

# COMUNICACIONES PARA EL II CONGRESO DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## FORMAS Y TRANSFORMACIONES DEL DERECHO

§ 1. El epígrafe «Las transformaciones del Derecho» trae a la memoria los títulos de ciertos trabajos de León Duguit y evoca, con ello, uno de los temas caros al positivismo sociológico. Recuerda también en su enunciado la fiebre del «transformismo», moda y escándalo en el último tercio del siglo XIX. Es, pues, un tema cuyo interés ha sido al menos potenciado por quienes han tratado de construir la ciencia jurídica como una *physique sociale*, lo que no quiere decir que sólo sea abordable desde la posición metódica del sociologismo. Por lo demás, habiendo pasado ya la época de las mareas vivas en el flujo y reflujo de evolucionismo y anti-evolucionismo, cabe esperar que sea ya posible acercarse al tema de las transformaciones jurídicas sin olvidar su raigambre sociológica, pero dentro de un clima de serenidad.

Desde el punto de vista filosófico, el tema de las transformaciones del Derecho ha de ser enfocado en términos universales, en los que quepa encuadrar cualquier transformación históricamente verificable. Se trata, pues, no de comprobar tendencias sociales ni constantes históricas, sino de averiguar las condiciones de posibilidad de toda transformación jurídica.

Por de pronto, el mero enunciado del tema da ya por admitidos unos supuestos previos; a saber:

- a) que existen formas jurídicas definidas;
- b) que estas formas cambian, convirtiéndose en otras; con bastante probabilidad;
- c) que dichos cambios no son, aparentemente, continuos, sino que, tras la duración sensible de formas de la misma o similar fisonomía, se producen cambios, mutaciones, de estas formas.

Consecuentemente, para el estudio de las transformaciones jurídicas es preciso:

1. Determinar los diversos modelos posibles de la vida jurídica.

2. Poner de manifiesto las posibilidades de paso de unos modelos a otros.

3. Investigar las regularidades que se revelen en tales pasos, es decir, averiguar las leyes de las «modulaciones» jurídicas (sería interesante determinar hasta qué punto puede avanzar una investigación de este tipo al margen de la experiencia).

Así, pues, el estudio de las transformaciones jurídicas, o estudio evolutivo del Derecho, ha de ir precedido de una indagación sobre las formas jurídicas, esto es, de una *morfología jurídica*. De esta morfología se tratará aquí tan sólo, y ello en la medida en que pueda ser útil para ayudar a comprender con carácter general los fenómenos evolutivos.

§ 2. Para la construcción racional de una morfología jurídica, una de las vías posibles es la de comenzar por catalogar las notas que puedan ser elementos relevantes de las formas jurídicas y proceder a establecer clases, por el método de contradicción. Cada nota tomada en consideración dará origen a un *orden* o dimensión clasificatoria, integrado por dos clases: la de las formas que poseen dicha nota, y la clase complementaria de las que no la poseen. De este modo, cada una de las formas jurídicas concretas constituirá un *tipo*, caracterizado por la tabla de presencia o ausencia de cada una de las notas en cuestión. Este sistema permite además la representación de cada forma jurídica en un código binario, a efectos de una eventual computación mecánica o electrónica.

(Al iniciar la construcción de una morfología jurídica conviene recordar que las formas jurídicas, como toda forma de conducta, no constituyen unidades estructurales estáticas, sino unidades dinámicas, funcionales; es decir, que la más elemental relación jurídica es un *proceso*; en la medida en que en la multitud de los procesos jurídicos se advierte la repetición de ciertas constelaciones de notas, pueden reducirse muchos de ellos a unas cuantas formas típicas. Por lo tanto, cuando se habla de transformaciones jurídicas se alude a procesos de grado segundo—y, en general, de grado  $n + 1$ —: el estudio de las transformaciones del Derecho es el estudio de las procesiones de procesos jurídicos típicos. El cambio de cauce de un río puede ser una buena metáfora de transformación jurídica.)

Puesto que el Derecho no es la única forma de la conducta humana, ni la única forma normativa—el conducirse según normas se reconoce como una de las notas liminares para distinguir la conducta humana de la conducta animal (Aristóteles, Lévi-Strauss, Buytendijk)—, para esbozar una morfología jurídica habrá que partir de una definición, siquiera provisional, del Derecho. Los resultados de esta investigación morfológica

pueden contribuir posteriormente a corregir la inicial definición de lo jurídico, pues las notas que se consideren relevantes para las formas jurídicas no tienen por qué ser notas exclusivas de lo jurídico.

Si se aceptan como notas esenciales de la conducta jurídica:

- a) la referencia a otro (*alteridad*);
- b) la probabilidad de desencadenar la actuación de un dispositivo de violencia (*coactividad*); y
- c) la pretensión de elevar el nivel de satisfacción común dentro del grupo, ora por simple neutralización de los efectos nocivos, ora por aumento positivo del nivel de satisfacción (*justicia*),

puede iniciarse la catalogación de las notas relevantes, entendiéndose referidas a un campo circunscrito por las notas de alteridad, coactividad y justicia.

\* \* \*

Lo que se ofrece a continuación es el esbozo de un primer intento de catalogación de las notas más relevantes que caracterizan las diversas formas jurídicas. Algunas de ellas pueden proceder de un análisis de la noción de Derecho; otras, de una intuición fenomenológica. Como tal esbozo, no pretende una catalogación exhaustiva, sino más bien una muestra del modo de proceder en esta materia.

Los diversos órdenes que resultan de las notas tomadas en consideración se exponen agrupados, según su referencia a las tres notas liminares de alteridad, coactividad y justicia.

#### A) ORDENES RELATIVOS A LA ALTERIDAD.

*Orden I: Formas binarias / no binarias (múltiples).*—Formas binarias son aquellas en las que solamente intervienen dos posiciones, en cada una de las cuales pueden hallarse individuos o grupos. Las formas jurídicas más simples son formas binarias; en ellas el respaldo coactivo queda a la merced de la capacidad de compulsión de cada una de las partes, lo que representa la mayor probabilidad de una vida jurídica deficiente (problema clásico del Derecho internacional).

En las formas no binarias intervienen tres o más posiciones (la hipótesis de una sola posición queda excluida por el requisito esencial de la alteridad). Dentro de esta clase de las formas no binarias puede establecerse una clasificación subordinada que separe la subclase de las formas

ternarias, comprensivas de los importantísimos fenómenos de jurisdicción, que representan una mayor probabilidad de vida jurídica eficiente.

#### B) ORDENES RELATIVOS A LA COACTIVIDAD.

*Orden II: Formas con coactividad equilibrada / no equilibrada.*—La capacidad de compulsión de las partes en una relación puede estar a un mismo nivel, en cuyo caso la salida normal del conflicto es la «transacción», y la situación que se genera, si hay proyección hacia el futuro, es de «coordinación», o bien el nivel de compulsión de que las partes son capaces es distinto, en cuyo caso la salida normal del conflicto es la «imposición», originándose una situación de «subordinación» si hay proyección hacia el futuro.

*Orden III: Formas respaldadas por un aparato coactivo organizado / no organizado.*—La coacción que garantiza las relaciones jurídicas puede ser función encomendada a instituciones organizadas (y permanentes), como fuerzas armadas, policía, etc., o a instituciones que no requieren organismos permanentes, como por ejemplo la «venganza de la sangre».

*Orden IV: Formas directamente coactivas / indirectamente coactivas.*—Es decir, formas que incluyen entre sus notas la actuación coactiva—lanzamiento, castigo, represalia, guerra, etc.—y formas en que la coacción es meramente potencial.

#### C) ORDENES RELATIVOS A LA JUSTICIA.

*Orden V: Formas con solución proyectada hacia el futuro / no proyectada hacia el futuro.*—Esto es, formas que tienden exclusivamente a la solución presente de un conflicto ya planteado y formas que implican un proyecto hacia el futuro. Con esta segunda clase pueden hacerse dos subclases, según la proyección verse sobre un conflicto concreto cuya solución satisfactoria no sea viable «al momento» o, genéricamente, sobre cualquier posible conflicto de cierto tipo. Las formas de la clase que no implica proyección hacia el futuro pueden llamarse «reparadoras», y las otras, «preparadoras».

*Orden VI: Formas que representan una simple neutralización de daños / que no representan una simple neutralización de daños.*—El daño puede provenir de la destrucción de un bien o de su sustracción del patrimonio

afecto a la satisfacción de un individuo o grupo. La sociedad puede asumir los daños que sobrevienen a sus miembros (individuos o grupos) para remediarlos de la manera más eficaz y económica, pero en principio, así como los bienes pueden comunicarse, los daños han de localizarse. Cuando un daño se desplaza de la posición en que se origina, esta «descomposición» amenaza a la sociedad y se hace precisa una «composición» que «vuelva a poner las cosas en su sitio» y neutralice el daño. La «composición» no aumenta el patrimonio del grupo ni el de sus miembros, pero repone en lo posible el repertorio de expectativas de satisfacción de aquel miembro al que un daño se le hubiese disminuido «impropiamente». Dentro de las formas de «composición» pueden distinguirse dos subclases, según el daño se haya producido por destrucción de un bien o por su desplazamiento a otro patrimonio. En el primer supuesto se ha producido una mengua en el patrimonio total del grupo y no puede lograrse la «composición» más que menguando el patrimonio (presente o futuro) del causante del daño en favor del dañado; es la especie de «composición» llamada «resarcimiento» (la destrucción de otro bien del dañante no tiene justificación desde el punto de vista de un bien común objetivo, aunque, desde un punto de vista subjetivo, sea susceptible de producir la satisfacción psíquica compensatoria de la venganza). En el segundo supuesto no hay disminución del patrimonio total del grupo, sino sólo del patrimonio del dañado, al ocurrir el desplazamiento de un bien desde su área a la del dañante: la «composición», en este caso, puede consistir en una «restitución».

Las formas que no representan una simple neutralización del daño implican siempre un «beneficio», esto es, un incremento de las expectativas de satisfacción. Pueden distinguirse dos subclases, según el «beneficio» se haya logrado con aumento del patrimonio de todo el grupo o sin él; en este último caso, el incremento de las expectativas de satisfacción de los miembros habrá de ser imputado al traspaso recíproco de bienes desde unas áreas patrimoniales a otras, es decir, a «permutación». A la mutación que representa un aumento del patrimonio de todo el grupo se le podría dar acaso el nombre de «transmutación» (y puede ser debida a un fenómeno natural, como la caída de un aerolito, o a la industria humana; en este segundo supuesto, puede deberse a un aumento efectivo del patrimonio (producción de bienes) o a una reducción estratégica de su mengua, mediante el reparto solidario de las cargas (producción de seguridad).

*Orden VII: En el supuesto de que haya aportaciones: las aportaciones se confunden en el seno de una masa común / no se confunden en el seno*

*de una masa común.*—En las formas de esta última clase, la masa común resulta de la simple «adición» de las aportaciones, las cuales no pierden su individualidad a todo lo largo del proceso; en las de la primera clase, la masa común resulta de la «integración» de las aportaciones en un todo en el que la individualidad de cada una de ellas se pierde o desfigura a lo largo del proceso. En la fase «retributiva» de éste, en el caso de «adición», la «retribución» se determina mediante «sustracción», mientras que en el caso de «integración» ha de determinarse mediante «división» proporcional o «distribución». Puede reservarse la palabra «atribución» para designar las aportaciones en caso de «adición», y la palabra «contribución» para dar nombre a las aportaciones destinadas a «integración». El cambio de bienes o servicios es un fenómeno atributivo-retributivo, mientras que la cooperación es un fenómeno contributivo-retributivo o distributivo.

*Orden VIII: Formas que implican la apropiación de resultados / que no implican la apropiación de resultados.*—Hay casos en que la satisfacción no es posible sin la apropiación de bienes—ejemplo máximo, la alimentación—y casos en que la no apropiación es requisito de una satisfacción adecuada.

*Orden IX: Formas que presuponen la existencia de una medida universal del valor / que no presuponen la existencia de una medida universal del valor.*—Es decir, formas sólo posibles en una economía dineraria, como la compraventa, y formas también posibles en una economía natural, como la permuta.

Estos órdenes son ampliables y acaso reducibles. No obstante, aquí, en donde se pretende esbozar un método de investigación, pero no agotarlo, puede bastar con lo dicho. Los nueve órdenes enunciados permiten considerar quinientos doce tipos jurídicos ( $2^9 = 512$ ), y estos tipos se elevarían a cuatro mil noventa y seis ( $2^{12} = 4.096$ ) si se tomasen en consideración las subclasificaciones que se han hecho dentro de algunos órdenes. Algunos de estos tipos, por supuesto, pueden ser vacuos. Cada uno de los construidos teóricamente es identificable mediante un sistema dígito binario, como ya se ha dicho; así, utilizando el 1 para expresar la presencia de una nota, el 0 para la ausencia y la posición para representar el orden, la clave de cada tipo, sin tomar en cuenta los subórdenes, sería:

TIPOS	O R D E N E S								
	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX
1.º	1	1	1	1	1	1	1	1	1
2.º	1	1	1	1	1	1	1	1	0
3.º	1	1	1	1	1	1	1	0	1
4.º	1	1	1	1	1	1	1	0	0
5.º	1	1	1	1	1	1	0	1	1
6.º	1	1	1	1	1	1	0	1	0
7.º	1	1	1	1	1	1	0	0	1
8.º	1	1	1	1	1	1	0	0	0
.....									
511.º	0	0	0	0	0	0	0	0	1
512.º	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Con el auxilio de una tipología teórica de este estilo y de un computador electrónico, la sociografía jurídica podría, sometiendo a análisis y clasificación las instituciones jurídicas de una sociedad determinada, llegar a fijar los tipos predominantes en ella y poner de manifiesto de este modo la morfología jurídica macroscópica de dicha sociedad. Estudios de este linaje contribuirían a su vez a un mejor conocimiento científico del Derecho.

§ 3. Al margen de estas perspectivas, hay que preguntarse ahora qué asidero puede ofrecer esta morfología para una comprensión de las transformaciones jurídicas, desde el punto de vista teórico.

Conviene, de entrada, no hacerse demasiadas ilusiones sobre lo que puede dar de sí una consideración meramente teórica de la evolución. Sin embargo, con el auxilio de algunos criterios tomados de la experiencia, sobre todo en el campo de las ciencias biológicas, como son la tendencia de lo simple a lo complejo y la supervivencia de lo flexible sobre lo inflexible, puede intentarse una ordenación de las notas de las formas jurídicas, antes examinadas, según se las considere correlativamente como indicios de estadios evolutivos más atrasados o más adelantados. Naturalmente, hay que procurar no forzar las cosas y poner aparte aquellos órdenes en que la presencia o la ausencia de la nota correspondiente no parezca relevante desde un punto de vista evolutivo.

De acuerdo con estas líneas puede establecerse el cuadro siguiente:

O R D E N	Notas indicativas de estadio relativo		Notas irrelevantes o ambiguas
	de atraso	de adelanto	
I	Binario	Ternario	
II			Transacción/imposición
III	Coacción no organizada	Coacción organizada	
IV	Coacción directa	Coacción indirecta	
V, 1	Reparación	Preparación	
V, 2	Proyección concreta	Proyección abstracta.	
VI, 1	Composición	Beneficio	
VI, 2aa			Resarcimiento/res-titución
VI, 2ab	Venganza	Indemnización	
VI, 2b	Permutación (de bienes)	Transmutación por producción	
VI, 2bb	Producción de bienes	Producción de seguridad	
VII	Adición	Integración	
VIII			Apropiación / in-apropiación
IX	Inestimación dineraria	Estimación dineraria	

Es de advertir, en primer lugar, que las indicaciones de esta tabla son meras indicaciones o indicios carentes de valor absoluto o perentorio, y en segundo lugar, que una sola de estas notas, aisladamente considerada, está desprovista hasta de valor indiciario (pese a la calificación de las clases del orden IX en dicha tabla, el que en una sociedad se registre una permuta no dice nada en contra de su desarrollo jurídico, que puede ser amplísimo). En ciertas circunstancias, incluso, alguna de las notas calificada como indicativa de atraso puede ser expresión de un estadio jurídico muy evolucionado: así, como lo han mostrado Malinowski y otros etnógrafos en sus trabajos de campo, la falta de un aparato coactivo organizado es uno de los rasgos de las sociedades primitivas; sin embargo, en

sociedades muy desarrolladas—dotadas por supuesto de organización coactiva—, la eficacia de la vida jurídica muchas veces no descansa sobre el miedo a ese aparato coactivo, sino merced a factores coactivos difusos, del estilo del crédito comercial, etc., como lo puso de relieve Max Weber. Sólo, pues, el predominio estadístico de formas en que concurren varios de los rasgos de un mismo género (ora «de atraso», ora «de adelanto») en una muestra bien elegida de las instituciones jurídicas más vivas de una cierta sociedad en un momento dado es el que puede garantizar el acierto de un juicio sobre el grado de evolución jurídica de dicha sociedad.

Una vez verificada por la experiencia sociológica e histórica (en la medida en que puede hablarse de esta última) la certidumbre de esta gradación evolutiva, habrá que averiguar, por comparación, si hay rasgos comunes en los diversos órdenes que sean concomitantes en el salto de un nivel evolutivo a otro. Si se llegan a identificar estos rasgos, se habrán descubierto las tendencias de la evolución jurídica, con carácter general.

Así, pues, la consideración filosófica de las transformaciones jurídicas puede consistir en una triple operación sobre las formas jurídicas concretas: en primer grado, una operación abstractiva de las notas más cualificantes de dichas formas, con la consecuente clasificación de las formas sobre el criterio de dichas notas; en segundo grado, la formulación de una hipótesis sobre la precedencia evolutiva de una clase sobre otra, dentro de cada orden, y la verificación y corrección de esta hipótesis; en tercer grado, la indagación de las diferencias entre dos escalones evolutivos y sobre su posible sistematización.

ALFONSO BARRADA.