

## DERECHO Y REALIDAD LA ENSEÑANZA LEGAL EN LA SOCIEDAD SUB DESARROLLADA

Si este evento se ha organizado para reflexionar sobre importantes aspectos de la docencia universitaria, y específicamente de la docencia jurídica, no parece inoportuno comenzar analizando ciertos problemas, que podrían ser considerados críticos, de la actividad de enseñar.

Alguien planteó ya en las discusiones anteriores la posibilidad de considerar a la educación como un proceso neutro, levantado, por lo mismo, sobre la base de un no pronunciamiento en torno a todo aquello que implique una valoración política más o menos directa.

Creo que se puede construir un ejemplo sumamente descriptivo de la situación implícita en una afirmación como ésta a base de lo que sucede con la formación del abogado. El afirmar o negar la necesidad de cambio en una estructura de poder levantada sobre el concepto de propiedad es, indudablemente, hacer una valoración política. Ahora bien, como ciudadano puedo estar convencido de que tal cambio es indispensable para que la sociedad pueda llegar a organizarse sobre bases elementales de justicia. Desde este punto de vista necesariamente concebiré a la legislación que proteja sin limitaciones la propiedad privada sobre todo clase de bienes, como una legislación básicamente injusta. Pero si al mismo tiempo concibo a la enseñanza como una actividad políticamente neutra, en mi papel de docente deberé limitarme a describir la legislación vigente sobre la propiedad y, a analizar sus mecanismos de funcionamiento, cuidándome de no emitir un juicio valorativo sobre su función política. Actuar de esta manera significa desconocer que en cuanto a sus efectos sociales el derecho dista mucho ser, como en la concepción kelseniana, simplemente un sistema lógico integrado por proposiciones que preocuparían al jurista en cuanto tengan estructura normativa y funcionen de acuerdo a ella; significa dejar fuera del análisis al valor o al sistema de valores que sirvió de fundamento a tal o cual estructura normativa, y,

por lo tanto, aceptar implícitamente su vigencia en cuanto valores.

No podemos desconocer que todo proceso educativo transmite, aunque sea inconscientemente, ciertas pautas de comportamiento y éstas siempre llevan implícita una concepción valorativa. Los valores y las pautas crearán luego en el sujeto de la educación, actitudes vitales. Esperar pues, abogados comprometidos con el cambio, cuando la educación legal excluye, por principio, todo pronunciamiento valorativo, resulta bastante inocente. Pienso que hablar de la educación —y mucho más de la educación legal— como de un proceso políticamente neutro, es eludir intencionalmente el centro del problema. Y eludir intencionalmente porque considero que el neutralismo, tanto en las ciencias como en la política, no es una simple casualidad, sino que, al contrario —y no creo descubrir nada nuevo al afirmarlo—, es la más eficaz de las tácticas utilizadas por las tendencias conservadoras. Simplemente, un ardid reaccionario.

Cuando se formula un razonamiento como el que acabo de hacer, normalmente se objeta que al analizar los hechos se ha prescindido de uno fundamental: no es que se pretenda, suele decir el neutralista, suprimir de plano los análisis políticamente valorativos, sino que se procura reconocer a cada institución y a cada proceso su debida función: a la Universidad, la de enseñar, y a las organizaciones políticas la de valorar los hechos según su particular perspectiva ideológica. Con éste argumento, por cierto, se consigue dos cosas muy importantes desde el

\*En agosto de 1974, se desarrolló en la ciudad de Ibarra, Ecuador, el II Seminario sobre Docencia Jurídica, organizado por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Este trabajo, corresponde a la exposición que hiciera en dicho Seminario, uno de los profesores de la referida Facultad. (El Consejo Editorial).

punto de vista de la conservación del sistema: reducir el término política, a la acción política pura y a la actividad de los partidos siempre controvertidos y, entre nosotros, totalmente desprestigiados, e identificar implícitamente objetividad como forma de análisis, con neutralidad política, como posición alejada del subjetivismo y los intereses propios de las ideologías.

Aparte de que lo políticamente relevante nunca se agota en la acción partidista y la objetividad en el análisis —como lo descubre el ejemplo propuesto al comienzo—, no necesariamente coincide con la actitud no comprometida, esta forma de pensar aplicada a la enseñanza del Derecho, ha contribuido a que se generalice en el Ecuador —y, entiendo que en Latinoamérica— un fenómeno interesante: el abogado ambivalente; el que políticamente propugna en forma sincera la necesidad del cambio en cuanto ciudadano, pero que no sabe cómo obrar en consecuencia en cuanto abogado. Y éste, si quiere ser sincero consigo mismo, se ve constreñido a abandonar el Derecho.

Es que, por lo general, la perspectiva jurídica está ausente de los análisis de política pura, y de los concebidos normalmente en función del activismo partidista. Nótese, por cierto, que el enfrentamiento “política pura” —“derecho puro” se produce como consecuencia de haber concebido a cada una de estas dos ciencias sociales como compartimientos estancos, desarrollados sobre supuestos y con direcciones diferentes; concepción que fuera ayer suficientemente analizada por Javier de Belaunde.

El abogado, y generalizando, cualquier profesional, que ha recibido su formación a base de actitudes derivadas de este tipo de consideraciones, difícilmente puede adoptar una posición crítica respecto a las concepciones más equívocas en su respectiva rama científica, atribuyendo el término equívocas a las construcciones teóricas que responden a una valoración política opuesta a la del sujeto en cuestión.

Otra posición bastante común y generalizada es la que rechaza toda posibilidad de valoración política en la ciencia, y consiguientemente en la enseñanza científica, en nombre del pluralismo. Históricamente, esta parece haber sido la posición que abrió las puertas al neutralismo en la enseñanza legal en nuestras Universidades. El pensamiento reformista de Córdova, en efecto, con su principio de la libertad de cátedra, marcó el fin, aparentemente, de la Universidad dogmática, y generó como una lógica reacción contra ésta, el consiguiente rechazo a todo

lo que se identificaba con el dogma. Y en el Derecho, la secularización significó que se pongan de moda, y se institucionalicen luego, las formas más simplistas del positivismo jurídico. Después, con la notable influencia de Kelsen, quedaría definitivamente consagrada, como un nuevo dogma, la concepción del “derecho puro”.

El pluralismo, sin embargo, supone la posibilidad de confrontar posiciones divergentes, libertad para mantenerlas y propugnarlas y mutuo respeto. En este sentido, y por estar estructurada en torno a la idea de un no pronunciamiento político, excluyendo toda posibilidad de confrontación y favoreciendo de esta manera a lo ya establecido, la tendencia neutralista, se manifiesta como lo más opuesto al pluralismo.

Ahora bien, si he mencionado estas ideas en torno a las implicaciones políticas del proceso educativo, no ha sido precisamente con la sola intención de tomar partido en una polémica bastante generalizada y que, por cierto, en este Seminario se ha hecho presente ya varias veces. Al contrario, considero que esta exposición era indispensable para aproximarnos a una especie de diagnóstico sobre la situación actual de nuestras Escuelas de Derecho. A mi juicio, los elementos fundamentales de este diagnóstico, serían posición neutralista, derecho puro y aproximación a las ciencias sociales concebidas como compartimientos estancos.

Levantada sobre estas bases, la enseñanza legal nunca llega más allá de la legislación. Revisemos un currículum cualquiera y veremos cómo cada una de sus unidades se ha organizado alrededor de un cuerpo legal determinado. Y no por consideraciones científicas, sino porque nuestra forma de estudiar el Derecho va siempre a la zaga del legislador. Y en cuanto al contenido, nuestros cursos hacen alarde de agotar las posibilidades exegéticas, sin dar mayor importancia al análisis sobre el grado de justicia de la norma, habida cuenta la naturaleza de una relación jurídica dada.

No existe en el Ecuador estudio sociológico alguno sobre la profesión legal. De haberlo, estoy seguro, mostraría un altísimo grado de pragmatismo y hasta una verdadera sed de riqueza, y muy poco contenido ético. Sin embargo, no me atrevería a sostener que imagen tan poco enaltecedora tenga como principales causas el egoísmo personal y la falta de ideales. Papel mucho más importante ha jugado en esto el tipo de formación legal. Convertido en simple artesano de la interpretación de las leyes, di-

fácilmente tendrá el abogado un papel social de cierta relevancia en cuanto abogado, al menos, no desde el punto de vista del cambio. Se limitará a litigar o a prevenir litigios para el que contrate sus servicios, aunque con ello contribuya a perpetuar una injusticia; problema que, por cierto, el abogado simple intérprete ni siquiera se plantea. Y en tanto espera ir siempre detrás de la voluntad legislativa, este abogado nuestro jamás llegará a introducir innovaciones en el Derecho. Cuando tiene inquietudes sociales, o se manifiestan fuera del campo profesional, o se orientan hacia la búsqueda de modalidades que signifiquen un mejoramiento en la aplicación del derecho vigente o, en el mejor de los casos, impulsan actitudes "reformistas" dirigidas a perfeccionar el sistema vigente desde el punto de vista técnico-jurídico, buscando, por ejemplo, suprimir una incongruencia lógica entre los diversos grados normativos.

Sin duda, los asistentes a este Seminario compartimos la opinión de que los hechos analizados demuestran la necesidad de una reforma urgente en el sistema de enseñanza legal. En buena medida, es precisamente esta idea lo que nos ha reunido aquí. Y lo usual es detenerse fundamentalmente en los métodos.

Pero el aspecto metodológico de la enseñanza, el problema puramente técnico de la actividad de enseñar, en nuestro caso, responde a una determinada forma de concebir el Derecho. En esta forma, a la que en consideración a su vigencia llamaré derecho tradicional, ha sido desde el punto de vista del docente, muy poco analizada. Por eso su producto más típico, el abogado incapaz de ir más allá del texto legal, se autocalifica, normalmente, un adalid de la justicia. Y no lo hace por sí mismo, sino por carecer de elementos para valorar y apreciar en sus consecuencias sociales y en su perspectiva histórica la idea de derecho a la que sirve.

Y es que este tipo de valoración supone abandonar el razonamiento puramente jurídico, pero no al derecho como objeto de estudio, necesidad que nunca pudo ser siquiera medianamente satisfecha por los cursos de "Ciencias Sociales" agregados un tanto artificialmente al curriculum de nuestras Escuelas de Derecho. En este tipo de cursos, en efecto suelen estudiarse rudimentos de las respectivas ciencias —economía o sociología—, pero sin llegar a situar al Derecho como objeto de análisis en cuanto a sus efectos económicos o sociológicos.

Según esto, lo primero que se impone a quien pretenda iniciar con intenciones serias un proceso de

reforma a la enseñanza legal, será analizar la noción de Derecho implícita en la metodología tradicionalmente empleada; pero, analizarla desde una perspectiva no exclusivamente jurídica.

Intentaré considerar a continuación, en una forma más bien descriptiva, las características sociales más salientes de esta concepción del derecho a la que he llamado tradicional.

En primer lugar este Derecho es, para nosotros, una herencia colonial. Y no quiero significar con esto necesariamente que se trate de un resultado de la etapa de nuestra historia conocida como Colonia; sino que utilizo el término con sentido mucho más amplio, abarcando en definitiva toda situación de dependencia cultural.

Nuestro sistema jurídico en buena parte es el resultado de una importación más o menos indiscriminada de los criterios de justicia y de las normas vigentes en sociedades culturalmente más adelantadas que la nuestra —esto último está por demostrarse— pero, en todo caso diferentes. Con la Conquista, la legislación española se impuso a las tierras americanas y a sus pobladores autóctonos. Posteriormente el nacimiento de las nuevas repúblicas se hizo al amparo y bajo la influencia directa del modelo constitucional norteamericano, y los códigos civiles responden en gran medida a los principios desarrollados por el Código de Napoleón.

Podrá decirse que el hecho de que la nuestra sea una cultura nacida como producto de la conquista y por lo tanto por esencia una cultura híbrida, es un hecho irremediable que a estas alturas no podemos cambiar. Pero no se trata de cambiar nuestro pasado colonial ni de pretender conservar exclusivamente los elementos de verdad autóctonos de nuestra cultura. Se trata de que cuando manejemos el derecho sepamos que es en buena parte una herencia colonial, y que por lo tanto si su aplicación ha dado resultados halagüeños en su cultura de origen, no necesariamente debe ocurrir lo mismo con su aplicación en el Ecuador. Se trata de evitar que como abogados razonemos por lo que dice, por ejemplo Planiol, con respecto a una relación jurídica determinada. Básicamente porque Planiol para hacer tal o cual afirmación ha tenido en cuenta las circunstancias sociales de Francia en el siglo pasado y ha medido la trascendencia social del conflicto, en consideración a esas circunstancias. Desde este punto de vista, no puede juzgarse para nuestro caso, el valor de una legislación o el valor de una determinada forma de solucionar conflictos jurídicos en virtud

de lo que diga Planiol u otros autores de igual relevancia.

El que el Derecho sea una herencia colonial significa, por otro lado, un grave peligro para la conservación de ciertos valores ancestrales; valores que por la acción del derecho llegan a extinguirse gracias a que éste se ha recibido como herencia colonial sin mayor beneficio de inventario. Recuerdo en este momento un caso digno de estudio: el de las comunidades indígenas. En éstas, y precisamente gracias a su sentido comunitario, se encontraron siempre vínculos de solidaridad humana sumamente profundos, los cuales se fundan en la estructura comunal del grupo. Ahora bien, nuestro Estatuto jurídico de las Comunidades Campesinas, en uno de sus artículos dispone que el Poder Público procurará por todos los medios a su alcance transformar a las comunidades campesinas en sociedades cooperativas modificando así el fundamento comunal del grupo a base de un tipo de asociación competitivo y de esencia individualista. ¿Cómo puede afectar esta nueva forma de organización jurídica a la permanencia de estos valores ancestrales de solidaridad? Entiendo que este es un problema que el legislador nunca se planteó, al menos no consta que se haya planteado; pero de hecho, estudios antropológicos recientemente iniciados muestran que estos valores se han visto seriamente amenazados por el espíritu cooperativista, producto de todas maneras de una sociedad típicamente capitalista y pensado para atenuar ciertos abusos propios del capital. Indudablemente, la sociedad cooperativa no fue pensada en forma tal que resulte eficiente para solucionar los problemas de los campesinos de los Andes.

En buena medida, el hecho de que hasta el momento no se haya considerado por los juristas el problema social que representa tener un sistema normativo resultante de una herencia colonial, se debe, creo yo, a la circunstancia de haber considerado al derecho como un sistema válido en sí. Y esta es la segunda de las características del derecho tradicional.

Para el "jurista puro", en efecto, el criterio básico, para la validez del derecho, es su vigencia formal en cuanto norma, y su grado de perfección interna como sistema lógico. De ahí que admire el grado de coherencia interna del Código de Napoleón por ejemplo, y, la brillantez del análisis exegético de Planiol, pero sin detenerse a considerar las consecuencias que este Derecho, en cuanto está integrado por proposiciones que deben regir conductas huma-

nas, acarrearía para una sociedad como la nuestra. Por esta razón, tampoco analiza el jurista puro el funcionamiento del Derecho en cuanto expresión de una escala de valores determinada, —la de los sectores que tienen acceso inmediato al poder—, ni los puntos de fricción o divergencia entre esta escala y la generalmente aceptada por los otros grupos sociales.

Una tercera característica del derecho tradicional es la de servir como medio de control social formal que permite el desenvolvimiento de un sistema socio-económico específico. La sociología jurídica ha comenzado a revelar aspectos de la relación entre el Derecho y el sistema socio-económico que hasta hace muy poco tiempo eran prácticamente ignorados.

El concebir a determinado derecho como un sistema de seguridad que permite, por ejemplo, el desarrollo de las relaciones de producción y de intercambio dentro de las bases de la libre empresa, significará que en las situaciones de conflicto prevalezca como criterio de solución el de la seguridad y no necesariamente el de la justicia. De esta manera no sólo el Derecho sirve como mecanismo de institucionalización de las bases de un sistema económico determinado, sino que, además, su desarrollo posterior significa una progresiva adaptación a la necesidad de conservación del sistema, antes que a un mejoramiento de éste en términos de justicia.

Desde este punto de vista ciertos valores considerados básicos para la ciencia jurídica, como la justicia, la igualdad y la libertad, adquieren en el sistema jurídico, categoría de postulados simplemente formales, por no decir categoría de abstracciones lógicas. Así cuando nuestra Constitución dice que los ecuatorianos son iguales ante la Ley, el legislador entiende este enunciado no como una proposición normativa, sino como una aserción verificada y parte del principio de que en realidad los ecuatorianos somos iguales ante la Ley, legislando en consecuencia y prescribiendo idénticas normas para regular conductas con posibilidades diferentes porque los ecuatorianos no somos iguales sino que entre nosotros hay profundas diferencias económicas, de preparación cultural, de posibilidades de acceso a los centros de decisión y de poder; diferencias que, al haber asumido que la igualdad existe, el legislador pasa por alto y contribuye a perpetuarlas. Análisis similares pueden hacerse en los casos de la justicia y de la libertad.

El aspecto más grave del problema es que éste tipo de análisis, a pesar de ser bastante antiguo —recuérdese simplemente que Marx lo usó ya en su "Crítica al Programa de Gotha" para formular el principio del derecho desigual—, los abogados que de alguna manera tienen ingerencia legislativa lo desconocen casi siempre, notándose en este punto la influencia de la característica de considerar al derecho como un sistema válido en sí.

Lo que ningún abogado debería perder de vista es que las normas jurídicas, y por tanto los conflictos que van a ser resueltos de acuerdo a ellas, se desenvuelven dentro de un sistema complejísimo de relaciones sociales y por lo tanto, también de relaciones económicas que responden a un modo particular de producción y a una forma particular de intercambio. El abogado, en definitiva nunca debería perder de vista aquella afirmación de Merleau Ponty acerca de que una sociedad no se califica por el grado de perfección interna de sus instituciones jurídicas, sino por el grado de justicia que en realidad tengan las relaciones del hombre con el hombre.

Y es que difícilmente se podrá encontrar un problema puro y exclusivamente jurídico. Las consideraciones que inciden en que a determinada agrupación humana se le reconozca una personalidad jurídica distinta de la de sus componentes, y a otra no; o problemas tales como el domicilio o la nacionalidad de las personas jurídicas, pueden, sin duda alguna ser considerados desde el punto de vista exclusivamente jurídico, prescindiendo, y a veces evitando intencionalmente considerar el papel que la institución de la personalidad jurídica ha jugado dentro del proceso de acumulación de capital, por ejemplo, o cómo la institución se ha utilizado para disfrazar formas de monopolio que alteran los mecanismos de un mercado de libre concurrencia. Según esto, soluciones jurídicamente perfectas desde el punto de vista de la coherencia lógica del sistema, pueden generar situaciones de injusticia, o contribuir a perpetuarlas.

Parece que por un principio elemental de honradez la Escuela de Derecho debería brindar al futuro abogado la posibilidad de que conozca, al menos, las reglas elementales del juego.

La cuarta de las características del derecho tradicional puede formularse partiendo del fenómeno, ya analizado, de que el desarrollo del derecho tiende a adaptarse a las necesidades de conservación del sistema. El derecho se concibe así como algo perpetuo; como una estructura normativa que debería te-

ner un contenido lo menos variable posible, tanto porque así lo exige el valor seguridad, que está en íntima relación con la permanencia temporal de los contenidos normativos, como porque la vigencia real de la escala de valores institucionalizada en las normas depende, especialmente en las sociedades subdesarrolladas, de la protección y el respaldo coactivo que el derecho le brinda.

Por otro lado, si el criterio fundamental de validez del derecho es su grado de coherencia lógica interna, mientras menos cambio sufra su contenido, menores posibilidades habrá de que se altere el grado de coherencia ya logrado.

Para el derecho tradicional, las normas jurídicas están, al menos teóricamente, llamadas a regir siempre.

Teniendo estas cuatro características como base de una noción de derecho, la labor del jurista resultará primordialmente exegética; la formación legal deberá ser un proceso políticamente neutro y el abogado necesariamente contribuirá con su acción al mantenimiento del sistema, cuya validez no llega a ponerse en duda.

Ahora bien, para completar el otro aspecto de la exposición, corresponde analizar las posibles relaciones entre esta forma particular de concebir al Derecho y de enseñarlo, y la situación de subdesarrollo.

Sin necesidad de examinar exhaustivamente lo que caracteriza a la sociedad subdesarrollada y, en consecuencia, lo que hay que superar para emprender un proceso de desarrollo, creo que puede ser generalmente aceptado que tal proceso no habrá de lograrse dejando que actúen libremente las fuerzas de la dinámica social, sino que será siempre necesario controlar dichas fuerzas mediante la intervención de la autoridad pública. Por supuesto, esta necesidad aumenta cuando se reconoce que el desarrollo es algo más que un simple crecimiento económico o una etapa más o menos inevitable en la modernización de las sociedades; cuando se reconoce, en definitiva, que el desarrollo supone una serie de cambios en los regímenes sociales y políticos de participación.

Si esto es así, el papel del Derecho en el proceso de desarrollo es innegable, pues todo el sistema que se pretende modificar mediante la intervención de la autoridad pública está jurídicamente institucionalizado. Si por otra parte se tiene en cuenta que el sistema jurídico se ha estructurado en torno a la

idea tradicional del derecho, habrá inevitablemente que concluir que la concepción del Derecho aquí llamada tradicional está ligada a la situación de subdesarrollo.

A estos dos factores se debe el que normalmente los abogados hayan constituido una clase reticente al cambio y, por tanto, un obstáculo para el desarrollo.

No dejó de llamarme la atención la frase con la cual Fernando de Trazegnies inicia sus materiales de enseñanza. Tomando palabras de Shakespeare dice, simplemente, "Matemos primero a todos los abogados". Y es que en efecto, según lo hasta aquí expuesto, parece que si queremos comprometernos en verdad con el cambio, debemos terminar con el abogado tradicional, el jurista mero exégeta, incapaz de valorar las consecuencias sociales de las normas que aplica o exige se apliquen al caso en que interviene.

Y ello resulta necesario no sólo desde el punto de vista de la sociedad, sino aún mirándolo desde la perspectiva del más egoísta de los abogados porque la noción tradicional de derecho y la forma tradicional de enseñarles se han cerrado tanto en sí mismas que al momento de la docencia no sólo está divorciada de la realidad social, sino incluso de la misma realidad jurídica.

Como una consecuencia de la planificación, en efecto, cada vez se reduce más el campo en que impera puramente la autonomía de la voluntad, mientras el concepto de interés público, o al menos las materias que tal noción abarca, aumentan su volumen real. No puede decirse ahora que la compraventa sea un problema exclusivamente entre comprador y vendedor si se trata de bienes raíces ubicados dentro del perímetro urbano en una ciudad con alto grado de densidad poblacional; peor aún si se trata de predios rústicos con vocación agropecuaria. En ambos casos, aunque las partes se hayan puesto de acuerdo en la cosa y en el precio, la compraventa no podrá realizarse si el contrato atenta contra ciertos principios de política social relativos a la vivienda urbana o a la explotación agropecuaria. Lo interesante de este nuevo aspecto en la contratación es que, aunque desde el punto de vista formal las autorizaciones administrativas requeridas para celebrar el contrato en los ejemplos propuestos podrían considerarse como una solemnidad más, de hecho su naturaleza excede al concepto corriente de solemnidad, porque no se trata del cumplimiento de una forma externa, como ocurre con la celebración de escritura pública por ejemplo, sino que supone un

análisis del fondo mismo de la cuestión, de la materia contractual en sí y, en ocasiones, hasta de las personas que intervienen en el contrato.

Si esto ocurre en el derecho privado, el cambio en el derecho público no es menos notable. Este ya no puede concebirse simplemente como un sistema de frenos y contrapesos al ejercicio del poder. La noción de "administración conformadora" que supone a los órganos públicos comprometidos en la aplicación y ejecución de un proyecto social, implica el abandonar, o al menos el reconocer profundas modificaciones en el tradicional principio de subsidiaridad. Implica por lo mismo un aumento del poder real de la administración, que pone en crisis todo el sistema de garantías para los llamados derechos públicos subjetivos. Como lo anota Forsthoff, este sistema se levantó sobre la idea de que la situación de conflicto entre un particular y la administración sería más o menos esporádica y no estaba preparado para afrontar una situación en la cual el individuo y su patrimonio e iniciativas quedan, en virtud de la planificación, convertidos en elementos para el cumplimiento de un gigantesco proyecto colectivo.

Todos estos indicios muestran que, en cierto modo, el cambio está operándose ya en el mismo derecho positivo; que la realidad jurídica, incluso desde el punto de vista simplemente normativo, ha superado a la noción tradicional de derecho que sirve todavía de impulso y orientación a nuestra enseñanza legal.

Si la enseñanza del Derecho está divorciada de la misma realidad jurídica, pues ésta avisa una nueva sociedad mientras que la primera se estructura todavía en torno al derecho concebido en su acepción tradicional, el abogado así formado no servirá ni como simple intérprete de la Ley, sin hacer respecto a ella juicio valorativo alguno, pues habrá nuevos tipos de conflicto imposibles de solucionar según los moldes jurídicos tradicionales. Como ejemplo basta citar la deficiente preparación de todos nuestros abogados en cualquiera de las ramas del derecho público, pero particularmente en el Derecho Administrativo.

Parece indispensable, según lo expuesto, aproximarse de alguna manera a este nuevo derecho; nuevo, nótese bien, no en un sentido puramente ideal, como algo que debería ser, sino en cuanto es la idea de derecho a la que se llega luego de un análisis de la realidad; vale decir, en el derecho tal y como existe y se vive, y no tal como se enseña y

se aprende. Esta advertencia para evitar que al referirme a un nuevo derecho pueda entenderse como que se trata de una noción ideal hacia la cual el derecho necesariamente deba orientarse. Esta noción ideal de derecho, que al menos aquí no será formulada, podría servir como un punto de mira, como una meta hacia la cual orientar la posterior evolución del sistema. Lo que ahora pretendo hacer es algo más simple: buscar una aproximación a la realidad del derecho, realidad que luego podría ser evaluada según esta noción ideal.

El nuevo derecho se caracteriza, en primer lugar por su operatividad.

Debo advertir, por cierto, que en la caracterización de esta idea realista de derecho seguiré en buena parte a Nicola Catalano. Nótese por lo mismo que, aún en esto, estoy importando como típico producto de la enseñanza tradicional.

La operatividad como característica de esta concepción del derecho se manifiesta en tanto las normas no sólo sirven para regular comportamientos actuales, sino para provocar nuevas formas de comportamiento. La tarea de legislar no consistirá, según esto, en generalizar los caracteres de un conflicto que se presenta en la realidad y construir a base de esta generalización una hipótesis normativa, sino que supondrá el prever las conductas que quieren provocarse y los conflictos que eventualmente se derivarán de ellas; lo cual, como se verá luego, origina profundas modificaciones en la estructura misma de las normas y en su funcionamiento.

La segunda de las características puede ser descrita como finalismo, desde que las normas jurídicas dejan de ser ante todo un principio de orden alrededor del cual se desenvuelven libremente la autonomía de la voluntad de los particulares, y se convierten en elementos que actúan en función de un proyecto de sociedad nueva. Esta característica tiene importantes consecuencias en la interpretación y aplicación del derecho, pues, tanto más que la disposición en sí deberá tenerse en cuenta el fin social para cuya realización la disposición fue dictada.

La tercera característica es la flexibilidad. Precisamente la naturaleza operativa de las normas y su sentido finalista hacen imposible que en la norma legal se hayan previsto todos los tipos de conflicto, o todas las formas de actuación concreta. De ahí que el nuevo derecho contenga fundamentalmente normas de base —las leyes cuadro— y mecanismos de elaboración a través de los cuales se reconoce

una gran capacidad discrecional a los órganos ejecutores, llamados a llenar con políticas concretas, idóneas para obtener el fin perseguido, los "vacíos" dejados por la Ley. Este fenómeno, que originalmente se presenta en el Derecho Internacional, pasando luego a ser corriente en el Derecho de la Integración, ha invadido ya el campo de los derechos nacionales pues la Ley que regula la organización y el funcionamiento de las entidades públicas encargadas de la ejecución de un proyecto social, la reforma agraria por ejemplo, determinan el campo de competencia, las metas generales del proyecto y las atribuciones básicas del órgano, pero es éste quien ejecuta, con amplio poder discrecional, el proyecto en sí y por tanto, la Ley misma concebida en función de éste.

Por último, el Derecho en esta concepción nueva dista mucho de ser perpetuo. Al contrario, se caracteriza por su transitoriedad. Si las normas se conciben en función de determinada política social, si pretenden básicamente provocar nuevas formas de comportamiento según las etapas por las que vaya atravesando la realización del proyecto, tales normas están llamadas a existir en tanto en cuanto subsistan las metas inmediatas y en la medida en que esa etapa concreta del proyecto no haya sido superada. En cuanto esto ocurra, las normas serán sustituidas por otras, que tendrán igualmente, carácter transitorio. La incidencia de esta idea en la concepción del valor seguridad como uno de los fines del Derecho es, como resulta evidente, definitiva. La seguridad deja de identificarse con la simple permanencia cronológica de la norma; ésta es reemplazada básicamente por la consideración del fin. Lo que en realidad importa para el nuevo Derecho es el cumplimiento de las metas sociales fijadas por la planificación antes que el mantenimiento de una situación dada, a la cual se ha otorgado tutela jurídica.

Estas características, y por lo mismo, esta nueva noción de derecho introduce a su vez, modificaciones en dos órdenes muy importantes: en el funcionamiento del derecho y en su estructura, en primer lugar, y luego, en la función del jurista.

La estructura tradicional de la norma, en la que se distinguía siempre supuestos y consecuencias, y que solía describirse como "Dado A debe ser B", se ha visto reemplazada ahora por la simple determinación de una consecuencia; es decir, la enunciación de una meta, sin que importe mayormente el supuesto; estructura que podría describirse con la fórmula "Debe ser B en cualquier supuesto".

“Debe ser B en cualquier supuesto”.

Si esto es así, la interpretación de la Ley ya no será fundamentalmente la búsqueda de una relación de correspondencia lógica entre los hechos, la hipótesis de la norma y su sanción o consecuencia, sino el análisis valorativo de ciertos medios con relación a los fines o metas determinados en la norma. De esta manera adquiere gran actualidad el enfrentamiento entre literalismo y finalismo como criterios de interpretación; más que eso, me atrevo a decir que el finalismo está desplazando al literalismo como criterio de interpretación.

Esto implica que las consideraciones puramente jurídicas —o al menos lo que tradicionalmente se entendió por consideración puramente jurídica— resultará insuficiente aún para interpretar el derecho,

pues la apreciación valorativa de medios afines requiere un profundo conocimiento de la realidad que se trata de cambiar y del ideal del cambio, proceso que exige en el intérprete gran capacidad crítica y agudo sentido de análisis. El nuevo jurista, si quiere cumplir satisfactoriamente su papel, y aún reduciendo éste a la simple interpretación del derecho, deberá ser fundamentalmente crítico. La formación legal, por consiguiente, debe orientarse no al conocimiento positivo de ciertas normas que, como hemos visto, tienen un carácter cada vez más transitorio, sino al desarrollo de esa capacidad crítica.

El nuevo jurista tendrá, pues, una función eminentemente creativa toda vez que el derecho no será ya algo que simplemente está allí, sino algo que progresivamente se va haciendo.