

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2003

ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 21 / 2003



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2003

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 21
2 0 0 3

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Los Andes, de Chile, de Concepción, del Desarrollo, del Mar, Internacional SEK, de Magallanes, de la República, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2003

ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2003 - 2005)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,
Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, y
Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3,
Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

PALABRAS PRELIMINARES

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 21 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2003. Esta obra se edita desde 1983, esto es, dos años después de que la mencionada sociedad fuera fundada en Valparaíso como sección nacional de la *Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*.

El presente volumen se inicia con la sección *Estudios*, donde el lector encontrará 13 trabajos de teoría y filosofía del derecho de distintos autores nacionales y extranjeros.

Sigue a continuación la sección *In Memoriam*, con textos de Miguel Reale, Gregorio Peces-Barba, Gianni Vattimo, Celso Lafer y Agustín Squella, que fueron escritos en enero de 2003, con motivo de la muerte de Norberto Bobbio. En cuanto a la sección *Testimonio*, contiene el texto de las últimas voluntades de Norberto Bobbio, escritas por éste en 1999, al momento de cumplir 90 años, y que fueron dadas a conocer después de su muerte.

En cuanto a la sección *Debate*, contiene un texto de Fernando de Laire, titulado "Ser progresista en Chile al despuntar el siglo XXI. 25 tesis para un urgente debate".

Por último, la sección *Recensiones* contiene 9 comentarios bibliográficos sobre igual número de libros de interés de Ray Monk, Francis Fukuyama, Robert Dahl, Otfried Höffe, Tadeusz Guz, Ricardo Guastini, Norbert Hoerster, Joaquín García-Huidobro y Cristóbal Orrego.

Tanto éste como los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

Punto de partida de ella son los grandes intentos de reforma penal de los años 1786-87 en Europa, a saber, el *proyecto* de Mello Freire, la *Leopoldina* y la *Josephina*, expresiones de una Ilustración católica y nacional. Dentro de estas directrices se sitúan Zeiller y Vasconcelos. El primero dio término con su código penal en 1803 a medio siglo de trabajos codificadores en Austria, en tanto que el segundo con el código penal de Brasil dio principio en 1830 a la codificación penal en el mundo hispánico.

La obra de uno y otro fue diferente. Zeiller elaboró un código penal. Vasconcelos no volvió a hacer ese trabajo, más bien reelaboró el código austriaco sobre la base de aplicar su método y su forma al derecho portugués, que tres décadas antes Mello Freire había puesto en artículos. Así este derecho nacional fue reformulado al modo centroeuropeo.

Este fue un paso decisivo en la historia del derecho penal hispánico, porque abrió un nuevo camino a la codificación, que lo alejó de la influencia del código penal francés de 1791 y sus versiones posteriores, ligados a la vertiente irreligiosa y cosmopolita de la Ilustración. Con rara unanimidad los países hispánicos siguieron el modelo español de 1848, que no es sino una versión del código brasileño, cuya proyección alcanzó así tres continentes, desde México hasta Chile, y desde Portugal hasta Filipinas.

A la luz de esta vertiente penal, la imagen de la codificación se torna más precisa. Abarca múltiples áreas, además de la civil. Entre ellas la penal aparece como la más antigua, la más consistente, duradera en el tiempo y dilatada en el espacio.

Animada por la Ilustración y sus ideales, perdura a ambos lados del Atlántico desde mediados del siglo XVIII hasta mediados del siglo XX. Se distinguen tres fases: auge 1751-1803, es decir, desde el código de Kreittmayr hasta el de Zeiller; apogeo 1803-1917, que corresponde al código de Vasconcelos y a la difusión de la versión española de él, y ocaso desde 1917 en adelante en que al agotamiento de la Ilustración corresponde el reflujó del derecho nacional codificado y el despuntar de la descodificación.

MARXISMO, PODER Y DERECHO EN CUBA
(NOTAS PARA UN PROGRAMA DE INVESTIGACION)

WALTER MONDELO GARCIA *
YOEL CARRILLO GARCIA **

Y ciertamente, Céfalo, —le dije—, me complace
conversar con personas de edad avanzada; (...).
Con verdadero gozo escucharía tu opinión sobre esto,
puesto que te encuentras ya en esa edad que
los poetas llaman «el umbral de la vejez»:
si lo declaras período desgraciado
de la vida o cómo lo calificas.

Platón

La República, Libro Primero.

1. Según cuenta Diógenes Laercio (1990, p. 237), en uno de sus tratados Protágoras de Abdera, el célebre sofista griego,

* Walter Mondelo García. Doctor en Derecho por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Profesor, en la Facultad de Derecho de dicha Universidad, de Teoría del Estado y del Derecho y Filosofía del Derecho.

** Yoel Carrillo García. Licenciado en Derecho por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Profesor, en la Facultad de Derecho de dicha Universidad, de Teoría del Estado y del Derecho y Filosofía del Derecho.

escribió: “De los dioses no sabré decir si los hay o no los hay, pues son muchas las causas que prohíben el saberlo, ya la obscuridad del asunto, ya la brevedad de la vida del hombre”. Por este principio de su tratado, según el propio Diógenes, lo desterraron los atenienses; sus libros fueron recogidos de las manos de quienes los poseían, y quemados en el foro a voz de pregonero.

2. Ello estuvo muy lejos de ser un hecho aislado: ahí están, para atestiguarlo, los casos de Anaxágoras, que tuvo que exiliarse para evitar la muerte, Sócrates, que debió beber la cicuta, Zenón de Elea, torturado y ejecutado por oponerse a un tirano, Demócrito, que a punto estuvo de ser condenado a muerte, Platón mismo se vio reducido a esclavitud, el gran Aristóteles debió huir de Atenas para evitar la moira y así, *ad infinitum*, desde el mismo surgimiento de la filosofía y hasta los tiempos actuales. Se trata, pues, de la difícil cuestión de las relaciones entre el poder político (o las concepciones defendidas por quienes lo ejercen), por una parte, y de los filósofos y la filosofía, por otra.

3. Los filósofos podrían ser incluidos, por lo que se refiere a esta cuestión, entre aquellos que, bien directa o indirectamente, legitiman (o contribuyen a legitimar y/o justificar) el poder político en un momento y lugar determinados; los que son críticos y deslegitimadores de dicho poder; y los que no están interesados directa o indirectamente en justificar o criticar al mismo (pero sus ideas pueden tener alguna relación —positiva o negativa— con él).

4. Esta clasificación resulta, huelga decirlo, bastante elemental y hasta *naïve*. Aunque no se puede negar que a lo largo de la historia de la filosofía pueden encontrarse algunos ejemplos que podrían ubicarse bajo cualquiera de los términos de la misma, o en un término medio entre ambos extremos: de acuerdo con algunos aspectos del poder (o de una situación concreta con respecto al mismo en determinadas circunstancias) y en desacuerdo con otros, tampoco podemos perder de vista que ello no nos dice nada sobre la importancia, la novedad o la trascendencia de la obra de un autor concreto e incluso puede inducirnos a cometer un error de juicio.

Basta con recordar que Hegel, el filósofo cuasioficial del Estado prusiano, sentó las bases de la crítica filosófica más radical de su siglo; a la inversa, Heidegger, filósofo crítico como el que más, fue un defensor a ultranza del nazismo. Son ejemplos que, en definitiva, no deben conducir a aceptar de manera complaciente el hecho de que algunos filósofos (no la filosofía) se conviertan en servidores asalariados. Porque lo significativo, lo que enaltece y consagra al filósofo, al verdadero amante de la sabiduría, es, como dejó escrito Lessing, (2002, pp. 65-66) no la aceptación pura y simple de la verdad ofrecida por Dios (o, en este caso, la ofrecida por cualquier sucedáneo iluminado), sino seguir el camino —tortuoso, difícil y, en ocasiones, intransitable— que conduce hacia la misma: el camino de la búsqueda sin término. *De omnibus dubitandum*, como escribiera Marx en su famosa *Confesión*. Refiriéndose seguramente a esta “especie” de filósofo, Diderot (2002, p. 70), en su última novela *Jacques el fatalista*, puso en boca del amo de Jacques estas palabras: “yo sé bien que se trata de una raza de hombres odiosa para los poderosos, ante los cuales no doblan la rodilla; para los magistrados, protectores por profesión de los prejuicios que ellos combaten; para los curas, quienes raramente los ven al pie de sus altares (...) para los pueblos, en todo tiempo esclavos de los tiranos que les oprimen, de los bribones que les engañan y de los bufones que les divierten”.

5. Esto sugiere la posibilidad de entender la relación entre los filósofos y el poder político como una cuestión de grados. Tal gradación, es decir, que exista mayor o menor acuerdo o tensión entre los filósofos y los gobernantes en un determinado momento y sobre aspectos concretos depende de muchas variables. En la sociedad y el pensamiento modernos, después de siglos de relaciones contradictorias, parece haberse llegado (no en todas partes, es necesario aclarar) a una coexistencia pacífica, una especie de reconocimiento mutuo de zonas de influencia exclusivas: la acción, reservada al poder, y la contemplación, territorio de la filosofía —un pseudo acuerdo que, por supuesto, en última instancia no es más que una forma (para los políticos) de tornar irrelevante la crítica de los filósofos y para estos últimos representa la garantía de trabajar tranquilamente a la sombra del poder y beneficiarse de las gratificacio-

nes del trabajo intelectual sin cuestionar la contrahecha realidad que los privilegia. De cualquier manera, si se concibe a la filosofía como una guía para la acción, para la transformación de la sociedad, el acuerdo pierde su sentido prístino y los límites de los supuestos campos exclusivos se tornan borrosos —como en realidad son. Por esa razón resulta tan provocadora y radical hoy como en 1845 la Tesis IX de Marx sobre Feuerbach: “Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo”.

6. Rosseau se jactaba de que en su siglo Sócrates, el primer mártir de la filosofía, no habría bebido cicuta. Eso podría ser cierto, pero la guillotina, ese vergonzoso engendro de la invención humana, nació en su siglo. El mismo, en esa propia época, fue víctima de persecuciones y de sórdidas maniobras —reales unas y otras imaginadas— que lo obligaron a vagar por varios países de Europa. Lo que sucede es que desde el poder se han inventado medios cada vez más sofisticados para silenciar u ocultar las ideas incómodas, lo que prueba que la verdad (y aquellos que la buscan) ha sido siempre objeto de las suspicacias de los detentadores del poder. Piénsese, por ejemplo, en el nivel de domesticación y obediencia disciplinada que han alcanzado los principales medios de difusión masiva a nivel global, y el poquísimo espacio, cada vez más restringido, de las corrientes alternativas. Es oportuno recordar también el auge actual del irracionalismo y el subjetivismo en la filosofía contemporánea, cuyo resultado, como afirma Nagel (Nagel, 2000, pp. 15 y ss.) ha sido un crecimiento de la ya extrema pereza intelectual de la cultura contemporánea, y el colapso de la argumentación seria en algunos ámbitos de las ciencias sociales y las humanidades, lo cual, obviamente, facilita la tarea de hacer irrelevante toda crítica al *Statu quo* con el argumento de que es mera expresión de la subjetividad de quien la formula.

7. Una cuestión diferente y quizás más peligrosa, es que se realice la pretensión de Platón, expuesta en su célebre *Carta VII*, de que los filósofos se conviertan en gobernantes o los gobernantes se hagan filósofos. Ello podría implicar consecuencias desfavorables

no sólo para los demás filósofos, sino para cualquiera que piense de manera diferente. Que un filósofo sea gobernante o un gobernante filósofo puede tener como primer inconveniente que el sistema filosófico que defienda o adscriba el gobernante se convierta en la “filosofía oficial”, en la filosofía del Estado.

8. La pretensión de cada filósofo ha sido siempre —o casi siempre— la de que su sistema es el más adecuado, el sistema verdaderamente capaz de responder coherentemente todas las preguntas posibles. Cada filósofo, en suma, inventa sus verdades, crea su mundo en el cual tales verdades y, su sistema en general, se puedan realizar. Ya Nietzsche (1951, p. 134) lo había advertido como uno de los prejuicios de los filósofos: “[el filósofo] crea siempre el mundo a su imagen. No puede hacer otra cosa, pues la filosofía es ese instinto tiránico, esa voluntad de dominación, la más intelectual de todas: la voluntad de crear al mundo, la voluntad de ‘la causa’ primera”. ¿Qué haría, pues, un filósofo gobernante sino utilizar el poder que le asiste en virtud de tal condición para tratar de imponer su sistema sobre todos los demás?

9. Pero la filosofía del gobernante no excluirá solamente a los sistemas diferentes al suyo. Lo más seguro es que también serán excluidos los que, aún compartiendo los mismos presupuestos de su sistema, lleguen a conclusiones diferentes a las suyas. De modo que en estas circunstancias nada tendría de raro que un gobernante estoico, por ejemplo, persiguiera a otros filósofos también estoicos.

10. Un gobierno tal, en el cual una filosofía se erige en oficial en detrimento de otras, tiende a crear entre los pensadores un estado que podríamos llamar de “sospecha intelectual”. El “enemigo” estará en todas partes, los amigos se hablarán unos a otros con recelo, harán pactos secretos de mutua protección, se traicionarán, se denunciarán y lo que hubiera podido ser una comunidad de pensadores se convierte en un rebaño donde el miedo lo marca todo. El mundo se convierte entonces en ojos y cadenas. Unos vigilan, otros atan. (Tierno Galván, 2001, estudio preliminar).

11. Lo mismo sucedió particularmente en el ámbito de la religión. Hoy prácticamente todas las constituciones políticas de los estados contienen una cláusula donde declaran que el Estado está separado de la iglesia. Nos complace sobremanera que así sea. Pero en las memorias de la humanidad ocupan un lugar importante las guerras de religión, las persecuciones de los herejes, la quema de las brujas o los procesos contra los hombres de ciencia. Galileo, quien en la historia de la cultura se ha convertido en el símbolo de la lucha contra la autoridad y la libertad en la investigación sufrió, como muchos otros, lo que significa cuestionar directa o indirectamente alguna doctrina que tenga a su favor un poder político capaz de imponerla por la fuerza. No fue sino hasta 1992, luego de terminar una larga investigación que comenzó en 1979 abierta por el Papa Juan Pablo II, que una comisión papal reconoció el error del Vaticano. Empero, desde el punto de vista de la tolerancia religiosa, los argumentos expuestos por J. Locke en su *Cartas sobre la tolerancia* (Locke, 2002) pueden considerarse como definitivos al respecto.

12. Las consecuencias de la asunción de una filosofía con carácter “oficial” pueden ser funestas en todos los órdenes de la vida social. El arte, las ciencias, el Derecho y, en definitiva, todo el pensamiento social decaen sin que se pueda hacer nada —nada contra lo que se haga o no se haga desde el poder. Hay que esperar que desde el poder se diga “nuestro arte está decayendo”, “nuestras ciencias están atrasadas”, “nuestro Derecho es ineficaz” para que inmediatamente aparezca la posibilidad de que se pueda hablar de ello y proponer los remedios correspondientes. El poder define, así, de qué se habla, qué se debate, dónde se discute, quiénes lo hacen y dentro de qué límites. Muchos ejemplos podrían extraerse de la historia reciente en este sentido. En la primera mitad del siglo XX, en algunos países socialistas —particularmente en la URSS— “se le cerró el camino durante algunos años, a la cibernética, la genética, la lógica matemática, el psicoanálisis...” (Martín, J. L., 1999, p. 147) y en el arte “la expresión *realismo socialista* fue adoptada en el I Congreso de Escritores de la Unión Soviética en 1934” (M. Dufrene *et. al.*, 1983, p. 62), con la subsiguiente supresión de toda forma artística (y de sus autores) que no encajara en

esos estrechos moldes. En ambos casos la actitud adoptada se justificaba a partir de la concepción dialéctico materialista del mundo: las primeras eran incompatibles con esta concepción, en tanto el último era la única concepción del arte considerada compatible con el marxismo-leninismo.

13. En el ámbito del pensamiento jurídico, como en cualquier otro, la oficialización de determinadas doctrinas puede comportar las consecuencias de las que hablamos —y aún otras peores. ¿Qué ocurrió, por ejemplo, con los juristas soviéticos que escribieron sus obras antes de que Stalin consolidara definitivamente su poder en la década del 30 del siglo XX? P. I. Stucka fue acusado de conspirador y enemigo de la revolución, y si no fue procesado fue porque falleció inesperadamente; de E. G. Pashukanis ni siquiera se conocen la fecha exacta y las circunstancias de su fallecimiento. Sólo se sabe que fue eliminado en los trágicos y oscuros años 1936-37.

14. ¿Cuál fue su culpa? Sencillamente habían destacado, con diferentes matices como luego se verá, el elemento social, las relaciones sociales que subyacen en la configuración de cualquier ordenamiento jurídico. Pero eso no estaba de acuerdo con la concepción que se tenía desde el poder acerca del Derecho. Desde el poder el Derecho se definía como la voluntad de una clase determinada, la clase dominante en la sociedad, que se expresaba a través del Derecho estatal en forma de ley. No se trataba, como pudiera pensarse, simplemente de desacuerdos teóricos a propósito de los problemas relacionados con el Estado y el Derecho. De haber sido así las cosas habrían terminado de otra manera, probablemente menos trágica. La directa vinculación de estos teóricos con la política o, mejor dicho, con la concepción del poder político de su tiempo, explica en gran parte su destino.

15. Stucka fue Comisario del pueblo para la justicia en el primer gobierno revolucionario y, en correspondencia con su propia actividad política, adoptó la definición de Derecho acordada en 1919 por el Consejo de Comisarios del pueblo para la justicia. Según dicha definición, el “Derecho es un sistema de relaciones socia-

les que se corresponden con los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esa clase" (Treves, 1978, p. 110). Esta definición fue severamente criticada por Stucka, quien le reprochaba no haber fijado ningún criterio específico de Derecho y por lo cual aquél adoptó más tarde, en 1928, una nueva definición con relación al Derecho soviético como un Derecho burgués pero sin burguesía, garantizado por el Estado del período de transición (Fassó, 1981, p. 251).

16. Pashukanis, por su parte, también estuvo vinculado al poder político, aunque fue, de entre los juristas soviéticos de esta etapa, el que más se preocupó por los aspectos científicos de su obra. La Teoría general del Derecho es concebida por él como un desarrollo de los conceptos más generales aplicables a cualquier rama del Derecho, resultados de la elaboración racional de las normas positivas. Rechaza tanto el normativismo de Kelsen a causa de su vacío formalismo, como las doctrinas de orientación sociológica y psicológica por olvidar el elemento formalmente jurídico del Derecho, intentando desarrollar una indagación lógico-formal sobre la base de las instituciones jurídicas reales para extraer de su estudio los conceptos jurídicos generales. Finalmente, a diferencia de otros teóricos anteriores y posteriores, no trata de extraer una teoría del Derecho de los raros pasajes de Marx, Engels y Lenin que contienen alusiones al mismo, sino que trata de aplicar al Derecho el mismo método con que Marx había estudiado la economía, ya que para él, aunque el Derecho constituya una ideología o superestructura respecto a la economía no quita para que pueda ser estudiado en su objetiva realidad. Admitiendo que el Derecho es un sistema de relaciones correspondientes a los intereses de la clase dominante, de lo que se trata, entonces, es de ver cuáles de entre esas relaciones sociales pueden definirse como jurídicas. Y al respecto, y en abierta polémica con las concepciones normativistas burguesas que contemplan al Derecho como una forma lógica que se aplica a las relaciones sociales e incluso también a las económicas, Pashukanis determina las categorías jurídicas en relación lógica e histórica con las categorías económicas con las que se corresponden. El hombre asume, entonces, la categoría de sujeto de Derecho desde el instante en que el producto del

trabajo asume la figura de mercancía, y el sujeto de Derecho no es más que el portador de mercancías transportado al cielo (Fassó, 1981, pp. 251-52).

17. La fuerte vinculación de estas teorías con el poder político se muestra sobre todo a partir de la historia posterior de la Revolución Rusa. Una vez consolidado, como ya se dijo, el poder de Stalin, fueron abandonadas estas concepciones que, aunque eran perfectamente coherentes con las tesis de Marx, resultaban incompatibles con la nueva configuración del poder político y la ideología subyacente. Stalin, como sabemos todos, no pudo o no quiso, como sospechaba Lenin, "utilizar el poder inmenso concentrado en sus manos con la suficiente prudencia" (Lenin, 1975, p. 758). Fue entonces cuando el "teórico oficial del Derecho", Vysinskij, aprovechó para condenar las obras de los dos juristas anteriores, y en una comunicación enviada a la Academia de Ciencias de la URSS y en otra sobre los problemas de la ciencia del Derecho y del Estado soviéticos, enunció oficialmente las críticas, haciendo énfasis ahora en una concepción del Derecho netamente imperativista y estatalista (Treves, 1978, p. 111). Su definición del Derecho como voluntad de la clase dominante que se expresa en las leyes del Estado fue la que se adoptó entonces como la única definición verdadera.

18. No cabe duda que escoger racionalmente entre diversas teorías que difieren acerca de la interpretación o de la veracidad o no de determinadas proposiciones es una cuestión que nunca puede darse definitivamente por concluida. Eso vale lo mismo para las ciencias exactas y naturales que para las ciencias sociales. Si bien las primeras se precian de su neutralidad valorativa, las últimas tienen la agravante de que su carácter ideológico (en el sentido de encubrimiento de la realidad atribuido al término por Marx) las priva en muchas ocasiones de confiabilidad y respeto a sus resultados. Una manera (irracional y peligrosa) de escoger entre diversas teorías es preguntándose si pueden ser puestas al servicio de determinados intereses protegidos por el poder político. ¿Cuál de las dos posiciones acerca del Derecho era la verdadera? Probablemente ninguna. ¿Cuál contaba con el favor y la preferencia del poder? ¿Cuál de las dos posiciones resultaba coherente con la ideología subyacente al poder

político? La segunda. Entonces esa fue considerada como la verdadera y la otra falsa. *Tertium non datur*. Y ello no en virtud, como ahora vemos, de su probada o probable veracidad, sino de su carácter instrumental con respecto al poder. Esa sencilla conclusión fue suficiente para que se configurara toda una concepción del Derecho a partir de categorías como “voluntad de clase”, “clase dominante”, “coacción” y “sanción” y que se hipostasiara la existencia de un Derecho tan perfecto que sólo podía corresponderse con una sociedad también perfecta, y, en consecuencia, se abandonarían las anteriores doctrinas de fuerte inclinación sociológica.

19. Aunque un cambio de poder y una crítica del poder anterior permitieron que la URSS siguiera viviendo, los elementos que caracterizaron al Derecho no sufrieron modificaciones sustanciales. Si bien Stucka y Pashukanis fueron rehabilitados y Vysinskij severamente criticado y desautorizado, no puede decirse que sus respectivas ideas también lo fueran, lo que sin duda fue un grave infortunio para el pensamiento marxista (y para el pensamiento político y jurídico en particular) posterior. Además, ello sólo abrió el camino para que comenzara, a partir de entonces, a hablarse (y reclamarse el cumplimiento) de la “legalidad socialista”. Paralelamente se construyó una *Teoría marxista-leninista del Estado y del Derecho* con pretensiones de ser la heredera legítima —y única— del pensamiento de Marx, Engels y Lenin. Entonces fue llevada a los países que se habían inspirado también en sus teorías y habían comenzado a construir una sociedad socialista. ¿Leer a Marx, para qué? ¿Engels? ¿Lenin? No. Léanse los manuales que son la *esencia* del marxismo y ahorran el esfuerzo de pensar. Los tres, increíblemente, habían sido puestos de acuerdo en los manuales del Instituto de Marxismo Leninismo de la URSS, y fueron convertidos en una especie de Santísima Trinidad de la Vulgata marxista, cognoscible sólo a través de sus intérpretes autorizados, mucho más cerca de la religión que de la filosofía.

20. ¿Se preguntaron estos teóricos si era posible o no encontrar una concepción orgánica y coherente sobre el Estado y el Derecho en las obras de Marx, Engels y Lenin? Los autores del il-

mado “marxismo occidental” han promovido un prolongado debate acerca de esta cuestión. Se debatió, por ejemplo, en el caso de una respuesta afirmativa, si era posible encontrar tal teoría en las obras de los fundadores del marxismo o, por el contrario, no se encontraba pero era posible elaborarla. En el primer caso, la respuesta negativa se apoya en un argumento que afirma que tal teoría era imposible hallarla en sus obras porque, entre otras cosas, los propios fundadores no se ocuparon de una manera orgánica del Estado y del Derecho. Esta argumentación se reforzaba con el hecho de que en las obras más importantes —sobre todo de Marx— se había trasladado el campo de análisis de los problemas sociales y/o políticos, a los problemas económicos que eran, en última instancia, determinantes de aquellos. La alternativa, construir una teoría coherente del Derecho y del Estado en una sociedad poscapitalista, con Marx y más allá de Marx (es decir, sensible a los problemas ecológicos, de género y nacionales, por citar tres áreas poco exploradas por el marxismo clásico) no parece haber sido una tarea de primer orden, más allá de los valiosos pero parciales esfuerzos de Cerroni, Poulantzas o Barcellona.

21. Para los teóricos marxistas del campo socialista la situación era mucho más simple: esta pregunta carecía de interés. Para ellos, si el marxismo (su marxismo) había respondido *científicamente* a todos los problemas de la sociedad y el pensamiento humanos, si habían sometido a leyes incluso a la historia y a la naturaleza, no era posible dudar de la existencia de una teoría del Estado y del Derecho cuya científicidad resultaba también incuestionable. ¿Cuáles eran las fuentes de estos manuales, la bibliografía utilizada en su confección? Salvo escasos y loables ejemplos, se reducían a Marx, Engels y Lenin o a sus verdaderos, indiscutibles y muy selectos intérpretes.

22. Esta teoría, desde luego, pasó a ocupar el lugar dejado por la doctrina Vysinskij en carácter de concepción “oficial” del Estado y el Derecho. Sus tesis principales excluían —y aún excluyen— cualquier pretensión de sostener ideas diferentes o contrarias a ella. Se podía, desde luego, pensar de otra manera. Pero se estaba enton-

ces en la condición de “revisionista”, pecado capital del marxismo, aplicado desde hace un siglo a todos aquellos que se tomaron a Marx en serio.

23. La primera dogmatización usada con carácter de justificación del poder institucionalizado, por paradójico que suene, es la famosa tesis de la futura extinción del Estado y del Derecho. En primer lugar, es difícil adjudicarla sin reservas a Marx, que en sus obras postreras abandonó dicha tesis, sustituyendo el término “extinción” por el de “transformación” (Marx, 1975, pp. 32-33, 48-49). Por otro lado, era factible asumir, por ejemplo, que no había razones sólidas para sostener que el Estado y el Derecho se iban a extinguir. Que ello en definitiva resultaba muy difícil de conjugar con la realidad. El Estado existía y era de hecho cada vez más fuerte. Su poder se extendía a todas las esferas de la sociedad, que controlaba como no lo había hecho ningún otro Estado en la Historia. Sus funcionarios estaban en todas partes y sus oficinas aumentaban considerablemente. El aumento de las oficinas y la presencia inexcusable de los funcionarios fue explicado de tal manera que cualquiera se queda sin argumentos... racionales. La lucha de clases se intensifica a medida que la sociedad avanza en la edificación del socialismo (!!!); por consiguiente, el Estado debe ser tanto más fuerte para 1) reprimir a los enemigos de clase, lo que permitirá 2) acelerar el momento de la desaparición del poder estatal.

24. La segunda justificación (para ser usada mientras el Estado exista) postula que el Estado responde a la voluntad de la clase dominante, monolítica y nunca claramente definida (ni como clase ni como voluntad). Ni Rosa Luxemburgo (asesinada en 1919 por los socialdemócratas de derecha alemanes), ni León Trotsky (asesinado en 1940 en México por el español Ramón Mercader cumpliendo órdenes de Stalin y sus agentes), ni Antonio Gramsci (encarcelado por los fascistas italianos en 1928 y fallecido en 1937 en el hospital de una prisión de Roma) pudieron decir nada desde sus premoniciones advertencias, olvidadas o convenientemente desconocidas por los marxistas cuartelarios. Gramsci en particular, después de un breve redescubrimiento en los 1960, regresó al silencio. No le permitieron decir, por ejemplo, que en lugar de coerción era más cierto y más

efectivo el consenso, que en lugar de dictadura del proletariado se podía hablar de —y construir— la hegemonía cultural, ideológica y política; que en el mismo barco podían estar todos. Que la fuerza sirve para conquistar pero no para gobernar a una sociedad. Que una sociedad no es un campamento militar... Que el socialismo es una empresa fundamentalmente ética, cultural y no simplemente económica. Pero nada de eso era compatible con el discurso que funcionaba como justificación del poder institucionalizado. O, sencillamente, como afirmara en 1991 Jorge Luis Acanda (p. 6), “(...) nos han robado a Gramsci. Peor aún: se lo hemos regalado (...)”.

25. La tercera justificación del statu quo afirma que el Derecho es un instrumento de la clase dominante para dominar a la otra clase (sólo existían dos: el proletariado y los burgueses). Pero con la revolución proletaria la clase burguesa había sido desalojada del poder, y 10 ó 15 años después era muy difícil encontrar un burgués, al menos, reconocible como tal según la clásica definición leninista. Lenin (1975, p. 228), como es sabido, había definido las clases sociales como “grandes grupos de hombres que se diferencian entre sí por el lugar que ocupan en un sistema de producción social históricamente determinado, por las relaciones en que se encuentran con respecto a los medios de producción (...), por el papel que desempeñan en la organización del trabajo, y, consiguientemente, por el modo y la proporción en que perciben la parte de la riqueza social de que disponen”. Esa definición, con todo y su vaguedad y generalidad necesitada de ulteriores precisiones, fue asumida sin más como *la* definición correcta, sin percatarse del contexto histórico y de las circunstancias en que fue pronunciada (en un discurso dirigido a un grupo de trabajadores después de una jornada de trabajo voluntario). ¿A quién iba a dominar el Derecho entonces? ¿No resultaba algo contradictorio definirlo en esos términos cuando en realidad ya no había más clase que los trabajadores (y los burócratas, obviamente)? Y para mayor contrariedad parece bastante problemático frente a una ley determinar la voluntad de la clase que se decía subyacente. Sin duda hay algo de artificioso; ¿quién puede adjudicarse la facultad y, sobre todo, el poder, de establecer la voluntad e interpretar los deseos, creencias e intereses de su clase y traducirla en leyes? A estos legisladores omniscientes, quizás sea conveniente recordarles las palabras del ciudadano de Ginebra en *El contrato social* (Rousseau

1973, p. 627): “para descubrir las mejores reglas sociales que convienen a las naciones, sería preciso una inteligencia superior capaz de penetrar todas las pasiones sin experimentar ninguna; que conociese a fondo nuestra naturaleza sin tener relación alguna con ella; cuya felicidad fuese independiente de nosotros y que por tanto desearse ocuparse de la nuestra; en fin, que en el transcurso de los tiempos, reservándose una gloria lejana, pudiera trabajar en un siglo para gozar en otro. Sería menester de dioses para dar leyes a los hombres”. Ahí estaban los dioses que exigía el ciudadano de Ginebra para hacerlo.

26. ¿Es posible que una mesa se sostenga con tres patas? Se preguntaba en un libro de Física Recreativa. La respuesta era sí, y no sólo se sostiene, sino que una mesa trípode no puede cojear como las de cuatro patas: posee mayor estabilidad. ¿Es posible erigir toda una concepción del Derecho sobre estos tres pilares? Los teóricos del Derecho del campo socialista no sólo dijeron sí; sino que además, la construyeron de espaldas a cualquier otra teoría del Derecho, fuera ésta “burguesa” o de cualquier otra procedencia, y la hicieron tan inmóvil, rígida y estable como su contraparte de madera o metal.

27. Los libros con los que se formaron los estudiantes de Derecho en Cuba durante décadas, fueron traídos precisamente del campo socialista, de la Unión Soviética. Pero no sólo fueron los de *Teoría marxista-leninista del Estado y del Derecho*. También los de *Economía política*; los de *Filosofía marxista* y alguno que otro de historia de Cuba. ¿También querían escribir la Historia de Cuba desde la Unión Soviética? No llegamos a tanto. Pero desde entonces no se puede comprender la historia reciente de la primera sin tener en cuenta las relaciones con la última.

28. Esa historia, por lo que se refiere al pensamiento político y jurídico, explica en gran parte el estado actual del mismo. Al llegar esa teoría rápidamente se hizo de ella un catálogo de virtudes científicas. La primera consecuencia es que se pretendió hacer, como Descartes, *tabula rasa* de todo el pensamiento jurídico anterior por con-

siderarlo sencillamente burgués. Su lugar fue ocupado rápidamente por esta teoría que poco tenía que ver con la obra y el pensamiento del hombre en quien decía inspirarse. Y la mejor prueba de ello son las palabras que Engels atribuye a Marx cuando comenzó, a fines del siglo XIX, la vulgarización, la dogmatización de sus ideas: “todo lo que sé es que yo no soy marxista”. Y aunque G. Bekerman (1983, p. 10, nota 1) asegura que el propio Marx nunca escribió esa frase, es indudable que ella expresa el sentimiento de éste y del propio Engels en relación con dicha vulgarización.

29. No faltó quien con muy buenas razones se opusiera desde el primer momento a aquellos intentos de traer a Cuba esas interpretaciones del marxismo. Ya el Che había advertido que “los ladrillos soviéticos, tienen el inconveniente de no dejarte pensar, ya el Partido lo hizo por ti y tú debes digerir. Como método, es lo más antimarxista pero además suelen ser muy malos” (Che, 1997). Pero luego se consideró un error ese tipo de interpretaciones del marxismo y los intentos de hacer una interpretación propia del mismo desde las perspectivas de la revolución cubana. No había por qué considerar que no se debía tomar ejemplo de lo que otros pueblos que habían emprendido la construcción del socialismo habían hecho. Pero ello no es lo mismo que tomar también las ideas y las maneras de interpretar y entender tal construcción. El error es, en todo caso, lo último, no lo primero.

30. También Lenin, como ya vimos, había escrito una *Carta al Congreso* denunciando algunas características negativas de los influyentes miembros del C. C. J. Stalin y L. Trotsky y recomendando con urgencia la sustitución de Stalin como Secretario General. ¿Fue suficiente la Carta del Che? ¿Lo fue la de Lenin? En una se denunciaban personas, en la otra ideas. En ambas se estaba previniendo (y previniendo) el futuro.

31. Esas previsiones no fueron suficientes. De hecho, las interpretaciones del marxismo se impusieron en el arte y la cultura (el llamado “realismo socialista”, que como alguien ha dicho ni era socialista, ni era realista); en las ciencias sociales tuvieron una im-

sea dicho con perdón—, de una mala lectura del *Manifiesto del Partido Comunista* (1848) de Marx y Engels? Esa lectura pone de manifiesto una de las inconsecuencias de esta teoría porque tal definición, la única “científica y verdadera”, no se corresponde con los objetivos de la *Teoría marxista...* que se define nada menos que como “la ciencia político-jurídica fundamental acerca de la vida estatal y jurídica de la sociedad de clases, que estudia las leyes del surgimiento y desarrollo del Estado y del Derecho hasta llegar a su desaparición en una fase determinada de la sociedad humana” (Zhidkov, 1980, p. 10); y que “tiene como objeto esencial indagar las leyes del surgimiento y desarrollo del Estado y del Derecho en toda su dimensión histórica...” (F. Bulté, 2001, p. XI), y aspira, en definitiva, “a descubrir y explicar las leyes generales y las tendencias características del desarrollo del Estado y del Derecho determinando su marco histórico de existencia y dar un pronóstico más o menos exacto acerca de su futuro...” (AA. VV., 1988, p. 11).

39. Aquí parece que estamos ante una confusión en cuanto al objeto de estudio de la Teoría del Estado y del Derecho. Por una parte, dentro de la propia tradición del marxismo soviético, las leyes del surgimiento y desarrollo del Estado y del Derecho son estudiadas por la llamada Historia del Estado y del Derecho y por otra, no se encuentra en ninguno de los manuales de la *Teoría* ningún estudio de naturaleza histórica. De modo que el objeto de estudio que se asigna a la teoría es contradictorio por partida doble.

40. De acuerdo con estas premisas, el Derecho es definido como la voluntad de la clase dominante erigida en ley cuyo contenido está determinado por las condiciones de vida de dicha clase y su función consiste, básicamente, en proteger y garantizar los intereses de ésta (esta definición, *mutatis mutandis*, es la misma expresada por Marx y Engels en el Manifiesto del Partido Comunista, refiriéndose expresamente al Derecho burgués). Hay en esta definición —como explicaremos enseguida— una contradicción que se presenta en el hecho de que se da una *definición funcional* del Derecho y se hace un *estudio estructural* del mismo.

41. Definir el Derecho en términos funcionales implica ante todo poner de manifiesto los fines que cumple (o debe cumplir) en la sociedad. Es responder a la pregunta ¿para qué sirve el Derecho? La respuesta es clara dentro de esta teoría: “para la dominación de una clase social sobre otra”. Ello supone entonces estudiar, por ejemplo, las relaciones de (inter)dependencia del Derecho en relación con la sociedad, las diversas formas en que el Derecho influye en la sociedad (y la sociedad en el Derecho), los fines sociales que se persiguen con el Derecho, el cumplimiento voluntario o la aplicación coactiva de las normas... y toda una serie de cuestiones que permitan afirmar descriptivamente que el Derecho es eso que se define mediante las funciones que cumple en la sociedad.

42. Un estudio estructural del Derecho significa, por el contrario, investigar los elementos que conforman el Derecho, las relaciones que guardan entre ellos, la manera de identificarlos... Todo ello con el objetivo de definir y determinar lo que es el Derecho. Es, pese a todas las protestas y ensayos de superación, la manera en que se ha estudiado (y probablemente se siga estudiando) el Derecho (a la manera de la dogmática jurídica). Normas, sanciones, sistema jurídico, derechos subjetivos... son los campos de estudios de esta concepción tradicional.

43. Abrase un libro de *Teoría marxista...* donde se explique el Derecho según esta concepción y en vano se buscarán los estudios enumerados en la proposición 41. No hay nada, absolutamente nada, que se parezca a eso. Búsquense ahora los elementos enumerados en la proposición 42. Ahí están virtualmente todos los elementos que tipifican una teoría estructural del Derecho.

44. Probablemente esa sea una de las causas por las que en Cuba, para el ciudadano común y, seguramente también en otros niveles de la organización social, el Derecho sea identificado sin más como la aplicación de sanciones, la represión de conductas indeseables. El lenguaje coloquial da buena cuenta de ello: “meter la ley” es una expresión que se usa para persuadir a una persona a enmendar una falta cometida (dicha por la madre, por ejemplo, al padre del hijo que no le pasa la pensión alimenticia). Otro ejemplo: “no quiero

problemas con la justicia"; la apelación a la justicia es entendida aquí como el recurso al poder coercitivo de la autoridad y no como la instancia crítica desde la cual valorar el Derecho vigente. La sanción (o al menos el mal rato que sufre quien comparece ante el tribunal) funciona como criterio de disuasión de posibles conductas contrarias no sólo al Derecho, sino también a determinados estándares de comportamiento moral. Lo demás permanece fuera de la imagen mental que del Derecho tiene el cubano común.

45. La conversión de las teorías y concepciones instrumentales al poder en meros discursos de legitimación de éste y que como tal pueden imponerse directa o indirectamente, de muy diversas formas, en todos los planos (político, económico, cultural) de la sociedad, puede producir graves resultados. No negamos que pueden servir para el logro de propósitos inmediatos, pero ponen en peligro valores y principios generales y, en definitiva, arriesgan la continuidad y el desarrollo coherente a largo plazo del proyecto en cuestión. Eso ha sucedido con la adopción en Cuba de la *Teoría marxista-leninista del Estado y del Derecho*. Sus consecuencias concretas aún están esperando por un estudio riguroso. Probablemente una de ellas sea el haber concebido, producido y estudiado el Derecho cubano a partir de los presupuestos de una teoría que funcionó como mera cobertura del poder. Otra, el haber concedido preeminencia, en algunos casos exclusividad, al estudio estructural, meramente formal, del Derecho, desconociendo los vínculos de éste con las realidades sociales y los intereses y valores individuales y colectivos.

46. Una consecuencia concreta fue el desconocimiento (o el olvido) de todo el Derecho y del pensamiento jurídico anterior. El status de colonia de España al que estuvo sometida Cuba hasta 1898 implicó que se adoptara el sistema de Derecho romano francés proveniente de la metrópoli. Ese sistema de Derecho, su "forma de pensar", sus presupuestos, sus maneras de entender y proceder y, en definitiva, su "cultura jurídica" contaba a su favor con una larga tradición de elaboración y sistematización del Derecho que no se puede encontrar dentro de la llamada *Teoría marxista...* Como se ha dicho con mucho acierto, ni la toma de la Habana por los ingleses

ni la ocupación norteamericana implicaron modificaciones sustanciales al sistema jurídico cubano. Se podría agregar que tampoco el pensamiento jurídico cubano experimentó alguna conmoción importante.

47. Sin embargo, después de 1959 la distinción burgués/socialista implicó en gran medida el abandono de esta tradición de pensamiento pacientemente elaborada y que contaba en Cuba con eminentes cultivadores y una práctica sólidamente establecida. En su lugar se impuso la teoría marxista-leninista con el objetivo de explicar un nuevo Derecho socialista —cuya novedad es por cierto, bastante problemática.

48. Otra de las consecuencias desfavorables tiene que ver con algo que ya adelantábamos en relación con el enfoque estructural que adopta esta teoría. No se sabe de qué manera se determinaban los intereses o la voluntad de la clase dominante, lo que sí está claro es que no a partir de estudios de sociología jurídica. Los fines del Derecho, su eficacia, su influencia en las relaciones sociales no tienen ningún interés para esta teoría. Quizás ello explique el carácter bastante dinámico del Derecho en Cuba y su constante modificación para adaptarlo lo más posible a la realidad social. En este sentido, Hugo Azcuy (1995, p. 151) —quien se desempeñó durante varios años como investigador del Centro de Estudios sobre América— refiriéndose al sistema jurídico cubano sobre la base del informe de una investigación realizada por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, señalaba que sus defectos se debían "a reflexiones específicas y pragmáticas, desvinculadas de una consideración general profunda, abarcadora de todos los elementos técnicos, sociológicos y doctrinales que es conveniente tener presente en estos casos".

49. Una de las novedades de las que se precia esta teoría es de que sirve de explicación a un nuevo tipo de Derecho, el Derecho socialista que se configura dentro de un Estado también socialista. Sin embargo, por lo que se refiere al Derecho configurado en Cuba a partir de 1959, la novedad es más bien de carácter extrajurídico y afecta muy poco lo que, propiamente hablando, constituye el contenido

de la teoría jurídica —mucho menos de lo que tradicionalmente se ha admitido, tanto en las obras importadas como en las de factura nacional. Lo cierto es que el nuevo ordenamiento jurídico lo es sólo en relación con nuevas condiciones históricas. Las profundas transformaciones en el ámbito de la propiedad, de la distribución de bienes y servicios y los nuevos valores que subyacen al mismo son más bien el resultado de las profundas transformaciones sociales con respecto a las cuales el Derecho a veces se queda retrasado —lo cual no es en sí mismo un defecto.

50. Por lo que se refiere a las formas de propiedad es preciso decir lo siguiente: como es sabido, desde el inicio mismo del proceso revolucionario el sistema de la propiedad fue radicalmente modificado. A los cinco meses de iniciado el proceso, la Primera Ley de Reforma Agraria redujo la extensión de tierras que podía poseer una persona a treinta caballerías, con las excepciones reguladas en la propia ley. Posteriormente, la Segunda Ley de Reforma Agraria, dispuso la confiscación y adjudicación al Estado cubano de todas las fincas rústicas con una extensión superior a sesenta y siete hectáreas y diez áreas (cinco caballerías de tierra). Asimismo, la Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960 transformó radicalmente el sistema de propiedad en el ámbito de la vivienda. A todo esto se unen otras leyes como la de nacionalización de la enseñanza y, en general, las leyes que pusieron fin a todas las formas de propiedad privada hasta 1968 en que se eliminaron todos los vestigios de esa forma de propiedad.

51. Estas transformaciones en el ámbito de la propiedad en todos los sentidos, implicaron también radicales transformaciones de la distribución y el consumo de las riquezas del país. El principio inspirador del nuevo sistema de distribución se anuncia sintéticamente en la máxima “de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo” recogido en el artículo 14 de la Constitución cubana de 1976.

52. A todas estas transformaciones empíricamente verificables, correspondió también una profunda modificación del sistema de valores, tanto en el ámbito individual como social. Efectivamente,

la propiedad estatal sobre los medios de producción propició en primer lugar la eliminación total de cualquier forma de explotación del trabajo ajeno, a la vez que reforzó las posibilidades del Estado de intervenir activamente en el proceso de producción, distribución y consumo de la producción de bienes materiales. Quizás los valores más ampliamente consolidados en este sentido fueron la igualdad —que en casos extremos condujo al igualitarismo—, la justicia social, la solidaridad humana y el internacionalismo proletario. Pero por sobre todas las cosas el nuevo sistema de Derecho vino a propiciar la eliminación del individualismo, el mercantilismo y las representaciones sociales generadas a partir de esos elementos.

53. Estos elementos parecen suficientes para demostrar que la idea de crear una nueva legalidad en un nuevo sistema de Derecho ha resultado más bien problemática. Pero todavía falta por explicar algo más, porque esa pretensión es incompatible con la vigencia del Código Civil Español hasta 1987 (un código eminentemente burgués), con la de algunas órdenes militares del tiempo de la ocupación norteamericana e incluso con la vigencia aún del Código de Comercio español de 1887. Todo ello se complementa con la existencia de un crecido número de reservas de ley que no han sido cumplidas desde que fue puesta en vigor la Constitución en 1976.

54. Por otra parte, ha habido otros sectores del ordenamiento jurídico en el que la tendencia ha sido más bien dinámica, aunque fragmentaria e incoherente. En materia de legislación laboral, por ejemplo, además del Código de Trabajo (Ley N° 49 de 1984), existe una innumerable legislación complementaria que constituye un verdadero laberinto que pone en serias dificultades no sólo a los juristas sino a los funcionarios que, sin una especial preparación en el Derecho, tienen que aplicar las leyes.

55. Estos elementos permiten concluir que el nuevo Derecho objeto de estudio de la teoría marxista, por lo menos en Cuba, no estaba ni está completamente configurado. Esta conclusión pone a la teoría ante una disyuntiva: o bien estudia un Derecho que no está completamente configurado ni depurado de elementos “burgueses”, o bien se estudian los nuevos valores y los nuevos problemas

que surgen en el nuevo contexto histórico. La teoría marxista, en definitiva, se decidió por la primera de las cuestiones y construyó una teoría del Derecho con un objeto de estudio con un alto grado de indeterminación. Eso explica que muchas veces se recurra a pseudoexplicaciones que tienen más de retórica dogmática que de conclusiones científicas.

56. ¿Qué queda del pensamiento jurídico marxista en Cuba? Lo primero que debe hacerse es emprender un análisis de las principales consecuencias de la adopción de esa teoría con carácter exclusivo y excluyente. Evidentemente no se puede abjurar del marxismo sin más; pero sí se debe rechazar el marxismo dogmático, empobrecedor y autoritario que nos llegó del este de Europa; también es necesario, en primer lugar, retomar lo más importante del pensamiento jurídico cubano y, en segundo lugar, ampliar los horizontes intelectuales poniendo a contribución el pensamiento jurídico universal en lo que tiene de imperecedero y que durante tanto tiempo fue desconocido bajo la tiranía de un pensamiento frío e inerte. En la realización de esta tarea de superación crítica del dogma marxista-leninista, conviene recordar las palabras de T. Nagel (2000, pp. 15 y ss.), que nos advierten del peligro de que al desmitificar un saber que durante mucho tiempo se presentó como absoluto —dominando mentalidades y generaciones de un modo cuasi religioso—, se corre el riesgo de relativizar todo saber y toda verdad, lo que conduce directamente al otro extremo, el del subjetivismo y el irracionalismo, sobre cuyas peligrosas consecuencias la historia del siglo XX nos ilustra de modo elocuente.

57. Eso implica necesariamente la constante reelaboración y adaptación de los planes de estudios en el sentido de acercarlos cada vez más a una formación integral. La formación integral no significa necesariamente un artífice universal que sepa de todo, sino un jurista consciente de las implicaciones sociales, políticas y morales de la actividad que realiza. En algunos países suele instituirse un jurado que, según se dice, garantiza un contacto directo con los problemas sociales que se presentan a los tribunales. No creemos que ello sea necesario entre nosotros, teniendo en cuenta el carácter popular del sistema de administración de justicia (reforzado por la pre-

sencia de jueces legos en los tribunales con el mismo poder de decisión que los jueces profesionales). No existe una casta de juristas que vivan al margen de la sociedad, pero el análisis de un problema social, sus consecuencias y las posibilidades de influencia no pueden dejarse a la libre espontaneidad. Para ello se requiere una cierta preparación en materias como, por ejemplo, la sociología jurídica.

58. ¿Cuentan nuestros estudiantes con un programa de estudios que permita tal preparación? La respuesta es, dolorosa pero enfáticamente, no. Como se ha dicho, la formación de los juristas transcurre, pese a algunos intentos loables, por la tradicional exégesis y comentario de las leyes vigentes. En ese sentido, y excluyendo la posibilidad real de que una sociología del Derecho venga entre nosotros a servir de adorno en los programas de estudio, es necesaria una dimensión social en la enseñanza del Derecho para que nuestros juristas puedan enfrentar adecuadamente los problemas con los que diariamente se enfrentan.

59. En este sentido, más que en cualquier otro, puede cumplir su cometido una concepción marxista del Derecho. La dimensión funcional del Derecho que antes se explicó puede contribuir a una formación de la naturaleza que se reclama. Problemas como el aumento del divorcio, las madres solteras, los conflictos sociales de todo tipo exigen una consideración que sobrepasa los límites de una formación tradicional. Como señaló oportunamente Marx aunque a veces se suele olvidar, las condiciones materiales de vida de la sociedad y de los *individuos* influyen en una importante medida en el comportamiento de las personas y determinan incluso la configuración de una sociedad. De manera que el Derecho cumple ahí también una función importante, aunque en dos niveles distintos.

60. El primer nivel se sitúa en el ámbito de la legislación y es, de alguna manera, un poco ajeno al jurista tradicional. Preparamos juristas para interpretar y aplicar leyes vigentes, para resolver conflictos sociales, pero no para establecer o para analizar las posibles consecuencias de esas leyes para la sociedad. La dogmática jurídica parte precisamente de ese presupuesto. Sin embargo,

ello no impide que se pueda influir de alguna manera en la elaboración de una legislación socialmente eficaz y valorativamente justa a partir de la formación como juristas y como miembros de la sociedad. El otro nivel es el de la administración de justicia. Un conocimiento adecuado —o una posibilidad de análisis metodológico de determinados problemas sociales— puede contribuir a resolver un conflicto mucho mejor que lo que sería de otra manera. Ese tipo de preparación permite al jurista hacer determinados análisis, inferencias y, en definitiva tener una preparación adecuada de cara a los problemas sociales en los que debe intervenir.

61. Una perspectiva en la que también puede tener una influencia decisiva el marxismo es en relación con los valores (jurídicos o no). Las relaciones entre el Derecho y los valores pueden ser analizadas desde diversos puntos de vista y con consecuencias diferentes. Hablar de moral puede ser sumamente problemático y puede crear más confusiones que las que pretende aclarar. Un punto de partida puede consistir en distinguir entre la moral, los valores, las creencias que empíricamente se pueden constatar como compartidas en una sociedad determinada (lo cual no necesariamente implique que sean correctas) y los valores y principios que deben integrar una moral coherente y con pretensiones de universalidad para regular la acción práctica de los seres humanos individuales. A la primera se le llama moral social y su estudio se realiza desde la ética descriptiva; a la segunda moral crítica o esclarecida, cometido de la ética prescriptiva.

62. En cuanto al Derecho cabe hacer también algunas distinciones útiles. Puede considerarse que el Derecho, un determinado ordenamiento jurídico vigente, encarna en sí mismo el criterio de lo moral, de lo justo; o bien que el calificativo "jurídico" no depende de que sea moralmente justo o no, y no implica ningún juicio sobre la corrección moral de las normas así identificadas. En el primer caso se habla de positivismo ideológico y sirve para conferir legitimidad a un determinado Derecho vigente. Esa legitimidad se hace depender generalmente de la fuente del mismo o de ciertos caracteres trascendentes. En el segundo caso se habla de positivismo con-

ceptual o metodológico, que permite identificar el Derecho vigente y, de manera coherente, emitir juicios críticos sobre diversos aspectos de éste.

63. A partir de estas distinciones se puede clarificar un aspecto importante de la teoría marxista. Según ésta el Derecho vigente en una sociedad dividida en clases encarna la moral de esa clase. Así, en una sociedad en que la burguesía sea la clase dominante la moral será una moral burguesa; en cambio, en una sociedad donde la clase dominante sea el proletariado existe como moral predominante la moral proletaria. Pues bien, esta distinción permite afirmar que, en el caso de la última sociedad, el Derecho tiende a coincidir con la moral proletaria. Si el Derecho representa la voluntad de esa clase no se explicaría cómo no representa también su moral.

64. Si utilizamos la distinción entre una moral social y una moral crítica podemos afirmar que según la distinción anterior en una sociedad cuya clase dominante sea la burguesía o el proletariado, la moral incorporada al Derecho es la moral social y ello no encierra ninguna contradicción. Ha sido históricamente así; la moral que se ha incorporado al Derecho ha sido tradicionalmente la moral social. Pero no se puede decir lo mismo en relación con la moral crítica o individual.

65. La sociedad, cualquier sociedad, está compuesta por individuos con intereses, valores, planes de vida, y concepciones de lo "bueno y lo malo" que difícilmente puedan ser reducidos a un modelo. De donde se deduce que no puede esperarse o pretenderse que el Derecho represente los valores de cada uno de esos individuos en tanto tales. Mientras mayor sea el consenso social, los valores compartidos en una sociedad, mayor será el grado de indeterminación de su contenido. Todos estamos de acuerdo en que, por ejemplo, la solidaridad es un valor inestimable y que debe ser incorporado y fomentado por el Derecho. Pero la determinación del contenido, del grado de solidaridad aumenta en conflictividad mientras más concretas sean las situaciones en las que ese valor se realiza.

66. En el ámbito de la teoría marxista esta distinción parece que no se ha comprendido bien al considerar que admitir la primera cuestión implica también admitir la segunda. ¿El Derecho incorpora la moral social? De acuerdo ¿Y la moral individual? Según la cuestión 65 parece que la respuesta es no. Pero la teoría marxista responde sí. ¿Por qué? Por una sencilla razón, el Derecho es la voluntad de la clase dominante; en consecuencia, la moral incorporada al mismo es la moral de esa clase, ergo, también la de cada uno de los individuos que la integran. La moral individual implicaría ciertamente la posibilidad de crítica y análisis de la legitimidad incorporada al Derecho; pero si esa legitimidad se puede deducir de la voluntad de la clase dominante no es necesario criticarla: es la correcta. Así se cierra el diálogo y también el círculo: volvemos al positivismo ideológico del siglo XIX: la ley es justa porque es la ley.

67. La Teoría del Estado y del Derecho, como puede deducirse de su nombre y de los objetivos que se propone, pretende ser una teoría coherente y unitaria del Estado y el Derecho. Aunque en defensa de tal unificación se exponen algunos argumentos históricamente incuestionables, eso no implica una justificación del tratamiento unitario de dos fenómenos distintos, que requieren métodos distintos y enfoques particulares. Históricamente —se ha argumentado— el Estado y el Derecho surgieron en un mismo momento histórico, tienen los mismos fines y comparten destinos similares. Nacieron de la división de la sociedad en clases y se extinguirán en la futura sociedad comunista.

68. Esa unificación del estudio del Estado y el Derecho se contradice dentro de la propia teoría. En los propios libros hay una división interna en la que se estudian primero los problemas del Estado y luego los del Derecho. Pero hay otros ejemplos también en los que la separación es mucho más notable porque se escribe un libro, por ejemplo, de *Teoría del Estado y del Derecho* y se divide en dos partes que se publican por separado con un subtítulo indicando si se trata de la Teoría del Estado o de la Teoría del Derecho (Cfr. Cañizares, 1979; Fernández Bulté, 2001).

69. Un ejemplo en contrario lo constituye el libro de L. S. Jawitsch (1988, p. 4), *Teoría del Derecho*, donde el autor argumenta en favor de una separación de ambos campos de estudio —y de hecho escribe un libro donde trata exclusivamente la Teoría del Derecho. A fin de cuentas, la Teoría del Derecho existe desde mucho antes que la ciencia política y que las demás ciencias sociales. Por otro lado, y como se encarga de recordarnos este autor, que se estudie, por ejemplo bioquímica, no significa que desaparezca el estudio por separado de la biología y de la química como ciencias independientes.

70. En nuestra opinión, sería deseable, desde el punto de vista metodológico (nos referimos a los planes de estudio de la carrera), separar el estudio de los problemas relativos al Estado del estudio del Derecho. Sería mucho más conveniente organizar los planes de estudios de forma tal que se puedan estudiar los problemas del Estado a la manera, por ejemplo, de la ciencia y de la filosofía políticas y dejando los problemas relativos al Derecho para una teoría (crítica, no la tradicional dogmática jurídica) del Derecho. Todo ello, claro está, sin abandonar la comprensión de las relaciones entre poder y Derecho, que a fin de cuentas, ha sido un tema central de la Filosofía del Derecho desde los tiempos de Demócrito y Sócrates, lo que haría recomendable su inclusión como asignatura en el último año de la carrera —y no en el primero como actualmente está.

71. Por otra parte, cuando se emprende el estudio de sectores determinados del Derecho no deja de ser inquietante su situación actual: podría decirse que el nivel de elaboración doctrinal en sectores determinados está muy por debajo de lo que estuvieron incluso antes de 1959. La doctrina jurídica traída de la antigua URSS tenía un nivel de elaboración inferior a la que en esos momentos existía en Cuba. Como se ha señalado oportunamente, la dogmática jurídica ha sido tradicionalmente el estudio más característico y definitorio de los juristas (esto no significa que debamos conformarnos con ella). A partir de las leyes vigentes se realizan una serie de estudios que permiten aclarar los términos utilizados por el legislador, sistematizar los conceptos básicos de una rama determinada del De-

recho, elaborar categorías para su estudio, todo ello en relación con el *Derecho vigente*. Esto pone de manifiesto que la dogmática jurídica tiene un acusado carácter *nacional*, en el sentido de que tiene como objeto de estudio no a todo el Derecho, sino al que está vigente en un momento y lugar determinado.

72. Esto parece paradójico al ver cómo en Cuba no existen —o existen muy pocos— libros de dogmática jurídica escritos por autores cubanos y en relación con el Derecho vigente entre nosotros. Para estudiar, por ejemplo, Derecho Civil, tenemos libros españoles —muy buenos— pero son de *Derecho Civil Español*; para estudiar Derecho Administrativo, Derecho Constitucional o Derecho Ambiental tenemos también libros de tales materias de procedencia ibérica. Pero antes tuvimos, por ejemplo, libros de *Derecho Civil* o *Derecho Constitucional Soviético*... ¿Hemos de estudiar el Derecho vigente en Cuba a partir de los presupuestos establecidos teniendo en cuenta otros ordenamientos jurídicos? Aquí debe aclararse algo para que se comprenda lo que decimos. Que la dogmática jurídica estudie los ordenamientos jurídicos nacionales no significa que haya incomunicación entre las diversas dogmáticas jurídicas nacionales; lo que sucede es que no es suficiente estar a la “altura” de la dogmática extranjera —algo que, dicho sea de paso, es muy beneficioso— si no contamos con explicaciones en correspondencia con el contexto en que debe ser aplicado nuestro Derecho vigente.

73. De ahí probablemente derivan algunos reclamos —que cada vez son más frecuentes— de crear una doctrina cubana capaz de funcionar como complemento, explicación y sistematización —y también como guía e instancia crítica— del Derecho vigente en Cuba de acuerdo al nivel de desarrollo económico, social e incluso acorde con el sistema de valores y creencias subyacentes a ese Derecho.

74. Pero la creación de una tal doctrina cubana no puede partir sencillamente de la nada. *Ex nihilo, nihil*. Eso ya lo sabían los antiguos griegos y tuvieron la osadía de proclamarlo, aún contra el sentido común. Un paso necesario, en nuestra opinión, es propiciar y potenciar el debate y la confrontación de ideas y opiniones en un

clima de respeto y tolerancia para las opiniones ajenas. Pero no es suficiente: resultará estéril si esa apertura no se materializa a través de publicaciones periódicas, publicación de tesis doctorales o de otro tipo de estudios que merezcan ser conocidos y puedan significar un aporte a la construcción de una doctrina jurídica cubana.

75. Como ya queda dicho, la teoría marxista-leninista del Estado y del Derecho, al asumir un estudio eminentemente estructural, deja fuera aspectos importantes de la realidad del Derecho. Uno de esos aspectos es el que se refiere a los valores en sentido amplio que ya comentamos a propósito de la relación entre el Derecho y la moral. Diferimos en aquel momento el tratamiento de un valor fundamental y omnicompreensivo: la justicia.

76. De justicia se puede hablar en muchos sentidos y con connotaciones diferentes. Sin que quepa aquí un análisis más detallado, Aristóteles estableció una distinción que conserva aún todo su valor. Se trata de la conocida distinción entre justicia conmutativa y justicia distributiva. La primera es la que pone orden o igualdad entre los particulares, hay relación de igual a igual; en tanto la segunda pone el énfasis en el mérito, es justo, en este sentido, que a cada uno se le dé según sus méritos. Una distinción más analítica es aquella según la cual la justicia se puede determinar en tres planos diferentes. Así, se habla de la justicia del agente, de la justicia del acto y de la justicia de la norma, y los tres criterios han sido y son empleados para juzgar el grado en que se realiza ese supremo valor en las instituciones humanas.

77. Lo que pudiéramos llamar el “principio de la justicia” en la sociedad socialista es el que expresa que “de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo”. Este principio tiene una connotación conmutativa, porque expresa que la sociedad, para ser justa, debe beneficiarse de sus miembros en relación a su capacidad; en tanto cada uno de éstos debe recibir beneficios sociales de acuerdo a su trabajo (Sobre ello y hasta el N° 79 cfr. Mondelo y Carrillo (2), pp. 675 y ss.).

78. Este principio no ha sido comentado hasta donde conocemos, en ninguno de los libros de la teoría marxista del Estado y del Derecho. En su lugar se recurre a afirmaciones según las cuales la sociedad socialista es por naturaleza una sociedad justa, "la más justa de todas", "la única verdaderamente justa". Estas afirmaciones han servido muchas veces para ocultar algunas dificultades presentes en los países socialistas y otras para que las cosas buenas queden en la incógnita de lo normal, de lo cotidiano.

79. Sin que sea preciso remontarse muy atrás en el tiempo y muy lejos en la geografía, en Cuba este principio ha recibido un solo comentario en la literatura jurídica. Aparece en uno de los libros más importantes que se haya escrito en el país sobre la Constitución de 1976, los *Comentarios a la Constitución Socialista*, de Fernando Alvarez Tabío. Por lo que se refiere al principio de justicia que aquí comentamos, no se puede decir que haya un análisis interesante, el autor se limita a hacer algunas glosas al conocido pasaje de la *Crítica del Programa* (1875) donde se describe la futura sociedad comunista.

80. ¿Tantos progresos, tantos avances, tantas transformaciones que se han hecho para hacer realidad ese principio y no recibe sino un comentario huidizo y tímido del que ha sido uno de nuestros más importantes juristas? No se puede deducir de ello desconocimiento por parte del autor. ¿Cuál es, entonces, la razón?

81. Probablemente la falta de un análisis mesurado de este principio deriva de una tendencia y una manera de entender la Constitución donde precisamente aparece este principio (artículo 14). ¿Qué es la Constitución? ¿Un programa político? ¿Una declaración de principios? ¿Una norma jurídica directamente aplicable y/o invocable? ¿Qué saben nuestros ciudadanos de la Constitución? En 1987, se efectuó una investigación nacional por encargo de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional. Bajo el título "Estudio sobre los factores que más afectan el desarrollo de una cultura de respeto a la ley", el informe presentado ante la propia Asamblea puso de manifiesto graves carencias en

nuestro ordenamiento jurídico. La conclusión más sorprendente, casi increíble, es que "más de las dos terceras partes de los encuestados (en todas las provincias del país) ignoran que la Constitución de la República es la ley más importante del país", dato global que incluía un 44.5% del universo de los dirigentes. (Azcuay, 1995).

82. Hace ya bastante tiempo que la Constitución ha dejado de ser, al menos teóricamente, un programa político o una declaración de principios. El reconocimiento a nivel constitucional primero, y a nivel internacional después, de los llamados Derechos Humanos son contrarios a una concepción de la constitución programática e inaplicable directamente. Tal reconocimiento implica, en principio, la posibilidad de entender la Constitución como un conjunto no sólo de normas y directrices políticas, sino además y, sobre todo, como un conjunto de principios y valores directamente aplicables e invocables ante los órganos de administración de justicia y, en general, a todos aquellos que están legalmente facultados para la aplicación de las leyes.

83. La Constitución cubana vigente data de 1976 y puede ser entendida como la culminación de un proceso del que ya hemos hablado a propósito de la creación de la nueva legalidad. Si bien a las primeras grandes leyes de la Revolución se les confirió rango constitucional y en febrero de 1959 se puso en vigor la Ley Fundamental, lo cierto es que hasta la fecha de entrada en vigor de la Constitución Socialista el país tenía una estructura gubernamental provisional. Hasta qué punto la Ley Fundamental significó o no la restitución de la Constitución de 1940 es una cuestión problemática. Pero si nos atenemos a las nuevas ideas según las cuales era preciso crear una nueva legalidad, la legalidad socialista, y romper la legalidad burguesa anterior, se puede deducir que la Ley Fundamental *no es* la Constitución, progresista, sí, pero burguesa, de 1940. Ello puede ser fácilmente comprobado con la mera lectura de las más importantes Leyes Revolucionarias, como las de Reforma Agraria I y II, la Reforma Urbana, las de Nacionalización, las que conformaron la Ofensiva Revolucionaria de 1968 y tantas otras, necesarias para la consolidación del nuevo poder, que convirtieron en

obsoleta e inaplicable la Ley Fundamental a muy pocos años de su promulgación.

84. La Constitución socialista, como era de esperar, adoptó la forma de gobierno y la estructura estatal típica de los países socialistas. Pero sobre todo adoptó la ideología subyacente a esas formas de gobierno. Así, definía a Cuba como "un Estado socialista de obreros y campesinos y demás trabajadores manuales e intelectuales (...)" (artículo 1 antes de la reforma de 1992), poniendo de manifiesto con ello que en Cuba precisamente la clase dominante era, en ese momento, la de los trabajadores. ¿Puede decirse que en ese momento había otra clase social en Cuba...?

85. Durante el proceso de discusión y aprobación de dicha Constitución, uno de los elementos en que mayor énfasis se hizo fue la importancia de contar con una Carta Magna que refrendara y diera carácter jurídico a los logros de la Revolución y, sobre todo, de la posibilidad de invocarla y de que fuera aplicada por los tribunales y funcionarios. La Constitución no era, en este momento, simplemente un programa. También es importante señalar que según este propio discurso era necesario introducir en el sistema de enseñanza a todos los niveles y en los barrios y los centros de trabajo el estudio de la Constitución y, en general, de nuestro sistema jurídico, y hacer del conocimiento de las leyes y la Constitución un patrimonio de cada ciudadano cubano.

86. ¿Qué quedó de aquellas proclamas? ¿Aplican la Constitución nuestro jueces y funcionarios? ¿Nuestros ciudadanos la conocen?

87. Que la Constitución sea aplicada o no en la práctica no es una cuestión que se resuelva apelando a fórmulas o teorías. En lugar de ello, es preciso recurrir a estudios de documentos legales —sobre todo de sentencias judiciales, resoluciones administrativas, demandas judiciales, los alegatos de las partes en el foro. ¿Está ahí la Constitución? ¿Es invocada? ¿Funciona como criterio de identificación, de validez, de obligatoriedad, de (digámoslo así) la ju-

ridicidad de las normas jurídicas? Lamentablemente, la respuesta es no (Cfr. Mondelo: El orden jurídico cubano y la regla de reconocimiento).

88. Pasemos ahora de la descripción a la valoración. ¿Acaso la Constitución no recoge los principios fundamentales que configuran la vida política del país? ¿No refleja ella los valores y las creencias compartidas por los cubanos? ¿No reconoce y crea las garantías necesarias para la protección de los derechos de los ciudadanos? ¿No es esa Constitución compatible con nuestra realidad social, con los principios de justicia social y solidaridad humana de la Revolución? Más aún, ¿no se constituye, ella misma, para los operadores jurídicos y para los simples ciudadanos, en la expresión y el criterio para juzgar acerca de la *justicia del Derecho*, el grado en que sus normas defienden y realizan la libertad, la igualdad y la seguridad de los cubanos?

89. La respuesta es, en todos los casos, positiva. De manera que eso justifica —o por lo menos, debería justificar— la aplicación y/o invocación de la Constitución por los tribunales y funcionarios —incluso por los ciudadanos— y un mayor conocimiento por parte de estos últimos —y por supuesto de los primeros— a partir de programas diseñados con ese objetivo.

90. Esto está estrechamente vinculado con la cuestión de las fuentes del Derecho. Cuáles son las fuentes a las que cabe recurrir para justificar *legalmente* una decisión depende en definitiva de una decisión política. Si una decisión de esa naturaleza exige, por ejemplo, que se tengan en cuenta las costumbres del lugar, tal o cual tradición con respecto a determinados grupos de personas o que se tenga en cuenta la Constitución, se puede deducir de ello que tal decisión será, *prima facie*, obligatoria para los jueces.

91. Pero si, por el contrario, la ley (entendida en sentido muy amplio) se convierte en la única fuente válida para justificar decisiones legalmente adoptadas, entonces la Constitución es irrelevante en el foro y sirve, a lo sumo, para saber cómo se distribuye

el poder entre los órganos del Estado y cómo se configuran los mismos. Este es básicamente el paradigma legalista propio de la segunda mitad del siglo XIX hasta después de la Segunda Guerra Mundial en que las constituciones pasan a ocupar un lugar relevante dentro del sistema de fuentes del Derecho —no hay que olvidar, sin embargo, que, al menos en Estados Unidos, con la famosa sentencia del *Chief Justice* J. Marshall, la Constitución tenía ya un lugar relevante explicable, entre otras razones, por las características propias del sistema de Derecho norteamericano.

92. Pero si la Constitución es mucho más que un programa político y no debe ser entendida sólo como tal, tampoco se debe caer en el otro extremo y considerar que es sencillamente una norma jurídica más —aunque sea la norma jurídica suprema dentro del ordenamiento jurídico. Hemos dicho más arriba que sus formulaciones están más cerca de los principios y de los valores; de manera que la aplicación y/o invocación de la Constitución pasa necesariamente por el análisis de los principios y los valores contenidos —y que se pretende realizar— con ella.

93. ¿Están preparados nuestros juristas para realizar esa actividad eminentemente hermenéutica? La respuesta al parecer, es negativa. De inicio, cabe decir que los principios integran una zona bastante amplia del razonamiento tradicional de los juristas, los llamados principios generales del Derecho; las máximas que se han ido decantando durante la evolución del Derecho a través de los siglos y que se expresan en sentencias breves y cortantes: “Primero en tiempo, primero en derecho”, “testigo solo, testigo nulo”, “la buena fe se presume”, “el que puede lo más puede lo menos”, “lo que no está prohibido está permitido” y mucho más, la mayoría casi olvidados en nuestra escuálida jurisprudencia. Los principios generales del Derecho, son, por definición, normas implícitas o normas que se obtienen a partir de otras normas según un procedimiento lógicamente arbitrario (Prieto Sanchís, 1996, p. 128).

94. Pero el tipo de principios recogidos en las modernas Constituciones significan más que eso. Son formulaciones cuyo contenido, que puede no estar determinado con precisión, es aún más gene-

ral que en el caso de los principios mencionados arriba. Es decir, no se limitan a ser indicaciones para la interpretación o la solución de casos específicos. Estos principios se refieren generalmente, por un lado, a exigencias éticas irrenunciables de los seres humanos, valores como la libertad, la igualdad o la solidaridad (principios en sentido estricto); por otro lado, establecen cuáles son los intereses sociales o económicos que deben ser tenidos en cuenta por los órganos facultados para adoptar las políticas, los cursos de acción del Estado en los diversos ámbitos de la sociedad (directrices). Y aunque muchas veces han sido criticados o, sencillamente, se les haya negado valor normativo por su carácter ambiguo, vago, elástico, incompleto (Prieto Sanchís, 1996, p. 128), lo cierto es que su valor hermenéutico, dentro de una concepción no dogmática de la interpretación del Derecho, resulta evidente. Piénsese, por ejemplo, en un valor como el de la solidaridad humana expresado en el artículo 1 de la Constitución cubana —después de la reforma de 1992—, que a su vez inspira principios básicos de nuestro Derecho Penal como el carácter humanitario de la sanción y la resocialización del delincuente como objetivo, y trate de hacerlo compatible con la aplicación de la privación perpetua de libertad establecida para algunos delitos por la ley 87 de 1999.

95. Desde luego que esto implica conceder un poder a los jueces que va más allá de la mera aplicación de las normas jurídicas previamente existentes. ¿Pero habrá quien crea todavía que el juez es la boca que pronuncia la palabra de la ley? ¿Se negará que el razonamiento judicial está necesariamente permeado de valoraciones cuyo carácter es más bien extrajurídico?

96. Todo el poder de los jueces, el poder de dictar sentencias a los casos sometidos a su conocimiento, les viene, ciertamente, de las leyes que les adjudican esa facultad. Pero su legitimidad depende, en definitiva, de la manera en que ejercen su función; y una manera adecuada de ejercerla consiste en exponer en sus sentencias las razones que les conducen a adoptar tal o cual decisión. Pero todavía existe un elemento importante que funciona como freno al posible uso discrecional del poder por los jueces; la existencia de un sistema de tribunales, con un Tribunal Supremo dentro del mis-

mo, con una función de unificación de la administración de justicia ante el cual, en última instancia, se puede recurrir una decisión judicial. ¿Qué valores e intereses ha tenido el juez en cuenta? ¿Qué principios orientan su decisión? ¿Sólo el artículo del código que lo obliga a castigar? ¿Sólo la ley que exige indemnizar? Ello no *justifica*, todo lo más *explica* su decisión, y semejante ausencia afecta una de las funciones principales que debe cumplir el Derecho: el logro de consenso.

97. Pero alguna fuente debe orientar esa toma de decisiones, y parece que tal fuente no puede ser sino de carácter político, como las demás. De una sentencia aislada probablemente no se puede hacer una generalización, en principio carecería de sentido y sería bastante temeraria. Sin embargo, si tal sentencia se pone en relación con otras ideas que ya han sido expuestas puede arrojar alguna luz sobre este asunto. Una idea, una palabra, puede iluminar una cuestión como la que aquí nos ocupa.

98. Esa idea podemos extraerla de la sentencia que fue dictada en el memorable proceso seguido por la demanda que interpusieron las organizaciones sociales y de masas a nombre del pueblo de Cuba al gobierno de los Estados Unidos por daños humanos. En la sentencia que puso fin a dicho proceso se afirma que la misma se adopta "con amparo en la fuente formal, creadora e integradora del derecho denominada *Revolución*" (STC. 2000).

99. El carácter de fuente del Derecho de una revolución es in cuestionable; pero en todo caso no se trata de una fuente formal, sino material, en lo cual se confunde el tribunal. Pero lo importante aquí es que, aunque han transcurrido más de 40 años del triunfo de la Revolución, ésta siga conservando el carácter de fuente del Derecho, sobre todo después de haberse institucionalizado en 1976 a través de la Constitución y estar dotada de un ordenamiento jurídico en el cual se han establecido sus fuentes y las instituciones que pueden legalmente producirlo.

100. Esta deducción puede resultar cuando menos chocante, pero cobra todo sentido cuando se cae en la cuenta de que ésta

ha sido una de las ideas más firmemente sostenidas a lo largo de los años con que ya cuenta la Revolución. Indudablemente, la consideración de que la Revolución es fuente de Derecho no fue —ni es— sólo una consideración expresada en el discurso público y en el sentimiento común. Una prueba de ello es que ya la ley N° 3 de 10 de octubre de 1958 —la que, cronológicamente es la primera ley de reforma agraria de la revolución— en el último de sus Por Cuanto, declara "que la revolución es fuente de Derecho".

101. Esta analogía entre la idea de la ley como emanada de la revolución y la expresada por los jueces en la sentencia permite deducir que los jueces no identifican el Derecho en Cuba de acuerdo a determinados parámetros de contenido o de corrección de acuerdo con alguna concepción de la justicia o del bien común. Si utilizamos la distinción introducida en la proposición 76 podemos decir ahora que el Derecho en Cuba, no se identifica ni se legitima según la justicia de las normas o de los actos. El criterio es la justicia del agente. De manera que cuando se argumenta a favor (o en contra) de una ley o de una decisión que ella se corresponde (o no) con los intereses y la defensa de la Revolución, representados por sus agentes y funcionarios, ello es suficiente para que su (in)validez, para que su (in)justicia, sea incuestionable.

102. De esta manera, y para volver a donde comenzamos, los libros de Protágoras sólo podrían existir legítimamente hoy entre nosotros, si se correspondieran con los requisitos exigidos en la proposición anterior.

B I B L I O G R A F I A

- AA.VV.: *Manual de Teoría del Estado y del Derecho*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1988.
- ACANDA, Jorge Luis: *La contemporaneidad de Antonio Gramsci*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1991.
- ALEXANDROV, N. G.: *Teoría marxista-leninista del Estado y del Derecho*, Colegio de Abogados de la Habana, 1963.
- AZCUY, Hugo: *Revolución y Derechos*, Revista Cuadernos de Nues-

- tra América, Nº 23, enero-junio, Centro de Estudios sobre América, 1995.
- BEKERMAN, Gérard: *Vocabulario básico del marxismo*, Editorial Crítica, Barcelona, 1971.
- DIDEROT, Denis: *Jacques el fatalista*, Ediciones Huracán, La Habana, 2002.
- DUFRENE, Mikel: *El arte y la ciencia del arte, hoy. Corrientes de la investigación en las ciencias sociales*, Editorial Tecnos, Madrid, Volumen 3: Arte y Estética/Derecho, 1983.
- FASSO, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*, Tomo III, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982.
- FERNANDEZ Bulté, Julio: *Tras las pistas de la Revolución en 40 años de Derecho*, Revista Temas, Nº 16-17, octubre/1998 - junio/1999.
- : *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- GUEVARA, Ernesto: *Carta a Armando Hart de 1965*, en Revista Contracorriente, Año 3, Nº 9, 1997.
- JAWITSCH, L. S.: *Teoría General del Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.
- LAERCIO, Diógenes: *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1990.
- LENIN, V. I.: *Carta al Congreso de 22 de diciembre de 1922*, en Obras Escogidas en tres tomos, Tomo III, Editorial Progreso, Moscú, 1975.
- : *Una gran iniciativa*, Obras Escogidas en tres tomos, Tomo III, Editorial Progreso, Moscú, 1975.
- LESSING, Gotthold: *Acerca de la verdad*, en volumen colectivo ¿Qué es Ilustración? Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- LOCKE, John: *Cartas sobre la tolerancia*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- MARTIN, Juan Luis: *La investigación social en Cuba (1959-97)*, Revista Temas, número Extraordinario 16/17, La Habana, 1999.
- MARX, Karl: *Crítica al Programa de Gotha*, Editorial Política, La Habana, 1975.
- MARX, Karl y ENGELS, Federico: *Obras Escogidas*, Editorial Progreso, Moscú, s/f.

- MONDELO GARCIA, Walter: *El orden jurídico cubano y la regla de reconocimiento*, (inédito).
- MONDELO GARCIA, Walter y CARRILLO GARCIA, Yoel (1): *El pan contra el Espíritu: una lectura del pensamiento jurídico cubano*, en AA.VV.: *Temas de Filosofía del Derecho*, Señal Editora, Universidad de Medellín, Colombia, 2003, pp. 229-334.
- (2) *John Rawls: un (ilustre) desconocido en Cuba*, en *John Rawls: Estudios en su memoria*, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Chile, 2003, pp. 657-678.
- NAGEL, Thomas: *La última palabra* (traducción de Paola Bergallo y Marcelo Alegre), Editorial Gedisa, Barcelona, 2000.
- NIETZSCHE, Friedrich: *Más allá del bien y del mal*, en Obras Completas, Editorial Aguilar, Madrid-Buenos Aires-México, 1951.
- PLATON: *La república*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
- PRIETO SANCHIS, Luis: *El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de "El Derecho dúctil" de Gustavo Zagrebelsky)*, Anuario de Filosofía del Derecho Nº XIII, Madrid, 1996.
- ROSSEAU, Jean Jacques: *El Contrato Social*, en Obras Escogidas de J. J. Rousseau, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
- TIERNO GALVAN, Enrique: *Estudio preliminar*, en Hobbes, Thomas: *Del ciudadano y Leviatán*, Tecnos, Madrid, 2001.
- TREVES, RENATO: *Introducción a la sociología del Derecho*, Taurus, Madrid, Traducción y nota preliminar de M. Atienza, 1978.
- VIERA HERNANDEZ, Margarita: *Criminología*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1987.
- WALTER, Gerard: *Lenin*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975.
- ZHIDKOV, et al.: *Teoría Socialista del Estado y del Derecho*, Moscú, Editorial Progreso, 1980.
- Constitución de la República, 1976, reformada en 1992 y 2002. (STC 2000) Sentencia del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, Periódico Granma de fecha 6 de mayo de 2000, pp. 2-12.