ello, actualmente las castas y subcastas pueden agruparse en más de tres mil grupos y subgrupos, según los cálculos de los autores más prudentes) un factor de complejidad muy grande para el derecho hindú, hasta tal punto que existen asambleas de casta. Estas asambleas son tribunales, que ejercen un fuerte sistema de control social y que disponen de medios de presión muy eficaces, entre ellos la temida excomunión, que transforma al individuo en ser aislado, dentro de una sociedad en que la vida únicamente es concebida desde la perspectiva grupal.

Sin embargo, la dinámica histórica ha surtido sus efectos derivados del trasiego de poderes y su correspondiente expresión en los grupos de presión. La India ha sufrido la dominación musulmana, desde el siglo xvi, con la imposición del derecho de corte islámico, y posteriormente, durante los siglos xvii y xviii el dominio británico viene a sustituir, en un primer momento, de hecho y después de derecho al Imperio del gran Mogol.

La llegada del sistema occidental, a través del *common law* inglés,⁷⁹ produce un doble resultado:

a) De un lado, sacando de la ocultación clandestina al derecho hindú, confiriéndole vigencia y obligatoriedad, en contraste con lo ocurrido durante el dominio musulmán, siendo también admitido el complejo normativo islámico, una vez que la jurisdicción británica se hizo cargo del conocimiento de los litigios con intereses propios de la población aborigen, tanto en su vertiente hindú, como en la islámica.

b) Del otro, ha supuesto un duro golpe para el tradicionalismo jurídico hindú, que ha experimentado una honda y vasta transformación, sobre todo por cercenar de su conocimiento parcelas cada vez mayores de relaciones sociales, que han quedado sometidas a una normación jurídica de nuevo cuño, impregnada del carácter territorial, que es aplicable a toda la población nacional, sin distinción de credos religiosos (hindúes, musulmanes o de otras sectas).

Otro factor digno de consideración es, sin duda, la legislación emanada del coloniaje británico. El Reino Unido, durante su dilatada do-

⁷⁹ Venkata Subbarao, G.C., "Influence of Western Law on the Indian Law trusts", en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, núms. 8-9, Barcelona, 1957, pp. 108 y ss.

minación, aunque procuró —como en todos sus dominios— mantener la vigencia de las normaciones jurídicas autóctonas (sobre todo a lo relativo a la esfera de las relaciones privadas), no obstante promulgó un considerable número de disposiciones y, más que ello, redujo el ámbito competencial del derecho hindú. Así nació el derecho nacional de la India, de aplicación en todo el territorio, como se ha dicho *ut supra*.

Finalmente, con la Independencia —al término de la II Guerra Mundial— el movimiento renovador del derecho hindú continuó su camino, libre ya de las trabas impuestas por el colonialismo.⁸⁰

Se ha creado un Tribunal Supremo de la India, el Parlamento ha tomado en sus manos las riendas legislativas y, por último, la Constitución ha estructurado un sistema de relaciones sociales claramente proyectado a una occidentalización del país, cosa no plenamente conseguida por la persistencia de muchas formas tradicionales hindúes y de otros sectores poblacionales y religiosos.

Actualmente, como señala Derrett,⁸¹ el derecho hindú aunque su ámbito de validez personal se dirige al espectro de población estrictamente hindú, bastante numeroso por cierto, sin embargo ha sido afectado por una muy amplia labor codificada nacional, que es la base de un cada vez más pujante derecho nacional de la India, nítidamente encauzado a una visión social occidentalizadora, como consecuencia de los factores de poder concurrentes, pero sin poder descartar la todavía considerable influencia del tradicionalismo de los diversos sectores de la población.

5. Sistema jurídico africano

El continente africano es un caso muy especial y hablar de un sistema jurídico africano constituye, simplemente, una forma de expresión —de momento al menos— sin un auténtico contenido concreto y determinado. Tal vez desde la perspectiva de la sociología jurídica podamos acercarnos a este fenómeno con más posibilidades de un planteamiento, que suponga un paso previo para contestar adecuadamente a algunas de sus muchas interrogantes.

África (incluyendo las islas adyacentes, constitutivas también de la “cultura continental” africana) es un lugar donde la dominación y el colonialismo europeo terminan de ser sustituidos por la independencia

⁸⁰ Derrett, J.D.M., *Hindu Law Past and Present*, London, McMillan, 1957, pp. 24 y ss.

⁸¹ Derrett, J. D. M., *Introduction to Modern Hindu Law*, London, 1963, pp. 535 y ss.

de los diversos países que la integran, por consiguiente la influencia de las legislaciones de las naciones dominantes, hasta hace poco, es palpable. De Marruecos a África del Sur, de Etiopía a Gambia, existe un enorme conglomerado de pueblos, de climas, de religiones, etcétera, que todavía no ha conseguido el establecimiento de unas grandes líneas culturales generales, que puedan proporcionar cohesión a esa diversidad y ello tiene su reflejo inevitable en el derecho.

Quizá, como muy bien señala Jean Carbonnier,⁸² tengamos que utilizar las "relaciones de intercambio" existentes entre la sociología general y la sociología jurídica; poner en práctica los métodos de la sociología general, esta vez en beneficio de la sociología jurídica (así, el histórico-comparativo, el estadístico, el sondeo, etcétera), para tratar de desentrañar, en el concreto ámbito jurídico africano actual, ciertos conceptos utilizados por la sociología jurídica (tales como: coacción social, control social, conciencia colectiva, rol, estatuto, aculturación, etcétera), que no son otra cosa que conceptualizaciones de la sociología general, trasvasadas a la parcela jurídica.

Ab initio, cabe hacer dos afirmaciones: una, es imposible —por escapar a los objetivos previos de nuestra tarea— seguir por el camino de una "aproximación sociológica" al mundo jurídico africano, y otra, se trata de exponer algunas consideraciones generales, para enmarcarlas, en la forma más coherente posible, dentro de nuestra temática general.

El cristianismo, la religión musulmana, el marxismo, todo ha llegado a África de la mano de sus conquistadores, de sus colonizadores, de sus liberadores, y todo ello ha incidido en una realidad tan exuberante, tan llena de vida, como el suelo del propio continente africano.

Debemos detectar que, en términos generales, la organización de la sociedad, las relaciones entre sus miembros y los contactos con las sociedades vecinas venían determinadas, en cada comunidad, por la costumbre conforme a la cual vivía el grupo de que se trataba. Es más, la compleja organización resultante de ese "costumbrismo", permitía tomar, llegado el caso, las resoluciones correspondientes o establecer una forma de comportamiento, cuando las circunstancias planteaban un problema a la comunidad. En África, como señala David,⁸³ encontramos tribus con regímenes aristocráticos, e inclusive algunas en estado del más absoluto primitivismo.

⁸² Carbonnier, Jean, *Sociología Jurídica*; trad. de Díez-Picazo, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 17 y ss.

⁸³ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. supra nota 31, pp. 426 y 427.

En esta tesitura, cabe preguntarse: ¿Este "derecho consuetudinario" es lo que nosotros entendemos por derecho? La respuesta no puede ser fácil, antes al contrario, mientras más profundicemos en su investigación, más compleja se nos tornará. De ahí las alusiones a la sociología general y a la sociología jurídica hechas al comienzo de este apartado. Tratemos de ser lo más claros y concisos posible.

Con Gurvitch,⁸⁴ podemos afirmar que el fenómeno jurídico es sumamente complejo, y que su estructura llega a ser antinómica. Dentro de él se encuentran juntas antinomia y heteronomia, elementos ideales y elementos reales, estabilidad y movilidad, orden y creación, poder y convicción, necesidades sociales e ideales sociales, experiencia y especulación y por último, ideas lógicas y valores morales. Esta complejidad ha sido propicia a la aparición de numerosos equívocos.

A lo anterior, agrega Gurvitch, hay que añadir el hecho de que el derecho es susceptible de reconocimiento por muy diversos procedimientos técnicos, que —además— juegan distinto papel en los diferentes sistemas de derecho y en los variados momentos de su existencia (costumbre, ley, tipos flexibles y usos, procedimientos judiciales y extrajudiciales, convenios y declaraciones colectivas, etcétera).

Entonces, en el caso que nos ocupa, tendríamos que dedicarnos al estudio, análisis e investigación de la "realidad social plena del Derecho", en todos sus planos de profundidad y en la variedad casi infinita de sus tipos. En otras palabras: el derecho es más amplio que el conjunto de las fuentes formales del mismo. Y esto es singularmente cierto en lo que atañe al universo jurídico africano. Ya hace tiempo que, en términos generales, se abandonó la estricta equivalencia: derecho-ley. A partir de Gény,⁸⁵ la correspondencia adopta esta igualdad: derecho = ley + costumbre + jurisprudencia + práctica extrajudicial.

En el concreto caso africano, *podría afirmarse que el derecho es mayor que la regla de derecho*. Aunque semejante afirmación contradiga la corriente dogmática continental europea y sus seguidores latinoamericanos, inclusive algunas corrientes de sociología jurídica (discípulos de Durkheim, de Duguit), que conciben al derecho bajo el normativismo más excluyente.

Sintetizando: la costumbre es esencial en el entendimiento de lo

⁸⁴ Gurvitch, Georges, *Sociología del Derecho*; trad. de Romera Vela, Rosario, Ed. Rosario, 1945, pp. 56 y ss.; *Las formas de la sociabilidad*, Buenos Aires, Losada, 1941, pp. 11 y ss.

⁸⁵ Gény, François, *Science et Technique en droit privé positif: Nouvelle contribution a la critique de la méthode juridique*, 2a. ed., París, 1922.

que, con gran laxitud, podemos denominar derecho africano, y con mayor laxitud todavía sistema jurídico africano. Y no debemos perder de vista las dos acepciones más comunes de la costumbre: la sociológica, es decir, la norma de vida a la cual se someten espontáneamente los individuos, y la jurídica, *stricto sensu*, o sea, la norma según la cual se resolverán los litigios, cuando se produzcan.

Pero la separación entre ambas nociones, a los efectos que nos interesan, no es tan tajante; la justicia consuetudinaria es prácticamente un procedimiento conciliatorio. Cuando un individuo no ajusta su comportamiento a las costumbres, aceptadas comunitariamente, se intentará conseguir una composición amigable del litigio surgido, en vez de aplicar normas abstractamente concebidas. El derecho y la justicia modifican sus rasgos, cuando se les ubica en el contexto de comunidades restringidas, como es un caso muy común en el África continental e insular.

Repitiéndose, como efectivamente ocurrió, el fenómeno expansivo colonialista, ¿cuál fue la actitud de los sistemas jurídicos continentales, de que eran portadores los colonizadores? En otras palabras: ¿cuál fue el comportamiento, cuál fue la política jurídica de los europeos continentales, por un lado, y de los anglosajones por el otro? ⁸⁶

Los británicos fueron fieles a su esquema tradicional, manteniendo un modelo de "administración indirecta", mediante el cual procuraron respetar las concepciones jurídicas vigentes en los territorios por ellos ocupados, en vez de imponer la estructura jurídica metropolitana, dando por resultado un sistema flexible de gran capacidad de captación y de una considerable funcionalidad operativa, tal vez por las propias dimanancias del *common law*.

En cambio, franceses, españoles, portugueses, etcétera, llevaron a cabo una política de asimilación total a los patrones jurídico-culturales metropolitanos, basada en la certeza de la superioridad de la civilización europea respecto de los comportamientos vivenciales de las comunidades africanas. Pero, como con acierto apunta David,⁸⁷ en la parcela del derecho público ha sido donde, con mayor nitidez, se ha reflejado la diversidad: la fórmula colonial sometida directamente a la administración metropolitana ha sido la divisa latina; el protectorado, con la mayor autonomía, fue el reflejo de la concepción británica.

⁸⁶ Robert, A. "Etude comparé des lois applicables et de tribunaux de droit coutumier dans les territoires français, belges et portugais d'Afrique noire", *Revue juridique et politique d'outremer*, 1959, pp. 18 y ss.

⁸⁷ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, op. cit. supra nota 31, pp. 431 y 432.

Cabe señalar, dada su importancia como factor de transformación política, la incidencia del marxismo. Sin embargo, conviene afirmar que tampoco pudo evitar ciertas caracterizaciones particularizadoras en su confrontación con la realidad africana, aunque su dialecticidad le ha permitido un margen muy amplio de maniobra. Todo esto ha tenido sus consecuencias en la vertiente jurídica.

El escriturismo a ultranza del derecho soviético (aunque también tiene algunas excepciones en favor de la costumbre) no ha sido aceptado por todos los países que han escogido el modelo marxista, especialmente en naciones de África y de Asia.⁸⁸

Para empezar, en los países indebidamente llamados "tercermundistas" el modelo socialista, de corte marxista, no recibe esta denominación sino la de "socialismo importado" (como en Tanzania), o la de "socialismo indígena", como un modelo socialista orientado "hacia el pueblo", que es determinado por la soberana voluntad comunitaria, que elige su propia estrategia desarrollista.⁸⁹

No obstante, aun de esta forma, la estrategia siempre deberá ir acompañada del objetivo, claramente sentido, de que la orientación para la comunidad es el beneficio último, la finalidad suprema, para el individuo como núcleo de la colectividad. No hay un estatismo absorbente, e impositivo, sino que el Estado es entendido como una herramienta para obtener una sociedad óptima, en la que, razonablemente, se espera que el individuo desarrolle —al máximo— sus cualidades en beneficio de todos.

En congruencia con lo anterior, el derecho (lo mismo que el Estado) es un instrumento mediante el cual los programas de desarrollo se manifiestan y se implantan. Las normaciones legales, el aparato jurídico, sirven para la creación de las estructuras necesarias al desarrollo pretendido.

Pero sucede que, en estos países, el valor de la costumbre (de la "tradición") es todavía muy alto, tan elevado que, difícilmente, pueden sus líderes prescindir de ella. Así, en Guinea o en Mali, los tribunales consuetudinarios se fusionan con los órganos jurisdiccionales del Estado, y el derecho consuetudinario es aplicado en muchas circunstancias. Hay asesores de la comunidad, que ilustran al juez profesional del Estado, para notificar la costumbre en cuestión.

En estas condiciones, se produce a veces una situación paradójica: la

⁸⁸ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal*, op. cit. supra nota 6, p. 318.

⁸⁹ Jumba-Masagazi, A. H. K., "African Socialism: A Bibliography and a Short Summary", *The East African Academy*, Nairobi, núm. 4, septiembre de 1970, pp. 8-21.

aceptación de la costumbre, en algunos supuestos, priva al derecho de su carácter de instrumento de cambio, cuando los líderes construyeron modelos socialistas de desarrollo. Las costumbres pueden seguir siendo un obstáculo para el cambio, un instrumento de estabilidad, *pero sólo cuando la estabilidad* (en una u otra forma) *se considere compatible con los nuevos objetivos*.⁹⁰

Podría afirmarse, en definitiva, que en antiguos enclaves coloniales de Bélgica, Francia, España, Portugal, etcétera, el marxismo llegó más como un socialismo de costumbres que de normas jurídicas escritas.

Países ha habido, como Etiopía⁹¹ en que “desde arriba” se ha impulsado una revolución jurídica, de carácter estrictamente occidental, como es el caso específico del Código Penal encargado al profesor Jean Graven, que trató de armonizar las antiguas tradiciones del país y las nuevas técnicas jurídicas modernas, pero el posterior derrocamiento de la monarquía de Haile Selasie por un grupo de jóvenes oficiales ha ocasionado una cruenta lucha, en la que intervienen factores de poder de orden internacional.

En resumen: la llegada de la “racionalidad jurídica occidental” ha incidido de forma muy variada sobre las civilizaciones africanas, afectando negativamente a ciertos valores tradicionales, como el espíritu comunitario, la ausencia de clases antagónicas, el debilitamiento de los lazos familiares, sin conseguir, todavía, ni en el plano social, ni el jurídico, ni en el económico, ni en el cultural, una solidaridad del cuerpo social, o de los distintos cuerpos sociales nacionales, en su totalidad. Etapa, pues, de transición.

IV. ESTADO, PODER, GRUPOS DE PRESIÓN Y SISTEMAS JURÍDICOS

Procuremos, en este último apartado del sumario rector de nuestro trabajo, tratar de condensar las ideas, inevitablemente derivadas, de todo cuanto llevamos dicho o entredicho, pues el extendernos sería un enemigo mortal de las características específicas de nuestra tarea, y el sintetizar “minicapsulado” nos haría perdernos en un bosque de abstraccionismo conceptualista, que nos impediría ver los árboles integrantes de aquél.

⁹⁰ Hazard, John N., “Modelos de derecho socialista”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XVI, núm. 47, mayo-agosto de 1983, pp. 472 y 473.

⁹¹ Graven, Jean, “Vers un nouveau Droit pénal éthiopien. De la plus ancienne a la plus récente législation du monde”, en *Revue internationale de Criminologie et de Police technique*, vol. III, octubre-diciembre de 1954, pp. 250-280.

No hay inconveniente mayor en afirmar que todo el discurso político-jurídico y los instrumentos inherentes al mismo están intimamente conectados con el fenómeno del poder y, específicamente, con las formas estatales de poder.⁹² De tal manera es esto así, que es difícil resistir la tentación de identificar poder y derecho y, en la práctica, pretender reducir el primero al segundo, postura en la que Hans Kelsen alcanzó la cuota máxima de radicalización.⁹³

La cuestión no es baladí, sobre todo en esta época de antiestatismo en que el Estado ha recibido una fortísima embestida de poderosos clanes económicos, a quienes cualquier tutela real, de corte democrático, estorba en su muy particular concepción de que lo bueno es lo que a ellos les conviene o les resulta provechoso. Sin duda, esto vino originado por un fuerte empacho estatista, en el cual se olvidó que el propio Estado es un medio y no un fin en sí mismo, y que una egolatría estatal, que olvidara su función de estar al servicio del hombre, lo convertiría en una siniestra parodia de aquello para lo que fue creado.

Sin embargo, aclarado lo anterior, conviene insistir en la importancia de desentrañar —en la forma más sencilla posible— el escabroso asunto de la estructura del poder, pues en ello nos va a todos una buena parte de nuestra paz y de nuestro porvenir social. Y la razón es simple y obvia: los objetivos prioritarios de democracia y de desarrollo, meta común de todas las sociedades, sin distinción de credos políticos, están estrechamente ligados al análisis de la estructura de poder. Y la estructura de poder tiene una de sus más visibles manifestaciones en los grupos de presión, y —finalmente— el conjunto de lo mencionado se refleja en el derecho, en los diversos sistemas jurídicos.

Señala el maestro González Casanova,⁹⁴ que el análisis de la estructura del poder comporta la consideración (cuando menos) de tres fenómenos principales:

a) La relación de la estructura política formal (de los modelos teóricos y jurídicos de gobierno), con la *estructura real* del poder.

b) La relación del poder nacional (de la nación-Estado), con la *estructura internacional*.

c) La relación de la estructura del poder con la *estructura social*, con los grupos macrosociológicos, con los estratos, con las clases.

Y, añade el gran intelectual mexicano, que esto es particularmente

⁹² Giménez, Gilberto, *Poder, estado y discurso*, México, UNAM, 1983, p. 11.

⁹³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit. supra nota 33, pp. 287 y ss.

⁹⁴ González Casanova, Pablo, *La democracia en México*, 10a. ed., México, Ed. Era, 1978, pp. 16 y 17.

cierto en lo referente a los países en vías de desarrollo o en los subdesarrollados, en clarísima alusión a nuestra Latinoamérica, ya que los modelos teóricos de gobierno o las instituciones constitucionales tienen carácter formal que corresponde a un funcionamiento *sui generis* particularmente imprevisto por los modelos occidentales, o por ideólogos y los legisladores que los imitaron e implantaron.

En cualquiera de las naciones, pertenecientes al ominosamente denominado "tercer mundo", es fácil advertir una profunda discordancia entre las normaciones jurídicas y la realidad sociopolítica. La "racionalidad occidental" weberiana, trasvasada a otros lugares, dio lugar a una "racionalización burocrática", que terminó por convertirse en un poderoso instrumento de dominación política.

Mientras en Europa los modelos teóricos y legislativos son la resultancia de un contacto directo, creativo, entre la experiencia y el pensamiento político y legislativo, de donde deriva todo un instrumental y una técnica propios y adecuados, en la mayoría de los otros lugares la creación tiene como mediador un pensar ajeno, del que se realiza una apropiación mediante la imitación y el ajuste.

El derecho, los sistemas jurídicos, el Estado, reciben el impacto de las fuerzas sociales emergentes, de los instrumentos y de las técnicas propios, específicamente propios, que se incrustan y operan en las ideas, en las constituciones y las obligan a un dualismo, a una vida simbólica, a una alternancia europea-no europea, occidental-no occidental, que va mediatizando lo importado y dotándolo de un sello distintivo, situación que se proyecta al plano legislativo y a los demás órdenes de la vida. En el fondo, existe un choque con las realidades del poder, de los poderes que reflejan un complejo entramado social.

En otras palabras: lo jurídico-político queda enclaustrado en los fenómenos de poder, que constituyen el ámbito en el que ha de desenvolverse, y a cuyo desenvolvimiento ha de contribuir.

En estas condiciones, surge una interrogante fundamental: ¿qué es el poder? Foucault,⁹⁵ señala que la respuesta no es fácil, y realmente es así, pues se han estudiado a los detentadores del poder, en contraposición también se ha investigado el proceso de las infraestructuras económicas, y de ahí, se ha llevado a cabo un análisis de las instituciones, de las superestructuras de la base económica, sin embargo, el poder, su esencia, su funcionamiento, sus mecanismos, dice el gran teórico galo, no han sido excesivamente estudiados.

El punto de partida metodológico del que arranca Foucault para su

⁹⁵ Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, op. cit. supra nota 30, p. 99.

análisis de las relaciones de poder radica en una precaución (una *epojé*) en la que se cuestiona algunos postulados tradicionales empleados en el análisis sobre el poder. Con el abandono de estos postulados emerge un ámbito nuevo para el análisis: el *funcionamiento* de las relaciones de poder (Miguel Morey, *Introducción*, páginas V y VI a "Un diálogo sobre el poder" de Michel Foucault).

Tales postulados cuestionados (según Miguel Morey, *ibidem*, tomados de Gilles Deleuze en "Ecrivain Non: Un Nouveau Cartographe, Critique, 343, 1975"), son los siguientes:

a) *Postulado de la propiedad* (conforme al cual el poder es algo que posee la clase dominante): el poder no se posee, se ejerce. No es una propiedad, es una estrategia, algo que está en juego.

b) *Postulado de la localización* (según el cual el poder debe entenderse como poder del Estado). El Estado no es el lugar privilegiado del poder: su poder es un efecto de conjunto. Hay que entender a la microfísica del poder, ya que el espejismo del Estado propicia, cuando menos, dos errores:

— Plantear la toma del poder como toma del Estado.

— Plantear un contra-Estado como forma óptima de ejercicio del poder.

c) *Postulado de la subordinación* (con arreglo al cual el poder estaría subordinado a un modo de producción que sería su infraestructura). El poder no es una mera superestructura —toda economía presupone unos mecanismos de poder implícitos en ella—. Hay que abandonar el modelo de un espacio piramidal trascendente por el de un espacio immanente hecho de segmentos.

d) *Postulado de modo de acción* (para el cual el poder actúa mediante mecanismos de represión e ideología). Hay que sustituir la imagen negativa del poder (oculta, reprime, impide...) por una positiva: el poder produce. Y produce lo real, a través de una transformación técnica de los individuos, que en nuestra sociedad recibe un nombre: normalización.

e) *Postulado de la legalidad* (el poder del Estado se expresa mediante la ley). Entendiéndose la ley, no como una separación tajante de legalidad/ilegalidad, sino como un procedimiento por medio del cual se gestionan diferentes órdenes de ilegalismos; la ley no es un estado de paz, sino la batalla perpetua: el ejercicio actual de una estrategia.

Foucault⁹⁶ precisa este razonamiento al indicarnos: nuestra difícil-

⁹⁶ Foucault, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*; trad. de Miguel Morey, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 14 y 15.

tad para encontrar formas de lucha adecuadas, ¿no proviene de que aún ignoramos lo que es el poder? Después de todo (puntualiza Foucault) ha sido preciso esperar al siglo XIX para saber lo que era la explotación, pero quizá todavía no sabemos qué es el poder.

Marx y Freud (continúa el intelectual francés) no bastan, tal vez, para ayudarnos a conocer eso tan enigmático, a la vez visible e invisible, presente y oculto, ocupado en todas partes, que se llama el poder.

La teoría del Estado, el análisis tradicional de los aparatos del Estado, no agotan sin duda el campo de ejercicio y funcionamiento del poder. En el presente, éste es el gran desconocido: ¿quién ejerce el poder?, ¿dónde lo ejerce? Actualmente, sobemos aproximadamente (sigue diciendo Foucault), quién explota, hacia dónde va el beneficio, por qué manos y dónde se vuelve a invertir, mientras que el poder... Sabemos perfectamente que no son los gobernantes quienes detentan el poder. En todo lugar hay poder, el poder se ejerce, y se ejerce en una dirección determinada; no sabemos quién lo tiene exactamente, pero sabemos quién no lo tiene.

Lo que acaece es que las relaciones entre deseo, poder e interés son más complejas de lo que —generalmente— se estima, y no son forzosamente los que ejercen el poder quienes tienen interés en ejercerlo; quienes tienen interés en ejercerlo no lo ejercen; es posible que —ahora— las luchas que se realizan, y además esas teorías locales, regionales, discontinuas, que están elaborándose en esas luchas y forman un cuerpo con ellas, sean el principio de un descubrimiento del modo en que se ejerce el poder.⁹⁷

Y el problema no es exclusivo de los regímenes capitalistas, sino que se extiende a los de asignaturas comunistas; la gran interrogante permanece, continúa, se mantiene, con la diferencia de que los grupos de izquierda, quizá, la cuestión se torne más difícil de desentrañar por la propia índole de la filosofía general de la “sinistra”, que está basada en la diversidad de opciones y opiniones y en la libre circulación de individuos y de ideas, mientras que la “destra” se cimienta en la defensa de unos intereses concretos.

Sin embargo, nos parece que el profesor Jiménez de Parga⁹⁸ precisa la cuestión que nos ocupa, al resumir:

“El poder básico de una comunidad, el que puede situarse en el centro de lo político, debe ser entendido como la suma o resultante de las

⁹⁷ *Idem*, p. 17, *in fine*.

⁹⁸ Jiménez de Parga, Manuel. *Los regímenes políticos contemporáneos*, 5a. ed. Madrid, Tecnos, 1974, p. 58, *in fine*.

relaciones interhumanas. Como tal sistema de relaciones, no pertenece en propiedad a ninguna persona individual ni a ninguna institución. Nadie puede adueñarse de él; tampoco se puede transmitir por herencia. El poder constituyente tiene naturaleza relacional.

Los poderes constituidos, en cambio, el legislativo, el ejecutivo, el judicial, se pueden residenciar en organismos e instituciones concretas. Vistos así, no hay inconveniente para considerarlos como sustancias”.

No obstante, a nuestro juicio, la posición del maestro hispano parece avocada hacia un enfoque exclusivamente formal de la cuestión.

De acuerdo con esta visión, el derecho supondría la cobertura formalista, legitimadora del poder, pero, como señala Foucault,⁹⁹ el *jus* no es ni la verdad ni la coartada del poder, es un instrumento complejo y parcial al propio tiempo. La forma de la ley y los efectos prohibitivos que implica, deben ser colocados entre otros mecanismos no jurídicos.

De este modo, el sistema penal no debe ser analizado pura y simplemente como aparato de prohibición y represión de una clase sobre otra, ni tampoco como una coartada que escuda las violencias sin ley de la clase dominante; permite una gestión política y económica a través de la diferencia entre legalidad e ilegalismo.

Históricamente (indica Foucault)¹⁰⁰ el proceso mediante el cual la burguesía, durante el siglo XVIII, adviene en la clase políticamente dominante, se amparó tras la instalación de un marco jurídico explícito, codificado, formalmente igualitario, y a través de la organización de un régimen parlamentario y representativo. Pero el desarrollo y la generalización de los dispositivos disciplinarios constituyeron el rostro oscuro y lóbrego de esos procesos.

El poder tomaba su venganza: La forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios, era subterránea por esos mecanismos mequinos, menudos, cotidianos y físicos, por todos esos sistemas de micropoder, esencialmente desiguales y disimétricos, que constituyen las disciplinas... Esas disciplinas reales y corporales constituyeron el subsuelo de las libertades formales y jurídicas.

En resumen (según el razonamiento de Foucault), no se dejó de trabajar en profundidad las estructuras jurídicas de la sociedad para hacer funcionar los mecanismos efectivos del poder en su encuentro

⁹⁹ Foucault, Michel, *Un diálogo sobre el poder*, op. cit. supra nota 95, p. 81.

¹⁰⁰ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*; trad. de Garzón Del Camino, 10a. ed. castellana, Madrid, Siglo XXI, 1984, pp. 233 y ss.

con los marcos formales, que él se había dado. En el “siglo de las luces”, que descubrió las libertades, también se inventó las disciplinas.

La organización del aparato policiaco del siglo XVIII sanciona una generalización de las disciplinas que alcanza las dimensiones del Estado, aunque sería una inexactitud creer que las funciones disciplinarias han sido confiscadas y absorbidas de una vez para siempre, por un aparato del Estado.¹⁰¹

Foucault ¹⁰² termina fustigando la utilidad del trabajo penal, y señalando que no es un provecho, ni siquiera la formación de una habilidad aprovechable, sino la constitución de una relación de poder, de una forma económica vacía, de un esquema de la sumisión individual y de su ajuste a un aparato de producción.

Parece que la “razón de Estado” se hace omnipresente, ya que el Estado tiene la soberanía como un atributo esencial para hacer que el derecho reine en la sociedad, nos encontramos ante un monstruo que se muerde su propia cola; y conste que esto no se dice en función de una postura antiestatista, antes al contrario, desde una perspectiva plenamente consciente de la necesidad del Estado, sobre todo en las desoladoras realidades sociales de las naciones subdesarrolladas o en vías de desarrollo, pero también entendedora de que la principal finalidad del Estado está siendo desvirtuada por este perverso de poder, Estado, derecho, sistemas jurídicos y grupos de presión, que —en algunos momentos del análisis— parecen confundirse en un loco y frenético girar; sin embargo, el punto fundamental sigue siendo el mismo: un Estado al servicio del hombre, no un hombre al servicio del Estado. En otras palabras: respeto de los intereses particulares, pero encuadrados en el marco de una adecuada convivencia social (cuyos pilares son la democracia y el desarrollo, entendido éste no como simple crecimiento económico, sino como aumento del pastel... para una mejor distribución del mismo), cuya garantía es función principalísima del Estado.

A tal efecto son muy esclarecedoras las declaraciones (Revista *Proceso*, No. 546, 20/abril/1987, reportera Anne Marie Mergier, pp. 43-44) de Jean Ziegler, miembro del buró político de la Internacional Socialista y catedrático de la Universidad de Ginebra (donde se celebró la entrevista), y de París I-Sorbona.¹⁰³

Afirma Ziegler (tras descartar la intención de elaborar una nueva teoría de la “razón de Estado”) que —en la Europa occidental por

¹⁰¹ *Idem*, p. 218.

¹⁰² *Idem*, p. 246.

¹⁰³ Ziegler, Jean, *Viva el poder*, Madrid, Editorial Iepala-Fundamentos, 1987.

vez primera el conflicto de ideas ha dejado de ser el motor primigenio del proceso social. Izquierda y derecha, obreros y patronos, sindicatos y oligarquía doblaron la cerviz ante el monstruo. Se ha entrado en la era del consenso, de la sobredeterminación libremente consentida de nuestras voluntades colectivas por las leyes de la "real politik".

En el siglo XIX y al comienzo del XX, el movimiento socialista y obrero internacional se opuso radicalmente a la "razón de Estado", actualmente ya nada queda de eso. Mientras más consigue la razón de Estado disfrazar su práctica real, más poderosa, homogénea, coherente y funcional se vuelve. La opacidad es una calidad esencial de un cosmosistema. Convince en la medida en que elimina lo real. Evita el cuestionamiento de los hechos, a sabiendas de que cualquier contradicción lo hace morir.

Cita Lefevre¹⁰⁴ cuando éste señala: el Estado organiza su propio desconocimiento, particularmente en cuanto monopoliza el saber social, controla su producción y su distribución. Y lo propio hace con Schlesinger, al indicarnos que mientras un Estado logra atrincherarse —más y mejor— detrás del secreto, más sencillo le resulta ejercer su "derecho" de mentir.

Para mí (señala Ziegler) la contradicción fundamental sigue siendo la contradicción imperialista. Todos los socialistas europeos, al llegar al "poder", optaron por la razón de Estado. En otros términos: eligieron a favor de sus intereses políticos inmediatos. Su miopía desenfundada, digna de mejor causa, es una muestra evidente del enorme poderío de los grupos de presión (más o menos visibles, pero bien patentes), y produjo el resultado de un olvido suicida del problema mundo industrial-países pobres en general y países latinoamericanos en particular. Aplicaron la ley de la jungla, la ley del más fuerte frente a los países pobres, cometiendo un error histórico de proporciones aterradoras. Y es que los factores de poder, los grupos de presión que le sirven de fachada tienen un enorme peso específico en las vertientes jurídica, social, económica y política. Hay, sin duda, una evidente falta de voluntad política, pero lo "otro" pesa lo suyo.

Tal vez esto no sea sino el signo de los tiempos, tiempos de desconcierto, época de transición, cual es la nuestra, en la que unos esquemas vitales coinciden con otros, con la singularidad de que unos van de salida y los otros todavía no terminan de entrar. Y lo propio sucede con el socialismo de corte marxista, incluso en la mismísima Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y en la República Popular de China.

¹⁰⁴ Lefevre, Henri, *De l'Etat*, Paris, Unión Générale d'Éditions, IV vols. 1976.

La "real politik" se impone: Gorbachov, cuya llegada al poder parece traer los aires de una sustitución del llamado "grupo gerontocrático", dice que el objetivo es el pleno y libre funcionamiento de todas las formas de organización de la sociedad, concebido como una democratización de la vida social, pretendiendo una mayor solidez de su concepción del socialismo y por tanto de su visión de la democracia. En otras palabras: el "cambio" es situado dentro de los criterios marxistas y conforme al "estilo soviético de vida", y añadió (en perfecta concordancia fáctica con lo que viene ocurriendo en China), que "se necesita una nueva mentalidad, es preciso sobreponerse al viejo modo de pensar, a las nociones estereotipadas y a los dogmas herederos de un pasado irreversible".¹⁰⁵

Resulta claro que, en el juego de las relaciones de poder, en los dos colosos marxistas, se ha producido la alternancia de unos grupos de presión por otros, sin que ello quiera decir que no sigan existiendo tensiones, las continúa habiendo y es lógico, al igual que ocurre en las democracias occidentales, con gobiernos socialistas, con gobiernos liberales o con gobiernos conservadores. Los grupos de presión se ofrecen a nuestra vista como la fachada externa, pero efectiva, del profundo arcano donde reside el poder. Todo este entramado, a su vez, se proyecta sobre el ámbito jurídico... y el círculo vuelve a cerrarse.

Podríamos terminar señalando la situación en los Estados Unidos, líder del "mundo occidental".¹⁰⁶ Esta lucha descarnada produce una dispersión de intereses, y ésta —a su vez— una subdivisión entre los grupos de presión, representativos de los mismos. De ahí la cerrada competencia entre ellos, y es precisamente esa competencia la que les impide una ataque frontal conjunto contra el poder político, contra el poder formal, salvo en casos muy excepcionales. Se trata de un *equilibrio racional*, que permite a los dirigentes políticos resistir a las presiones de los grupos, apoyándose —justamente— en la diversidad de los intereses reales en pugna.

Lo anterior, como en las otras grandes potencias, tiene su reflejo en el entorno jurídico-político, con lo que el análisis de las relaciones reales entre los grupos privados y los centros de decisiones políticas, fenómenos de representación, de participación, de la regla de la

¹⁰⁵ Revista *Proceso*, No. 541, 16 de marzo de 1987, pp. 43-44.

¹⁰⁶ Dion Leon, *Los grupos y el poder político en los EE. UU.*, México, Grijalbo, 1967, pp. 156, 157, 158; Dommergues, Pierre, *Retrato político de los USA*; trad. de Pérez, Barcelona, Ed. Edima, 1967, *passim*.

mayoría, del pluralismo, del interés público, del congreso, etcétera, se convierte en un tema apasionante de sociología general, que se trasvasa a la sociología jurídica, tal y como indicamos al comienzo de nuestra tarea.