

EL PROGRESO EN LA ACTUAL FORMACION HISTORICA DEL DERECHO

Por Guillermo Velaochaga Miranda
y
Manuel de la Puente y Lavalle.

(Alumnos de la Facultad)

Dice Vanni en su Filosofía del Derecho que "hay progreso en la formación histórica del Derecho cada vez que se transforma de modo que corresponda realmente a lo que exigen las condiciones de la vida en común".

Ahora bien a simple vista podemos observar que actualmente presenciarnos una verdadera variación en los moldes esenciales del derecho que viene acentuándose en los últimos tiempos y que indudablemente corresponde a un cambio en "las condiciones de la vida en común".

El maestro francés Josserand ha intentado efectuar un balance entre las ventajas y desventajas de esta transformación del derecho, que todos testificamos, en el aspecto meramente contractual; nuestro deseo sería valorar ese razonamiento a fin de verificar si es posible afirmar que impulsamos actualmente una etapa de verdadero "progreso en la formación histórica del Derecho".

El método que emplearemos para el desarrollo de nuestra exposición será el mismo que emplea Josserand para emitir su juicio aunque con algunas variantes de ordenamiento para una mejor presentación y crítica. Encontramos como primerísima nota favorable, el ensanchamiento de la gama contractual que proviene de la rotura de los antiguos límites y su reemplazo por consideraciones elásticas y perfectamente adaptables a innumerables casos. El modelo típico que resume a los contratos modernos es el contrato de adhesión y en general podemos incluir las convenciones colectivas, etc.

Este aumento de extensión en el campo de los contratos lo valorizamos nosotros positivamente pero con la salvedad de tomarlo como una ventaja cuantitativa desde que habiendo mayor número de tipos de contrato o mayores posibilidades de aumento de estos tipos, crecen también las desventajas en cuanto a los peligros de una desnivelación en la responsabilidad o de un desequilibrio entre los patrimonios puestos en contacto y aún, con mayor importancia, en cuanto a la posición de la parte menos fuerte frente a la variación, inagotable casi, de recursos que la misma elasticidad contractual le presta a quien tiene de su lado la fuerza.

Este peligro en potencia se encuentra en las otras ventajas que se enuncian a continuación.

Ahora bien, el aumento en el número de tipos de contratos responde a una necesidad imperiosa de la vida actual. La reducción del espacio y del tiempo por los inventos modernos ha traído consigo la urgencia de un desplazamiento más veloz en el campo de las relaciones jurídicas y naturalmente una ampliación inconmensurable en cuanto al límite de las actividades humanas; forzoso era pues aceptar un rompimiento de los linderos contractuales y así se ha hecho: ésta ha sido la preparación material se puede decir para las demás transformaciones que veremos.

Pero la ilimitación no puede ser la técnica de una característica esencial del derecho en ningún caso, pues trae consigo el abuso que hace del desequilibrio; el enriquecimiento de la gama contractual que hemos visto no podía quedar como única variación; era lógico que surgieran inmediatamente las restricciones que lo encauzaran a su debido fin.

Con la posibilidad de elección sobre un número enorme de contratos el débil se encontraba, dentro de un marco perfectamente legal, a merced del más fuerte y es entonces que aparecen las medidas proteccionistas de aquél en el momento de la formación del contrato. Es así, también, como surge el problema de la entidad que debe establecer dichas medidas protectoras, función que Josserand reclama para el Estado a través del Legislador y el Juez. Naturalmente que la intervención se ha ampliado del momento de la formación del contrato al período de la vigencia y efectos de éste, por lo que el peligro de una mala intervención o torcida interpretación es de una gravedad en varios casos decisiva y en la generalidad perniciosa.

Observando los casos en que se presenta un desequilibrio injusto entre dos patrimonios que viene a desarmonizar la nivelación que existía entre ambos, aparece, por los fundamentos económicos y de solidaridad de este nuevo orden jurídico, el restablecimiento del equilibrio entre dos patrimonios en la forma de la acción in rem verso a la que da lugar el enriquecimiento indebido y también las posibilidades de investigar y aún rescindir los contratos llamados lesivos.

La figura del enriquecimiento indebido la contempla nuestro Código Civil en la siguiente fórmula: "aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a la restitución".

En cuanto a la lesión la contempla en la parte referente a la compra venta en forma específica.

Vienen a ser ambas pues, medidas de control y garantía. Nosotros consideramos que estos dos puntos: medidas proteccionistas del débil en el momento de la formación del contrato y el restablecimiento del equilibrio entre dos patrimonios, son realmente ventajas de las nuevas situaciones, siempre y cuando cuenten con la seguridad de su aplicación por los organismos especialmente indicados para ello y estos no pueden estar representados sino por el Legislador y por el Juez, e insistimos en que éstos deben ser los que lleven a cabo lo que se ha dado en llamar "el dirigismo estatal," pues es de su misma esencia el realizarlo por lo que deben contar con la independencia y garantías necesarias que su altísima misión de innegable importancia requiere.

Llegamos así al cuarto elemento de los que Josserand considera como ventajas del moderno orden jurídico y es la consecuencia inmediata

del primero o sea el enriquecimiento del conjunto de contratos y lógica de los otros dos, las medidas proteccionistas del débil y el restablecimiento del equilibrio entre dos patrimonios; este último elemento sería la ampliación de la responsabilidad. Observemos sus causas.

El criterio para juzgar la responsabilidad oscila entre dos puntos pese a las variantes que en cada caso se pueden analizar; es así como tenemos la responsabilidad llamada subjetiva y la objetiva. La base que sustenta el primer criterio consiste en una apreciación digamos espiritual, de la responsabilidad e individualizada en la voluntad que deseó realizar el acto o éste y sus consecuencias. En cambio en la responsabilidad objetiva esta nace del hecho objetivo, del daño haya o no intención.

Esta objetivación amplió la responsabilidad en el área contractual por cuanto, al aumentar el número de contratos, los hechos que pudieran imputar responsabilidad a alguien aumentaron también en número superior.

Nace la primera forma, de un concepto individualista puro; en cambio la segunda responde a las modernas tendencias de socialización tanto en el campo jurídico como social y económico.

Juzgamos que este es el principal aporte de los nuevos fundamentos ideológicos de las principales instituciones de Derecho Civil. A la vez que permite una justicia más humana y realística por su extensión y aplicación aún en casos aparentemente carentes de importancia, permite también la libre actuación del llamado lado fuerte por cuanto en su mano está con las facilidades de su capacidad, el evitar preveyendo las consecuencias y en el caso de presentarse éstas, su mayor potencialidad le permite cumplir convenientemente, sin desmedro suyo, y con beneficio de los que antiguamente no contaban con amparo tal.

Son estas pues las ventajas que encuentra el profesor de Lyon en el nuevo orden jurídico - económico que rige actualmente el derecho de contratos y así dejamos expuesta nuestra opinión sobre cada una de ellas, encontrando la última la más importante, la segunda y tercera como semejantes y la primera como base material que permitió la aparición de las otras. En cuanto al origen de ésta o sea el porqué de la rotura de los diques que mantenían encajonado el Derecho Civil y el enriquecimiento del conjunto de contratos como consecuencia de esto, adelantaremos que el profesor Josserand es partidario de una teoría de períodos que si bien es interesante no podemos compartir íntegramente. Pero esto será materia de otro artículo.

Si bien acabamos de analizar las ventajas obtenidas por el Derecho debido a la intervención estatal, éstas no son las únicas consecuencias. Josserand reconoce que al primar el interés social sobre el individual se crean en el Derecho un cúmulo de situaciones nuevas que influyen también de manera adversa. Para lograr un mayor orden desarrollaremos estos inconvenientes de acuerdo al siguiente esquema:

- a).—Inestabilidad del Derecho.
- b).—Amoralización del mismo.
- c).—Variabilidad de lo lícito.
- d).—El contrato no es "vinculum" y no es duradero ni estable.

Las instituciones que consagra el Derecho descansan sobre la base de la solidez de sus preceptos. Ellos son los que le dan la seguridad, la inmanencia en el tiempo, la necesaria proyección en el espacio, formando así de ellas un todo orgánico en el cual cada una de las partes está orien-

tada hacia el mismo fin que las demás. La menor variación en la conformación del Derecho trae como inevitable consecuencia el radical cambio del fundamento de sus instituciones.

Es por esta razón que para el jurista la inestabilidad de la disciplina a la cual se ha dedicado se presenta como un problema de vastas trascendencias. La ciencia que él dominaba ya no discurre por los mismos cauces por los cuales él estaba acostumbrado a que lo hiciera; los códigos a través de los cuales se había formado ya no presentan sino soluciones anticuadas que no responden a una realidad existente; su pericia y dominio de los problemas jurídicos tienen que ser armonizados con la situación presente.

La nueva tendencia de socialización del Derecho ha traído consigo todos los inconvenientes anteriormente anotados y aún algunos más. La ingerencia del Estado en la formación del Derecho tiene como principales manifestaciones la desaparición del mito de la omnisuficiencia de la ley, la mayor libertad de los jueces en la aplicación del Derecho, la variación de las doctrinas hasta ese momento existentes sobre la determinación de las fuentes, los cambios radicales en los métodos interpretativos, la variación de los modos de integración, etc.

En el Derecho Civil se presenta la novísima teoría de la Responsabilidad Extracontractual, la diversa fundamentación de la institución de la herencia legal, la investigación de los móviles del autor al reglamentar el Acto Jurídico, la variación del concepto contractual limitando la autonomía de la voluntad, la decidida intervención judicial con amplias facultades, etc.

No cabe la menor duda que innovaciones tan variadas e importantes traen necesariamente consigo la inseguridad preliminar a toda nueva orientación, a toda variación de conceptos ya existentes, pero hay que reconocer que la presente inestabilidad de la ciencia jurídica es un inconveniente necesario que no puede retardar, ni menos aún impedir, la consagración de las modernas teorías de la socialización del Derecho que responden a una realidad jurídica y cuya estabilidad en el futuro está precisamente cimentada en la inseguridad presente.

Entendido así el estado actual de la ciencia jurídica cabe entonces preguntar si tiene alguna repercusión en lo referente a las relaciones de la Moral con el Derecho. ¿La intervención estatal amoraliza la ciencia jurídica? ¿Es siempre la Moral lo informante y el Derecho lo informado? Para contestar debidamente debemos realizar antes una somera revisión de las doctrinas existentes en lo referente a estas consideraciones.

Tratadistas de la talla de Hauriou, Le Fur, Cathrein, Berolzheimer, etc., sostienen la necesaria dependencia del Derecho con respecto a la Moral como consecuencia de las relaciones entre el género y la especie, entre lo asumido y lo asumente. De otro lado se presenta Kelsen con su Teoría Pura afirmando la existencia del Derecho en sí, sin vinculaciones con la Moral, con posibilidad de dar toda clase de soluciones invocando únicamente su propia existencia y la fecundidad de sus preceptos. Consideramos que entre estas dos posiciones extremas, la primera es la que está más de acuerdo con la estructura jurídica y la aceptamos, aún cuando, siguiendo a Du Pasquier, introducimos una ligera variación por cuanto facilita el método y la comprensión. El Derecho y la Moral coinciden en gran parte de sus superficies, pero no completamente porque hay una gran

parte de moral extraña al derecho, y una parte de éste, las reglas técnicas, no interesan a aquella. No son los dos círculos concéntricos de Bentham sino dos círculos que se cortan, en los cuales la parte común está formada por las reglas que reúnen calidad jurídica y carácter moral.

La intervención del Estado en la formación del Derecho ataca esa parte común, ya que no es únicamente la moral lo informante sino que además interviene el poder estatal que no reconoce las mismas fuentes. Citemos como ejemplo el artículo XXIII del Título Preliminar del Código Civil Peruano el cual remite a los jueces a los principios generales del Derecho cuando existen deficiencias en la ley. Uno de estos principios, según Del Vecchio, "es aquel que afirma el respeto debido a la libertad como expresión del valor absoluto de la personalidad humana". Siendo un principio general consagrado por el legislador, su aplicación debería ser rigurosa. Sin embargo, se observa el abuso constante que se hace de esa libertad proclamada por la ley, especialmente en los contratos colectivos y en los llamados de adhesión, debido a las imposiciones que hace una de las partes valiéndose de su mayor poderío, a la otra que no lo tiene en grado tan alto. Al comprobar ésto, el Estado intervino reglamentando la vinculación contractual, imponiendo cláusulas que favorecen a la parte más débil, compensando así la fuerza económica con la protección legal.

Todo principio general del Derecho es necesariamente principio del Derecho natural, y este es eminentemente moral. El Estado contraviene uno de aquellos principios generales restringiendo la libertad, prescindiendo por lo tanto de la moral para lograr una mayor efectividad en las relaciones contractuales. Sin embargo, se podría aducir que si bien, por un lado contraría la moral por otro la defiende sustituyendo el criterio de libertad por el de igualdad que es también principio general del Derecho, pero debemos considerar que esta sustitución de principios no se realizó atendiendo a razones de prelación de unos sobre otros, sino debido a un criterio de necesidad.

La complejidad de la vida obliga al Estado a intervenir; esta intervención puede realizarse sin atender a consideraciones morales, luego cabe afirmar que las nuevas doctrinas traen consigo el pesado lastre de la amoralización del Derecho. Su importancia puede llegar a ser funesta si la intervención no se efectúa dentro de los límites del buen sentido y del respeto debido a ese mismo ordenamiento jurídico.

Consecuencia de la inestabilidad y amoralización del Derecho es la variabilidad de lo lícito. Lo que antes estaba prohibido es ahora permitido, lo que era un atentado a los principios consagrados se convierte en acto loable a cuya realización se propende, lo que era límite ha desaparecido para dar lugar a un campo de acción más vasto, pero no por eso menos jurídico.

Al primar el interés social sobre el individual necesariamente la esfera de influencia de las normas se ha dilatado, pero a la vez sus efectos se han restringido. Es lógico y natural que esta ampliación traiga como consecuencia un mayor cuidado en reglamentar sus alcances ya que si nó se llegaría a agudizar y no a resolver los problemas creados por un crecimiento irrestricto de facultades, atribuciones, derechos, que si bien respondían a su fin en un ordenamiento jurídico regido por la libertad concedida al individuo en sí, no son aconsejables cuando este mismo individuo es considerado como miembro de una colectividad en la cual el inte-

rés común supera al de cada uno de sus componentes.

La variabilidad de lo lícito acarrea como consecuencia la destrucción de conceptos ya formados que regían la vida jurídica y especialmente la contractual. Se han desarrollado las nociones de orden público, buenas costumbres, buena fé, que llevan consigo límite a la libertad contractual y por lo tanto a la licitud. Por otro lado, el juez con mayores facultades puede revisar, cuando no anular, el efecto de las cláusulas y del contrato mismo.

Sin embargo, pasada la época de transición, lo lícito ocupará los nuevos y menos severos márgenes cuya estabilidad depende de la labor de la jurisprudencia y de la doctrina.

Dentro del régimen de la autonomía de la voluntad preconizado por el Código Napoleón y por los tratadistas que se inspiraron en él, el contrato era esencialmente un vínculo, pues si bien se concedía amplia libertad al acordar las estipulaciones, lo ya estipulado era sagrado para ambas partes. Es la época de la santidad del contrato. Las relaciones creadas por el acuerdo de voluntades tenían el carácter de "vinculum" que ligaba íntimamente a las partes y cuyo cumplimiento era forzoso sin atender a las situaciones ni hechos que hubieran podido modificar en tal forma las circunstancias que desvirtuasen el ánimo y el objeto de la relación contractual. Es únicamente merced a la novísima teoría del abuso del Derecho que defendiera brillantemente Jossierand al decir que "la falta de derecho es una teoría completamente hecha y en cierta manera preconstituída; los límites objetivos de un derecho son precisos y no se desplaza fácilmente al menos fuera de la intervención legislativa. El abuso del derecho constituye, por el contrario, una teoría movible, una noción maravillosamente flexible; es un instrumento de progreso, un procedimiento de adaptación del derecho a las necesidades sociales; imprime a los derechos, a medida que las costumbres se transforman, una orientación nueva; es tanto más elástica, cuanto rígida la noción opuesta; su horizonte es ilimitado a diferencia del de la teoría que se le pretende identificar, que está exactamente limitado", que es posible intervenir en la vida del contrato, modificar sus consecuencias.

El Estado, por intermedio de los jueces, invocando el abuso del derecho o necesidad de orden público, puede llegar a anular los efectos del contrato, aún cuando las partes estén de acuerdo en que ellos se produzcan. Pierde, por consiguiente, el contrato su característica de "vinculum". Estos mismos conceptos pueden aplicarse a la duración de aquellos contratos, ya que las mismas necesidades pueden originar su anulación.

Hemos examinado las modificaciones operadas en el Derecho y sus resultados tanto en favor como en contra. El balance final que queda por hacer nos lleva a conclusiones más bien favorables. Las ventajas son efectivas y tienen una realidad tangible que puede observarse en el aumento de extensión en el campo de los contratos, la armonización de los patrimonios, la objetivación de la responsabilidad y la protección al débil. Las desventajas, en cambio, pueden ser superadas, ya que son relativas, actuando con precaución y midiendo las consecuencias de cualquier acto no inspirado en el tino y el buen consejo.

Entre ventajas positivas y desventajas remediabiles la valorización es fácil: hay amplio margen a favor del progreso en la actual formación histórica del Derecho.

