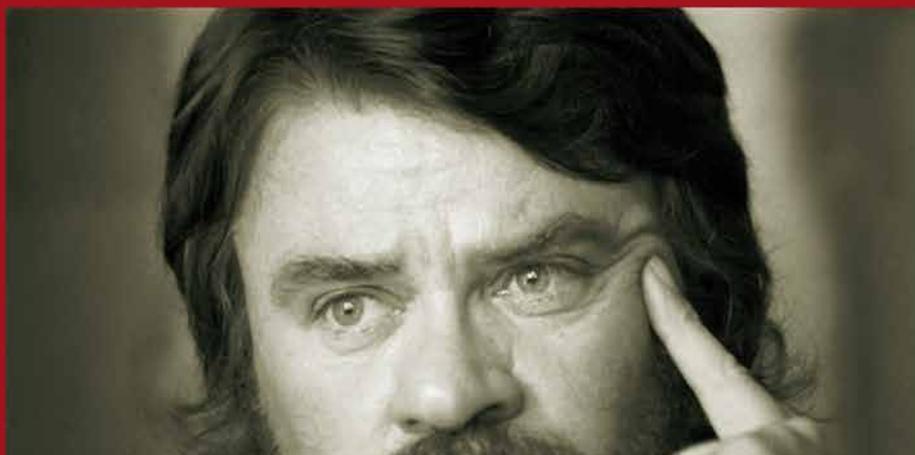


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO I



Capítulo 21

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-888-3

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LA SOCIEDAD CIVIL Y EL ESTADO

*Gonzalo Figueroa Yáñez**

DEDICATORIA

Es curioso constatar lo mucho que conozco a Fernando de Trazegnies y lo poco que nos hemos visto durante nuestras vidas: creo que nos hemos encontrado físicamente solo en dos ocasiones.

La primera vez fue con motivo de la conferencia sobre la «Enseñanza del Derecho y el Desarrollo», que algunos profesores chilenos organizamos en Valparaíso en abril de 1971, y a la cual concurrió una delegación de la Universidad Católica del Perú, presidida por Jorge Avendaño y compuesta además por Fernando de Trazegnies y por Lorenzo Zolezzi. En esa ocasión, los tres profesores peruanos nos impactaron por la profundidad de sus reflexiones, por un entusiasmo desbordante por la reforma de la enseñanza del derecho, y por su buen decir en idioma castellano, tan diferente de nuestro balbuceante *dialectus chilensis*.

A continuación, nos encontramos en Lima, con motivo de la segunda conferencia sobre la misma materia, la que tuvo lugar en enero de 1973. En esa ocasión, Fernando de Trazegnies presentó una ponencia que caló muy hondo en todos los concurrentes: «La enseñanza del Derecho como actividad subversiva». Según el ponente, los movimientos de reforma de la enseñanza del derecho que entonces estaban proponiéndose en Latinoamérica habían sobredimensionado la importancia del método —activo, casuístico— en desmedro de la reformulación de contenidos, habían preferido preguntarse «cómo enseñar», en lugar de «qué enseñar», olvidando así que el rol esencial del derecho en un momento

* Abogado. Vicepresidente de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Profesor de Derecho Civil y de Bioética en las Universidades de Chile y Diego Portales.

como el que entonces vivía la región, es constituirse en factor del cambio social, en instrumento de liberación. En esta perspectiva, la ley deja de ser el punto de partida del razonamiento jurídico, de la exégesis doctrinal, y pasa al banquillo de los imputados si fuere obstáculo del cambio social.

Como consecuencia de lo afirmado, sostuvo de Trazegnies que es rol fundamental de nuestras facultades acercar el Derecho a las demás ciencias sociales, formar abogados que puedan no solo interpretar y aplicar la ley vigente, sino además, criticarla, reformarla y sustituirla.

Desde aquellos años nuestros pasos por el mundo nos llevaron por caminos diferentes y creo no haberme topado más con Fernando de Trazegnies. No obstante, he seguido desde lejos su brillante trayectoria como docente, académico, investigador, pensador y formador de numerosas generaciones de juristas; he sabido de sus éxitos y he seguido admirando su inteligencia y buen decir. Porque me parece que brilla con luz propia entre los mejores juristas del Perú, no quise estar ausente en este homenaje que sus colegas han querido rendirle. Mirado desde Chile, veo en Fernando de Trazegnies a aquel caballero de fina estampa... un lucero.

1. EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Creemos que es necesario puntualizar, antes de comenzar, que en nuestra opinión, debe distinguirse entre «estado», «nación» y «patria». Existe un grado de abstracción decreciente entre estos tres términos, siendo el de «estado» el más abstracto, y en consecuencia, el más ajeno al ciudadano y a su vida diaria, y el más concreto el de «patria», que le resulta más asible. Los conceptos de «estado» o de «nación» tienen un contenido más sociológico, político o jurídico; el de «patria» tiene una connotación más subjetiva, personal o sentimental. Al Estado se lo obedece; solo a la patria se la ama. No se da la vida por el Estado; sí se la ofrenda por la patria. *Dulce et decorum est pro patria mori*, decían los romanos; y los franceses en su Canción llaman a las armas a los hijos de la patria; no a los hijos del Estado o a los componentes de la nación.

2. PATRIA, NACIÓN Y ESTADO

Entendemos por «patria», más que un territorio geográfico específico, un grupo humano, cuyo modo de vida, idiosincrasia y costumbres entendemos compartir. El objeto de nuestra adhesión es una cierta cultura o subcultura específica, dentro de un espacio determinado, de la que creemos participar. Cuando hablamos de patria, nos referimos más bien a un grupo humano reducido, a un medio

ambiente local, compuesto por los padres y la familia, por los profesores y los vecinos, por los amigos y compañeros, donde uno es «alguien», donde uno tiene un nombre que todos conocen, quizás también un sobrenombre o un apodo, donde a uno lo quieren, estiman y respetan, donde lo aprecian a pesar de los defectos que uno pueda tener; donde el idioma —incluso el de los modismos y sobreentendidos— es el mismo entre todos los componentes del grupo, y en que se comparte la misma fe y las mismas esperanzas. Es allí, en ese grupo humano que comparte parecidos valores y costumbres, modismos lingüísticos, parientes, amigos y experiencias comunes, donde podemos desarrollar más eficaz y más libremente nuestras aptitudes. Ese es, en verdad, nuestro caldo de cultivo, nuestra patria reducida, la de nuestros amores, la de nuestros sueños y esperanzas. Esa es la Itaca que añora Ulises; esa es la Granada cuya pérdida llora Boabdil como mujer, al no haberla sabido defender como hombre¹.

Lo que amamos es el medio en que hemos nacido y crecido, los valores que ese medio refleja, el modo de ser especialísimo que nos caracteriza a «nosotros» frente a «ellos», aquello que nos hace «ser de aquí». Es «aquí» donde nos sentimos bien, es «aquí» donde está nuestro hogar, es «aquí» nuestro medio ambiente cultural. «Aquí» hemos nacido, «aquí» están enterrados nuestros antepasados, «aquí» compartimos nuestros primeros amores y nuestras primeras desilusiones, «aquí» están nuestras raíces, nuestra savia, nuestra vida, «aquí» queremos ser enterrados después de morir.

Se ha dicho que la nación, en cambio, es el elemento humano que compone el Estado, si bien su definición es vaga e imprecisa. Valentín Letelier afirma que la sociología denomina «sociedad», que la política llama «pueblo», que la demografía describe «población», a una misma entidad, a la que el derecho llama «nación», y luego caracteriza a esta última como «una población constituida de antiguo en Estado y que, o pertenece a una misma raza, o se compone de varias razas que se han asimilado moralmente y están animadas de un espíritu común»². Nótese cómo este supuesto «espíritu común» tiende a aminorar, a desdibujar, incluso a esconder, las diferencias culturales, económicas, raciales o lingüísticas que puedan existir entre los componentes de esa nación. Letelier denomina «espíritu nacional» a este espíritu común integrador, y lo caracteriza como un «elemento psicológico que constituye la unidad de la población». Conocida es la definición que Renán hace del término «nación»: «tener glorias

¹ Así lo sostuvimos en nuestro discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Véase FIGUEROA YÁÑEZ (2004: 39 y ss.).

² LETELIER (1917: 69). En el mismo sentido a BLUNTSCHLI, a GUMPCOWICZ y a BURGESS (1917).

comunes en el pasado, una voluntad común en el presente; haber hecho juntos grandes cosas, querer hacer otras más; he aquí las condiciones esenciales para ser un pueblo [...]. En el pasado, una herencia de glorias y de remordimientos; en el porvenir, un mismo programa que realizar [...]. La existencia de una nación es un plebiscito cotidiano»³.

Este grupo humano «dispuesto a realizar un mismo programa común», cualesquiera que sean las diferencias culturales, étnicas, económicas o lingüísticas que lo separen, constituye uno de los elementos tradicionales que configuran el Estado, junto con los elementos «territorio» y «soberanía». «El Estado es una sociedad políticamente organizada», según el decir de Letelier⁴. Se ha agregado al concepto de por sí vago de nación el concepto de soberanía, entendiendo por tal la capacidad de utilizar el monopolio de la fuerza pública para hacerse obedecer dentro de las fronteras nacionales.

Parece necesario concordar en que —en materia de definiciones de lo que es el Estado— nos estamos moviendo sobre verdaderas arenas movedizas. No obstante, y a pesar de su vaguedad conceptual, es innegable que los estados constituyen realidades bien precisas en el mundo político, económico y social contemporáneo: son sistemas organizativos de conglomerados humanos, más o menos eficientes frente a las esperanzas de esos mismos conglomerados. A nuestro entender, sobre los dos elementos objetivos del Estado, la nación y el territorio, se ha levantado un tercer elemento, que es meramente conceptual: el elemento organizativo de esa población en dicho territorio, el sistema escogido para llevar a cabo la voluntad colectiva⁵.

Hay más: si bien la nación se ha estimado como uno de los elementos constitutivos del Estado, hay casos en que el Estado ha ayudado a construir la nación. Esta afirmación, que parece lógicamente incorrecta, puesto que una parte no puede ser creada por el todo, se explica tan solo por las definiciones poco precisas del Estado, que acabamos de señalar. Hay casos, como decíamos, en que el Estado ha ayudado a construir la unidad de la nación, o incluso, a formar ciertas identidades culturales allí donde ellas no existían. Creemos que algunas naciones europeas, como Francia o Alemania, existieron antes de sus respectivos Estados; pero en Latinoamérica, muchas veces fue el Estado el que construyó la nación. La educación estatal, por ejemplo, fue una herramienta poderosa en nuestro continente

³ Renán citado por ORTEGA Y GASSET (1954: 143).

⁴ LETELIER (1917: 72).

⁵ Así lo hemos sostenido en otras oportunidades. Véase FIGUEROA YÁÑEZ (1991) y en el Seminario «Américas Latinas: una alteridad» (París, 25 a 27 de noviembre de 1992). Estos dos trabajos fueron publicados en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1991 y 1992).

para lograr que individuos de diversos orígenes, de distintas latitudes y lenguas o de diferentes etnias, se sintieran unidos por un destino común.

En Chile, creemos que fueron cuatro los elementos que permitieron construir una verdadera unidad nacional, un «espíritu común»:

- a) la organización gubernamental —es decir, estatal— que nos dimos tempranamente, a partir del advenimiento de la República en forma, con Portales y la Constitución de 1833, y la extensa burocracia que de ello resultó;
- b) la relativa unidad racial por el extenso mestizaje que había tenido lugar en nuestra zona central. Debe recordarse que entonces no pertenecían a Chile ni los mapuches más bravos, ni los aimaras. En verdad, Chile empezaba por el norte en Santiago y Valparaíso, y concluía en Concepción y los Ángeles. Los demás «territorios» chilenos (La Serena, Valdivia y Chiloé) eran verdaderas islas enclavadas en tierra firme, a las que se llegaba solamente por mar;
- c) la educación que se empezó a generalizar muy pronto después de la independencia, tanto a nivel primario como secundario, y dio origen a una creciente clase media oficinesca y culta, que pudo entenderse entre sí en castellano y sentirse parte de una cultura común, y;
- d) la igualdad entre todos los habitantes de la República, establecida en el papel en el Código Civil de 1857, pero transformada pronto en igualdad de oportunidades y de esperanzas por los movimientos políticos de la mitad del siglo XIX. Con esos movimientos, fue la ciudadanía, la sociedad civil, «el común», como diría Arciniegas, la que empezó a reclamar del Estado la satisfacción de aquellas esperanzas⁶.

Pero el caso de Chile fue excepcional en Latinoamérica. En nuestro continente, los esfuerzos que se realizaron para constituir una sociedad homogénea fueron exitosos solo en ciertas partes. Creemos que todavía quedan algunos países que no lo han logrado.

Los estados modernos, que salpican nuestros atlas con diversos colores, han tenido distinto origen histórico. Aquellos que se constituyeron antes del siglo XVIII fueron precedidos muchas veces de una identidad cultural previa. En Latinoamérica, en cambio, esa identidad se ha venido construyendo

⁶ Así lo sostuvimos en uno de los artículos destinados a conmemorar el centésimo quincuagésimo aniversario de la promulgación del Código Civil chileno. Véase FIGUEROA YÁÑEZ (2005: 101 y ss.).

después del nacimiento de los estados que resultaron del fraccionamiento del gran imperio español. En África, finalmente, el proceso de descolonización del siglo XX dio origen a veces a estados artificiales, separados a menudo de sus vecinos de la misma lengua, tribu, raza o cultura por líneas imaginarias que seguían paralelos o meridianos válidos tan solo para los tiempos de la dominación extranjera.

Lo expresado hasta aquí nos lleva a la conclusión de que no es indispensable una identidad cultural homogénea, o una lengua común, o la pertenencia a una etnia específica, para la existencia del estado, y que aquella exigencia de Letelier y de Renán de un «espíritu común» o de una «voluntad común» difícilmente se encuentra hoy en las poblaciones plurifacéticas y multiétnicas que existen en nuestro mundo globalizado. En consecuencia, pensamos que no es posible continuar aceptando hoy las ideas de tales autores sobre estas materias. Para nosotros, los estados se caracterizan tan solo por el concepto de soberanía en un territorio determinado, esto es, por el poder político-jurídico que tiene un gobierno para hacerse obedecer por la población que exista en dicho territorio, cualquiera que sea su composición étnica, cultural o valórica.

3. EL ROL DEL ESTADO

Algunos conciben al Estado como la herramienta para solucionar todos los problemas sociales, otros lo rechazan con vehemencia como si fuera el demonio y quisieran verlo reducido a su más mínima expresión. Yo creo personalmente que ambos extremos son exagerados, y quisiera dejar constancia de una concepción del Estado que imaginé alguna vez leyendo la obra de Thiers sobre la Revolución Francesa. Cuando el juramento del *Jeu de Paume*, Mirabeau contestó a Luis XIV —con cien años de atraso— que el Estado no soy yo, sino que somos nosotros. En esta concepción de Estado, el contrapunto no se juega entre el individuo, por un lado, y el Estado —como entidad aparte— por el otro, puesto que el primero está contenido en el segundo. En consecuencia, toda política estatal engloba a los individuos, si es auténticamente democrática, porque emana del común de las voluntades individuales, del «nosotros» al que todos pertenecemos, y nos compromete a todos por igual. No es lógico, ni es sano, cívicamente hablando, que yo me excluya del «nosotros», rechace mi pertenencia al grupo, me aíse como un anacoreta. Esa no es una actitud socialmente correcta ni corresponde a una mentalidad democrática, con la que los «muchos» resuelven en nombre de los «todos», y los «pocos» aceptan, ojalá gozosos, la opinión mayoritaria. Así me parece deben conjugarse el «yo» con el «nosotros», sin que sea de temer una acción dinámica del Estado, en la medida

en que ella tenga como objetivo la consecución del bien común y haya sido resuelta democráticamente⁷.

Concibo el Estado como un agente activo de progreso, de solución y estímulo de los intereses generales. Corresponde al Estado impulsar la prosperidad general, estimular y complementar las iniciativas individuales, velar por la justicia social y por la tranquilidad pública, así como cumplir funciones específicas de beneficio común que jamás se le han negado ni siquiera por los privatistas más recalcitrantes, como la defensa de las fronteras y la seguridad exterior, las labores de policía y la seguridad interna. Creo que es conveniente agregar, en un sistema de libre contratación y de liberalismo económico como el actual, que al Estado le corresponde controlar el cumplimiento de las reglas del juego capitalista: asegurar el libre acceso a los mercados, velar porque los precios se fijen por la conjugación de la oferta y la demanda, impedir los monopolios, defender los derechos de los consumidores, imponer la buena fe en las prácticas comerciales. Le corresponde además un rol activísimo en beneficio de las clases más desvalidas, en rubros tales como la educación, la salud y la vivienda. Frente al creciente distanciamiento entre las clases más pudientes y las capas medias y bajas del país, corresponde al Estado aminorar ese distanciamiento, privilegiar un desarrollo económico más equilibrado, ayudar a los más necesitados.

No se diga que el derecho de propiedad es intocable, como lo señala la Constitución que hoy rige en Chile. Todo jurista sabe que la defensa de cualquier derecho requiere de todo el aparato estatal (Poder Judicial, Ministerio Público, Investigaciones, Policía, Municipalidades). Sin el apoyo del Estado, ese derecho no puede ejercerse, lo que equivale a decir que no existe. En esta perspectiva, el Estado es una especie de socio del titular del derecho de propiedad. El esfuerzo del Estado para que cada propietario pueda ejercer tranquilamente su derecho, justifica con creces las condiciones y limitaciones que el propio Estado quiera introducir en este derecho, en beneficio del bien común. Es lo que a veces se ha llamado propiedad función social.

No deseo que se me malinterprete: existe una igualdad a la que tendieron ciertos regímenes que se dijeron «socialistas», la que se pretendió alcanzar sacrificando la libertad. Me parece que la igualdad no puede conjugarse sin idéntica cantidad de libertad, porque en la libertad radica la dignidad del ser humano. El contrapunto no se produce, como ya dije, entre el individuo por un lado y el Estado por el otro: el verdadero contrapunto se produce entre la autoridad por un

⁷ Estamos repitiendo aquí las mismas ideas que hemos sostenido en el capítulo XV de un libro de memorias que se encuentra actualmente en prensa y que se denominará *Memorias de mis últimos 200 años*.

lado y la libertad por el otro. La autoridad no procede necesariamente del Estado: puede provenir de algún partido político totalitario, de alguna organización religiosa intolerante, de algún caudillo militar, de algún ejército deliberante, de una asociación capitalista multinacional. Todas estas posibilidades conocimos durante el siglo XX. Esos partidos, organizaciones, caudillos, ejércitos o asociaciones pueden usar o no el aparato estatal para imponer sus designios liberticidas.

El contrapunto se resuelve adecuadamente cuando la autoridad se basa en la voluntad de los ciudadanos y en la expresión de esa voluntad, esto es, cuando su origen es democrático. Una autoridad realmente democrática no puede ser despótica, opresiva, restrictiva de la libertad, porque atentaría contra sí misma. Ni autoridad excesiva, ni libertad exagerada. Ningún extremo es políticamente defendible⁸.

4. EL ESTADO Y LA SOCIEDAD CIVIL

Creemos que en la organización de los estados contemporáneos, el ejercicio de la democracia y el respeto de los derechos humanos se están convirtiendo en barreras limitativas de los excesos del poder político. Pensamos que la salvaguarda más eficaz de la libertad está en la estructura democrática del Estado, en la participación ciudadana, que conduce a que sean los sujetos del orden social los que generen por sí mismos ese orden social, en el gobierno de las grandes mayorías y especialmente, en el respeto de las minorías. Un Estado realmente democrático no violentará los derechos humanos ni permitirá que ellos sean infringidos por individuos o grupos de individuos, ni permitirá la opresión de uno a otros, ni la explotación de unos por otros.

Dentro de un Estado democrático, realmente respetuoso de los derechos humanos, puede plantearse sin temor el tema de la vinculación jerárquica entre la colectividad, representada por el Estado, y el individuo, y de la preponderancia de aquella sobre este, o de este sobre aquella. Nosotros postulamos la precedencia jerárquica de la colectividad sobre el individuo, de los intereses generales sobre los intereses particulares, el principio de la solidaridad social sobre el egoísmo individualista. El predominio de los intereses generales no es otra cosa, en definitiva, que el predominio de las mayorías, fundamento de un estado democrático. El principio de la solidaridad social es el reconocimiento del origen societario de la especie humana, que no se habría levantado desde su oscuro y anónimo pasado animal si no hubiera sido por la cooperación mutua. En esta idea del predominio

⁸ Nosotros hemos expresado estas ideas con mayor profundidad en otras circunstancias, cuando Chile estaba regido por la dictadura de Pinochet. Véase FIGUEROA YÁÑEZ (1978: 119-154).

de la colectividad sobre el individuo se funda también el valor que se asigna al trabajo humano, y ella se materializa en lo jurídico en la preponderancia de la ley —que es una manifestación de la voluntad mayoritaria— por sobre las otras fuentes del derecho que no emanan directamente de esta voluntad soberana, como son los decretos supremos o las sentencias judiciales, y especialmente, los contratos o la costumbre, que contienen la manifestación de voluntades y de intereses particulares.

BIBLIOGRAFÍA

BLUNTSCHLI, Johan Kaspar

1875-76 *Théorie générale de l'Etat*. Libro II, capítulo II, página 71 y capítulo V, página 92.

BURGESS, John William

[1890-91] *Ciencia Política y Derecho Constitucional*. Tomo I, libro I, capítulo I.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo

1978 «Ética y Política». *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso: Editorial EDEVAL, pp. 119-154.

1991-92 «América Latina: Mestizaje e identidad cultural», fusión de dos trabajos presentados en el Encuentro Europa–América Latina sobre «Actualidad del Hombre Democrático» (París, 9 al 12 de diciembre de 1991) y en el Seminario «Américas Latinas: una alteridad» (París, 25 al 27 de noviembre de 1992). En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso: Editorial EDEVAL, pp. 75-97 y 17-37.

2004 «Algunas reflexiones acerca del exilio». *Societas*, Año XIV N° 8, Santiago: pp. 39 y ss.

2005 «Codificación, descodificación, recodificación del Derecho Civil». En *De la codificación a la descodificación*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 101 y ss.

GUMFLOWICZ, Ludwig

2002 *Derecho Político Filosófico*. Capítulo IX, X y XI. Reedición. DORADO MONTERO Pedro (editor). Pamplona: Editorial Analecta.

JELLINEK, Georg

2005 *L'Etat Moderne et son Droit* [1900]. Tomo I, capítulo IV, título III, páginas 147-210.

LETELIER, Valentín

1917 *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales*. Buenos Aires: Cabaut y Cía.

POSADA, Adolfo

[1893] *Tratado de Derecho Político*. Tomo I, libro IV, capítulo IV.

ORTEGA Y GASSET, José

1954 «La rebelión de las masas». Citando a Ernest Renan en *Revista de Occidente*. Madrid: p. 143.