

EL MITO DE LA DESAPARICION DEL DERECHO

FOR

JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

La idea de una sociedad ideal que viviera en total armonía sin necesidad de Derecho se nos presenta como mito, ya sea de una pretérita edad feliz o bien de una sociedad futura a la que debe llegar el hombre y hacia la cual debemos autoimpulsarnos.

Helmut Coing (1) ha recordado la opinión de que el Derecho nace cuando los lazos de las comunidades vitales no bastan o empiezan a debilitarse. Tal vez sería más exacto pensar que en las comunidades vitales las normas o reglas, más rudimentarias sin duda, tenían una forma distinta de exigibilidad a través de su jefe natural, ya que, fácilmente, en ellas tales reglas se mezclaban con normas religiosas y morales y con sentimientos de amor o simplemente de sumisión.

El propio autor nos recuerda una frase de Lao-tse: "Cuando se ha perdido el Espíritu se recurre al Amor de los hombres. Cuando se ha perdido el Amor a los hombres se recurre a la Justicia".

¿Existió una época en que el Espíritu o el Amor hicieron innecesario el Derecho?

Si fue en el Paraíso terrenal, es decir, antes del pecado original, las relaciones humanas se reducían a las existentes entre Adán y Eva. En la pareja sin pecado no es difícil pensar que el Espíritu y el Amor bastaran a sus relaciones.

Pero ¿y después?... La Historia y la Prehistoria no contestan. Y la Biblia nos habla enseguida de Caín y Abel. El Espíritu y el Amor no reinaban entre los hijos de Adán y Eva.

(1) Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, cap. IV, III; cfr. vers. en castellano. Barcelona, Ariel, 1961, págs. 93 y sigs.

Hace unos años comenzábamos un libro de recapitulación (2) con estas reflexiones:

“El Derecho sólo ocupa una parcela de la vida social del hombre. Los juristas necesitamos reconocerlo con modestia si no queremos perder el sentido de la proporción e incluso el de la realidad.

”La esfera del Derecho vive inmersa entre las del Amor y de la Fuerza o el Poder. Y, ¡es más!, no puede desarrollar la suya propia sin la colaboración de las otras dos. En cambio, la esfera del Amor no necesita del Derecho si no es para defenderse de invasiones, es decir, de algo exterior que la amenace; y la Fuerza si necesita del Derecho es para servirse de él, como un instrumento más para mantener el orden, si no ya como medio de dominación, por lo cual comporta siempre el riesgo de desvirtuarlo y falsificarlo en su provecho.

”Sin embargo, en su vida social, el hombre necesita del Derecho. Se trata de una necesidad espiritual de Justicia, casi tan intensa como la necesidad material que del agua tiene el pez. Sólo seres excepcionales escapan a ella: los santos, a quienes el Amor impulsa a renunciar a todo para ser más libres; los más sabios filósofos que han conseguido alcanzar la identificación de su vida con sus ideas y así liberarse de los apetitos temporales; y aquellos hombres a los cuales el Poder, de uno u otro tipo y conseguido por uno u otro medio, colma en lo posible sus apetencias y les ha colocado fuera de la acción del Derecho. Pero, el Derecho está hecho precisamente para el hombre medio; no para los Santos, los Héroes o los Genios, que están por encima de él; ni para los tiranos, que sólo por la misma fuerza que ellos emplean pueden ser derrocados o sometidos al Derecho.”

Sin embargo, esa posición del santo, del sabio filósofo o del héroe se sitúan *fuera* o *sobre* la sociedad. El santo, el sabio y el héroe, aunque en niveles y significados distintos, podrían decir “Yo y la sociedad”. Un mundo de cien o de mil millones de santos o sabios filósofos o de héroes necesitaría, en cambio,

(2) *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, ed. Bosch, 1963, Tema I, página 7.

unas normas externas que les sirvieran de pauta o de punto de referencia para regular su convivencia, para poder atenerse y saber por "donde empezar y la dirección en que debería discurrir la virtud más allá de la justicia, o su posibilidad de apartarse del mundo, o su heroicidad después de cumplido con sus cotidianos deberes respectivos ordinarios y prosaicos. Tal vez el Amor podría evitar toda coacción, pero no la existencia de normas, escritas o no, emanadas de la sociedad o del Estado, dictadas o vividas. Ciertamente que, tal vez, alguien llame a esto no-derecho, como luego vamos a ver.

En cuanto al hombre medio, evidentemente una norma general de amor, la pauta de los consejos evangélicos, no le bastan para regular su convivencia. El profesor Michel Villey (3) nos lo hace meditar: "Caridad, piedad para los pobres, pureza de corazón, fidelidad, resulta vago y es demasiado para reclamarlo del hombre ordinario. Hay que preguntarse si el maravilloso ideal del derecho cristiano medieval [de la alta Edad Media, antes de la recepción del derecho romano] no llevó en la práctica a la anarquía, a las violencias, al desorden y a la injusticia. Prescribir a los prestamistas que prestaran gratuitamente y sin interés porque la caridad lo exige, si los ricos no tienen caridad es privar de crédito a los pobres. Promulgar el consensualismo porque el Evangelio recomienda ser verídico, es destruir las bases del comercio; admitir el matrimonio por simple consentimiento, es multiplicar las bigamias; recomendar el desprecio de las propiedades y el desarme, es favorecer el bandolerismo y las guerras privadas. Tal vez, incluso el derecho monástico haya fracasado ordinariamente por exceso de ambición moral; así los monjes se dieron costumbres (*consuetudines*) en contra de sus reglas".

Pero volvamos a la pregunta del tema: ¿será posible que un día desaparezca el Derecho de la vida social?

(3) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit*, 1961-1966. Fasc. I, 2.º part. Cap. II, B, París, Les Editions Montchretien, 1968, pág. 106.

Antes de contestar parece imprescindible que aclaremos en qué consiste el Derecho (4).

Un repaso a las definiciones del Derecho, objetivamente considerado, permite en líneas generales clasificarlas en tres grandes grupos, según se centren en torno: a la *norma* (o conjunto o sistema de normas) *positivamente impuesta por la autoridad del Estado*; a su *reconocimiento y aplicación efectiva en la vida social*, o bien a *lo acorde con la justicia*, que hace del Derecho *el arte de lo justo*, o bajo otro aspecto, el *obiectum iustitiae*.

Observamos, en otra ocasión (5), que al cargarse la fuerza del concepto del Derecho, respectivamente, en lo justo, en lo ordenado positivamente o en lo vivido realmente —es decir, en la *justicia*, en la *normatividad* o en la *vigencia*—, la significación del nombre Derecho alcanza dimensiones tan distintas que puestas en el mismo plano no caben a la vez.

Tal vez se alegue —proseguíamos— que cabe armonizar en un mismo plano las tres posiciones que examinamos, si limamos lo que tiene cada una de extremado y contradictorio con respecto a las demás. Es decir, exigiendo reunidas las notas de justicia, de normatividad positiva y de vigencia social efectiva, para que verdaderamente haya Derecho. Pero esta postura es totalmente insostenible: *a*) Cuando falta norma positiva aplicable, a no ser que admitamos que el Derecho pueda hallarse lleno de lagunas que no habría manera de colmar; *b*) cuando las normas positivas no sean vividas, o *c*) cuando tenga vigencia una conducta social injusta. Ya que en esos casos cualquier solución propuesta se hallaría carente de alguno de los tres datos que para ser jurídica debiera reunir; es decir, o no estará legalmente normada, o no corresponderá a la vigencia social, o no será justa.

Desde principios del pasado siglo hasta finales de la última contienda mundial se centró en torno de la *norma legal* el concepto del derecho objetivo, sin más discrepancias considerables

(4) Cfr. nuestro trabajo *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, en "Revista de Derecho Español y Americano", núm. 10, 1966, páginas 28 y sigs.

(5) *Panorama...* Tema I, núm. 1, pág. 15.

que las de la escuela histórica y las tendencias del realismo sociológico, que, desde sus respectivos puntos de vista, cargaron el acento en la *vigencia* histórica o social. Después la decoración ha comenzado a cambiar notablemente. Así Recasens Siches (6), al exponernos el panorama del pensamiento jurídico del siglo actual, observa que después de la segunda guerra mundial se advirtió “un notable aumento de extensión y de intensidad en la reafirmación de la estimativa” y que en los últimos quince años en Alemania y en Suiza “se han producido nuevos y muy vigorosos desarrollos de estimativa jurídica de raíz iusnaturalista cristiana”.

Su explicación del fenómeno se concreta a la apreciación práctica de las consecuencias del positivismo, de las cuales ha resultado esta demostración *ad absurdum*: “En el último tercio del siglo xx, época en que, al menos en apariencia, era plácida y muy civilizada, no se advirtió el peligro pavoroso que entrañaba la actitud positivista, negativa de toda estimativa o axiología ideal. Pero al contemplar desde el tercer decenio del siglo xx la realidad siniestra del Estado totalitario, en cualquiera de sus formas, sucede que las gentes civilizadas de Occidente se sienten sobrecogidas por el terror.” El “Estado totalitario no es sólo la invención de algunos grandes criminales; es, además, algo que ha podido producirse por virtud de haber arruinado frívola e irresponsablemente la estimativa o axiología política y jurídica”.

Percibida la disparidad, que acabamos de contemplar, en la concepción del Derecho, podemos comprender que también, cuando se habla de la desaparición del derecho, ésta puede referirse a distintos conceptos del Derecho. Generalmente se referirá a la función normativa y coercitiva del Estado. Bajo este aspecto, nos ha hablado Carbonnier (7) de *la hipótesis del no-derecho*, que define como la “ausencia del derecho en cierto número de relaciones humanas en las cuales el derecho teóricamente está llamado a estar presente”. “No es —subraya— el antiderecho,

(6) Luis Recasens Siches, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, vol. II, cap. 42, 1.^a ed., México, 1963, págs. 759 y sigs.

(7) Jean Carbonnier, *L'hypothèse du non-droit*, en “Archiv. de Philosophie du Droit”, núm. 8, 1963, págs. 59 y sigs.

el derecho injusto que es un fenómeno positivo. Ni tampoco el subderecho, que puede producirse en la subcultura de ciertos grupos particulares...”, apareciendo como un derecho degradado o, por lo menos, como un derecho imperfecto, constitutivo también de “fenómenos positivos”. “El no-derecho, por el contrario, tiene una negatividad característica”. Carbonnier refiere el derecho a las normas dotadas de coacción estatal. Los sociólogos americanos distinguen: *law*, el Derecho; *mores*, las reglas de costumbres, “como la que obliga al seductor a casarse con la víctima”: *folkways* “las formas de vivir, por ejemplo, el llevar la corbata para un burgués” “... la conclusión es siempre la misma: el derecho no está solo, coexiste con otros sistemas de normas...”. Sin embargo, para Carbonnier lo esencial en la hipótesis del no-derecho “es el movimiento del derecho al no-derecho, el abandono, por el derecho, de un terreno que ocupaba o que habría sido de su competencia ocupar”.

La interpretación de ese fenómeno del no-derecho, a juicio de Carbonnier, flota entre dos extremos: para unos, tiene un carácter secundario, de modo tal que “un derecho estará latente tras los fenómenos del no-derecho, y sólo él los hará tolerables”; para otros, contrariamente, el primado corresponde al no-derecho, que estiman “no es la nada ni el caos”, sino que “es un mundo de relaciones que el derecho al retirarse no abandona a la disolución y al desorden”..., “será simplemente recuperado [el terreno que abandona] por sus antiguos ocupantes, principios de orden, de paz y de armonía”; tendremos, “ante todo, todo lo social no jurídico, llamado a ocupar, en esa zona, el puesto del derecho; todos esos sistemas de normas que son sistemas de derecho (*folkways*, *mores*, usos)”.

Desde un punto de vista profético, los idealismos que colocan una edad áurea al fin de los tiempos discrepan en este punto. Para unos, el no-derecho es la meta de una moral sin obligación ni sanción; para otros, “si el cosmos es regido por una ley de complejidad creciente, la evolución jurídica debe participar de esa ley. Al *superman* del futuro no es el no-derecho lo que debe prometérselo, sino al contrario, el *superderecho*”.

Ciertamente, es de observar que existe una tendencia, que podemos calificar de roussoniana, que considera al hombre con una bondad innata corrompida por las instituciones y que tiende a hacer creer que la desaparición de éstas devolverá al hombre a una sociedad que no requerirá coacción alguna.

Es sabido que Marx (8), en su *Crítica al programa de Gotha*, señala dos fases en la instauración del socialismo. En la primera el Estado socialista será igualmente un Estado que oprimirá, porque lo propio de un Estado es precisamente la opresión, y el derecho socialista será igualmente un derecho de desigualdad, porque lo propio de un derecho es precisamente la desigualdad. El tránsito de esa primera fase a la segunda, es decir, el fin de la opresión y de la desigualdad económica, será determinada por el momento en que la producción de bienes de consumo habrá alcanzado el nivel de la abundancia. Entonces ya no será necesario mantener el Estado opresor y el derecho desigual. En esta segunda fase ya no habrá clase proletaria, ni división del trabajo, ni insuficiencia de producción económica: el Estado y el derecho ya no serán entonces sino un recuerdo, categorías sociales de un pasado concluido para siempre...

Las definiciones del Derecho que nos ofrecen los autores comunistas continúan correspondiendo a la primera fase prevista por Marx. El profesor de Budapest Csaba Varga (9) nos dice que la mayor parte de ellos resumen su contenido en esa definición: "El derecho socialista constituye un sistema de reglas de conducta creadas o sancionadas por el Estado socialista en consideración a las leyes de la evolución social; estas reglas de conducta corresponden a los intereses de los trabajadores tal como están determinadas por las condiciones de vida de estos últimos y expresan su voluntad de hacer valer esos intereses; la aplicación de dichas reglas que reglamentan las relaciones sociales con miras a la

(8) Karl Marx y Friedrich Engels, *Critique du programme de Gotha et d'Efurt*, cfr. ed. París, Ed. sociales 1950, págs. 23 y sigs.

(9) Csaba Varga, *Quelques problèmes de la définition du droit dans la théorie socialiste du droit*, III, en "Archiv. de Philosophie du Droit", XII, 1967, pág. 199.

consolidación y del desarrollo del régimen socialista de la sociedad y, en último análisis, con vistas a la edificación de una sociedad sin clases, es asegurada por coacción estatal, pero su observancia tiene un carácter crecientemente voluntario.”

Notamos aquí la misma contradicción que Georges Vlachos (10) observa al idealismo de Fichte en su dialéctica de la libertad, al “aferrarse obstinadamente a un quimérica «fusión» de las voluntades particulares en la «voluntad común del Derecho» y para producir esa «voluntad común» —que habría hecho superflua la coacción jurídica— engloba la dictadura totalitaria en la misma lógica del derecho racional. El postulado de la debilitación de la coacción se traduce entonces por el trucaje de una fórmula célebre: «!Zwang zur Freiheit!», en un acrecentamiento ilimitado —aunque provisional— de las presiones sociales sobre la espontaneidad de la actividad individual”.

La teoría marxista de la desaparición del Estado y del Derecho ha sido glosada por los juristas occidentales.

R. David (11) escribe: “El Estado socialista, no obstante, no es un *Fechtsstat*; no proclama con hipocresía la supremacía del Derecho. Simplemente se dice que es necesario a todos observar la legalidad socialista porque se quiere construir una sociedad comunista y porque la observancia estricta de las leyes es el medio para que cada uno haga avanzar esa realización. El Derecho ya no es presentado como un ideal, no es más que un instrumento” ... “Los dirigentes no están obligados por las leyes, que no son otra cosa que la expresión de su voluntad. El pueblo, por el contrario, debe una obediencia rigurosa a las leyes, por medio de las cuales participa de la justicia de los marxistas esclarecidos, de los filósofos sucesores de Platón, que le gobiernan”.

Y G. Lyon-Caen (12): “Lo que se encuentra afirmado por

(10) Georges Vlachos: *Dialectique de la liberté et dépérissement de la contrainte chez Fichte*, en “A. Ph. Dr.”, VIII, 1963, pág. 113.

(11) R. David, *Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains*, en “A. Ph. Dr.”, VIII-1963, pág. 6.

(12) Gérard Lyon-Caen, *Mise au point sur le dépérissement de l'Etat*, “A. Ph. Dr.”, VIII, pág. 124.

los soviéticos de modo constante es que el sobrepasar de la regla obligatoria y con sanción no será posible más que por una lenta mutación de las conciencias individuales, por la aparición de un tipo de hombres nuevos. ¿Es ser pesimista decir que se está aún lejos de ello?”.

En el mundo comunista, el Profesor de Budapest Imre Szabo (13) protesta contra la actitud de aquellos juristas no marxistas que al tocar este problema “expresan habitualmente sus dudas concernientes a las tesis de la teoría marxista, o bien las clasifican entre las experiencias mesiánicas y las concepciones proféticas”, y que tachan de inexactitud la doctrina de Marx. Para Szabo, estas tesis de Marx “debe ponerse en paralelo con todo lo que Marx y sus adeptos han dicho del Estado y del Derecho, edificados sobre las ruinas del capitalismo” y que “el proceso de desaparición del Estado y del derecho socialistas —conforme la doctrina marxista— forma una unidad indisoluble con el proceso de desarrollo de Estado y del derecho socialista». Y, al efecto, cita un texto de Lenin en “Estado y Revolución” en el que éste dice: “*ignoramos y no podemos conocer con qué rapidez ese desarrollo va a progresar, con qué rapidez se llegará a la supresión de la división del trabajo, a la supresión de la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo físico...*” “A causa de esto solamente podemos hablar de la desaparición inevitable del Estado, si subrayamos la larga duración de ese proceso, recalando que esa desaparición depende de la rapidez con la cual se desarrollará el escalón *superior* del comunismo y dejando abiertos los problemas de los plazos o de las formas concretas de desaparición, puesto que no disponemos de un material que nos permita la solución de estas cuestiones”. Y, por su parte, Szabo precisa que “la victoria de la revolución socialista provocará en el Estado socialista un cambio cualitativo que alineará la mayoría preponderante de la sociedad, por principio, al lado del Estado, hecho que conduce a un Estado de un carácter nuevo,

(13) Imre Szabo, *La théorie marxiste “moderne” du Droit*, III, en “Archiv. de Philosophie du Droit”, XII, 1967, págs. 169 y sigs.

fundamentalmente diferente del Estado, considerado en su acepción anterior, y que conduce a una regresión esencial de la alienación al Estado. Este cambio radical hace posible y exige al mismo tiempo una democracia *de una especie nueva...*", una "democracia económica".

Sin embargo, no es ésta la única interpretación que en los países comunistas se ha dado a la tesis de Marx; Michel Villey (14) nos refiere que la teoría marxista de la desaparición del Derecho había sido plenamente mantenida en 1916 por Bukarin en un artículo, y que Pashukanis, autor en 1929 de una "Teoría general del derecho y del marxismo", entendía que "la clase proletaria, que durante un tiempo se sirve para su lucha del derecho burgués, no crea en consecuencia derecho de un tipo nuevo, lo emplea únicamente para apresurar la desaparición del derecho". Ciertamente que Pashukanis "fue víctima de una purga estaliniana y su obra condenada. No fue el derecho lo que desapareció en la URSS, fue Pashukanis...". Hoy, sigue explicando Villey, "ha venido a ser dogma oficial que el Estado y el derecho se *refuerzan* en la sociedad socialista. Hoy todavía un autor como Alexiev desarrolla con complacencia el tema del "acrecentamiento del derecho", en lo que concierne al derecho civil en el período post-krutcheviano, que no obstante voluntariamente se presenta como constructora del comunismo"... "Es el espíritu del legislador (la dictadura del partido del gobierno) lo que parece producir el derecho, la "superestructura" viene así a dominar la "infraestructura".

En el II Congreso Panruso de los Mineros, en diciembre de 1920, nos dice Bell (15), que Stalin exclamó: "¿Es que todos los trabajadores saben cómo gobernar al país? La gente práctica sabe que éstos son cuentos de hadas". Y son conocidas las palabras que recientemente escribió el famoso autor ruso Andrei Sin-

(14) Michel Villey, *Panorama des philosophies juridiques modernes occidentales des marxistes du monde socialiste*, B, II, en "Archiv. de Philosophie du Droit", XII, 1967, págs. 222 y sigs.

(15) Daniel Bell *El fin de las ideologías*, vers. al castellano ed. Tecnos, 1964, cap. XVI, págs. 526 y sigs.

yavsky: "Al tratar de abrir las prisiones para siempre, construímos otras nuevas; al querer derribar las fronteras entre los Estados, nos rodeamos de una muralla china; para hacer que nuestro trabajo sea ligero y agradable, hemos instituido el castigo de los trabajos forzados; para evitar que se derrame una sola gota de sangre, hemos matado sin cesar...".

También Marcuse (16) se ocupa del tema de la desaparición del Estado. A su juicio, en URSS: "El hombre está reducido aún a esclavitud por los instrumentos de su trabajo en el cuadro de una racionalización muy eficaz...". "La industrialización staliniana se ha desarrollado en una situación de «coexistencia hostil» y esto puede explicar su carácter terrorista. Pero, igualmente, ha puesto en movimiento las fuerzas que hacen del progreso técnico un instrumento de dominación duradera. Los medios perjudican al fin" ... "No hay razón alguna para suponer que el progreso técnico más la nacionalización podrán realizar «automáticamente» una liberación y un desbloqueo de las fuerzas de negación". Nota, no obstante, que en el sistema soviético, si bien en el proceso productivo hay una neta separación entre "los productos inmediatos" (los trabajadores) y los que dominan los medios de producción, "lo que comporta diferencias de clase en la base misma del sistema", hay que precisar que esta separación es sólo política, por lo que "las esferas dirigentes están en sí mismas separadas del proceso de producción —es decir, que se las puede reemplazar sin hacer explotar las instituciones base de la sociedad". Aunque, en este caso, habría que comprobar si esas instituciones base podrían mantenerse sin tales diferencias, lo cierto es que Marcuse cree que todo "se limitaría a una revolución política", en la que "el Estado, el Partido, el Plan deberán desaparecer como fuerzas independientes sobrepuestas a los individuos".

Marcuse reclama la liberación de toda administración autoritaria. En su opinión (17): "Para que los individuos la alcancen

(16) Herbert Marcuse, *L'homme unidimensionnel*, cap. II, París, 1968, págs. 66 y sigs.

(17) Marcuse, *op. cit.*, cap. X, págs. 275 y sigs.

es preciso que tengan un control social efectivo sobre la producción y la distribución del producto social" ... "La autodeterminación no será efectiva sino cuando ya no haya masas, sino individuos liberados de toda propaganda, de todo adoctrinamiento, de toda manipulación, que sean capaces de conocer y comprender los hechos, de evaluar las soluciones posibles".

Pero, para lograrlo, en su opinión, es preciso alcanzar un cambio cualitativo que exija "que todo se organice contra los intereses particulares" "de sus elementos de explotación": "Hoy, oponerse a una planificación centralizada en nombre de una democracia liberal, que en realidad no existe, es una actitud ideológica que sirve a los intereses represivos". "Una autodeterminación al nivel de la producción y de la distribución de bienes y servicios vitales provocaría el malgasto". "En ese dominio, el control centralizado es racional si establece las condiciones que permitirán una verdadera autodeterminación".

Volvemos a ver colocado un mito como señuelo para justificar otra opresión, que no sabemos cuándo ni cómo nos podrá llevar a la liberación igualitaria, y ni siquiera si ésta se alcanzará jamás, o si alcanzada podrá mantenerse al cesar la opresión. Ésta, como en los países comunistas, podría continuarse indefinidamente.

Perdonadme que aquí diga algo que parece una paradoja. Buscando, por superación, la desaparición del Derecho se llega ciertamente a su desaparición ... pero no del Derecho como norma que se impone coactivamente por el Estado, sino del Derecho como aplicación de la Justicia. Si ésta es expresión del Orden inscrito por Dios en la naturaleza, la imposición de un orden artificial, coercitivo y contrario, es la negación del Derecho. Se llega así no solamente a "*le declin du Droit*" que anunció Georger Ripert, a la crisis del Derecho que viene pregonándose hace años, sino a la verdadera desaparición del Derecho, por lo menos en todo aquello en que la voluntad de poder se aparta de aquel Orden.