

# *Bases preliminares para una conceptualización doctrinaria del Derecho Social*

*Luis Bustamante*

## *I La doctrina en el Derecho*

- 1/ Papel de la doctrina en el Derecho
- 2/ La doctrina como fuente derivada del Derecho
- 3/ Alcances y limitaciones

## *II Derecho y Estado*

- 1/ Estado y ordenamiento jurídico
- 2/ Conceptualización del Estado
- 3/ Estado y formas de Estado
- 4/ Ordenamiento jurídico y calificaciones del Derecho
- 5/ Alteraciones en el Estado y cambio del Derecho

## *III Clasificaciones del Derecho*

- 1/ Naturaleza
- 2/ Síntesis de la evolución histórica
- 3/ Teorías vigentes
  - a/ Teorías negativistas
  - b/ Teorías dualistas
  - c/ Teorías pluralistas

## *IV Derecho Público y Derecho Privado*

- 1/ Criterios de clasificación

a/ Intereses

b/ Sujetos

c/ Patrimonialidad

d/ Tutela

e/ Origen

f/ Naturaleza

g/ Función

h/ Otros

2/ Alcances de la clasificación

3/ Caracterizaciones comunes y "continuo"

## *V El Derecho Social*

- 1/ Posición epistemológica y conceptual
  - a/ Posición frente a la clasificación dualista (Derecho público-Derecho privado).
  - b/ Posición frente al entorno del ordenamiento jurídico
- 2/ Antecedentes legislativos del Derecho Social
- 3/ Naturaleza del Derecho Social
- 4/ Caracteres y notas del Derecho Social
- 5/ Apéndice: Pronóstico crítico

## *VI Conclusiones*

## 1/ La doctrina en el Derecho

### 1/ *Papel de la doctrina en el Derecho*

La referencia que el encabezamiento del trabajo hace a la doctrina nos conduce primeramente a examinar qué significa ésta y cómo deben entenderse sus fundamentos para una categoría jurídica nueva en el medio como el Derecho Social.

El significado del término *doctrina* en el Derecho como en el resto de las ciencias sociales es, sucintamente, el de formulación y desarrollo de enunciados teóricos en relación a una determinada realidad y en orden a su explicación, mantenimiento o modificación.

La actividad doctrinaria supone, por tanto, 1) partir de unos ciertos supuestos epistemológicos, 2) poner en juego un determinado sistema de valoraciones (correspondientes a una base explícita o implícita de principios), 3) observar rigor y coherencia en el método y en el discurso, y 4) tener vocación de arribar a conclusiones formula-tivas.

Específicamente en referencia a la doctrina en el Derecho, se dice que "la actividad teórica es necesaria para la confección de leyes; prepara la labor legislativa, ofreciendo el esquema de la organización jurídica, de modo que el legislador pueda conocer la situación presente y prever, en lo posible, la eficacia futura de una norma; señala los límites y la orientación aconsejable a las leyes, conforme a las exigencias de la justicia y de la realidad política y social; muestra, por último, el modo para que las disposiciones legales consigan exactamente sus fines"

Dentro de este temperamento, la doctrina no juega sólo en el campo de la glosa —como es usual en nuestro medio— con posterioridad a la aparición del fenómeno normativo, sino que también le corresponde —y quizá primordialmente— un rol de anticipación en la previsión del funcionamiento de las leyes, en la proyección de sus alcances y en el pronóstico de su vigencia, aplicación y funcionamiento.

En este sentido es que se debe subra-

yar la importancia y la necesidad de formulaciones doctrinarias en el campo aún expectatio del Derecho Social.

### 2/ *La doctrina como fuente derivada del Derecho*

Sin pretender entrar en un tratamiento integral ni de detalle de técnica jurídica, puede decirse que la calificación de *fuentes* se aplica a las varias formas en que se produce válidamente el Derecho.

Aunque suelen distinguirse diferentes enfoques en cuanto al origen de la competencia jurisdiccional (*quién* puede dictar Derecho), en cuanto a los modos en que el Derecho puede manifestarse (*cómo* puede hacerlo), y en cuanto a las etapas de gestación y producción jurídica (*cuándo* se puede considerar originado), aquí importa más bien centrar la atención en el punto en que esas variables (origen, forma y momento) confluyen para determinar un cierto modo de producción jurídica (*qué* es, en definitiva, Derecho) y que merezca la calificación de tal.

No se trata de escoger una de entre muchas líneas divergentes formadas por los tratadistas para explicar el tema buscando la raíz terminal del Derecho, como tampoco se trata de focalizar la atención de los aspectos más inmediatos de la presentación jurídica. Baste sólo señalar que entre ambos extremos (el de discutir inútilmente cuáles pueden ser todos los posibles puntos de origen legítimo de Derecho hasta el de sólo admitir la producción estatal por excelencia, esto es, la ley) existen algunos elementos de riqueza explotable en nuestro intento como, por ejemplo, si las verdaderas fuentes del Derecho son las inmediatamente perceptibles y cuál es el papel que juega en ello la doctrina.

Ha de admitirse, de una parte, que la ley por sí misma y sola no agota el campo de producción jurídica. Pensar en lo contrario equivaldría a considerar, por ejemplo, que el agua se origina en el solo grifo del que la vemos salir, ignorando la vasta

trama de redes que la conducen hasta allí, o —más atrás— los reservorios y plantas de tratamiento, o —antes aún— los procesos de acumulación y transformación de las vertientes primigenias, o —finalmente— a estas últimas en sí.

Si bien no se puede dejar de admitir que la ley es la fuente inmediata o directa por excelencia de la que deriva el Derecho estatal en sus manifestaciones generales (ya que, en las manifestaciones particulares, ha de considerarse también la función jurisdiccional), también debe reconocerse que aun antes —cronológicamente hablando— de la ley se encuentra un espectro de fuerzas sociales de las que el legislador actúa como "simple eco"<sup>2</sup>. En determinados supuestos, la actividad doctrinaria puede jugar este rol y servir de guía condicionante a la orientación y sentido de la propia ley. En otros casos, la misma actividad doctrinaria podrá desempeñar la función amplificadora o condensadora respecto a la naturaleza, contenido y alcances de las instituciones jurídicas configuradas en el ordenamiento legal, según su conceptualización clásica<sup>3</sup>.

De allí, pues, que sean muchos los traductores que califiquen a la doctrina como fuente derivada o indirecta de Derecho<sup>4</sup> y de allí la importancia y la necesidad de intentar la elaboración, en este estado de situación, de los fundamentos doctrinarios del Derecho Social.

### 3/ Alcances y limitaciones

Sin embargo de lo dicho hasta ahora, debe tenerse siempre presente que el papel de la doctrina a través del aporte de sus fundamentos no concluye con su enunciación. Sin desconocer su importancia y su eventual carácter decisivo, no debe olvidarse que la virtualidad jurídica se desprende inmediata o directamente de la ley cuando ella se produzca y cuya primacía en el rango de fuerza productora de efectos jurídicos nadie puede dejar de observar.

Además de ello, tampoco puede descartarse el condicionamiento de retroalimen-

tación que la ley representa respecto a la doctrina, que puede ir recibiendo de aquella una serie de agregados inicialmente no previstos. Ellos pueden significar, a la vez, un enriquecimiento o una progresiva (y en algunas ocasiones imperceptible) desnaturalización.

Será, pues, cometido adicional de quienes formulen los fundamentos doctrinarios cuidar que los mismos no resulten ignorados, distorsionados, mediatizados o negados por la práctica legislativa y jurisdiccional que, por ser ambas funciones permanentes, requerirán de constante influencia de la orientación doctrinaria en el itinerario que queda por recorrer hasta la instauración consolidada de un nuevo orden.

## II/ Derecho y Estado

### 1/ Estado y ordenamiento jurídico

Como un modo de aproximación al tema, resulta de interés tocar el aspecto de la conceptualización del Estado, ya que constituye —como se verá más adelante— el marco de referencia obligada en la configuración del Derecho Social.

Lo que se conoce en Ciencia Política o en Derecho Político, dentro de los moldes clásicos, como *Teoría del Estado*, no es otra cosa que el estudio de un conjunto de elementos a los que se les encuentra alguna significación en la fenomenología política, sin importar mayormente la heterogeneidad que observan entre sí, la diferente magnitud de su incidencia, la jerarquización de su gravitación, ni el grado su interrelación. Así, se tiene, por ejemplo, que se señalan como elementos del Estado, dentro de un mismo orden o categoría conceptual, a ingredientes tan distintos como la nación, su identidad de aspiraciones y factores comunes, el territorio, el aparato gubernamental, el poder soberano, el orden económico, social, jurídico y político, el tiempo, u otros de naturaleza similar o también dispar a los anteriores.

Más adelante se verá la implicancia de ello en la conceptualización del Estado y la conveniencia de despejar del campo aque-

lios ingredientes que no acrediten un grado suficiente de consistencia.

Interesa ahora analizar la relación existente entre Estado y Derecho, entendiéndolo para estos efectos como una manifestación normativa positiva u ordenamiento jurídico.

Esta relación se explica en el sentido de que el conjunto de relaciones básicas que constituye la trama social que sustenta el Estado es definida y consagrada por una determinada forma de organización, recogida en un sistema de normas que representan tanto la expresión del ejercicio del Poder cuanto lo que en términos generales podemos llamar regulación de la vida social.

Este sistema de normas se identifica con el ordenamiento jurídico, o conjunto de disposiciones legislativas y gubernamentales por las que el Poder ejerce su función, así como ordena o prohíbe (reconoce o castiga) y tolera determinados tipos de conductas y comportamientos sociales, colectivos o individuales.

Al ser el ordenamiento jurídico o Derecho expresión de las relaciones visualizadas como necesarios o como posibles y, por su parte, al ser el Estado el producto resultante de tales relaciones, son notables las identificaciones que hacen de ambos algunas escuelas de pensamiento. Citaremos aquí dos de ellas, por cierto no coincidentes en su intencionalidad.

De una parte, la *doctrina positivista*, representada por Kelsen, señala que "el Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico". Para explicar su razonamiento ejemplifica que "la persona colectiva no es algo diverso que el orden que la constituye. Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca (...)j la comunidad no es otra cosa que un orden normativo regulador del comportamiento recíproco de los individuos, El término 'comunidad' sólo designa el hecho de que la conducta recíproca de ciertos individuos se halla regulada por un orden

normativo. La afirmación de que los individuos son miembros de una comunidad, es sólo una expresión metafórica, la descripción gráfica de relaciones específicas entre los individuos que se hallan constituidas por un orden normativo". Más adelante señala que "como no hay ninguna razón para suponer la existencia de dos diferentes órdenes, el 'Estado' y su orden legal, tenemos que admitir que la comunidad a la que damos ese nombre, es 'su' orden legal"<sup>5</sup>.

Por su parte, el *pensamiento marxista*, en tanto materialista, entiende que el Estado (y las formas políticas burguesas) como el Derecho son supraestructuras que expresan y representan las concepciones e intereses de la clase dominante en las ^elaciones infraestructurales de producción o de fuerzas económicas, cuyo objeto o razón de ser es, precisamente, mantener tal *status quo*. Ambos son entendidos como momentos de una misma fuerza coactiva para preservar un cierto *orden*, como organizaciones políticas utilizables por la clase que tiene, económicamente, el poder frente a las otras clases, mientras subsisten. El pensamiento de Marx no es preciso en cuanto a la previsión detallada del tipo de Estado subsiguiente a la revolución y, después de ella, a la "dictadura del proletariado" (que llevaría hipotéticamente a su consunción y a su consecuente desaparición); o, más bien y en todo caso, sus previsiones globales no se han visto aún traducidas en las manifestaciones históricas de aquellos países que han emprendido revoluciones en su nombre<sup>6</sup>.

Hay otro tipo de enfoques, fundamentalmente nutridos de las fuentes clásicas y neoclásicas, que se esfuerzan en demostrar la separación y diferencias conceptuales entre el Estado y el Derecho, empleando largos razonamientos para identificar priorizaciones y derivaciones entre las notas propias de cada uno de ellos.

Las ópticas antes consignadas no nos sirven necesariamente de referencia para adoptar posiciones de consonancia. Han sido citadas sólo para señalar que las relaciones

entre Derecho y Estado se encuentran en la base misma de la teoría general de ambos y se considera por todos como necesario aludir a ellas en el tratamiento inicial de los respectivos temas.

Creemos que muchas de las cuestiones formulables se obvian según sea la perspectiva que se asuma para el desarrollo de los conceptos. En definitiva, toda ordenación social implica y produce un sustento normativo que se expresa y representa en un aparato de Poder originado en aquel y, a la vez, dirigido a alimentarlo. La frontera que —si existe— separa la expresión del poder respecto al poder que existe sólo en tanto se ejerce expresándose es, pues, bastante volátil y, en todo caso, corresponde únicamente al dominio de la abstracción conceptual pero no al de la experimentación de la función política. En ésta no cabe entender al Estado sin el Derecho que lo expresa ni al Derecho sin el Estado que lo representa. Ambos vienen, en suma, a constituir la explicación del orden social configurado precisamente para su propio mantenimiento. Esta constante relación de doble vía ha de encontrarse presente en toda indagación que se intente respecto al Derecho o al Estado, pues explicará en qué medida uno corresponde al otro dentro de una misma razón de ser estructural y funcional.

## 2/ Conceptualización del Estado

Si se aceptan las premisas antes sentadas, la aproximación al tema del concepto del Estado no debe ser emprendida por la vía del estudio de sus elementos (ruta clásica) sino por la de su significación.

En este sentido, valdría admitir que con el término *Estado* se alude a una gama muy amplia de conceptos, en la que resulta difícil encontrar convencionalidad. Unos conceptos dilucidados se refieren —como hemos visto antes— a la sola conjunción de los elementos clásicos. Otros —quizás los más frecuentes— parecen extrapolar tan sólo algunos o alguno de ellos (así, los más frecuentes son los que remiten al elemento central del Poder, al aparato administrativo, al Go-

bierno). Pero la mayoría posiblemente esté relacionada con oscuras o vagas visualizaciones cuya imprecisión y atipicidad encuentra refugio dentro del ancho continente del término *Estado*. Al fin, el propio término responde, quizás, a la dificultad de convención y acoge cómodamente todo aquello que se quiera señalar *que está*; esto es, representa conceptualmente la descripción conjunta de *lo que está dado* en una situación determinada.

Si a este significado etimológico unimos el antes aludido de representación de todo un *orden* que se encarna en el Derecho, veremos la fragilidad de la teoría clásica.

Por ello es que resulta necesario entender que bajo el término *Estado*, más allá de la manida significación de "expresión organizada de la sociedad" o "estructuración organizativa de la nación dentro del orden", lo que en realidad se supone es todo un ámbito cuya más exacta sinonimia se encontraría en el término *situación*.

Explicar al Estado como situación nos lleva a considerarlo como aquel equilibrio inestable que se produce como resultado de la composición de las fuerzas provenientes de los grupos sociales que pugnan por un reconocimiento de sus intereses<sup>7</sup>. Toda la vida social, y con mayor razón toda la vida política, no es otra cosa que el juego de los intereses que se da entre quienes pretenden actuarlos a través de las cuotas de poder repartidas en la sociedad<sup>8</sup>.

En efecto, la vida social está constituida por la alternancia de derechos (o facultades) y deberes (u obligaciones) que las personas y los grupos sociales observan recíprocamente. Todos esos derechos y deberes se originan y concluyen en la conformación de *poderes sociales*, esto es, en las prerrogativas de condicionamiento mutuo que se encuentran distribuidas y diluidas en distintos grados de concentración dentro de la sociedad.

Todas estas cuotas de poder observan respecto al Poder político que encarna la soberanía una doble relación simultánea de causa y efecto a la vez. Pues, si bien la soberanía

nía (o mayor poder, poder de la totalidad) es la fuente de todo poder político y social (que reconoce, concede, otorga o tolera todas las demás manifestaciones de poder a favor de grupos o personas), es también y al mismo tiempo la resultante de segundo grado en que han convergido los demás poderes reconocidos o permitidos por ella (los cuales determinan su identidad, su direccionalidad y su ejercicio).

Quizás una graficación pueda representarnos más claramente la idea. En física es conocida la teoría de vectores<sup>9</sup>. De acuerdo con ella, la combinación de diversos vectores conduce a la formación de un vector resultante. Para su obtención se utilizan diversas modalidades. Así tenemos, por ejemplo, aquella que señala que el vector resultante se obtiene colocando los vectores parciales en línea continua, situando el origen de cada uno en el punto terminal del anterior (respetando las respectivas magnitudes y orientaciones) y uniendo el punto inicial con el final del último. O bien aquella otra que sitúa a los vectores en unos ejes coordenados, de forma que coincida su origen con el origen de las coordenadas; y se calcula después algebraicamente el módulo (magnitud) y el argumento (orientación) del vector resultante. En cualquiera de estas formas, encontraremos que este vector resultante de la suma de vectores parciales representa un valor a la vez común y distinto a cada uno de ellos.

Si esta misma representación física pudiese utilizarse en los métodos de las ciencias sociales, nos encontraríamos que nos evoca fundamentalmente el criterio de una soberanía que encarna el Poder político o gubernamental como una fuerza resultante de la combinación de los vectores que representan las fuerzas y poderes que corresponden a los grupos no gubernamentales que coexisten en la sociedad y que, por algo que podríamos llamar ley social, observan una constante propensión a ser predominantes, esto es, a sobreponerse y superar a los demás y de esta forma alterar el signo y magnitud

del resultante.

Si bien en este juego de fuerzas hemos distinguido aquella de naturaleza política o de Poder soberano frente a las que no lo son, no por ello podremos deslizarlos a reservar el calificativo de estatal para la primera y excluir a las demás. Por ello puede resultar más preciso calificar a aquella como gubernamental, para distinguirla de las demás. Pero resulta necesario pensar que todas ellas pueden ser llamadas estatales no sólo porque se dan en el ámbito estatal sino porque la forma en que se produzcan históricamente supone directamente una modificación en la fuerza resultante, esto es, en la situación por ella condicionada, vale decir en el Estado<sup>10</sup>.

### 3/ Estado y formas de Estado

De lo dicho anteriormente se infiere que no puede existir un solo tipo de Estado. No solamente cada Estado es irrepetible en las formas estatales que le son simultáneas, sino que, además, varía de momento a momento, de día a día. En realidad hay tantos Estados cuantas situaciones históricas se suceden en la vida de una sociedad. Cualquier hecho trascendente desde el punto de vista social, que implique una alteración de la situación existente es, en realidad, una alteración del Estado. La magnitud con que ello se presente y sus efectos en el Estado dependerán de su incidencia en la composición de la que hemos denominado fuerza resultante. Esta consideración será explicada más adelante (ver II, 5).

Interesa, en suma, destacar que si se conceptualiza al Estado —para los efectos de este análisis— en términos equivalentes al de *situación*, todo hecho que pueda ser considerado como factor de alteración de tal situación debe ser igualmente estimado, en principio, como factor de alteración para el Estado.

Los cambios y mutaciones que interesan para estos efectos son aquellos que se producen en el modo de las relaciones que se dan en el ámbito social y que, por ello,

pueden calificarse como sociales dentro de una acepción genérica. Si tales cambios afectan las relaciones o tienen implicación de alguna clase con el poder en sus manifestaciones estructurales o funcionales, podrán ser tipificadas más específicamente como políticas.

Ahora bien, no sólo los cambios a que se está aludiendo como afectantes de las relaciones sociales (y, eventualmente, políticas) sino éstas en sí mismas tienen como razón básica y última de su existencia el encuentro de los intereses de las personas o, más claramente, de los grupos sociales. Este encuentro puede producirse en términos de conflicto, de compatibilización o de armonización. En realidad, detrás de toda relación social está como base y sustento una forma concreta de encuentro de intereses.

Los intereses son aspiraciones individuales y sociales que se dirigen a satisfacer algún tipo de necesidad humana a través de los bienes disponibles, sean estos de naturaleza material o inmaterial. Como, en principio, las necesidades humanas son potencialmente ilimitadas y los bienes destinados a satisfacerlas son relativa o realmente limitados, la satisfacción de aquellas a través de estos últimos es básicamente de naturaleza económica.

Todo encuentro de intereses (y, en consecuencia, toda relación social que se origina en ellos) tiene, pues, un núcleo esencial de base económica, pues lo que trata es buscar modos de satisfacer necesidades materiales o inmateriales potencialmente excesivas respecto a los bienes materiales o inmateriales relativamente escasos.

Estos modos de satisfacción o formas de solución<sup>11</sup> al encuentro de intereses que cimentan toda relación social son inicialmente espontáneos y pueden guiarse por pautas de violencia (abierta o encubierta) o de pacto libre (o relativamente libre) entre las partes. Hasta aquí se trata de una modalidad de relación social que, en el primer caso (solución violenta), se dirige fundamentalmente a cubrir una función satisfactiva para una de

las partes, aunque la otra resulte lejos de alcanzarla; y, en el segundo caso (solución paccionada o pactada), contempla primordialmente una función pacificadora para las partes, aunque alguna de ellas o incluso ambas no encuentren plena satisfacción a su aspiración causal.

Mientras el encuentro de intereses quede librado a cualquiera de estas modalidades, estaremos frente a una situación puramente económica. Pero es de suponer que a la sociedad en su conjunto o, al menos, a los grupos predominantes que determinan de manera principal lo que hemos denominado fuerza o vector mayor resultante, no siempre convenga la vigencia de sólo una de estas dos modalidades. En un caso, porque la forma de violencia (más o menos abierta o encubierta) puede conducir al predominio de grupos cuya vigencia radique sólo en su fuerza y haga peligrar la satisfacción de necesidades de grupos dispersos que no pueden oponerse eficazmente a ella a pesar de la racionalidad de sus aspiraciones e intereses, o, más ampliamente, no se logre la pacificación social. En otro caso, porque la sola solución pactada, que puede producir un equilibrio transaccional en las partes de un determinado encuentro de intereses o relación social, puede lograr una inmediata pacificación entre las mismas pero no alcanzar la satisfacción de otros elementos sociales ajenos a ellas, o, más exactamente, no lograr una pacificación social general.

Cuando una sociedad se encuentra ante estas situaciones, intentará sentar unas pautas genéricas o específicas para encaminar determinados encuentros de intereses a soluciones preestablecidas.

Como es fácilmente deducible, este modo de solución tiene, entre otras, las siguientes notas básicas:

- a/ buscará puntos de equilibrio relativamente estables dentro de un continuo comprendido entre los extremos terminales de la pura función satisfactiva y de la, pura función pacificadora;
- b/ intentará encontrar también puntos de

equilibrio relativamente estables dentro de otro continuo comprendido entre los extremos terminales de la absoluta imposición de los intereses globales de la sociedad en conjunto y de la absoluta vigencia de los intereses particulares (individuales o grupales) que se opongan a aquellos, a fin de mantener ©1 reconocimiento social de competencia; c/ impondrá la vigencia de criterios que permitan establecer resultados previsibles o soluciones preestablecidas a determinados tipos de encuentro de intereses; d/ implementará una tutela para aquella parte cuyos intereses se encuentren dentro del amparo de aquellos resultados previsibles o soluciones preestablecidas (siendo posible desagregar esa tutela en fracciones iguales o desiguales atribuibles a ambas partes); y e/ operacionalizará canales o vías a través de los cuales se produzca válidamente los criterios aludidos en (c) y se materialice la tutela vista en (d).

Desde aquí el encuentro de intereses o relación social deja de ser de naturaleza puramente económica para investirse en una connotación genuinamente jurídica. Aquí es donde aparece el Derecho en toda su dimensión: tanto en su base y sustento de trasfondo {a,b), cuanto en su modo de producción básico (c) y su manifestación concreta (d) de amparo de intereses, para llegar a las vías de jurisdicción (juris-dicción: pronunciamiento del Derecho) en sus facetas de dación o formulación legislativa, y aplicación o ejecución de ésta (e), y de intervención de órganos que cuenten con atribuciones de resolución de los conflictos a través de la evaluación o juzgamiento de proximidad o lejanía de los intereses encontrados respecto los criterios establecidos.

El Derecho opera, pues, convirtiendo una relación básicamente económica en jurídica cuando existe 1) la combinación de las funciones satisfactoria y pacificadora, 2) la compatibilización de los intereses particulares con los sociales de conjunto, 3) el establecimiento de criterios de solución de conflictos, 4) la existencia de una tutela en favor de alguno de los in-

tereses encontrados, y 5) la intervención de un tercero en el encuentro de intereses inicial que, revestido de autoridad política y social, norma los criterios de solución, los ejecuta o aplica, y juzga y resuelve los conflictos, pronunciando las soluciones concretas sobre la base de los criterios genéricamente enunciados.

Lo dicho hasta aquí atañe a la vertebración jurídica (orden jurídico) que es uno de los elementos esenciales del Estado, dentro de la acepción ya vista ampliamente (en II, 1).

Naturalmente, las órdenes así derivadas no presentan en todas las situaciones (o Estados) la misma conformación. Es más, en un mismo Estado se experimentarán sucesivos cambios que, a su vez, determinarán alteraciones en el ámbito en que se producen. Así, se hace necesario distinguir conceptualmente la abstracción del Estado de las categorías contingentes de su presentación cotidiana. La variación de éstas no produce necesariamente la afectación de aquella en tanto mantenga la caracterización cualitativa de las notas analizadas párrafos arriba cuando se habló de la insurgencia del fenómeno jurídico.

#### *4/ Ordenamiento jurídico y calificaciones del Derecho*

El orden jurídico viene a ser, pues, el resultado operante del conjunto de criterios establecidos por quienes ejercen el Poder político para resolver los encuentros de intereses que se dan en el ámbito de una sociedad, en tanto tales intereses se entiendan merecedores de una tutela o protección.

El ordenamiento jurídico es el producto material que estructura y sistematiza tales criterios y sanciona su vigencia positiva.

El orden y el ordenamiento jurídicos y cada una de sus partes no son fenómenos que se aprecian autónomamente y que cuentan con vida propia, sino que se explican en función de toda la trama de relaciones que les da origen, condiciona su aplicación y vigencia y determina su modificación y extinción.

Por esta relación, el orden y ordenamiento jurídicos habrán de recibir la calificación y tipificación que resulten aplicables a las relaciones sociales que los originan y explican. Todo esfuerzo dirigido a calificar o tipologar al Derecho sin tomar en cuenta simultáneamente y de manera superpuesta a las relaciones sociales que lo sustentan, es virtualmente estéril o inconducente. A pesar de esto, es normal que en el campo puro del Derecho se intenten sistematizaciones y construcciones que evaden la calificación y valorización de las relaciones sociales básicas, suponiendo así la consideración de lo jurídico como un mundo aparte, lo que es producto de una visión parcelada y, por tanto, incompleta e inexacta.

### 5/ Alteraciones en el Estado y cambio del Derecho

De lo anteriormente visto es fácil deducir la relación indesligable que existe entre el Estado y el Derecho en su acepción de orden y ordenamiento sociales.

El Estado, así, viene a ser el resultado del modo en que se definen las relaciones sociales y en que se dan y realizan los criterios dirigidos a sancionar los intereses de las partes que las componen.

Para estos fines, deben entenderse como alteraciones en el Estado aquellas condiciones que se presentan en el ámbito social y que ocasionan una recomposición de las fuerzas o vectores parciales de manera que cambie la naturaleza, orientación, magnitud o significación de la fuerza o vector mayor, siguiendo la terminología antes analizada (en II, 2).

De aceptarse esta hipótesis de trabajo, toda alteración del Estado implicará, simultáneamente y de alguna forma, un cambio en la calidad del Derecho que constituye uno de sus elementos esenciales.

Por esta misma razón, puede decirse que todo cambio que se experimente en el Derecho estará, a la vez, implicando una alteración del Estado. Esta implicación no supone necesariamente que el cambio del Derecho sea la *causa* de la alteración del Esta-

do (como podría defender alguna perspectiva normativista) sino, más bien, su *efecto*. Esto se explica más claramente cuando se comprende que la definición (o redefinición) de los intereses que se dan en una sociedad para las personas y grupos sociales en términos de tutela o amparo por el Poder es un proceso que no se inicia en la norma jurídica (ordenamiento jurídico) sino que esto último es sólo la expresión de una voluntad formada después de una serie de actos reflexivos; este proceso está compuesto por la presentación más o menos explícita de intereses que se encuentran, su valorización y categorización de acuerdo con la composición de fuerzas existentes en el ámbito social, la visualización de criterios arbitrales y, finalmente, su traducción en términos de norma que los sancione, positive y exprese la tutela de aquellos que han sido preferidos.

Así, pues, un cambio sustantivo que se opere en el Derecho estará sirviendo como síntoma indicador de una alteración significativa en la naturaleza del Estado.

## III/ Clasificaciones del Derecho

### 1/ Naturaleza

Toda clasificación es una operación metodológica dirigida a facilitar la comprensión de un determinado universo genérico, de sus especies agrupadas según criterios de homogeneidad y de las relaciones que se dan entre ellas y respecto a aquel.

Las tipologías que se derivan de una operación clasificadora son categorías analíticas que se montan con el fin de procesar científicamente los datos de la realidad examinada en orden a inferir conclusiones útiles.

La taxonomía de una cierta materia no es, por tanto, un dato previo a su observación, sino, por el contrario, es ésta la que proporcionará los datos que se deseen clasificar.

Sin embargo del valor relativo de toda operación clasificadora o tipificadora, en el Derecho, y principalmente en la clasificación matriz del Derecho, no puede ignorarse la fuerza y trascendencia que a ello se

atribuye. Este peso atribuido tiene vigencia en los siguientes campos:

- a/ en la *doctrina* de los tratadistas, la gran mayoría de los cuales asigna a la clasificación o tipos del Derecho un valor fundamental;
- b/ en la *actividad legislativa*, que usa los factores de clasificación como verdaderos indicadores de calificación jurídica de tratamiento diferenciado;
- c/ en la *actividad jurisdiccional* que, al momento de aplicar el Derecho, utiliza legislación adjetiva, fueros, instancias y procedimientos igualmente diferenciados; y
- d/ en el *uso y práctica* jurídicos, que asignan diverso valor y significación a las instituciones calificadas dentro de una u otra clase de Derecho.

La clasificación del Derecho se manifiesta, entre otras, de las siguientes formas:

- a/ cuando se establecen *disposiciones legales* con criterio diferenciado en cuanto a su aplicación;
- b/ cuando se ordenan *instituciones jurídicas* y se atribuye valor de primera significación a su calificación dentro de alguna clase de Derecho;
- c/ cuando se califican a las *personas jurídicas* como comprendidas en uno u otro orden;
- d/ cuando se tipifican las *relaciones jurídicas* en función de la naturaleza de las personas que actúan como partes; y
- e/ cuando se clasifican las *cosas o bienes* según una naturaleza diversificada.

En el campo de la ciencia del Derecho, sin embargo, es frecuente encontrar clasificaciones de cuyos árboles se hace depender definitivamente la concepción y el tratamiento de algunos fenómenos o manifestaciones jurídicas. En estos casos se produce una inversión del discurso científico, que llega a tener repercusiones en el campo de la doctrina general, y —lo que es más grave— en la propia actividad legislativa, de manera tal que llega a comprometer la propia naturaleza del fenómeno jurídico.

Aquí se está aludiendo en concreto a la clasificación del Derecho que lo diferencia en público y privado. A este respecto se tra-

tará de ver la génesis y desenvolvimiento histórico de esta clasificación para comprender su real significado y alcances. Seguidamente se verán los criterios doctrinales que pueden considerarse vigentes a efectos de esta misma clasificación. Finalmente, se verá la incidencia del Derecho Social dentro de tal tipología y las consecuencias que de ello se derivan.

## 2/ *Síntesis de la evolución histórica*

Es frecuente, dentro de la doctrina jurídica, remontarse a las fuentes romanas para encontrar el origen de la primera clasificación del Derecho. Esto es así por la carga romanista de nuestro Derecho y, más particularmente, de la doctrina latina que no ha podido sacudirse de los marcos y limitaciones que impone una observancia rigurosa de los patrones clásicos. Este uso recurrente al Derecho romano ha producido en no pocos aspectos un encasillamiento mental que no difiere mucho de un verdadero anquilosamiento en el desarrollo de una doctrina que parece preferir constantemente la coherencia respecto a las fuentes romanas antes que el juego racional de una necesaria inventiva creadora.

Este modo de discurso es tan fuerte en el plano de la doctrina que, aun denunciándolo, habrá de observarse a efectos de seguir la evolución de ciertos conceptos.

Dentro del Derecho romano se atribuye la significación originaria y más importante a Ulpiano quien, a través del Digesto<sup>12</sup>, deja sentada la diferenciación de dos posiciones para el estudio del Derecho: la pública y la privada. Para calificar al Derecho público, señala que es el que corresponde al Estado ("*statum rei Romanae*") , y, para el privado, indica la utilidad singular o particular (ya que diferencia la utilidad pública de la privada). Para el Derecho público señala los componentes de su contenido referidos a las cosas sagradas, a los sacerdotes y a los magistrados (autoridades); para el Derecho privado indica tres orígenes: natural, de gentes y civil.

A pesar de las múltiples conclusiones que pueden extraerse de la construcción de Ulpiano, parece deducirse, entre otras consideraciones<sup>11</sup>, que la referencia a la *utilidad*, que aparece como núcleo central de la idea, se derivaría de la distinción entre las cosas públicas y las privadas tan acendrada en el Derecho romano. De esta forma, el Derecho público sería el referido a las cosas que merecían la consideración de públicas según su utilidad y el Derecho privado correspondería a las cosas de utilidad privada.

Es materia de duda si a ello se agregó entonces en correspondencia la clasificación que distinguía el Derecho público entendido como el que se refiere a la ciudad (Derecho político) del Derecho privado referido a los ciudadanos (Derecho civil). Ya Cicerón, por ejemplo, distinguía los derechos políticos (Derecho de la ciudad o político, referido a la organización y funciones de los poderes públicos), de los derechos civiles (Derecho de los ciudadanos).

De seguirse esta línea, entroncaría con el (anterior) pensamiento griego que distinguía las reglas de la "*politeia*" (referidas a la constitución de la ciudad, poderes y autoridades) de las "*nomos*" (demás leyes civiles destinadas a regular la vida de relación y comportamiento).

Si bien en el Derecho germánico se conocen algunas manifestaciones puntuales de diferenciación entre lo público o político y lo privado, parece ser que tales criterios no eran usados en la distinción radical de leyes o instituciones jurídicas según tal calificación.

Los modelos de división del Derecho usados en la Edad Moderna tienen una importancia decisiva en la generalización de los conceptos de Derecho público y Derecho privado, según De Castro<sup>14</sup>. Este autor menciona en esta época las construcciones de Cujacio (que opera la distinción clásica entre Derecho de la ciudad —rector de las ciudades— y Derecho civil —que rige a cada ciudadano—); Donello (seguidor de Ulpiano en torno a las notas de la utilidad); y Virgilio (que diferencia el tratamiento del Derecho

público —fuentes, autoridades, tribunales, iglesia, liceo, ejército, ciudades, impuestos y servicios— y Derecho privado —personas, cosas, obligaciones y acciones—).

Es en los albores de la Edad Contemporánea cuando, a decir del mismo autor, "el Derecho público no queda reducido a ser un mero término", pues "se le considerará como un nuevo tipo de Derecho natural fundado en la *socialitas*, un *jus naturale societatum*"; y es así que "se crea un instrumento político potentísimo, se forja un medio de crítica de apariencia objetiva que será hábilmente utilizado por la corriente enciclopedista francesa y por el individualismo liberal del siglo XVIII. Montesquieu (1689-1755) dará una de las fórmulas al decir: el gobierno más conforme a la Naturaleza es aquel cuya disposición particular es más adecuada a la disposición del pueblo a que se destina; quedando así en cuestión la legitimidad de todos los Gobiernos". A continuación, el autor cita expone que "mientras el Derecho civil permanece retirado de la lucha política, el Derecho público adquiere entonces una sonoridad y un contenido revolucionario tan agudo que hará estimar peligroso hasta su mismo estudio; en torno al Derecho público se planteaba la lucha que determina el cambio social que simboliza la Revolución Francesa".

El auge del individualismo, propio de la época, trae consigo las siguientes consecuencias: 1) opone el individuo con todos sus valores frente al Estado; 2) atribuye al individuo una serie de derechos innatos que habrían de ser protegidos por el Derecho, siendo éste su principal papel; 3) genera una situación de permanente desconfianza frente al Estado por sus temidas invasiones sobre la esfera de los derechos individuales; y 4) se asigna al Derecho (civil) privado la defensa y tutela de los derechos individuales frente las "agresiones" del Estado por parte del Derecho público. Así, siguiendo a De Castro, cambia la significación del Derecho público y privado, ya que "los derechos privados, cuya defensa (inicialmente) se confiaba al poder absoluto del soberano, se exigen después

como reivindicaciones debidas (derechos inatos) en su lucha contra (primer liberalismo) la organización social del 'viejo régimen' y, en fin, se defienden como propios (derechos adquiridos) por la nueva clase social dominante (burguesa del siglo XIX) frente a las variaciones siempre alarmantes (conservadorismo) del poder político".

Dentro de la doctrina española (de la cual la nuestra es, en parte, tributaria) cabría destacar el uso que Covarrubias y Molina hacen de la "antigua división de Baldo en los tres tipos de dominios: jurisdiccional, de comunidades y de particulares" por la riqueza de interpretaciones que sugiere a los efectos de este estudio.

La gravitación ejercida en el estudio del Derecho por el cultivo del Derecho público la hacen ver como un "peligro político" que "la Revolución francesa hiciera ver claro y cercano" y como continentes de un "virus revolucionario". Como reacción a ello y a las convulsiones políticas desatadas, se restringe el estudio y la enseñanza del Derecho público, se acaba con su sentido político y se busca el refugio de la división del Derecho dentro de una óptica "de simple carácter técnico" dentro del "cauce sereno de la ciencia" para lo cual "se vuelve a las clasificaciones inocuas de los romanistas".

En este estado de desenvolvimiento encuentra el siglo XX a la doctrina.

### 3/ *Teorías vigentes*

A propósito de la clasificación del Derecho pueden agruparse las teorías vigentes de la siguiente manera:

#### a/ *Teorías negativistas*

En este grupo se incluyen aquellas teorías que niegan la clasificación del Derecho por considerar que toda división en esferas internas lleva en definitiva a preferir a una de ellas como la única válidamente ajustada a la clasificación jurídica y a negar ésta a la o a las restantes.

La mayoría de representantes de esta posición confiesa que la sostiene en aras

de la unidad del Derecho, y a fin de evitar que su contenido sufra limitaciones provenientes de la propia construcción jurídica.

Obviamente, esta dirección tiene vigencia en un nivel puramente declarativo, ya que el hecho de negar una división sistematizadora no trae consigo automáticamente la desaparición de las manifestaciones que llevan a otros a distinguir una tipología del Derecho. De otra parte, y si se profundiza en el tema, se encuentra que quienes evitan distinguir más de un tipo o forma (clase) de construcción jurídica para evitar la ruptura de la unidad sustancial del Derecho mediante la absorción que operaría en definitiva una de las esferas en desmedro de la o de las demás, tratan de operar una defensa de éstas frente al peligro que representaría el predominio de aquella en términos de tratamiento preferencial. Esta posición protegería, pues, en alguna forma, una cierta unidad del Derecho, no exenta de intencionalidad y caracterizada en última instancia por su ajuste a determinados condicionamientos históricos e ideológicos muy concretos.

Es así que puede constatarse que esta postura es sostenida no sólo desde una perspectiva puramente doctrinal dogmática, sino que resulta especialmente eficaz como tesis política. Para demostrar esto sirvan las presentaciones formuladas por los ideólogos del nacional-socialismo, del fascismo y del comunismo soviético (el leninismo y, con matices, el stalinismo).

#### b/ *Teorías dualistas*

Dentro de este marco se sitúan todas aquellas doctrinas que postulan la diferenciación de dos clases en el Derecho, que, cualquiera que sea su denominación adjetiva, se contraen fundamentalmente al polarismo público y privado.

Aunque más adelante (en IV) se analizarán los diversos criterios utilizados como base de la distinción, aquí puede señalarse que la caracterización última y básica de ambos se hace reposar, en un extremo polar, en el *ius imperium*, en la soberanía, en el

Poder ejercido dentro del ámbito del Estado por la instancia competente y dirigido a regular de manera absoluta la conducta y comportamiento de los gobernados ("subditos"), relegados a una condición de sujetos puramente pasivos, vinculados con dicho Poder por una relación de subordinación; y, en el otro extremo o polo, en la vigencia de la *autonomía de la voluntad* de los sujetos individuales, en el campo de sus derechos reservados frente a cualquier ingerencia por parte del Poder, en su actividad de relación con sus semejantes dentro de un tipo de vinculación calificada como de coordinación.

El espectro comprendido dentro de estos dos extremos polares sirve de escenario para la ubicación de los diversos tipos de relaciones jurídicas, así como para la calificación de los sujetos, objetos y causas de las mismas, que es donde, en definitiva, se encuentra la vigencia e importancia real de este tipo de distinción.

Los detractores de esta posición le niegan vigencia por considerar que en el mundo de nuestros días son pocas las instituciones que pueden ser tipificadas dentro de una de las dos formas puras de construcción jurídica. Indican que cualquiera de las figuras que típicamente formarían parte de uno de los extremos polares tiene, en realidad y siempre, algo que puede calificarla como propia del otro. Se señala que cualquier institución que se comprenda usualmente en el ámbito del Derecho público termina en definitiva en la intervención de la voluntad individual de una u otra manera; y que cualquier componente del ámbito propio del Derecho privado conserva en esencia algo que lo refiere al uso y ejercicio del Poder. Por ello, se dice, la diferenciación es ficticia, artificial e imprecisa.

Siendo conscientes de que lo dicho hasta aquí al respecto tiene más de caricatura que de rigurosa caracterización, interesa sin embargo señalar que este esquema básico es el marco usual de tipificación jurídica, con todas sus ambigüedades y vacíos, pero también con todas sus rigideces e implican-

cias. Es posible que la labor de calificación de las relaciones jurídicas y de sus elementos (sujetos, objetos y causas) se verifique dentro de pautas matizadoras que lleguen a ubicar a algunos de ellos como no comprendidos estrictamente dentro de uno de ambos extremos, sino más bien en puntos intermedios. Pero lo que importa destacar aquí no es tanto ello, cuanto que lo dicho supone un esquema de uso casi forzoso en la tarea diaria de elaboración jurídica (a nivel legislativo, jurisdiccional, doctrinal y práctico).

Algunos autores<sup>15</sup> entienden que la taxonomía dualista del Derecho reposa en una base sencillamente individualista, interesada en cautelar los derechos subjetivos o los ámbitos de poderes y libertades concedidos y reconocidos a los sujetos principalmente por el Derecho privado. Según esta apreciación, parece entenderse que la técnica vigente en el estudio del Derecho tiene una propensión normal a privilegiar la manifestación pública del mismo, esto es, a contemplar con preferencia las expresiones de la soberanía, la organización y el ejercicio del Poder político, y las relaciones de jerarquía establecidas entre éste y los sujetos particulares; de esta manera todo énfasis que se pusiese en la conceptualización y ponderación de las relaciones propias del Derecho privado vendría a rescatar al sujeto particular tanto de las "agresiones" del Poder público en términos de intervención, cuanto de la postergación que sufriría por el predominio de las formas jurídicas propias del Derecho público y de su tratamiento privilegiado. Si bien se trata de una observación interesante y útil para identificar procedencias doctrinales, en la actualidad puede considerarse que la construcción doctrinal de la tipología jurídica trasciende esta intencionalidad concreta (que no por ello se desestima), alcanzando la categoría de dato heredado e ineludible para el estudio del Derecho.

Más adelante (en IV) se profundizará en el análisis de los elementos utilizados por las teorías dualistas.

*c/ Teorías pluralistas*

Bajo esta denominación se comprenden los exponentes que, habiendo cultivado determinada especialidad jurídica, consideran que la clasificación dualista (público-privado) es insuficiente para abarcar adecuadamente la significación de aquella. Se trata, en suma, de manifestaciones puntuales y no de corrientes de pensamiento jurídico diferentes sustantivamente de las que apuntan por la diferenciación bipolar. Son, si se quiere, maneras que se emplean para destacar dentro de esta última la importancia requerida por determinados autores para algunas de las especialidades jurídicas por ellos cultivadas, pero que no se diferencian cualitativamente de los tipos distinguidos en la clasificación dualista.

Así tenemos, en vía de ejemplo, a aquellos que destacan dentro del espectro público-privado, el Derecho internacional (público o privado), el Derecho asociativo en sus múltiples manifestaciones (Derecho de familia, Derecho de asociaciones intermedias, Derecho de sociedades, Derecho de comunidades sociales intermedias) o, incluso, el Derecho eclesiástico, habida cuenta de las particulares dificultades que se encontraban en su inserción en el nudo esquema bipolar.

Dentro de este mismo tipo de afanes se inserta la a veces usada terminología del Derecho Social, cuando se aplica este término para comprender aquellas instituciones jurídicas calificadas genéricamente como asociativas (por ejemplo, Derecho de asociaciones, de sociedades, de comunidades intermedias, etc.) que tienen una proximidad semántica o filológica con el término "social". Asimismo cuando se aplica también este término para significar el Derecho que se ocupa de regular las relaciones en las que al menos una de las partes está constituida por una colectividad asociada (así, por ejemplo, además del Derecho de sociedades civiles o mercantiles, el conjunto de relaciones derivadas de los convenios, pactos o negociaciones colectivas de trabajo). Esta última consideración, a la que se añade la nota de la función

tuitiva social del Estado a las colectividades laborales, hizo frecuente el uso del término de Derecho social para calificar como tal al Derecho del trabajo o, más exactamente, al Derecho colectivo de trabajo.

Mientras estas calificaciones se mantengan en los referidos niveles de abstracción, la adición de un tercer (o cuarto) tipo a la clasificación bipolar (público-privado) no añade ni incorpora ninguna modificación sustantiva, sino que marca un hito intermedio dentro de un mismo "continuo" comprendido entre los dos extremos del Derecho público o estatal químicamente puro y del Derecho privado o de la autonomía de la voluntad igualmente puro.

Las consideraciones que sí merecen ser tenidas en cuenta son aquellas que introducen ciertos criterios como base de la distinción plural, tales como los que diferencian un Derecho de coordinación, un Derecho de subordinación y un Derecho de inordinación; o aquellos que tipifican las relaciones jurídicas centrales como de dominación, de comunidad y de lucha o competencia. Las posibilidades que abren estos criterios de tipología serán vistas con mayor detenimiento más adelante (en V).

#### IV/ Derecho Público y Derecho Privado

##### *1/ Criterios de clasificación*

Después de visto el panorama de las teorías clasificatorias del Derecho, la atención habrá de centrarse necesariamente en aquellas que han operado sobre la base de la diferenciación dualista o bipolar, que distingan por contraposición un Derecho público de un Derecho privado. Hacemos esto ya que, por encima de las preferencias particulares, es indiscutible que se trata de la clasificación de más arraigo en el tratamiento teórico y práctico del Derecho y que ha redundado en una aplicación que puede clasificarse como universal.

Sin embargo, no todas las teorías que diferencian al Derecho público del Derecho privado lo hacen fundándose en un mismo

criterio clasificador. En realidad, tras esta tipología se encierran múltiples razones centrales y causales de otras tantas derivaciones. A continuación se tratará de conocer sucintamente los principales criterios que son utilizados en el uso doctrinal para operar la clasificación dualista.

#### a/ *Intereses*

Para los seguidores de este criterio, la razón de ser de la distinción radica en el tipo de interés contemplado por el Derecho. Si se trata de un *interés general* (esto es, trascendente al particular y atribuible a la generalidad colectiva cuyo orden de valores se encarna en el Estado), las normas del Derecho que lo contemplen, regulen o tutelen serán de carácter público, como igualmente serán públicas las relaciones jurídicas constituidas en torno a ese mismo interés general, y públicas serán también las instituciones jurídicas que abarquen el desenvolvimiento del mismo. En cambio, se dice, si se trata de un *interés particular o particularizable* en términos de identificación de individualidad, las normas, relaciones e instituciones correlativas serán calificables como de Derecho privado.

Demás está subrayar aquí la raíz claramente romanista de la inspiración de este criterio. A los partidarios del mismo se les ha criticado desde diversos flancos. Así, se les dice que todo interés resulta, en definitiva, particularizable, incluso el del propio Estado en la medida en que se le reconoce personería jurídica independiente; que la raíz última de toda institución jurídica es cautelar un interés común (general), aun cuando se manifieste particularmente, en cuanto la razón de ser del Derecho es establecer las pautas de conducta que hagan posible y practicable la realización del bien común y de la convivencia social; que los intereses particulares, en tanto estén adecuadamente difundidos, pueden ser considerados como manifestaciones concretas del interés general; que, llevado a sus últimas consecuencias, tal criterio conduciría a aceptar absurdos lógicos,

puesto que habría de estimar instituciones típicamente privadas como merecedoras de la calificación de públicas (v.gr. matrimonio) y viceversa (v.gr. tutela penal frente a las violaciones de los derechos particulares); que, reducida a su esencia, la clasificación que se base en este criterio minoraría la significación del Derecho privado a mero gendarme del egoísmo individualista, lo cual riñe con la trascendencia social de todo Derecho; etc.

Sin embargo de la validez de estas críticas, justo es reconocer que este criterio de distinción es el que más y mayores luces ha proporcionado en la funcionalidad práctica de la distinción clasificatoria.

#### b/ *Sujetos*

Según este criterio, la razón de la diferencia estriba en la naturaleza de las personas que intervienen en una determinada relación jurídica. Si en la misma al menos una de las partes es el Estado (Gobierno) o una entidad oficial que actúe con potestad de "*imperio*" será considerada como de Derecho público y esta misma calificación recibirán las normas que la regulen y las instituciones jurídicas en las que se inserten; serán de Derecho privado aquellas relaciones en las que ambas partes sean sujetos *particulares* (individuales o colectivos no oficiales), así como las normas e instituciones jurídicas correspondientes.

Esta corriente también ha merecido críticas desde varias perspectivas. Se dice que contiene una petición de principio, pues califica como públicas las relaciones jurídicas en las que una de las partes ha merecido ya una calificación previa (persona jurídica de Derecho público), cuando de lo que se trata es, precisamente, de conocer los fundamentos de dicha calificación; que la sola naturaleza del sujeto no es suficiente, pues en muchas oportunidades tanto el Estado (Gobierno) como las entidades públicas intervienen en los negocios jurídicos investidos de una calidad jurídica equivalente a la de una persona de Derecho privado y usan las normas

de éste; que tras la presencia de toda norma jurídica (incluso de las "típicas" de Derecho privado) se detecta la intervención del Poder del Estado en su génesis, gestación y nacimiento, así como en la sanción de su vigencia y mantenimiento; que una misma relación social puede dar lugar a la aparición de situaciones propias del Derecho público como del Derecho privado (por ejemplo, incumplimiento de contratos o licitaciones con el Estado, en sus manifestaciones mercantiles y administrativas), incluso entre particulares (por ejemplo, responsabilidad objetiva en sus expresiones civiles y penales); que se genera un vacío en el tratamiento de la operación comercial ordinaria de las empresas públicas, que, siendo sujetos de Derecho público, realizan operaciones claramente asimilables a las de los sujetos de Derecho privado); etc.

#### c/ Patrimonialidad

De acuerdo con este criterio, si tras una relación jurídica, de las normas que la regulen o de la institución jurídica en la que se encuentre comprendida, existe una razón de ser o *utilidad protegida de carácter patrimonial*, esto es, susceptible de ser valorizada cuantitativamente en términos patrimoniales, se trataría de una materia regulable por el Derecho privado; si, por el contrario, la razón de ser o *utilidad protegida no es susceptible de ser patrimonialmente valorizada*, y median otras consideraciones relacionadas con los órdenes últimos de la convivencia social, se trataría de una materia comprensible dentro del Derecho público.

Esta óptica es también blanco de crítica nutrida. Se le acusa de ser materialista; de no diferenciarse sustantivamente del criterio calificador del interés (antes visto en a); de confundir planos hasta el extremo absurdo que llevaría a calificar como de Derecho público las relaciones matrimoniales de cohabitación e, inversamente, como de Derecho privado aquellas que, como en el caso de la fiscalización tributaria, cuentan con una intervención patrimonial del Estado (Go-

bierno); etc.

#### d/ Tutela

Según el criterio de la tutela, merecerán la calificación de Derecho público aquellas relaciones jurídicas (y normas e instituciones correspondientes) en las que la cautela o defensa de los derechos subjetivos derivados implica una intervención "*de oficio*" por parte de la jurisdicción estatal; y, por su parte, aquellas serán de Derecho privado si la intervención de la jurisdicción estatal se produce "*a instancia (o requerimiento) de parte interesada*".

Para criticar esta posición se ha dicho que no puede operarse una distinción a partir de las consecuencias de una materia sino de la naturaleza de ésta en sí; que muchas violaciones del orden público y conductas antisociales no podrían ser consideradas como materia de regulación por el Derecho penal (público) en tanto que su revelación sólo se produce al momento de requerirse a solicitud de parte interesada la intervención de la tutela estatal, ya que ella por sí misma no siempre está en condiciones de producirse "de oficio"; que es incompleta, en la medida que las relaciones jurídicas de desenvolvimiento normal (esto es, cuyo ciclo vital se cierra sin contar con más intervención estatal que la producida por la legislación considerativa) quedarían fuera de calificación si no mediase la incidencia de la jurisdicción estatal; etc.

#### e/ Origen

Para los partidarios de esta orientación, el criterio diferenciador radica en la causa última de las pautas de comportamiento jurídico, mereciendo la calificación de Derecho público aquellas que se originan en la *voluntad soberana* del Estado (Gobierno) a través de sus órganos jurisdiccionales; mientras que merecerán la calificación de Derecho privado aquellas que son originadas en la *voluntad de los sujetos particulares*, dentro del juego de autonomía que les es permitido en cada ordenamiento jurídico concre-

to. Con esto quiere significarse que podrán caracterizarse como Derecho público las pautas de comportamiento establecidas de este modo *imperativo*, más allá de la libre autonomía de los particulares y de observancia obligada y vinculante; y, por su parte, serán caracterizadas como de Derecho privado las pautas de conducta de naturaleza *dispositiva*, cuya realización y perfeccionamiento supone la intervención cualificada de la libre voluntad de los sujetos particulares, así como los mundos del contrato, acuerdo o pacto realizados dentro de este modo dispositivo de lo jurídico.

Las críticas recibidas por esta opinión se centran en el juicio de que el Derecho que se establece en la vida contemporánea va siendo progresivamente imperativo y recorta gradualmente la esfera de la autonomía de la voluntad, incluso en campos tradicionalmente tan reservados a la influencia de la voluntad particular libremente expresada (como pueden ser los de las sociedades mercantiles, los contratos mercantiles de servicios o de seguros que poco a poco se tornan más significativamente en contratos-tipo o contratos de adhesión) sin que esto implique simultáneamente la pérdida de la calificación de privadas a las relaciones derivadas; que toda intervención imperativa del Poder político implica, en última instancia, la aceptación del conjunto de voluntades individuales y, recíprocamente, que el juego de ellas es posible sólo en tanto sean permitidas o toleradas por aquel; etc.

#### f/ *Naturaleza*

De acuerdo con estas teorías, el Derecho público está caracterizado por contener las relaciones (y normas e instituciones) en las que prevalece una nota fundamental de *jerarquía*, de *subordinación* de una parte frente a la superioridad soberana de la otra; mientras que el Derecho privado se califica por abarcar las relaciones (y normas e instituciones) en que predomina una nota fundamental de *igualdad*, de *coordinación* de

partes fundamentalmente iguales<sup>16</sup>. Según ellas, a través del Derecho público la justicia cumple su rol distributivo y a través del Derecho privado se desempeña en su rol conmutativo.

Las críticas que se les oponen van dirigidas principalmente a revelar la simpleza de sus planteamientos y que, se dice, además de una jerarquía formal (propia de la relación entre gobernantes y gobernados), hay en el mundo de nuestros días una serie de áreas (familia, organizaciones empresariales, etc.) donde se presenta una jerarquía no oficial pero igualmente subordinante, y no en toda relación calificable como privada ambas partes tienen el mismo grado de igualdad real; que los roles de la justicia no son tan fácilmente parcelables y toda generalización que suponga distribuir tales papeles entre diversos tipos de Derecho no pasa de ser una abstracción inexacta e ingenua; etc.

#### g/ *Función*

Según los suscriptores de esta óptica, a través del Derecho público se manifiestan aquellos aspectos en que la convivencia social exige la imposición de criterios *vinculantes* y no discutibles en razón de estar dirigidos a la satisfacción de necesidades colectivas e ineludibles; de su parte, a través del Derecho privado se exteriorizan los criterios *permisibles* para que sea posible y efectiva la libertad que constituye el sustrato de todo orden social que quiera ser viable.

A este parecer puede considerársele pariente cercano de las dos posiciones anteriores (vistas en *ej* y *l/*), por lo que le son aplicables las críticas allí consignadas, y añadirseles que la tensión dialéctica encarnada entre la satisfacción de las necesidades y el goce de la libertad efectiva constituye la variable permanente no sólo del orden jurídico sino del orden social que lo sustenta, cuya compensación permanente compromete el éxito de todo proyecto político pero no implica necesariamente una esquematización simplificada; etc.

h/ *Otros*

Con el panorama analizado en los acápite anteriores no se ha pretendido agotar el espectro de posibles criterios en cuyos goznes giren todas las clasificaciones posibles, sino, más bien, ofrecer un apretado abanico de posibles alternativas de visualización del problema. A estos vistos podrían añadirse tantos otros sin que con ello se pueda alcanzar la exhaustividad.

Lo verdaderamente importante es comprender que detrás de toda clasificación dualista hay toda una trama generalmente abigarrada y compleja (esto es, representada por la valencia simultánea de más de una de las posiciones estudiadas) que, por ello, no resulta de simple resolución por el conjunto de valores que complica.

## 2/ *Alcances de la clasificación*

Después de revisado el panorama teórico doctrinal que se despliega en tomo a la clasificación del Derecho, interesaría conocer las repercusiones de la misma y sus posibles usos, a fin de conocer cuál es el real alcance de su empleo. Algo de esto se ha visto anteriormente (en II, 1), que ahora se tratará de sintetizar.

Como se dijo al hablar de la naturaleza de la postura clasificatoria, los campos que resultan influidos de alguna manera más o menos significativa por la operación diferenciadora son la actividad legislativa, jurisdiccional, práctica (aplicativa) y doctrinal (teórica), con lo que se ve que virtualmente compromete todo el ciclo vital de la realización jurídica.

Las materias en que se manifiesta la diferenciación clasificatoria pueden comprenderse dentro de las siguientes posibilidades:

a/ en la calificación que se da a las *normas jurídicas*, conllevando ello la pretensión de un tratamiento discriminado (así se habla, por ejemplo, de que las normas relativas a la organización y funcionamiento del aparato administrativo del Estado —Gobierno— o las normas procesales son "de derecho público", mientras que las normas relativas al

régimen contractual ordinario o a las relaciones sucesorias son "de derecho privado");

b/ en la tipificación que se efectúa de las diversas *instituciones jurídicas*, como modos básicos y típicos del ordenamiento jurídico sistematizado, para invocar para unas u otras un tratamiento especializado (así, se dice que la institución jurídica del Poder gubernamental es "de derecho público" y que la del régimen contractual del mandato interindividual es "de derecho privado"),

c/ en la clasificación que se opera respecto a las *relaciones jurídicas* según correspondan a normas o instituciones de diferente tipo (así, se dice que la relación jurídico tributaria establecida entre el Fisco y los particulares o la que se establece entre dos entes conformantes de la organización estatal es "de derecho público", y que la relación contractual entre dos personas naturales es "de derecho privado");

d/ en la diferenciación de las *personas jurídicas* para invocar la aplicación de normas específicas, su ubicación en instituciones jurídicas concretas y la calificación de las relaciones en que interviniesen como parte (para lo que se dice, por ejemplo, que el Gobierno Central, los Gobiernos Locales o las Empresas Públicas son "personas jurídicas de derecho público" y que las sociedades anónimas, las cooperativas y las comunidades laborales son "personas jurídicas de derecho privado");

e/ en la separación de *competencias* para radicar jurisdicción en organismos e instancias a las que se ha asignado cometidos específicos (así, se dice que los asuntos relativos a lo contencioso-administrativo o a la revisión de los actos de la administración tributaria son materia de tratamiento jurisdiccional específico en instancias legitimadas al efecto que reciben la calificación de fueros privativos o tribunales administrativos, mientras que los asuntos relativos al Derecho civil y al Derecho comercial o mercantil son competencia de la jurisdicción o fuero común);

f/ en el *Derecho internacional*, cuando se diferencian las instituciones directamente refe-

ridas a la actuación de los Estados en el ámbito exterior al de su soberanía (Derecho internacional público) o cuando se habla de las normas y jurisdicciones nacionales aplicables a los extranjeros dentro del territorio nacional o a los nacionales que se encuentren en el extranjero y de las normas y jurisdicciones extranjeras aplicables a los mismos supuestos (Derecho internacional privado); y g/ en la construcción de la *doctrina*, cuando se trata de separar las diversas ramas del Derecho con fines expositivos, didácticos o de verificación de hipótesis de trabajo (por ello, se dice que el Derecho político, constitucional, administrativo, procesal, penal, etc., son correspondientes a la rama pública, y que el Derecho civil y el comercial o mercantil quedan comprendidos en la rama privada).

Estas vendrían a ser las principales exteriorizaciones en que el concepto de la clasificación dualista ha repercutido y repercute. En todas ellas podemos apreciar, por encima de otras consideraciones, su aplicabilidad pragmática, vale decir, su vigencia práctica, su utilidad y eficacia en el uso y manejo de la realización ordinaria del Derecho.

Por ello es que estos ejemplos se suelen esgrimir como argumentos efectivos frente a las posiciones que se aferran a la naturaleza única y universal del Derecho. Pero los principales inconvenientes aparecen no cuando se trata de constatar su real existencia, sino cuando se investiga la razón de fondo de la misma, los motivos que la originan, el real sustento teórico al que se amarran y, en fin, se trata de penetrar en el no siempre sencillo mundo conocido con el nombre de filosofía del Derecho<sup>n</sup>.

### 3/ Caracterizaciones comunes y "continuo"

Lo que se ha visto hasta aquí respecto a las clasificaciones del Derecho en general, y a las clasificaciones dualistas en particular, nos pone ante una situación muy concreta: el Derecho sería un fenómeno lineal comprendido dentro de dos extremos constituidos, en un punto, por el Derecho público

puro, y, en el punto opuesto, por el Derecho privado puro.

En el primer extremo, esto es, en el del puro Derecho público, se cristalizaría la más abstracta conceptualización del Poder, del imperio de la soberanía, estatal, caracterizada por relaciones enteramente verticales, de subordinación completa de la voluntad particular ante las normas concretamente imperativas, donde ésta no desempeña otro papel que la pura obediencia y sumisión indiscutida. En el otro extremo, en el del puro Derecho privado, se materializaría la también abstracta conceptualización de la autonomía de la voluntad particular, donde ésta cuenta con capacidad reconocida de establecer términos y alcances para regular relaciones enteramente horizontales de coordinación, y donde el Poder público aparece como un mero testigo consagrador de la validez de las situaciones que se producen por el libre juego de las voliciones individuales dadas en un campo acotado que no permite su ingerencia.

Ciertamente, esta visualización no supone que las manifestaciones del Derecho sólo puedan darse dentro de una de esas dos formas específicas, sino más bien, considera que ellas se producen en cualquiera de los puntos intermedios dentro de esa tensión bipolar. Admite que las relaciones, normas e instituciones jurídicas son matizadas y sesgadas hacia uno y otro extremo; que representan un complejo abigarrado de uno y de otro tono; o, como decía algún autor en su especialidad, no son negras ni blancas, sino grises y cambiantes<sup>18</sup>.

Un examen detenido nos demuestra que prácticamente la totalidad de los tratadistas que sostienen posturas de clasificación pluralista (tal como han quedado vistas en III, 3,c) no rechazan, ni siquiera cuestionan, la vigencia de ese *continuo*; por el contrario, lo suponen al incluir sus terceros términos de clasificación en algún punto focalizado de dicho *continuo* y siempre en relación —explícita o implícita— con los dos extremos polares, el público y el privado puros.

En este estadio de desarrollo doctrinal

nal, interesa conocer si puede avanzarse en la construcción de un Derecho Social que suponga un salto cualitativo respecto a esta caracterización lineal y continua del Derecho. Si es que este tipo, llámese así, de Derecho no puede constituirse en una alternativa que supere la conceptualización monofásica relatada. En otras palabras, si no ha llegado el momento de comprender que el fenómeno jurídico no puede quedar circunscrito a su ubicación en un término intermedio entre el puro estatismo (en su versión histórica actual) y el puro individualismo. Y esto más claramente si se percibe que la representación estatal vigente no es propicia para encarnar los nuevos intereses que se identifican en el ámbito societal y que no se encuentran reconocidos en la significación que frente a ellos asume el Estado de hoy; y, paralelamente, si se logra captar que, dentro de la visualización lineal y continua del Derecho, éste se origina y concluye necesariamente en el individuo abstracto, cuya representación tampoco acoge debidamente el signo de los nuevos intereses llamados a desempeñar un rol reclamado cada vez con mayor insistencia, gravitación y urgencia.

Será, pues, necesario retomar algunos de los elementos revelados en el marco conceptual teórico para analizar si un Derecho Social significa algo más que una nueva clase a ser usada en la exposición del Derecho conocido. Y para saber hasta dónde es posible considerar su personería manteniendo los actuales parámetros de la teoría jurídica.

## V/ El Derecho Social

### 1/ Posición epistemológica y conceptual

Antes de ingresar al estudio de las implicaciones que el concepto de Derecho Social representa frente a la clasificación bipolar dualista y en relación al entorno del ordenamiento jurídico, convendría replantear algunos puntos para ayudar a tomar conciencia de la situación en el avance del trabajo principiado.

Se ha visto inicialmente que la doc-

trina en el Derecho, además de desempeñar un rol posterior al dato jurídico como elemento auxiliar en el proceso de elaboración de análisis y de síntesis, puede jugar un papel decisivo en la anticipación de dicho dato jurídico. Esto es, ayuda también a la previsión del funcionamiento de las normas, de su significación, de sus alcances, de su vigencia, de su aplicación y, en suma, de la realización de las instituciones o relaciones jurídicas (ver, al respecto, I, 1).

Se ha visto también cómo es posible —y ahora podríamos señalar hasta necesario— que sea a través de la doctrina que la categoría conceptual del Derecho Social adquiera una entidad jurídica de significación y se constituya en alternativa en el teatro de las relaciones sociales (ver I, 2).

De otra parte, se ha examinado (en II, 1) la mutua implicancia sustantiva que se da entre la conceptualización del Derecho y del Estado, y de qué manera el cambio que se opere en uno de los dos términos conlleva la alteración del otro. Se estaría tratando, así, de pronosticar el modo y la magnitud en que la introducción del concepto de Derecho Social pueda estar respondiendo a una transformación actuada en el ámbito de operación del Estado o, visto desde otro ángulo, la forma y alcances en que dicha introducción pueda estar implicando una transformación en el significado del Estado.

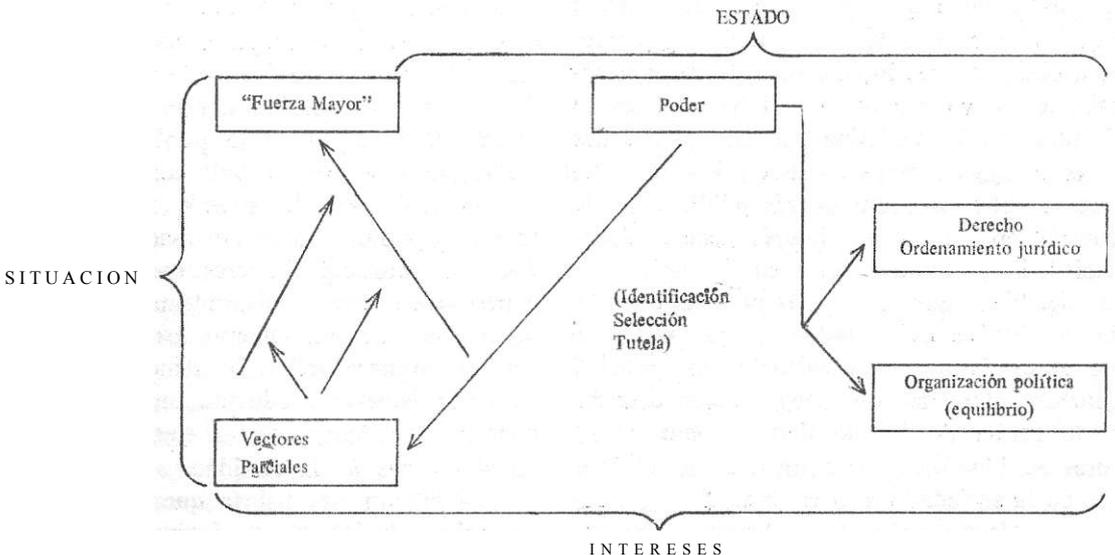
Igualmente se han analizado los diversos elementos que interactúan en la configuración estatal, habiéndose seleccionado como instrumentos útiles y eficaces en el nivel de elaboración conceptual los siguientes: a/ la presencia, identificación y reconocimiento de los *intereses* como base o sustrato de la construcción conceptual jurídica y política; b/ la variedad o heterogeneidad de tales intereses en términos de magnitud, orientación o intencionalidad, y su propensión al *encuentro* mutuo (en forma de conflicto, compatibilización o composición) en orden a la configuración de una "fuerza mayor" resultante que verdaderamente los signifique y represente;

- c/ la conformación, como resultado de ello, de una *situación o estado* de cosas, caracterizada por la tendencia a guardar un equilibrio relativamente inestable;
- d/ la consecuencia de que, para los efectos de mantener dicho equilibrio relativamente inestable, se atribuya y se ejerza un determinado *Poder* dentro de los modos y alcances en que el mismo sea reconocido o tolerado por las fuerzas representativas de los intereses predominantes;
- e/ el comportamiento de dicho Poder, que implica la identificación de algunos intereses que requieren de una *tutela* específica de cara al mantenimiento y desenvolvimiento de la situación configurada; y
- f/ la producción de un cierto *orden (o Derecho)* dirigido a cautelar los intereses que se desea permitir o enfatizar en el juego social, el cual estará investido de las notas fundamentales que se debaten en el plano de las relaciones de las personas y grupos sociales (ver el siguiente gráfico).

sentan en el terreno de la relación social, frontación permanente con las nuevas realidades reclamando para sí un nuevo tratamiento y el reconocimiento de su vigencia predominante. Estos nuevos intereses (insurgidos como consecuencia de las transformaciones y avances que se operen en los fenómenos económicos y primariamente sociales) revestirán especial significación para lo jurídico en cuanto su reconocimiento sea necesario para asegurar el mantenimiento del equilibrio y convivencia sociales y el desenvolvimiento político en consonancia y proporción respecto a los nuevos tipos de relaciones generados.

Frente a esta situación (como también se vio en II, 3) el Derecho opera mediante la asignación de la tutela de los nuevos intereses, expresada mediante la protección coercitiva del aparato del poder en la definición cotidiana de la realización de los valores jurídicamente sancionados (esto, es la justicia, el orden, la seguridad, la libertad) según le vengán siendo dictados por la vi-

GRAFICO



Dentro del marco diseñado (especialmente en II, 3), cabe admitir la insurgencia de nuevas categorías de intereses que se pre-

gencia de una ideología determinada en condades.

Por ello el Derecho habrá de cam-

biar, en la medida que también cambia el Estado cuando se altera la situación o el ámbito de desenvolvimiento de las relaciones sociales (reparar II, 4 y II, 5), produciéndose una interacción de doble sentido entre la realidad que condiciona el desarrollo de aquellas relaciones que en su conjunto componen lo que se entiende como realidad social.

Dentro de estos supuestos, procede examinar la vigencia de esta posición frente a la estudiada clasificación dualista del Derecho y al entorno general del ordenamiento jurídico.

#### *a/ Posición frente la clasificación dualista (Derecho público-Derecho privado).*

Se trata, aquí, de profundizar en el estudio de la implicancia que el marco antes repasado reviste frente a la clasificación dualista del Derecho, según la cual dentro de éste se distingue una manifestación pública y otra privada.

Conviene, en primer lugar, analizar hasta qué punto dentro de esta clasificación dualista se está tipificando adecuadamente el interés público. Dicho de otra forma, hasta qué extremo lo que se recoge como "interés público" corresponde a una realidad operante u obedece, más bien, a una abstracción nominalista cuyo contenido real ha sido objeto de una erosión paulatina que, hoy, podrá dar lugar a una distorsión desnaturalizadora. Lo que se entiende como interés público, ¿es la correlación directa del interés general de la sociedad (o, como se dice en doctrina clásica, del bien común), o, más bien, es el reflejo del interés del Estado (lo que no supone necesariamente equivalencia conceptual)? ¿Puede entenderse que, hoy, lo que determinada forma de Estado define como *su* interés se identifica forzosamente con el interés de la sociedad en su conjunto?

¿Hasta qué punto el Estado en su versión actual está realmente en condiciones de traducir fielmente lo que constituyen las necesidades sociales que se encarnan en el concepto de interés público? ¿No es, acaso, que la forma en que actualmente opera el Esta-

do, dentro del determinado papel y sentido que se le atribuye, lo lleva a observar una suerte de autonomización frente al dictado de los reales intereses sociales, según las reales necesidades sociales?

Luego, sería preciso averiguar hasta dónde esa peculiar forma de entender el "interés público" está efectivamente recogiendo la aparición de los nuevos modos de necesidades e intereses sociales y también hasta dónde la particular constitución del Estado es susceptible de adecuarse para dispensar a estos el tratamiento apropiado. En otros términos, si puede admitirse que esos nuevos intereses y necesidades lleguen a sentirse reconocidos tanto en el tratamiento que le es dispensado por el Estado cuanto en el Estado en sí mismo.

Igualmente, se haría necesario preguntarnos cuál es la real diferencia conceptual o el grado de separación existente entre lo "público" y lo "privado" tal como viene siendo definido; si es que no es constatable que la caracterización de lo público se efectuó inicialmente a partir de lo privado (por negación, separación, o exclusión: "es público lo que no es privado ..."); si es que, en definitiva, en la concepción bipolar del Derecho clasificado no hay sólo un problema de escalas y proporciones, por haberse constituido el concepto de lo público a imagen y semejanza de lo concebido como óptimo de la proyección privada; si es que tras el manto de lo público no se involucraron en realidad muy precisos intereses correspondientes a personas o grupos históricamente dominantes que no son precisamente los que ahora se encuentran necesitados de atención preferencial, por haberse producido una revisión de conceptos fundamentales en contrastación con las demandas de la realidad.

Finalmente, habría que indagar si la naturaleza de los nuevos intereses (y la respuesta a las nuevas necesidades) es materia de inserción posible dentro del *continuo* comprendido entre los extremos polares "públicos" y "privado" en sus manifestaciones actuales o si, más bien, no representa una ma-

teria cualitativamente diferente. Dentro de esta misma línea de cuestionamiento, se tendría que pensar si no es concebible con mayor propiedad una forma de tratamiento radicalmente alternativa, que afecte la base misma que sustenta dicho *continuo* a fin de que constituya un vehículo más eficaz para la expresión, atención y tutela de los intereses y necesidades de nueva aparición<sup>19</sup>.

En resumen, es preciso revelar la verdadera naturaleza de la clasificación dualista. La visualización de dos márgenes extremos para comprender dentro de ellos toda la fenomenología jurídica nos conduce a ver que el campo acotado (entre el puro ejercicio del Poder de imperio o soberanía estatal y la pura autonomía de la libre voluntad) tiene un mismo fondo y una misma direccionalidad. La calificación del Derecho, así, no es más que un ejercicio metodológico pero no podría llegarse a considerarla un instrumento válido que permita su manejo para la interpretación y aplicación de soluciones jurídicas adecuadas a los nuevos intereses y a las nuevas necesidades. Estos y éstas requieren de otra lógica, implican un salto de calidad, reclaman una reformulación del universo de conceptos que se dicen comprendidos en la descripción teórica general del Derecho tradicional.

#### b/ Posición frente al entorno del ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico reproduce dentro de su entidad sistemática las mismas notas y los mismos caracteres vistos anteriormente. En cierto modo, lo adjetivo-herramental (metodología clasificatoria) sigue la misma suerte y camino que lo principal (orden -irídico), impregnado de todos los juicios de valor propios de la ideología jurídica formada en su contorno, y que le sirve de *habitat* o, si se quiere, de caldo de cultivo.

En el ordenamiento jurídico (entendiéndose como el sistema ordenado en que se plasman los principios integrantes de lo jurídico expresado a través de normas, prácticas, decisiones jurisdiccionales y jurisprudencia-

les y opiniones de dogmática) hay un punto de referencia inevitable para una genuina interpretación de su naturaleza: el conjunto de relaciones de las que derivan las genéricamente denominadas instituciones jurídicas.

Desde un punto de vista lógico-jurídico, estas relaciones de primer grado o de base dan lugar a la expresión de principios y sistemas normativos y jurisdiccionales que ordenarán, tolerarán o prohibirán determinadas conductas o comportamientos a través de mecanismos sancionadores de premio (legalidad, oficialidad, validez) o castigo (ilegalidad, punidad, ineficacia, nulidad, anulabilidad, condena). En un segundo momento, los citados principios, sistemas y mecanismos reguladores condicionarán o determinarán la producción o impedimento de las conductas y comportamientos contemplados. Queda así completado el circuito de ida y vuelta que es propio del mundo jurídico, dentro de la perspectiva de nuestro análisis.

Esa lógica jurídica se refleja en instituciones que hilvanan la *praxis* jurídica con la teoría en la que se encuentra tramada la vigencia de un determinado orden de ideas (ideología). Hay, pues, entre la teoría y la práctica jurídica un cordón umbilical de alimentación y retroalimentación permanente.

Si, como hemos visto en el punto anterior, en el terreno de la abstracción clasificadora se aprecian notas y caracteres tipificadores de un *continuo* de naturaleza básicamente uniforme, esto no solamente responde a la realidad que así lo dicta, sino que, su vez, ésta resulta condicionada —cuando rio determinada— para que la previsión de su desenvolvimiento esté sujeta a igual patrón de referencia, a las mismas reglas de juego.

Como tendremos oportunidad de ver en el punto siguiente, en la construcción práctica de la realidad operativa jurídica se distinguen impresos idénticos caracteres a los previstos en la elaboración dogmática. Por ello se considera conveniente descender a la observación directa del funcionamiento real de las instituciones jurídicas, a fin de demos-

trar la forma en que la polarización público-privada está respondiendo a las notas acusadas, dentro de la que sólo puede darse una única vía de tratamiento jurídico a la realidad social. Más adelante hemos de demostrar cómo esa única vía posible dentro del ordenamiento jurídico tradicional no es susceptible de ser ajustada al tratamiento de las nuevas realidades (intereses, necesidades) ni de los nuevos valores que comienzan a insurgir en una sociedad en cambio.

Así, podremos concluir en la necesidad de formular vías alternativas de construcción jurídica que hagan coherente la trama inicial de nuevas relaciones con el tratamiento que les es dispensado desde el sistema u ordenamiento jurídico a fin de que éste se convierta en sustento y promotor de una nueva forma de interacción social y humana.

## 2 *¿Antecedentes legislativos del Derecho Social*

Intentaremos, en un primer momento, un análisis de las fuentes y referencias legales. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo no encontramos aún elementos suficientes. Tenemos, por el momento, tan sólo el conjunto de expresiones contenidas en la Exposición de Motivos, que, en su oportunidad, fue sometida a debate público junto con el Anteproyecto de Decreto Ley de Empresas de Propiedad Social<sup>20</sup>. Nos referimos, pues, a ella dentro de la validez que la hermenéutica jurídica atribuye a la interpretación histórica de los antecedentes próximos o inmediatos.

En la citada Exposición de Motivos se hace la primera referencia al Derecho Social en nuestra historia legislativa. La alusión que allí se hace tiene los siguientes alcances:

a/ llega a la denominación de Derecho Social, de primera intención, por la caracterización de las "*personas jurídicas de derecho social*" (las empresas de propiedad social) confrontándolas con las de derecho público y derecho privado (ver IV, 2, d); más adelante se referirá a otro criterio diferencia-

dor (ver este mismo acápite V, 2, c,v.);

b/ Señala que la tradicional distinción entre Derecho público (*que regulaba la acción, normas y relaciones del Estado dentro de la sociedad*) y Derecho privado (*que regulaba las relaciones entre las persons en función de sus intereses particulares o individuales*) "*tiende a desaparecer dentro de la doctrina jurídica actual*". Sin embargo, a este respecto es interesante anotar:

i/ que no señala el fundamento de tal apreciación, ni las consecuencias que se derivarían de la misma, en caso ser exacta;

ii/ que parece haber llegado a la tipificación del Derecho público a través del criterio proporcionado por la teoría de la diferenciación de los sujetos (ver IV, 1, b);

iii/ que, en cambio, parece haber tipificado al Derecho privado usando el criterio propio de la teoría del interés o de los intereses (ver IV, 1, a).

c/ expresa que, si bien "*desde un punto de vista genérico todo derecho es social, pues es de y para la sociedad*" en lo específico 'el Derecho Social' comprende todo ordenamiento jurídico que reúne las siguientes notas: 1/ "*defiende al débil frente al fuerte*"

Este criterio, por sí mismo, no es mayormente indicativo, pues todo Derecho, incluso el tradicional, admitirá este aserto como premisa. Sin embargo, alguna conclusión puede extraerse de este punto, aunque de modo indirecto: el Derecho tradicional tiene por sentido como axioma que "todos son iguales ante la ley". Esta afirmación puede envolver una falacia en tanto se confunda —como frecuentemente se hace— la exposición de un postulado finalista correspondiente al mundo del 'deber ser' con la presentación de una verdad actual correspondiente al mundo del 'ser'<sup>21</sup>. Todos sabemos que en nuestro mundo —y, particularmente, en nuestro país— no todos son iguales en el campo de las necesidades, de las satisfacciones, de los intereses. Por tanto, tampoco pueden serlo ante la ley o el Derecho. El Derecho, para poder cumplir a cabalidad su papel de vehículo de realizaciones sociales, ha de partir de la admi-

sión de esta última categoría y tratar a las personas y grupos de modo diferenciado no sólo porque son, de hecho, desiguales, sino también para que no continúen siéndolo. De otro modo, al dispensarles un trato supuestamente igualitario, sólo estará consagrando la validez y permanencia de un determinado *status quo*. Es en este sentido que, al propugnarse que el rol del Derecho Social es proteger al débil frente al fuerte, se está introduciendo un elemento valioso para la modificación de la ideología jurídica, cuyas perspectivas trascienden la esquemática formulación del principio,

ii/ *"trata de resolver la normalidad jurídica mediante la justicia"*

De la misma forma, este principio por sí mismo no es suficientemente revelador de una determinada intencionalidad. Todos los ordenamientos jurídicos no sólo lo han propuesto como base de razonamiento sino que lo utilizan como motor de su dinámica. El *quid* del problema radica en la definición que se dé a la justicia. Si se identifica este término —como lo podría hacer una mentalidad puramente positivista— con la vigencia efectiva del ordenamiento jurídico, poco se puede avanzar en el terreno conceptual, pues para tender a la realización de la justicia bastaría con asegurar la efectiva realización de las leyes vigentes. De otra parte, la imprecisión y vaguedad implícitas en la descripción de un valor como la justicia, respecto al cual los filósofos no aportan definiciones universales, hace que coa él se incorporen una serie de caracteres generalmente atribuidos al Derecho como fines propios: seguridad, orden, pacificación, etc. Si a ello agregamos la referencia al contexto ideológico en que se sentó como postulado jurídico, llegamos a encontrar que el pensamiento liberal llevaba a afirmaciones que, como la de Goethe ("prefiero cometer una injusticia a tolerar el desorden") explican los reales alcances dentro de los que se entendía y aceptaba la relación justicia-Derecho. Por ello la referencia a la justicia como factor primario de la normalidad o desenvolvimiento jurídicos no dice

mucho por sí misma si es que no se propone con ella una definición pormenorizada del valor justicia.

iii/ *"surge del problema social"*

Esta nota nos ubica en un punto de referencia histórico y social más concreto. El *problema social* nos refiere al fenómeno definido a partir de la revolución industrial y el aparejado surgimiento de las masas de trabajadores que intercambian su fuerza de trabajo con el salario proporcionado por los titulares de los medios de producción, quienes retienen el excedente obtenido en el proceso productivo. Este fenómeno es conocido como "problema social" en las disciplinas sociales, y el Derecho le dispensó atención a través de una de sus ramas de mayor desarrollo en este siglo: el Derecho del trabajo o laboral que, incluso, llegó a ser denominado por algunos tratadistas como Derecho social (ver III, 3, c). No está de más precisar que puede encontrarse una sustanciosa diferencia en este planteamiento, pues si bien es admitido que el Derecho del trabajo o laboral nació *para* atender la problemática de conflicto de intereses originada por el problema social, es distinta la nota atribuida al Derecho Social según la Exposición de Motivos analizada, que señala que éste surge *del* problema social, implicando así no sólo la admisión de la subsistencia del mismo en la realidad peruana contemporánea sino también que requiere de un tratamiento alternativo al que le dispensa el Derecho tradicional (incluyendo al Derecho del trabajo o laboral). Esto, que se entenderá más claramente cuando se relacione esta nota con las demás, se explica en tanto el Derecho del trabajo o laboral, al estar inmerso en todo un orden jurídico impregnado de ciertos valores encadenados en su ideología referencial, plantea modos de solucionar los conflictos de intereses derivados del hecho del trabajo, considerado desde el punto de vista individual y desde el colectivo, que no escapan de los parámetros derivados del marco general. Así, mucho se ha dicho y escrito acerca del papel jugado por esta sub-rama del Derecho en cuanto a

su relación con la justicia conmutativa y distributiva y mucho también se ha discutido en torno a su pertenencia a la clasificación de privado o público pues, si bien nadie discute que el origen corresponde al primero de estos tipos, la progresiva colectivización del hecho del trabajo y el acrecentamiento de la "función tuitiva" que lleva al Estado a proteger especialmente a la parte más débil de la relación laboral mediante reglamentaciones de orden público hacen que muchos lo consideren como el segundo tipo (público). Sin embargo, nadie puede discutir que su *rectitudo* y las soluciones jurídicas que propone como regulación de los intereses confrontados en el hecho del trabajo no escapan de las notas básicas de todo el orden del que forma parte, esto es, del entorno del sistema tradicional, iv/ *"se concibe como contrapuesto al derecho individual"*;

Esta nota, que debe entenderse íntimamente vinculada a la anterior, clarifica más el panorama. Más aún si, como se ha visto anteriormente (IV, 3), el *continuo* en que se plantea la clasificación público-privado enfatiza de manera real aunque inconsciente el origen y finalidad individualistas del Derecho tradicional. Esta nota, pues, viene a indicar que el Derecho surgido del problema social ha de ser contrapuesto a una solución individualista, vale decir, contrapuesto a la forma o modos de solución propuestas por el Derecho tradicional. Ello implica no sólo la revisión integral de éste en cuanto a la forma en que ha venido encarando el problema social, sino también y fundamentalmente que la tutela y protección derivadas de la aplicación del Derecho a esta realidad social ha de inspirarse en valores contrapuestos a los del individualismo. Con ello se estará denotando la reorientación del ordenamiento jurídico hacia soluciones no individualistas, lo que supone modos de solución primariamente solidarios que enfatizan el aspecto de compromiso de destinos comunes que se dan para los sectores o masas a que afecta el problema social por el hecho de la realización colectiva del trabajo como fenómeno

de incidencia general en la sociedad, No puede dejar de considerarse aquí que de los tipos de solución que se propongan para el conflicto de intereses producidos en torno al hecho del trabajo depende no solamente la configuración de algunas instituciones jurídicas primarias (como es la propiedad) sino también los caracteres básicos del orden jurídico general.

vi/ *"concilla e integra los principios de la justicia conmutativa y distributiva que fundamentan la distinción entre derecho privado y derecho público respectivamente"*

En cuanto a esta nota, cabe señalar, de una parte, que introduce un criterio más de distinción entre el Derecho público y el Derecho privado (adicional a la ya vista en V, 2, a), y que la misma correspondería a lo estudiado en IV, 1, f. De otra parte, la diferencia que aquí se subraya entre la justicia conmutativa (por la cual se mantiene el equilibrio equitativo de correspondencias en las relaciones entre iguales) y la justicia distributiva (por la que se contempla que aquello que es dado para distribuir entre quienes están subordinados a superiores debe hacerse reconociendo a cada uno lo que le corresponda) se remota hasta el pensamiento escolástico que establece y explica esta dicotomía. La referencia de la nota, en el sentido que ambas manifestaciones de la justicia son conciliadas e integradas dentro de la noción del Derecho Social, no es del todo clara, ya que la conciliación supone una previa contraposición de contenidos, de finalidades o al menos de intenciones; y la integración de ambos conceptos contrapuestos —para efectuarse— debería contar con una base indicadora igualmente previa de los aspectos que se seleccionan y de los que se prescinde en cada uno de ellos. Sin embargo, la razón de haberse consignado parece obvia: se reconoce que la realización de la justicia en un plano horizontal puede no ser consistente con la realización de la justicia a través del ejercicio de la autoridad y que, en tales casos, debe optarse por una vía que arregle las posibles discrepancias y que integre aquellos as-

pectos que sean más eficaces para que la justicia (que, en definitiva, en una sola) sea tal y no la simple consecuencia lógica de la extensión de criterios primordialmente dogmáticos. Como se vio anteriormente (V, 2, c, ii), el único itinerario valedero está constituido por los alcances de la definición del valor justicia frente a una realidad concreta,

vi/ "*(constituye) un nuevo derecho que responde a razonamientos distintos, a principios distintos*"

También esta nota es sumamente reveladora. Plantea que el Derecho Social es *nuevo*, es decir, distinto a lo que antes se conocía como tal. Para que esto no se quede en el margen de lo puramente declarativo, habrá de implicar la reformulación de todo un sistema de concepciones, de mecanismos, de valores y de categorías que sustentan lo que en la actualidad se conoce como orden jurídico. Como sería ingenuo pensar que este *nuevo Derecho* sustituye por sí mismo y en un solo acto todo el orden preexistente, el planteamiento correcto debe ubicarlo, en un primer momento, como una fórmula jurídica sistemática y coherente que sea alternativa a aquél. Solamente después de que el nuevo sistema de ideas y mecanismos praxeológicos se consolide y, por su aplicación, resulte impregnando el vasto campo de las relaciones sociales, podría hablarse de un nuevo Derecho que, en desplazamiento del anterior, vaya formando un nuevo orden jurídico.

vii/ "*(constituye un nuevo Derecho) que responde a las necesidades de la libertad y de la justicia social*"

La presente aseveración replantea la vieja achá supuestamente antitética entre la realización de la justicia y la práctica de la libertad. Se supone que todo énfasis que se ponga en esta última por parte del Derecho, representa dejar librado poco menos que al 12ar y diferir en el tiempo el logro de aquella otra. Para este razonamiento se dice que, si en la realidad actual la justicia es aún un •i'or inaccesible para muchos sectores y estratos sociales (fundamentalmente por las

profundas desigualdades subsistentes), el hecho de hablar de libertad resulta puramente ideal, ya que la misma sólo será efectiva y tangible para algunos, y otros —los más— verán en ella tan sólo una quimera. Por ello mismo algunos hablan, con propiedad, de que el Derecho ha de preocuparse sobre todo de liberar a muchos (esto es, a ponerlos en condiciones de ser realmente libres) antes de entregarlos al mejor juego de la libertad<sup>22</sup>. Este proceso de liberación, que conduce a que los hombres y los grupos sean cada vez más libres, y, principalmente, que sean cada vez *más igualmente libres*, está íntimamente vinculado con el principio de la justicia social, cuya formulación es también tan conocida como antigua. La justicia social representa el punto en que se satisfacen las necesidades sociales de justicia con las aspiraciones sociales de libertad; donde se conciba el mundo de las necesidades con los ideales de las libertades; donde, en fin, no se considera a una sociedad como justa hasta que todos sus miembros! (y no únicamente algunas de sus partes) vean en su modo de vida la justicia como realidad y ya no sólo como destino remoto e inalcanzable. Este último carácter atribuido al Derecho Social nos engrana con estos conceptos y con otros que pueden derivarse sobre el tema.

Intentaremos, en adelante, hacer el boceto de las bases preliminares del concepto, naturaleza, caracteres y contenido del Derecho Social a partir de su comparación con lo correspondiente para el Derecho público y privado, por considerar que este camino es uno de los pocos que metodológicamente quedan abiertos para el procesamiento de una materia como la presente.

### 3 /Naturaleza del Derecho Social

Al entrar en el estudio de la naturaleza del Derecho Social es necesario dejar constancia de que el mismo es más una búsqueda que un encuentro de una realidad dada. Y se trata de una búsqueda que no está inspirada en una inquietud puramente dogmática como tampoco en el refinamiento pro-

pió de la sutileza doctrinal. Es un empeño que se acomete a conciencia de su riesgo y de su precio, pero que está animado por la vivencia de una necesidad que no admite postergación: el Derecho es un instrumento para la solución de los problemas humanos y sociales y ha de adaptarse a las modalidades con que ellos se presentan, y no al revés.

No se trata, en consecuencia, de un simple propósito de encontrar salidas "lógicas" a materias que no encuentran un lugar en la exposición actual del contenido jurídico. Se trata, sobre todo, de conocer la capacidad y el ritmo de adecuación del Derecho en la realidad a la que debe servir. Tampoco se trata de satisfacer un prurito metodológico (encontrar una nueva clasificación que sirva de "comodín" a realidades complejas), sino, por el contrario, de que estas realidades complicadas reflejen, en el Derecho un tratamiento diferenciado en cuanto lo merezcan.

Son pocos aún los autores que han tratado con profundidad el tema del Derecho Social y su inserción dentro de la dogmática jurídica. Podemos decir que, hasta el momento, tal empeño no ha sido acometido suficientemente por ningún tratadista nacional. Los exponentes disponibles son extranjeros y, más precisamente, europeos, por lo cual se encuentran incorporados en el análisis existente diversos elementos integrantes de la problemática de sus respectivas realidades. Interesa, pues, discernir lo que en ellos hay de aprovechable frente a lo que puede considerarse específico y relativo a particularidades extrañas a nuestra realidad histórica .

Un primer enfoque del Derecho Social que podemos examinar se encuentra en aquellos autores que piensan que la creación de un tipo especial de Derecho denominado como *social* obedece a la dificultad de encontrar un encuadre a diversas especialidades jurídicas dentro de la clasificación bipolar de Derecho público y Derecho privado<sup>24</sup>. Las especialidades que, a juicio de dichos au-

tores, generaron la necesidad de buscar nuevos tipos clasificatorios fueron, en un primer momento, las relativas del Derecho de familia, donde se entrecruzan notas características del Derecho privado con caracteres de protección de un nivel elemental de integración social cuya tutela es considerada de orden público y, por tanto, reservada al enfoque típico del Derecho público. Según los mismos autores, a ello siguió la preocupación por las reglas relativas a las personas jurídicas, corporaciones y comunidades. Este enfoque se caracteriza por entender como *social* a lo que también puede llamarse Derecho asociativo intermedio (dentro de ellos, De Castro).

Otros autores parcelaron los campos acotables como de Derecho Social de las respectivas esferas del Derecho privado (v.gr. familia, sociedades, asociaciones privadas) y del Derecho público (v.gr. comunal, asociaciones públicas) (así, Gierke).

Por su parte, otros colocaron entre el Derecho público y el privado otro tipo que denominaron de la economía, (de la sociedad) en correspondencia a los principios de poder, de libertad e igualdad, y de organización (Dnistrianskyj).

Finalmente, otros hablaron de un Derecho de asociaciones, separado del público y del privado (Jung); de Derecho de las comunidades sociales y de sus partes (Lehmann); o, desde una perspectiva más explotable, distinguiendo Derecho de coordinación, Derecho de subordinación y Derecho de inordinación (Walz von Wessen).

Sintéticamente, podemos resumir con De Castro que una de las explicaciones válidas para este fenómeno tipificador se origina en que "el Derecho romano, se dice, identificó al Derecho individual con el Derecho privado, y al Derecho social con el Derecho público o Derecho del Estado; pero, según la concepción tanto germánica como moderna, *la sociedad no se agota en el Estado*". En lo que puede discreparse con este mismo autor es en que él concluye que "existe por ello

una frontera meramente positiva entre el Derecho público y el privado, ya que *entre ambos* queda el Derecho Social". Puede decirse, más bien, siguiendo una línea lógica que, si aceptamos la validez de la primera cita, el Derecho Social queda ubicado *más allá* del Derecho público y del privado.'

En otra parte, el autor citado, después de cuestionar el rigor de las tipificaciones que escapan de la bipartición público-privada, señala que "se denomina Derecho individual al que considera el 'humano portador de voluntad', en su relación con otros, como 'ser individual', esto es, en una relación de coordinación y no de vinculación de los sujetos, y se llama Derecho social al que ordena las relaciones del 'humano portador de voluntad' como 'ser social', como miembro de un todo superior, en una relación de inordinación (...) y de vinculación de los sujetos". Sin embargo, en el contexto general de su obra este autor manifiesta sus resistencias a aceptar la validez y el rigor de las tipificaciones del Derecho, como es la del Derecho Social, llevando Su opinión a destacar la unidad fundamental del Derecho. Ahora bien, reconoce la importancia de las posiciones relatadas en cuanto señalan "la imposibilidad de una clasificación mecánica de todas las normas conforme a los criterios de las teorías dualistas y en haber puesto de relieve la existencia de (lo que él denomina) tipos de transición, en los que aparecen unidos caracteres que se habían estimado, hasta entonces, contradictorios y excluyentes".

Es Legaz<sup>25</sup> quien sistematiza adecuadamente los grandes órdenes comparativos al establecer que el Derecho público, el Derecho privado y el Derecho Social se diferencian respectivamente en cuanto a las relaciones que regulan (de subordinación; de sujetos iguales e independientes; de miembros de una comunidad integrada); en cuanto al aspecto que acentúan (autoridad; derechos; solidaridad); y en cuanto al fin fundamental que protegen (autoridad y organización; libertad individual; solidaridad y colabora-

ción para el bien social).

Entre todos los autores que se han dedicado al estudio del Derecho Social cabe destacar de modo muy especial a Georges Guvitch<sup>26</sup>. Parte del pensamiento de este autor francés ha sido sintetizado y sistematizado de manera importante por Legaz<sup>27</sup> quien señala que "sus investigaciones se centraron en torno a la idea y la realidad del 'Derecho Social', cuyas primeras manifestaciones encuentra en la teoría yusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, en el krausismo y, modernamente, en el 'Derecho libre' y en la doctrina de la institución de Hauriou".

Según Legaz, para quien Guvitch "no es un 'jurista' sino, inicialmente, un filósofo del Derecho y, al final de su carrera, un sociólogo", la base del pensamiento de este autor se centra en su antiformalismo, antiestatismo y pluralismo. La "concepción jerárquica y autoritaria imposibilitó, a juicio de Guvitch, la comprensión de la realidad social del Derecho al margen de su referencia al Estado".

Guvitch parte de la distinción de "dos planos de la sociabilidad: la sociabilidad directa y espontánea y la sociabilidad organizada y reflexiva. La sociabilidad espontánea se manifiesta por estados inmediatos de psiquismo colectivo y por conductas colectivas en forma de prácticas consuetudinarias o de actos colectivos de innovación y creación" (así "la capa más profunda y radical de la experiencia jurídica está en el 'Derecho intuitivo'"); la sociabilidad organizada, por el contrario, se refiere a "conductas colectivas cristalizadas en esquemas colectivos que resisten a la espontaneidad móvil del psiquismo colectivo y que sirven de modelos previamente fijados a conductas (...) jerarquizadas y centralizadas".

De un diagnóstico operado en el terreno del Derecho vigente se concluye en que el mismo se desenvuelve en el plano de regulación de relaciones interindividuales que son las de *coordinación* así como de *subordinación*.

En las primeras, el papel del Derecho "se basa en la desconfianza". Dentro de él se perciben funciones de alejamiento (cuando las pretensiones de los sujetos son mayores a los deberes que se les impone: caso de la propiedad), de acercamiento o aproximación (caso de las donaciones, concesiones unilaterales, conciliaciones extracontractuales) o mixtas (caso de los contratos en general, del cambio, del crédito, de las promesas y compromisos). Se trata, en suma, de "un Derecho de guerras, de conflictos, de delimitación; pues incluso cuando aproxima a los sujetos, como en los contratos, los presupone alejados y separados". En él los derechos de unos sujetos y las obligaciones de otros que les corresponden "chocan y se limitan mutuamente"; por ello ha de recurrir a la "coacción incondicionada" para ser vigente.

En el segundo tipo de relaciones, esto es, las de subordinación, tienen en la 'organización' y en la 'autoridad' un 'ingrediente esencial', y se produce una forma de regulación "que representa la primacía del Derecho estatal" (que es también interindividual), y que sofoca la autonomía de los grupos sociales.

De la mezcla de ambos se produce una "perversión que representa el 'Derecho de subordinación', que es el Derecho social domeñado por el Estado y puesto al servicio de un Derecho individual (caso típico, el Derecho de la empresa en un régimen capitalista) (...) en la que el Derecho social de la empresa es absorbido por el 'dominio' y la 'propiedad' que, son situaciones de Derecho individual que se imponen absolutamente en ese grupo". Según Gurvitch "todo el orden capitalista se basa en estas relaciones de subordinación, por las que el Derecho social es negado a favor de las relaciones (subordinativas) del Derecho individual".

Hasta aquí la síntesis del pensamiento de Gurvitch en cuanto a la caracterización del Derecho vigente, que podríamos abochar en el cuadro 1.

Frente a este panorama, ¿qué representa el Derecho Social en el planteamiento

## CUADRO 1

- atiende las situaciones de sociabilidad organizada y es fundamentalmente interindividual.
- se ocupa de regular las relaciones de coordinación que, a su vez, pueden ser de alejamiento, de aproximación o mixtas; presuponiendo todas ellas un alejamiento o separación de los sujetos, por orientarse exclusivamente a la delimitación de sus intereses en conflicto y lucha permanente;
- se ocupa también de regular las relaciones de subordinación, propias de la participación del Estado, con sus ingredientes de autoridad y organización como elementos indispensables de la institución gubernamental;
- produce perversiones al confundir, en la regulación de determinadas relaciones, elementos propios de función coordinativa y de la subordinativa;
- es creado e impuesto por el Estado.

de Gurvitch? Tratando de sintetizarlo al máximo podrían inferirse las siguientes consideraciones:

A partir de la diferenciación de los dos planos de la sociabilidad (la organizada y reflexiva —Derecho estatal— y la directa o espontánea) centra su atención en esta última y señala que tiene dos formas: la primera de ellas es "la sociabilidad por *interdependencia* entre 'yo', 'tú' y 'él', cada uno de los cuales entra en 'relación con otros' (coordinación)" en la que "cada término de la misma afirma su independencia y relativa autonomía: yo, tú, él (...) y a la que corresponde el Derecho individual", es decir, lo que podría caracterizarse como el Derecho tradicional subsistente y prevaleciente.

La segunda forma de la sociabilidad directa o espontánea es "la sociabilidad por *interpenetración* o fusión parcial en el 'no-

sotros' (que) constituye una totalidad inmanente a los miembros, así como éstos son inmanentes a la totalidad", que "hace participar directamente en el todo a los sujetos a quienes se dirige", y en la cual, "según la intensidad de la fusión (o integración) distingue tres formas sociales:

—la *masa* —cuando la fusión es débil y no integra más que los estados superficiales de las conciencias individuales—;

—la *comunidad* propiamente dicha —en la cual las conciencias se interpenetran en un plano más profundo y más íntimo, en el que una parte esencial de las aspiraciones de la personalidad se integra en el *nosotros*, pero sin que se alcance el máximo de intensidad de esta integración—; y

—la *comunión* —en la que incluso las profundidades más íntimas del yo se hallan integradas en la fusión—".

A esta forma de sociabilidad por interpenetración corresponde el Derecho Social.

Como resumen de lo visto podría intentarse el cuadro 2.

Después de visto este contexto epistemológico de Gurvitch, que servirá como marco de referencia, pasaremos a ver la posible caracterización del Derecho Social.

#### 4/ Caracteres y notas del Derecho Social

¿Cómo podrían plantearse las bases de los caracteres que tipifiquen al Derecho Social? Podría seguirse el procedimiento comparativo respecto a las notas que se atribuyen al Derecho público y al privado, o son propias de los mismos en la forma en que se conoce de éstos.

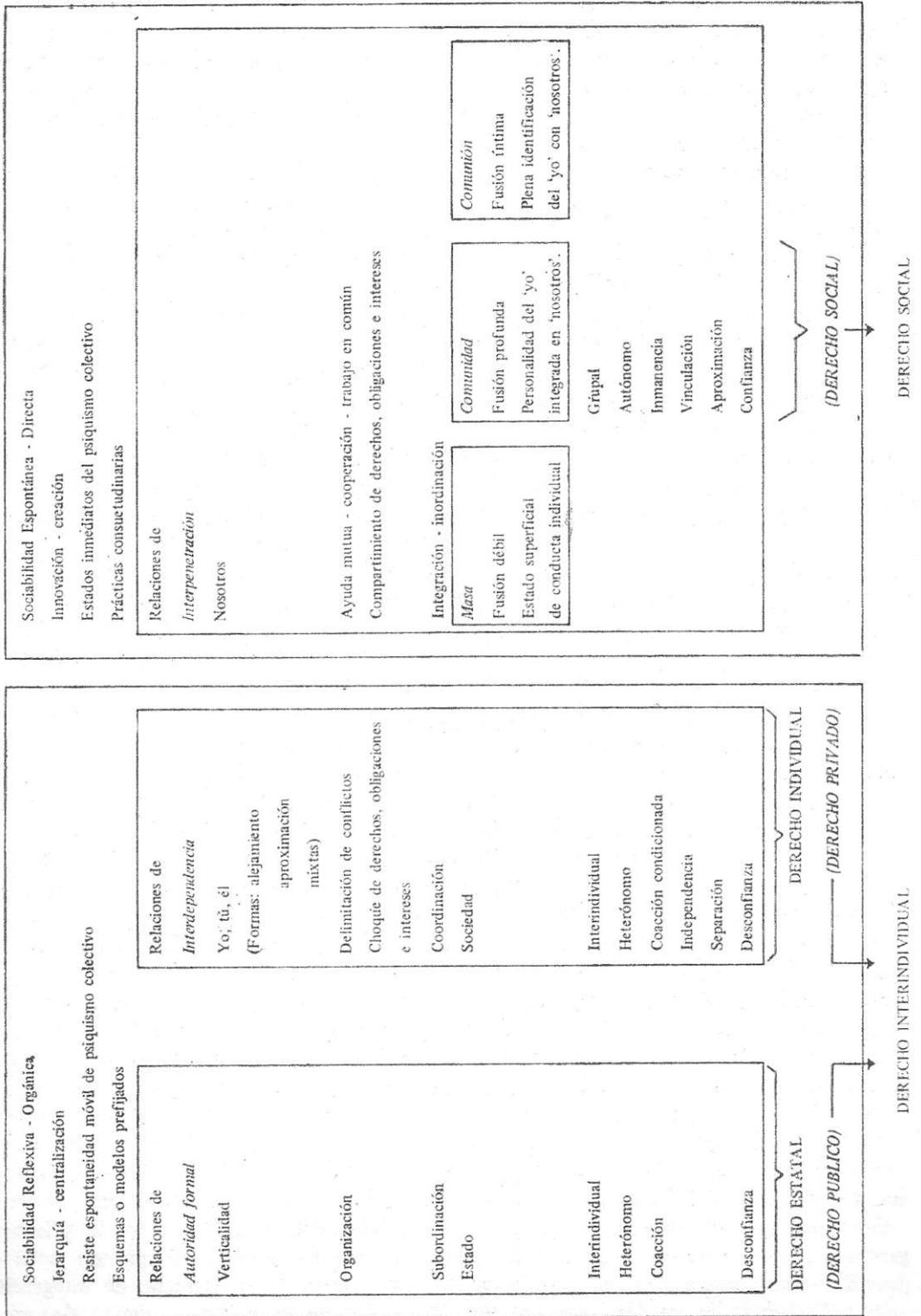
Se podría indicar, en un primer momento, que se trata de considerar el fenómeno de la sociabilidad espontánea de las personas y de los grupos sociales, como constatación de la existencia de una "capa más primaria y profunda del Derecho, que es el Derecho espontáneo de los grupos sociales inorganizados, que existe y se da con independencia y anterioridad a toda organización".

Se habría de señalar, también, que se busca dentro de la sociedad, la existencia

de ocasiones y oportunidades en que se deba reconocer categoría jurídica a la tendencia humana a la conformación grupal. Que la misma pueda no presuponer necesariamente posiciones de alejamiento y separación en la interrelación social sino, por el contrario, la inserción del 'yo' individual en las totalidades sociales de significación integrada en búsqueda de la formación de una nueva personalidad en el 'nosotros'. Que reconozca, en suma, en la solidaridad de intereses y de intenciones que se da en el desenvolvimiento social una base para la integración de personalidades dentro de grupos de nuevo significado. Que se admita la validez jurídica de la acción social espontánea que necesita de ayuda mutua y del trabajo en común para su más adecuada representación. Que el Derecho sirva no solamente para la determinación de la solución de los conflictos interindividuales sino para la viabilización de aspiraciones integradas, para la solución de necesidades compartidas. Que los derechos reconocidos a las personas y grupos sociales no sólo se confronten y choquen con las obligaciones derivadas, limitándose mutuamente, sino que se consagre la posibilidad de que tales "derechos subjetivos y obligaciones respectivas se interpenetren y formen un todo indisoluble".

Igualmente, se trataría de buscar (en la integración de las personas y de los grupos en totalidades superiores y en su participación directa en ellas como producto de decisiones autónomas) un modo más perfecto y pleno de relación humana y social. Una vez que se reconoce que la integración o interpenetración social espontánea puede realizarse a través de varias formas, se "advierde que la comunidad representa la forma de sociabilidad más adecuada al nacimiento del Derecho, puesto que prevalecen las tendencias jurídicas (...) y porque confiere a la validez del Derecho Social la eficiencia de la garantía espontánea que da a la fuerza obligatoria de su Derecho de integración".

Se trataría, en suma, de reconocer carta de ciudadanía jurídica a las gamas de



Derecho intuitivo de los grupos que, por mecanismos diversos de psiquismo colectivo, encuentren integrados sus intereses y aspiraciones y confundan espontáneamente sus interrelaciones para darles validez ante el entorno social.

Como punto aparte de la comparación de notas de ambos Derechos (el interindividual —estatal o individual— de una parte, y el Social de otra) está el concepto de Gurvitch acerca del origen de cada uno de ellos. Este planteamiento es, en él, central pues afirma "la posibilidad de un Derecho al margen del Estado. Esto significa que no es preciso para reconocer la existencia de un dato jurídico, o, mejor dicho, la juridicidad de un dato afirmado como jurídico, indagar si ha sido establecido por un órgano estatal en el sentido técnico de la palabra y si forma parte integrante del sistema jurídico que constituye el orden estatal. El Derecho surge existencialmente en la sociabilidad, como forma de ésta, y es Derecho por representar un punto de vista sobre la justicia y encarnar en un orden que posee valor autárquico. No es preciso que el Derecho, para ser Derecho, sea 'Derecho estatal'".

Este pensamiento acusado como 'anti-estatista' (que llega a postular que la "primacía del Derecho estatal —que (también) es Derecho individual— (...) sofoca la autonomía del Derecho de integración de los grupos sociales") puede ser mejor entendido si se remite al concepto y "sentido un tanto relativo de la palabra 'Estado'. Lo que en un momento histórico dado constituye el Estado posee un contenido fluctuante, disimulado bajo la capa de una aparente permanencia y rigidez. Un Estado<sup>28</sup> es una situación de equilibrio relativamente inestable entre diversas fuerzas sociales, cuya resultante es la unidad de una voluntad política de decisión.

Ese equilibrio es hecho posible por la vigencia de un ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico es expresión de ese mismo equilibrio. Bajo cierto aspecto, la vida jurídica es una lucha entre de-

terminadas formas del Derecho —expresión del poder de ciertos grupos sociales— que aspiran a romper el equilibrio actual del orden jurídico del Estado y la voluntad unitaria de éste, que tiende ya a eliminarlas y destruirlas, ya a integrarlas y absorberlas en su seno. Sólo el nudo poder, el éxito, resuelve estas luchas y crea así nuevos contenidos estatales, pues la extensión y la intensidad que de hecho alcance una determinada forma de Derecho es lo que decidirá cuanto a su preeminencia sobre las otras y lo que, por tanto, *permitirá atribuir a una determinada situación de equilibrio el nombre de 'Estado'* con preferencia a otras situaciones".

El pensamiento anteriormente reproducido nos hace ver cuánto de fundado, pero también cuánto de relativo hay en la acusación de 'anti-estatismo' que se formula al planteamiento de Gurvitch. Lo que éste hace es describirnos una nueva visualización del término 'Estado', redefinirlo. Pero lo que resulta decisivo es el esfuerzo que practica en orden a "la comprensión de la realidad social del Derecho al margen de su referencia al Estado", a una forma concreta de Estado signada por los caracteres de jerarquía, verticalidad, autoritarismo y centralización, y, sobre todo y fundamentalmente, a un Derecho de subordinación propio de estas notas del Estado que pone las integraciones de los grupos sociales al servicio del Derecho individual, como es el caso de diversas instituciones del ordenamiento jurídico capitalista.

Sin desmerecer la validez y atractivo de los razonamientos de Gurvitch, es también digno de considerar el que propone —desde una perspectiva más 'realista'— Lissarrague al decir que "la perfección del Derecho radica en el Estado; el Derecho no emana todo del Estado, sino que cada grupo social puede tener y tiene el suyo. Pero así como el conjunto de los grupos sociales se apoya en la asociación política general, titular de las últimas instancias del poder, el Derecho de aquellos no tendría eficaz actualidad si no estuviese reconocido por el Derecho estatal"<sup>29</sup>. O, como también dice Le-

gaz<sup>30</sup>, "Derecho social es el Derecho de los grupos de estructura comunitaria, pero *también*, por lo mismo, el Derecho legislado si regula las relaciones de que se trata de acuerdo con la estructura comunitaria del grupo, o sea, como relaciones de integración".

Lo que se está discutiendo es, pues, el reconocimiento de la posibilidad de que el Estado —como producto y manifestación de una *situación*— sancione la capacidad autónoma de los grupos: sociales y consagre su validez jurídica por los mecanismos legislativos propios de su ordenamiento.

Para terminar, intentaremos una nueva comparación entre las notas del Derecho entendido como 'interindividual' (sea estatal o individual) frente a las que hemos visto como inherentes al 'Social\*' (cuadro 3).

cerrada organización clasista de la sociedad tradicional (...) Se implanta con un criterio revolucionario, o, al menos, reformador. El ingrediente de transformación radica en los fines perseguidos, en el estado de cosas que remueve y en las nuevas realidades con que ha de enfrentarse. Por otra parte, un determinado derecho se acota como social en las es de transición o comparativamente. Da a entender que no todo el derecho es social en igual sentido o con el mismo alcance; no porque en sí no pueda serlo, sino porque la socialización se afronta parcialmente o por zonas. Así se observa de modo particular en ciertas sociedades capitalistas, bien por obra de la evolución, bien como contrapunto al conservadorismo en otros aspectos. El carácter fraccionario con que se muestra el 'de-

CUADRO 5

Derecho estatal – individual (público-privado)	Derecho Social
<ul style="list-style-type: none"> <li>— atiende sociabilidad organizada</li> <li>— fundamentalmente interindividual</li> <li>— regula relaciones de coordinación</li> <li>— regula relaciones de subordinación</li> <li>— exclusivamente heterónomo (creado e impuesto por el Estado)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— atiende sociabilidad espontánea</li> <li>— exclusivamente social</li> <li>— regula relaciones de integración</li> <li>— origen autónomo de los grupos sociales de intereses integrados</li> </ul>

##### 5/ Apéndice: Pronóstico crítico

Como trama de un pronóstico crítico sobre el desenvolvimiento del Derecho Social en nuestro medio quizás sea conveniente reproducir algunos puntos señalados por Hernández Gil<sup>31</sup>: "La impulsión normativa de la socialización ha dado lugar también al llamado 'derecho social' (...) Arguye el predominio de los fines comunitarios —totalidad, solidaridad, socialización— en nombre de los cuales se introducen puntos de ruptura en la

recho social' también se observa si se considera que, frecuentemente, no afronta el total problema humano-social de la convivencia, sino más bien algunas proyecciones en ciertos grupos sociales o en regiones más o menos amplias de la sociedad".

Continúa Hernández Gil señalando que "el cambio social empieza manifestándose en la función del Estado. La socialización transforma el cometido y el sentido del propio agente. El 'Estado de mero de-

recho' sirve a las exigencias de la democracia liberal: limitación del poder, atribución de derechos subjetivos y garantía de una esfera de libertad. El decisionismo caracterizador del Estado absoluto fue reemplazado por el neutralismo propio del Estado de derecho. Y éste sustituido o perfeccionado por un Estado actuante en el logro de la democracia social, llámese 'Estado material de derecho', 'Estado justo' o 'Estado social'. Perticone, que se inclina por la denominación 'Estado justo', ve en él 'un ordenamiento que cubre íntegramente el área social como regulador de las relaciones de producción y distribución de los bienes con criterios no acogidos por el Estado de mero derecho'. Lucas Verdu contempla así el advenimiento del Estado social del derecho: 'El Estado liberal de derecho, en la actualidad, ha dejado de ser forma, neutral o inhibicionista, para transformarse en el Estado material de derecho, en cuanto adopta una política que establece la justicia social. De esta suerte, puede decirse que nos hallamos ahora ante el Estado social de derecho'. Elías Díaz (...) no se conforma con contraponer al Estado liberal de derecho el Estado social. Este último puede encubrir, a su juicio, una manifestación de neocapitalismo. La directriz auténticamente socializadora o socialista se muestra en el 'Estado democrático de derecho', el cual 'aparece así como superación real del Estado social de derecho'.

En este contexto, prosigue el citado autor, "la quiebra del liberalismo es hoy manifiesta. El proyecto vital de las personas y de las organizaciones colectivas es mucho más complejo. Por el flanco de las necesidades se escapa el postulado de la libertad. Si bien el literal acoplamiento del derecho a las necesidades de cada uno desembocaría en la negación del derecho y de la persona como portadora de iniciativa, capacidad y libertad, es evidente que no puede ser insensible la ordenación jurídica a la tutela de las necesidades en cuanto las mismas conforman la propia personalidad humana, incluso las exigencias de la libertad no quedan atendidas

con el mero reconocimiento de ésta. La libertad efectiva sólo puede darse a partir de ciertos niveles de igualdad y en la medida en que éstos no resulten destruidos (...) La libertad social no consiste en sustraerse a los otros, sino en afirmarse entre y con los otros. La libertad excluye la dominación, el sometimiento, mas no la interdependencia (...); el derecho no es la libertad de algunos reflejada en el sometimiento de otros (...); se persigue la homogeneización social, con el acceso de las masas a las verdaderas relaciones de integración".

Por su parte, Novoa Monreal<sup>3</sup> propone que "el Derecho Social presupone una más profunda socialización de la persona y la realización de valores morales más hondos, mediante la inserción de todos los hombres en la comunidad organizada bajo el signo de la solidaridad humana".

Frente a toda la perspectiva que abre en nuestro medio la presencia del fenómeno asociativo que panorámicamente ha sido examinado (en V, 2), se hace necesario intentar engarzar las características de cada una de las figuras existentes con las notas valorativas propias del modelo macrosocietal que un proceso de cambios sociales diseñe y que, sin duda ha de experimentar sucesivos esfuerzos de caracterización que perfilen claramente su identidad.

Dentro de tal proceso y de sus notas calificadoras se pueden distinguir diversos alcances que muestran, de una parte, similitudes de base, de orientación, de intencionalidad o de proyección con las características descritas como notas propias del Derecho Social; pero, de otra parte, se manifiestan diferencias más o menos sustanciales en cuanto a los mismos aspectos en algunas de las personas jurídicas asociativas afectadas. Estas diferencias determinan no sólo la configuración de un tratamiento a dichas personas jurídicas que no es acorde con lo que resultaría característico del Derecho Social, sino que también dan lugar al surgimiento de una gama de relaciones al interior y al exterior de las mismas que no se ajusta a los funda-

raentos doctrinarios examinados. A su vez, estas relaciones determinarán el establecimiento o, más bien, mantenimiento de todo un conjunto típico de instituciones jurídicas en las que son predominantes las notas del Derecho que se ha calificado como privado o público y, en algunos casos, a la mezcla indebida de ambos órdenes.

El sistema normativo, pues, —y con él el aparato legislativo y, en general, jurisdiccional— habrá de manejar con criterio selectivo y críticamente discriminatorio los tratamientos que dispense. No se trata de engrosar a como dé lugar un nuevo campo de relaciones jurídicas tipificadas como de Derecho Social. Se trata, más bien, de que éste responda en todo momento a los caracteres básicos e inexcusables que son propias de un nuevo orden jurídico que se diferencie cualitativamente del actualmente existente. En esta materia la autenticidad y el rigor que se aplique a mantener los rasgos genuinos del Derecho Social servirán más a éste que un crecimiento indiscriminado que dé cabida a distorsiones e inconsistencias.

Se puede pensar, de una parte, en la necesidad de conformar un nuevo marco normativo para las empresas y otras entidades e instancias del sector de propiedad social. Junto a ello puede incluirse el que, cada vez con mayor urgencia, se precisa para las denominadas organizaciones sociales de base, con todas sus ramificaciones y proyecciones, como puede ser el caso de las instancias de primer y segundo grado de asociación campesina, o las aplicaciones de fenómenos tan globales como aquellas organizaciones sociales de base que se previeron al momento de disponerse la socialización de la prensa. Puede también pensarse en la nueva presentación del fenómeno comunitario, especialmente en sus expresiones laborales y en sus instancias de segundo grado. O en la conjunción de intereses que se expresa a través de las asociaciones mutuales en sus diversas formas. O los fenómenos de socialización que se producen como resultado de la acción y confederación sindical o de aquellos que derivan

de la comunidad de intereses gremiales (caso de los colegios profesionales). Queda claro que lo anteriormente insinuado se expone simplemente a título de ejemplo interrogante.

Asimismo, tenemos otros campos en que el tratamiento no sólo parece ser susceptible de recibir un trato disímil sino más bien con valoraciones correctivas, como es el caso de la sociabilidad derivada de la actividad cooperativa.

En otros supuestos, nos encontramos frente a presentaciones asociativas que ciertamente no pueden cohonestarse —al menos dentro de las modalidades con que hoy aparecen— con los principios vistos como propios del Derecho Social. Es el caso de las empresas mercantiles que se insertan dentro del marco de un ordenamiento capitalista. Su vinculación con el nuevo orden social requeriría de modificaciones y alteraciones esenciales. Otro tanto cabría decirse en relación a las empresas públicas, mediante las cuales se ejerce una función productiva de bienes o servicios para el mejor cumplimiento de los fines técnico-normativos propios del Gobierno (Estado): en el momento presente tales empresas se inscriben dentro del marco jurídico y económico que es típico del sistema prevaleciente.

Lo dicho en último lugar nos lleva a una consideración final fundamental. Se ha visto de qué manera el Derecho (como ordenamiento jurídico que es elemento principal y esencial del Estado) puede entenderse como resultado o precipitado de toda la trama de relaciones económicas y sociales que se dan en la convivencia, a las que se suma el ingrediente del poder político. Se ha visto, también, de qué forma cuando estas relaciones derivadas de los intereses dados en la convivencia social presentan alteraciones, tales alteraciones se reflejarán en la mutación del orden jurídico. Pero también se ha analizado cómo es que este condicionamiento funciona en un sentido doble: las modificaciones que incorpora el orden jurídico por razón del ejercicio del Poder político resul-

tan condicionadoras y hasta determinantes de la producción de nuevos tipos de relaciones en el desenvolvimiento de la vida económica y social.

Si esta hipótesis de trabajo resultase constatada, podría verse de qué manera y en qué grado la incorporación que reciba el orden jurídico de las notas explicadas como propias del Derecho Social estarán implicando no sólo una alteración o cambio cualitativo dentro del mismo, sino también y simultáneamente una modificación en la configuración del Estado. En otras palabras, el reconocimiento derivado de la sanción jurídica a un nuevo tipo de relaciones sociales especialmente caracterizado estará implicando la conformación de un nuevo tipo de Estado.

Esto es, por sí solo, suficientemente importante como para afrontar el desafío con la esperanza que debe acompañar al desarrollo de todo proceso que pretenda ser genuinamente revolucionario.

## VI/ Conclusiones

1/ La doctrina tiene un rol de anticipación en la previsión y funcionamiento de las leyes, en la proyección de sus alcances y en el pronóstico de su vigencia, aplicación y funcionamiento. Por ello tiene importancia y es necesario trabajar en la formulación de fundamentos doctrinales en el campo del Derecho Social,

2/ Cualquier hecho trascendente desde el punto de vista social que implique una alteración de la situación existente es, en realidad, una alteración del Estado, si concebimos a éste como resultado de una situación de equilibrio relativamente estable producida por el juego de las diversas fuerzas e intereses que se dan en el plano de la convivencia social.

3/ Los cambios en el modo de las relaciones que se dan en el ámbito social, en tanto tengan implicación de alguna clase con el poder, en sus manifestaciones estructurales o funcionales, pueden ser calificadas como políticos.

4/ El orden jurídico (Derecho) ha de recibir

la calificación y tipificación que resulte aplicable a las relaciones sociales que los originan y explican.

5/ El Estado, como resultado del modo en que se definen las relaciones sociales y en que se dan y realizan los criterios dirigidos a sancionar los intereses sociales seleccionados como merecedores de tutela jurídica, al experimentar cambios implicará con ellos un cambio en la calidad del Derecho que constituye su elemento principal y esencial.

6/ La clasificación del Derecho —en rigor, aportación inicialmente metodológica— tiene proyecciones en el tratamiento diferenciado que se dispense a normas, relaciones, instituciones, personas y cosas desde una perspectiva jurídica.

7/ La clasificación del Derecho tiene vigencia no solamente en el plano de la doctrina sino también en la actividad legislativa y jurisdiccional y en el uso y la práctica jurídicos.

8/ En toda actividad clasificatoria se opera una respuesta a la posición epistemológica e ideológica del sujeto que la practica.

9/ De las actitudes y posturas clasificatorias tiene especial importancia por su predominio en la doctrina aquella que diferencia al Derecho en términos bipolares: público y privado.

10/ Detrás de la clasificación dualista y contemporánea hay una respuesta a la ideología jurídica, prevalecientemente liberal e individualista en nuestro medio.

11/ Al examinar los criterios de que se sirven quienes clasifican al Derecho en términos dualistas, se constata la aceptación de una básica unidad de tratamiento al universo examinado, y que, para ellos, la clasificación es sólo la determinación de márgenes extremos de un mismo "continuo" caracterizado por la misma base conceptual, en la cual se enfatiza y privilegia —no siempre deliberadamente— el individualismo como elemento central de lo jurídico.

12/ Frente a ello, se presenta la alternativa del Derecho Social, concebida como variante cualitativa de la epistemología e ideología jurídicas.

13/ La caracterización del Derecho Social según la escasa referencia existente del Derecho positivo es aún insuficiente y requiere de mayor elaboración y sustento doctrinal para los fines vistos en la conclusión 1/.

14/ El aparato doctrinal disponible al efecto es también, en nuestro medio, insuficiente y mayormente foráneo, lo que obliga a un especial esfuerzo de creación local para adecuarlo a los requerimientos de la realidad nacional.

15/ Mediante la vigencia del Derecho Social se trata de otorgar reconocimiento jurídico a diversas formas y modalidades de sociabilidad derivadas del fenómeno más integral de socialización apreciado a partir del llamado "problema social", que no se reconocen en el Estado formal ni en el Derecho estatal e interindividual.

16/ Con la vigencia actuante de un ordenamiento inspirado en las notas del Derecho Social se superarán los caracteres de interindividualismo propios del Derecho vigente y se eliminará paralelamente la posibilidad de considerar al estatismo como alternativa de aquel.

17/ A partir de la vigencia del Derecho Social se reconocerá la validez jurídica de la sociabilidad inspirada en motivaciones solidarias e integradas que, a su vez, se producen dentro del entorno del Derecho vigente co-

mo respuesta a las manifestaciones conflictuales inherentes al Derecho prevaleciente.

18/ La integración de los grupos y masas sociales dentro de un marco de relaciones derivadas de intereses mutuos y solidarios, de confianza y pretensiones autonómicas, encuentra en el Derecho Social un vehículo eficaz de vertebración y viabilidad.

19/ Dentro del panorama de fenómenos que se producen como resultados de la socialización en nuestro medio, se hace necesario proceder a un cuidadoso examen y selección para ubicar a cada uno de los tipos en que se presentan como materia afectada por la vigencia del Derecho Social. Por los resultados de esta operación, se producirá, de una parte, el descarte de aquellas formas que responden a planteamientos propios de la caracterización del orden jurídico (y del sistema socio-económico) tradicional; y, de otra parte, el progresivo crecimiento de un modo de relaciones sociales que se ajusten genuinamente a un auténtico orden socio-jurídico nuevo y cualitativamente alternativo. En la situación actual, esta operación se requiere con la mayor urgencia y precisión.

20/ La progresiva definición del ámbito, naturaleza, alcances y proyecciones del Derecho Social deberá traer aparejado el cambio de la naturaleza del Estado.

1/ DE CASTRO, Federico; Derecho Civil, Parte General; Tomo I, Ja. edición; Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955; pág. 572.

2/ RIPERT, Georges; Les forces creatives du Droit; 1955; pág. 81.

3/ LATORRE, Angel; Introducción al Derecho; Ariel, Barcelona, 1972; págs. 80 y 85.

4/ ENNECCERUS; Tratado de Derecho Civil; Tomo I, Volumen I, pág. 166 (citado por DE CASTRO; ob. cit.; págs. 391 y 392).

5/ KELSEN, Hans; Teoría General del Derecho y del Estado; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969; pág. 217.

6/ KOHEN, Alberto; Marxismo, Estado y Derecho;

Ediciones Centro de Estudios, Buenos Aires, 1972. CERRONI Umberto, et. al.; Marx, el Derecho y el Estado; Oikos-Tau Ediciones, Barcelona, 1969.

7/ Ver infra, V, 4 y notas (25) y (26).

8/ JIMENEZ NIETO, Juan Ignacio; Teoría General de la Administración; Tecnos, Madrid, 1975; págs. 162-165.

9/ La idea de esta comparación es recogida de exposiciones de URRUTIA, Eduardo.

10/ JIMENEZ NIETO; ob. cit.; págs. 64-66.

11/ Para la exposición subsiguiente se ha tenido muy presente el razonamiento usado por DIEZ PICALZO, Luis. Cfr. su Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho; Ariel, Barcelona, 1973; Capítulo I,

págs. 5 y ss. Igualmente, se ha partido de los mismos supuestos de análisis practicados por GURVITCH. (Ver nota (26) así como V, 3,a y V, 3,b).  
12/ Digesto, I.1.1.2.

13/ DE CASTRO; ob. cit.; págs. 76 y ss.

14/ *Ibidem*; págs. 80 y ss. Las citas que en el acápite aparecen entre comillas corresponden a este autor.

15/ *Ibidem*; págs. 86.

16/ NOVOA MONREAL, Eduardo; *El Derecho como obstáculo al cambio social; Siglo XXI, México, 1975; pág. 124.*

17/ El término "Filosofía del Derecho" es equivoco y suele inducir a confusiones. No se trata de afectar jurídicamente una parcela de la disciplina filosófica, sino más bien de calificar la actitud epistemológica que se puede sostener al enfrentarse al conocimiento de lo jurídico, en cuyo universo hay tantos elementos lógicos, metodológicos y deontológicos en juego. Ver, más ampliamente, LATORRE, ob. cit.; págs. 229 y 230.

En cuanto a otras consecuencias de la fragmentación del Derecho en público y privado, cfr. TRAZEGNIES, Fernando de; Prólogo de "La participación de la empresa de propiedad social" de BLANCAS, Carlos; *Scriptus, Lima, 1975; págs. XIII a XVII.*

18/ En su materia, JIMENEZ NIETO; ob. cit.; págs. 49 a 53.

19/ JIMENEZ NIETO, Juan Ignacio; *Política y Administración; Tecnos, Madrid, 1970; III Parte.*

20/ EL PERUANO, *Diario Oficial*, N° 9719, 31 agosto 1973. Meses después, e incorporando algunas de las observaciones recibidas, se promulgó el Decreto Ley 20598, de 30 abril 1974 (EL PERUANO, *Diario Oficial*, N° 9921, 2 mayo 1974).

Respecto a los antecedentes y alcances de la Exposición de Motivos, cfr. TRAZEGNIES; ob. cit.; págs. X y XI.

21/ RADBRUCH, Gustav; *Introducción a la filosofía del Derecho; Fondo de Cultura Económica, México, 1951; págs. 157-165.*

22/ HERNANDEZ GIL, Antonio; *Derecho de Obli-*

*gaciones; Madrid, 1960; págs. 233 y 235.*

23/ No está demás destacar aquí que el aparato bibliográfico de referencia del que puede disponerse en nuestro medio es notoriamente reducido, lo que obliga a frecuentes citas de un mismo autor así como a citas de fuentes indirectas o mediatas.  
24/ DE CASTRO; ob. cit.; págs. 95 y 96. La referencia a otros autores se recogen de esta obra. Los subrayados de las citas no aparecen en la fuente.  
25/ LEGAZ LACAMBRA, Luis; *Filosofía del Derecho; 6a. edición; Bosch, Barcelona, 1975.*

26/ Este autor tiene, entre otras, las siguientes obras pertinentes: "La philosophie du droit de Hugo Grotius et la théorie moderne du droit internationale" en *Revue de Méaphysique et de Moral; 1928.* "L'idée du droit social"; París, 1932. "Les temps présent et l'idée du droit social"; París, 1932. "Les idées maitresses de M. Hauriou", en *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique 1933, num. 1-2.* "Determinismes sociaux et liberté humaine"; París, 1935. "L'expérience juridique"; París, 1935. "La démocratie future"; "Elements de sociologie juridique"; París, 1939. "Droit, inórale, moeurs en II Congreso del Institute Internacional© du Philosophie du droit et de sociologie juridique". "Las formas de la sociabilidad"; Losada, Buenos Aires, 1941. "Sociología del Derecho"; Rosario, Córdoba, 1945. "La vocation actuelle de la sociologie"; Presses Universitaires de France, París, 1950. "Le concept du structure sociale"; Internationales de Sociologie, XIX; París, 1955. "El control social" (en *Sociología del Siglo XX, comp. con MOORE, Wilbert E.*); El Ateneo, Buenos Aires, 1956. "Tratado de Sociología"; Kapelus, Buenos Aires, 1962. "Dialéctica y Sociología"; Alianza Editorial, Madrid, 1971.

27/ LEGAZ; ob. cit.

28/ Ver anteriormente (II), y en especial (II, 2).

29/ Citado por LEGAZ; ob. cit.; pág. 466.

30/ *Ibidem*; pág. 470 y ss.

31/ HERNANDEZ GIL, Antonio; *La función social de la posesión; Alianza Editorial, Madrid, 1969.*

32/ NOVOA MONREAL; ob. cit.; pág. 127.