

Eduardo Novoa inaugura sus críticas al derecho² con un artículo publicado en la revista *Mensaje* (N° 134) de Santiago de Chile, en noviembre de 1964.³ Por esa época sus observaciones alcanzan únicamente al sistema legal chileno, pero contienen en germen las críticas más amplias y generales que sobrevendrán después. Ese artículo genera una discusión pública de varios juristas chilenos, principalmente para criticarlo, lo que origina que el tema sea elegido al año siguiente para las Segundas Jornadas Sociales,⁴ organizadas por el Seminario de De-

¹ Con todas las dificultades y riesgos que ello comporta, de los cuales estoy plenamente consciente, me referiré a mi propia labor de jurista en la forma más despersonalizada posible. Con este fin, comienzo por la forma, mencionándome como crítico del derecho en tercera persona, en un esfuerzo por mantener la mayor objetividad.

² Al reseñar a los autores críticos del derecho, los coloco, hasta donde es posible, por orden cronológico, pero, eligiendo para ello la fecha de sus obras fundamentales sobre el tema. Esto explica que Novoa Monreal sea mencionado en este punto y no antes, puesto que su obra crítica más amplia, que es la que se señala en la nota 10 infra, data de 1975, pese a sus trabajos anticipatorios de la década de los sesenta.

³ El artículo lleva como título: "La crisis del sistema legal chileno".

⁴ Las Primeras Jornadas Sociales, celebradas en Santiago en junio de 1964, tuvieron como tema "Derecho y sociedad de masas".

recho Privado⁵ de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, celebradas en agosto de 1965, en Santiago. Si en el artículo antedicho Novoa Monreal se había dirigido a un público muy amplio para denunciar las fallas del sistema legal chileno, en su ponencia para dichas Jornadas argumenta para un público especializado en derecho y llega, por consiguiente, a explicaciones mucho más particularizadas y técnicas.⁶

La incorporación del profesor Novoa como individuo de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, realizada el 25 de junio de 1968, es oportunidad para que él diserté, en su discurso de circunstancias, sobre el tema: "La renovación del derecho".⁷ Por el carác-

⁵ El hecho de que jornadas sobre temas sociales fueran organizadas por el Seminario de Derecho Privado demuestra el grado de desajuste de las estructuras académicas para iniciar estudios nuevos de esta clase; éstos debieron ser tomados a su cargo por los sociólogos del derecho o, cuando más, por los teóricos generales del derecho, pero nunca por juristas individualistas como lo son casi todos los del derecho privado, monopolizadores del saber jurídico según su equivocado entender. Esto tuvo como lógica consecuencia que los docentes del derecho privado asistieran en cuerpo a las jornadas, para manifestar su disconformidad, durante el debate que debía seguir a las explicaciones críticas del profesor Novoa, y que el curso del acto se viera oscurecido por hechos bastante bochornosos, tratándose de un acto que pretendía ser académico. Fue ahí cuando un profesor de derecho civil respondió a la pregunta que formuló al auditorio Novoa Monreal, acerca de la calificación jurídica y ubicación sistemática que podría asignarse dentro del derecho vigente a una adquisición de artículos de consumo habitual efectuada por un particular de un comerciante obligado por la ley a venderlos y a respetar un precio máximo, aseverando muy orondo que allí se trataba de una "expropiación"; esto, ante el silencio aprobatorio de sus pares.

⁶ Una prueba más del rechazo generalizado que provocó entre los docentes de la Facultad mencionada la ponencia de Novoa Monreal, se halla en el hecho de

ter de este acto, este discurso se mantiene en un plano más general y retórico.⁸

Tras la elección de Salvador Allende como Presidente constitucional de la República (1970), Novoa Monreal pasa a desempeñar altas funciones de asesoría jurídica del nuevo régimen (el que se denominará a sí mismo como una "vía legal hacia el socialismo"). De esta última época es su trabajo "Hacia una nueva conceptualización jurídica", en el que muestra los nuevos conceptos jurídicos que aparecen o que despuntan en un régimen económico-social de avanzada, como lo fue el que implantó en Chile el Presidente mártir.⁹

Las principales ideas críticas de la época de anticipación anterior a 1970, son las siguientes:

1. El derecho no es una plenitud científica que se baste a sí misma y que pueda desarrollarse en un plano abstracto, incommunicado de la realidad social, según lo pretende la gran mayoría de los juristas tradicionales.

Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción (apartado N° 4 de su revista 144), Concepción, 1968.

⁸ En el intertanto, en noviembre de 1967, vio luz pública el ensayo de Novoa Monreal titulado *¿Qué queda del Derecho Natural?*, Editorial Depalma, Buenos Aires, que contiene una rectificación importante de las ideas del autor en la controvertida materia. Esta referencia es indispensable para comprensión debida a sus ideas. A raíz de esta publicación, Novoa fue designado profesor de Teoría General del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Antes había sido profesor de derecho penal en esa misma Facultad y en la Universidad Católica de Chile. Además, en marzo de 1970, en el número 187 de la revista *Mensaje*, Novoa publica un artículo titulado "Justicia de Clase", destinado a demostrar que los tribunales superiores chilenos aplican el ordenamiento jurídico con miras a favorecer a los grupos dominantes y a los económicamente poderosos, en desmedro de los sectores que constituyen la más amplia mayoría del país.

⁹ Cuadernos de la...

2. Las ideas políticas y sociales dominantes determinan lo que debe ser el Estado y moldean el contenido de las normas jurídicas. Por consiguiente, para determinar el contenido del derecho es decisiva la consideración de la forma de organización social a la que éste está destinado a servir, según sea ella liberal-individualista, reformista o revolucionaria.

3. El derecho se ha estancado y ha quedado muy atrás respecto de las veloces y hondas transformaciones que viven las sociedades del momento actual, por múltiples razones. Los juristas viven de espaldas a la realidad y prefieren replegarse a la contemplación de un derecho que creen que quedó fijado para siempre.

4. El Estado actual no es ya el Estado Gendarme del siglo pasado, sino el Estado administrador o benefactor, que interviene activamente en la economía y que procura un mejoramiento de la condición de los desposeídos, esto, independientemente de la sinceridad y éxito que provengan de su acción en ambos sentidos.

5. En el derecho positivo (occidental) se observa una clara dislocación: parte de ese derecho está formado por la antigua legislación codificada, cuya concepción, abiertamente individualista, continúa intocada; la otra parte, formada por una fracción considerable de la legislación moderna, es más abierta a ideas de solidaridad y a la consideración de los problemas sociales.

6. El sector antiguo y retrógrado del derecho ha sido elaborado con más depurada técnica y tiene, por ello, mayor coherencia y prestigio que las nuevas leyes reformistas; esto explica que la mentalidad de los juristas sigue informada por aquél, aunque su vigencia sea cada vez menor y esté obsoleto en su mayor parte.

7. Lo anterior exige rehacer el derecho positivo para acomodarlo a las circunstancias actuales y permitirle allanar los cambios sociales más necesarios y urgentes, por lo menos.

8. Pasó definitivamente el tiempo en que los juristas eran quienes más influían en el gobierno de los pueblos; el protagonismo en éste ha pasado hoy día a los cultivadores de otras disciplinas sociales.

9. En el marxismo no hay juristas que hayan intentado un estudio técnico del derecho capaz de proporcionar en forma sistemática y completa los lineamientos de un nuevo derecho, diferente del de inspiración liberal-individualista que hoy predomina.

10. En el hecho ha nacido, en un espacio intermedio que se ha ido restando tanto al derecho privado como al derecho público, una nueva rama del derecho que podemos denominar derecho social, el cual, pese a su enorme importancia práctica, casi no encuentra acogida ni interés de estudio por parte de los juristas.

11. Una defectuosa técnica legislativa ha significado el surgimiento reciente de una copiosa legislación positiva imperfecta, tosca, inconexa y enmarañada, que desafía la capacidad de rectificación de los juristas de hoy.

12. Un principio jurídico elemental y básico, como es el de la primacía del interés general por sobre el interés particular de los individuos, no ha sido reconocido hasta ahora, de manera explícita, en la mayor parte de las legislaciones. Subsiste allí un problema jurídico difícil de resolver, que es la determinación de los límites que tiene el legislador en cuanto a las exigencias que puede imponer a los individuos por razones de interés general.

La mayor parte de estas ideas, que en su época significaron un avance, han sido sobrepasadas por otras más penetrantes y comprensivas proporcionadas por este autor. La obra crítica fundamental de Novoa Monreal es *El derecho como obstáculo al cambio social*. Aun cuando ella no está destinada directamente a una crítica general del derecho, se ocupa de una crítica específica: la del papel obstructivo del progreso social que

cumple el derecho imperante, y esto da ocasión a que se expresen en ella varios otros aspectos críticos. También puede mencionarse *Derecho, Política y Democracia*, en la que es fácil encontrar varias ideas críticas de interés.¹⁰

En opinión de Novoa, el derecho debe ser caracterizado de la siguiente manera.

El derecho es puramente instrumental y constituye sólo un mecanismo que se emplea para implantar en una sociedad dada un determinado orden social. En consecuencia, no forman parte del derecho los fines, los planes o las ideas sustanciales que inspiran la ordenación a la que él sirve. Esos fines, planes o ideas son propios de la política, como ciencia y práctica del gobierno de la sociedad; ésta es auxiliada para ello por la economía, por la sociología y, en general, por las llamadas ciencias sociales. El derecho sirve a fines, pero no contiene ni decide esos fines. (Cap. VI, sec. II y V de 1975)

Esto significa que el derecho está constituido exclusivamente por formas y técnicas que son utilizadas por quienes ejercen el poder en una sociedad, en cuanto ellas valen como medio para imponer a los hombres que la constituyen las conductas y modos de vida que saberes y voluntades ajenos al derecho estiman apropiados. De aquí se desprende que no es al derecho al que toca decidir sobre el contenido de las normas que se im-

pongan a los miembros de una sociedad. Esa decisión está fuera del derecho y no compete a los juristas en cuanto tales, sin perjuicio de que históricamente ellos se hayan atribuido competencia y profesionalidad para ello, hasta hace muy poco.

Por consiguiente, el papel propio del derecho es proporcionar a quienes ejercen el poder un conjunto de procedimientos especializados y de apoyos operativos que servirán para conseguir que los hombres ajusten su conducta a un determinado proyecto político-económico-social que aquellos se propongan implantar. Esos procedimientos y apoyos puramente formales consisten en ciertas técnicas destinadas a obtener el comportamiento deseado y se expresan en fórmulas normativas complejas, en un variado elenco de sanciones, en ciertas figuras institucionales y en diversos conceptos especializados, como los de responsabilidad, derechos subjetivos, deberes, etc., adecuados para la puesta en vigor del correspondiente proyecto o modelo, aprobado por quienes mandan y elaborado al gusto de éstos. (Cap. VI, sec. VI y VII de 1975).

Nada de lo anterior constituye una novedad, pues se desprende de las tesis propuestas por la teoría pura del derecho, de Hans Kelsen, apuradas hasta su extremo. La única novedad está en el provecho que de ellas saca Novoa para sus propias tesis. Hay, sin embargo, varios puntos en los que las ideas de Novoa difieren de las de Kelsen, como se verá más adelante.

De lo que precede Novoa deduce, como consecuencia necesaria, que es erróneo atribuir al derecho principios de fondo, valores absolutos o principios inviolables. Todo eso podría existir (así lo afirman los iusnaturalistas), pero, de existir, no pertenece al derecho, el cual es simplemente un instrumento de

¹⁰ La primera fue editada en 1975 por Siglo XXI Editores, México y ha alcanzado ya una sexta edición. La segunda lleva como subtítulo "un punto de vista de izquierda" y fue editada en 1983 por Temis, en Bogotá. Para una crítica específica del derecho de propiedad privada, puede verse, del mismo Novoa, *El derecho de propiedad privada*, editada por Temis, Bogotá, en 1979. Las citas de páginas que se hacen de la primera de las obras mencionadas, es

que estiman necesarias a su plan, quienes ejercen el poder. La propaganda, la educación y otros medios pueden ser empleados también.

Una tercera inferencia que puede hacerse de ese planteamiento es que cada proyecto político diverso puede recibir un auxilio específico del derecho, lo cual conduce a que el derecho sea apto para trabajar con diferentes contenidos ideológicos. Cabe, por ejemplo, que el derecho prepare un conjunto de instrumentos formales apropiados para establecer un orden político social-democrático. Ese conjunto será, naturalmente, diferente del que va a utilizar un poder liberal-individualista o uno marxista. (Cap. XIII, sec. V a IX de 1975).

El grave error que anida en la inmensa mayoría de los juristas sinceros y puramente técnicos, consiste en creer que los instrumentos jurídicos apropiados para el establecimiento del modelo liberal individualista, que imperó largo tiempo en occidente y que subsiste todavía en varios países con algunas atenuaciones, constituyen un derecho generalmente válido y necesariamente aplicable a cualquier otro modelo y que esos mecanismos jurídicos expresan el único derecho verdadero. Esto no lo creen, por cierto, los juristas conservadores que están en el secreto y que se dan cabal cuenta de que están presentando como el derecho a una cierta clase de derecho. Es esta distorsión la que ya empieza a recibir reiteradas manifestaciones de rechazo en el mundo, de parte de los juristas más lúcidos.

Entre los mecanismos que el derecho ha proporcionado a los regímenes liberal-individualistas, — prosigue Novoa —, se cuentan la intangibilidad de los derechos adquiridos, la propiedad privada absoluta y la autonomía de la voluntad, por citar algunos. Ultimamente ha elaborado otros, que pone a disposición de los numerosos regímenes reformistas que están apareciendo en el mundo, como son la función social de la propiedad, la relatividad de los derechos subjetivos y la economía dirigida. En su momento habrá de preparar los que pudiera

demandar un régimen marxista (aunque para ello casi no va a contar con juristas marxistas técnicamente capacitados para la tarea, puesto que la generalidad de éstos no cree en un verdadero derecho). Al proceder de este modo el derecho no incurre en oportunismo, sino que cumple acabadamente la función instrumental que le corresponde.¹¹ Lo único que no se le puede admitir a un jurista es que sacrifique a uno de estos equipos instrumentales y lo convierta en su idolo único, afirmando que sólo en él existe real derecho y elevándolo, pese a su carácter procedimental y contingente, a un conjunto de principios absolutos, válidos y reverenciados en cualquier lugar y tiempo. Es precisamente esta tarea engañosa la que cumplieron los juristas tradicionales con las instrumentaciones jurídicas del liberal-individualismo: las transformaron en entes con vida propia, que deben perdurar y permanecer intocados aun cuando al régimen conservador haya sucedido uno que no lo sea. (Cap. XIII, sec. II y III de 1975).

Los juristas conservadores abandonaron su papel técnico y se pusieron al servicio de la ideología liberal-individualista, asignando valor sustancial y permanente a lo que no pasaba de ser un conjunto de conceptos y categorías jurídicas útiles para aquella ideología como mecanismos operativos dentro de la sociedad. Para ello llevaron a cabo una tarea de enmascaramiento del verdadero carácter instrumental del derecho, para revestirlo de falsos atributos que le concedieran verdad aparente, prestigio y duración. Llamaron derecho a las creaciones jurídicas instrumentales contingentes que habían sido elaboradas y servían únicamente para el liberal-individualismo y, volcándose a un efectivo apoyo a éste como doctrina política, pretendieron que esas creaciones eran las únicas que se podían dar

¹¹ Los cuadros sinópticos que se hallan en pp. 230 y 231 de 1975 y en p. 30 de 1983, son útiles, en su parte inferior, para mostrar la forma en que funciona el derecho como instrumento de variadas ideologías.

científicamente, sosteniendo que fuera de ellas sólo existía una concepción jurídica errónea. De este modo el derecho tradicional se puso al servicio de los gobiernos conservadores, de las clases explotadoras y del poder económico y presentó al derecho — instrumento al servicio de sus intereses — como algo sagrado, que solamente podía ser modificado con su bendición y que jamás podría prescindir de los "principios" jurídicos que favorecen a las clases poseedoras. De aquí brotó la idea de que el derecho es una "ciencia", con características muy particulares que no se dan en ninguna otra ciencia conocida, pues bajo el amparo de esta falacia los juristas tradicionales pasaban a actuar como los sumos sacerdotes de una ciencia rara, difícil y hermética, inalcanzable para los no juristas, venerada por todos e irreformable en sus fundamentos.

El éxito de esta tarea fue grande, debido al apoyo ideológico, material y de difusión que le dió la clase explotadora. La enseñanza del derecho se encaminó, no al estudio y difusión de la verdad, sino al ocultamiento de esta y a la propagación de los mitos especialmente fabricados. La finalidad de la enseñanza se convirtió en la formación de nuevos juristas tan alienados como sus antecesores. Así se aseguraba la reproducción del sistema. Lograron, sin grandes dificultades, que la casi totalidad de los juristas entrara por la vía engañosa que les habían preparado y que aceptaran que el derecho propio de un régimen liberal-individualista es el único derecho o, cuando menos, el único que tiene valor "científico".

Un punto en el cual Novoa Monreal plantea tesis que difieren de las más comúnmente aceptadas (aun cuando no sean enteramente originales), es en el de la finalidad a la cual sirve, en abstracto, el derecho. Pues pese a la aseveración de que el derecho se emplea por quien ejerce el poder efectivo en una sociedad para imponer su propio proyecto acerca de organiza-

envuelven o encierran pretensiones de valor.

Frente a la sólita idea de que el derecho sirve a la justicia o tiene a ésta como su principal referencia, la que, en el caso de ciertos juristas tradicionales, llega hasta el punto de sostener que el derecho tiene un contenido de *justicia* que le es propio y que le corresponde imponer en la vida social, este autor desplaza a la justicia como fin primordial para cuya obtención debe utilizarse el derecho, por el de *orden*, en cuanto el derecho es empleado con el fin fundamental de proporcionar una ordenación determinada a la vida social. Esta postura está relacionada directamente con la antes explicada acerca de que el derecho, por ser instrumental, puede ser utilizado por las más diversas ideologías políticas para establecer en una sociedad determinada una cierta concepción de lo que puede ser una mejor organización de la sociedad.

La argumentación de Novoa empieza dilucidando que no es la justicia el objeto exclusivo hacia el cual se encamina la aplicación del derecho. Basta examinar las normas positivas, dice, para advertir que ellas no han sido dictadas únicamente con el fin de resolver problemas de justicia (esto, por cierto, en el caso ideal de que el poder que las genera busque efectivamente el bien de todos los miembros de la sociedad) y que su mandato no se vincula a un exclusivo propósito de alcanzar algo justo, sino, más bien, al propósito de lograr un orden dado, con características contingentes y convencionales. En efecto, la vida social, por las múltiples relaciones que impone a los hombres y por la complejidad de las actuaciones humanas que es necesario coordinar, requiere mucho más de reglas de orden que de reglas de justicia (lo cual no significa sostener que éstas estén demás o no sean convenientes). Las reglas de justicia quedan reservadas únicamente a algunas ramas o partes de la legislación positiva, como podrían ser las relaciones de vecin-

judicial. En casi todo lo demás, la voluntad del legislador está dirigida a la imposición de un orden determinado, con mucho de discrecionalidad, que debe ser respetado por todos los ciudadanos en su actuación social (cap. VI, sec. II y IV de 1975).

Al hablar de orden Novoa explica que la expresión no debe ser confundida con aquella que está destinada a procurar una simple tranquilidad o paz callejeras (con lo cual podrían quedar sancionados los regímenes más retrógrados), sino que ha de ser entendida en relación con una disciplina de vida necesaria para una mejor convivencia social. Explica que "el orden encarna un elemento puro de regularidad y sistematización, de estabilidad y continuidad, que se refiere a la red de relaciones que une objetos y hechos distintos. El orden indica semejanza entre las cosas y uniformidades de secuencias entre los hechos". La ley positiva, en cuanto constituye en su conjunto todo el ordenamiento jurídico de una sociedad, tiende a establecer un tejido de regulaciones que los hombres deben cumplir de modo obligatorio para regularizar la vida social; por ello debe ser entendida, ante todo, como un instrumento destinado (en el caso mejor) a imponer un sistema de ordenación de la sociedad (cap. V, sec. II, VI y VII de 1975).

La idea de justicia, como objetivo final y principal del derecho, reconoce, en el fondo, una concepción individualista de la vida humana, por cuanto centra en el individuo y en sus relaciones con los otros, el interés de la regulación social de las conductas humanas. Ella imprime una fuerte acentuación sobre el ejercicio de los derechos subjetivos de esos individuos, pues dentro de la concepción social correspondiente el derecho está destinado a evitar choques entre las esferas de acción propias de los respectivos individuos. En cambio, la idea de un orden como objetivo final del derecho, admite la posibilidad de que la autoridad social regule actividades de los individuos que por sí mismas, aisladamente consideradas, no podrían ser valora-

das ni positiva ni negativamente, pero que al manifestarse dentro de una vida social tan múltiple como complicada, hacen indispensable la creación de una pauta común que las ordene con el fin de facilitarlas y de hacer posible a todos una vida mejor. En estos casos es el criterio del legislador el que impone discrecionalmente la idea de un cierto orden (cap. V, sec. VIII, de 1975).

Esta es la visión sobre el derecho que presenta Novoa Monreal.

La cuestión relativa a si el derecho es o no una ciencia, es tocada apenas y en forma indirecta por Novoa. Es manifiesto que no se siente seguro en el punto, pese a lo cual es posible percibir una evolución de su parte. En efecto, pasa por alto casi el problema en su obra de 1975, lo cual no impide verificar su cautela en el punto, pues cada vez que habla del derecho como conjunto de conocimientos teóricos, omite llamarlo ciencia (pp. 13 y 68). Las pocas veces que lo designa como ciencia se abstiene de atribuirse a sí mismo esa creencia y se refiere impersonalmente a que "se habla del derecho como una ciencia" (p. 68). En la obra de 1983, en cambio, se plantea abiertamente el problema de si el derecho es una ciencia o si es apenas una técnica (p. 14), indicando que el problema no puede ser resuelto allí.¹² Es indudable que la explicación que da Novoa del derecho aleja a éste del campo de una verdadera ciencia y lo sitúa, más bien, en el de una técnica.

Novoa Monreal procura identificar a ciertos conceptos o instituciones jurídicos "de clara inspiración político-económica", que no sólo cumplen el fin de poner en vigencia el esquema ideológico conservador sino que aspiran a perpetuarlo bajo la apariencia de "principios jurídicos" que es

¹² La frase textual que se contiene en esta obra dice: "lo que hasta ahora se ha pretendido hacernos tragar como 'ciencia del derecho', no es otra cosa que una interesada utilización de técnicas jurídicas para beneficio de unos pocos...".

el carácter que los juristas tradicionales les asignan (cap. X, de 1975).

El primero es un derecho de propiedad privada con sentido absoluto en cuanto a su contenido, perpetuo en cuanto a su duración, ilimitado en cuanto a su monto y transmisible sin restricciones. Si se examinan tanto la historia como la vida social actual, podrá apreciarse que algunas de esas características quedan abiertas a discusión, y aun a rechazo. Sin embargo, los juristas sostenedores del *status*, acudiendo hasta al ocultamiento de datos, elaboran sus tesis jurídicas como si su forma de entender el derecho de propiedad privada fuera indiscutida y se niegan a admitir cambio alguno en el concepto correspondiente.¹³ Esto constituye, conforme a las ácidas palabras del autor, un auténtico "escamoteo" que llevan a cabo los juristas tradicionales, con mengua de su respetabilidad como sedicentes "científicos del derecho" (cap. IV, de 1983).

Otro mecanismo utilizado con el fin de impedir cambios sociales es la libertad de contratar, transformada elegantemente, cuando ella penetra al campo de las actividades económicas, en una solemne y abstracta "autonomía de la voluntad". La tesis consiste en que la sola voluntad de dos particulares es capaz de producir efectos irreversibles en el plano jurídico, con un alcance tan efectivo que ni siquiera el legislador podría tocarlos ni modificarlos. Los juristas tradicionales se atreven a decir que el contrato es superior a la ley, por lo que respecta a su fuerza jurídica vinculante, invocando que él es aceptado por las partes y no es impuesto. No puede extrañar, pues, que W. Friedmann califique al contrato como el símbolo jurídico *por excelencia* de la sociedad capitalista. Como se ve, se trata de una argumentación que, en un caldo de cultivo liberal-

individualista, capaz de aceptar que la voluntad individual puede doblegar a la voluntad general y hasta condicionar o limitar el ejercicio de ésta. De todos modos, el principio de la autonomía de la voluntad, regla de oro de todo el derecho privado vigente, ha sido la explicación "jurídica" que ha permitido al régimen capitalista santificar la venta del trabajo humano a empresarios que lo adquieren mediante el pago de un salario. Y la jurisprudencia norteamericana ha podido decir que la libertad de contratación y el derecho de propiedad privada legitiman las desigualdades de fortuna en el régimen capitalista (cap. X, sec. VII, de 1975).

La irretroactividad de la ley, especialmente en lo tocante a los "derechos adquiridos", es también un "principio jurídico" caro al tradicionalismo, pero inconsistente si se le analiza técnicamente por ojos no ligados a los intereses de un determinado régimen político-económico-social. Novoa se ocupa de desmontar pieza por pieza al pretendido "principio" para terminar mostrando que "el rey está desnudo" y que en él se consuma una nueva manipulación "científica" del juridicismo tradicional. Porque para admitir la irretroactividad de la ley frente a "derechos adquiridos" es preciso tragarse que una ley, manifestación del poder soberano, no puede modificar una situación consolidada antes de su vigencia solamente porque se opone a ello el interés de ciertos particulares. Para Novoa, la aceptación de una irretroactividad de la ley puede envolver el absurdo de conceder "ultra-actividad" a una ley ya derogada por el poder público y de hacer imposible destruir una situación, aunque ella se manifieste contraria al interés social. Todo lo anterior, por cierto, sin perjuicio de tener presentes a los derechos humanos fundamentales, los que sí constituyen un

cionarlos con el principio verdadero de la seguridad jurídica (cap. X, sec. IX, de 1975), es que se trata de mecanismos infiltrados en el derecho desde la política y la economía, con el fin de poner un verdadero cerrojo de seguridad que impida cambios auténticos dentro de la vida social.

Si uno de los propósitos del derecho tradicional ha sido el de vestirse de galas científicas para ganar prestigio e imponer silencio a sus contradictores, no es extraño que Novoa acuda a impugnaciones también en este punto. Para ello busca como punto álgido el de la dogmática jurídica, tan difundida en este siglo. El tema estaba ya en la obra de 1975 (pp. 64 y 65) como una censura a las desviaciones de la dogmática, apoyada en palabras de Carlos S. Nino; pero vino a desatarse en la polémica sostenida por Novoa con el Prof. Raúl E. Zaffaroni con motivo de ataques del primero a la doctrina de la acción finalista en derecho penal. Novoa afirmó que la doctrina causalista no veía empañado su valor explicativo por el hecho de que aparecieran algunas incoherencias difíciles de resolver en puntos no capitales y agregó que era un error tener a la dogmática como una geometría capaz de proporcionar solución exacta a cada problema jurídico creado por las insuficiencias de la ley positiva.¹⁴ Posteriormente, Novoa publicó otro trabajo destinado a refutar el idealismo dogmático que atribuía a Zaffaroni.¹⁵

¹⁴ La polémica comienza con "Notas sobre Causalismo y finalismo en derecho penal", que publica el Prof. Raúl E. Zaffaroni en *Doctrina Penal*, N° 14, abril-junio 1981, Buenos Aires, haciendo una crítica de la obra de Novoa del nombre indicado, editada por Temis, Bogotá, en 1982 en su segunda edición. Estas "notas" son respondidas por Novoa Monreal en el N° 15 de la misma revista *Doctrina Penal*. Toda esta polémica ha sido recogida en la segunda edición de la citada obra de Novoa, como apéndices a ella.

¹⁵ Novoa Monreal publica en el N° 17 de la revista bonaerense *Doctrina Penal*, un nuevo estudio denominado "Tras las últimas raíces: los inconvenientes de magnificar y de deformar la dogmática", en el que vuelve a ocuparse del tema.

Para demostrarlo recuerda que en la época en que la idea de un derecho natural alcanzó su apogeo, se admitían la esclavitud y la tortura, entre otras instituciones y prácticas contrarias a un "derecho natural". Estima que la base de esos derechos humanos se encuentra en el valor — hoy universalmente aceptado (al menos en cuanto declaración de principios) — de la eminente dignidad del ser humano y se ocupa de esclarecer los fundamentos de esa dignidad. Eleva la declaración de los derechos humanos fundamentales a la categoría de cimiento sobre el cual han de apoyarse las valoraciones extrajurídicas que conciernen a los fines para los cuales el derecho sirve de instrumento (cap. VII, sec. VII a X, de 1975 y cap. II de 1983).

Novoa Monreal concede especial prioridad al tema de la enseñanza del derecho (cap. III de la obra de 1983).

Comienza explicando que lo principal en materia de enseñanza jurídica es el contenido de ella, esto es, los conocimientos que ella transmite a los estudiantes. Allí es donde está la cuestión de fondo; si esto no se acepta de partida, se cae en el error de mejorar las técnicas con el fin de transmitir conocimientos falsos.¹⁷

A su juicio, lo primero ha de ser que la materia de elaboración doctrinaria y de enseñanza sea aquella parte de la legislación que tiene más efectiva vigencia real en la vida social, cosa que no se cumple en los países occidentales, cuyos estudios es-

en Buenos Aires en 1967.

¹⁷ Las universidades e institutos norteamericanos vinculados a América Latina hacen esfuerzos bastante perceptibles para encaminar las investigaciones de los estudiosos de este sector del continente hacia temas desconectados de las cuestiones de historia jurídica, de as-

Es explicable que las proposiciones de Novoa no sean del agrado de la mayor parte de los juristas.

Entender que el "Derecho" (así, con mayúscula, tal como lo escriben con frecuencia muchos juristas) no es una verdadera ciencia sino principalmente una técnica instrumental destinada a servir por igual a las variadas ideologías que se disputan el favor de quienes deciden la suerte de una sociedad; admitir que ese derecho no contiene principios fundamentales para la organización de una sociedad y que consiste apenas en un control social encaminado a obtener que los miembros de la sociedad se sujeten a las reglas que consideren indispensables los detentadores del poder social; aceptar que no son los juristas los determinadores de los fines de las normas jurídicas ni los supremos árbitros de lo que debe llevarse a cabo en materia de organización social (con lo cual pierden ese ansiado papel de "sacerdotes de la justicia"); tener al derecho (en cuanto sistema jurídico vigente en una sociedad dada) como un conjunto de instrumentos de control de la vida de sus miembros, que puede ser puesto al servicio de diversas ideologías, algunas de ellas muy distantes emocionalmente de aquellas que informan a la mayor parte de quienes forman "la casta de los juristas"; reconocer para sí mismos en la vida social un rol secundario, un saber disminuido y un conocimiento auténticamente inapto para bregar por el éxito de su propia ideología, es algo excesivamente fuerte para los "hombres de derecho".

Novoa Monreal se ocupa ampliamente del capital tema de los derechos humanos fundamentales, tan olvidados por tantos juristas. A su juicio, los derechos humanos son una conquista valiosísima del progreso histórico-cultural de la humanidad, que obran como una limitación al poder del legislador para imponer normas que los contravengan. No acepta que su fundamento se halle dentro del derecho natural,¹⁶ el cual rechaza.

¹⁶ Recordamos la obra de Novoa: *¿Qué queda del derecho natural?*, publicada

tán centrados principalmente en la vieja legislación codificada, que nació con el fin de sostener una forma de organización social preindustrial, con marcado acento en el dominio de bienes raíces. El derecho privado, la rama más contaminada por ese vicio, viene a constituirse, dentro de los planes de estudio de las más importantes universidades, en una verdadera espina dorsal destinada a articular todos los conocimientos jurídicos. Esto no tiene razón de ser en los años finales del siglo XX, en que han aparecido ramas jurídicas nuevas y en que se han desarrollado otras que antes estaban en segundo plano, muchas de ellas capaces de desplazar de su sitio al derecho civil, el derecho de los propietarios (salvo en lo relativo al derecho de familia, que cada vez tiende más a segregarse de él). Esto significa que la legislación que se enseña oficialmente es la que rige con un porcentaje cada vez más reducido de la población.

De aquí deriva la necesidad urgente de revisar los programas y los planes de estudio, de cambiar en gran medida las materias que en ellos se contienen y de alterar la proporción y profundidad con las que algunas de ellas se enseñan.

Tampoco esa enseñanza incorpora a su consideración las nuevas realidades sociales que van apareciendo con pasmosa celeridad, por obra de adelantos científicos o tecnológicos, de nuevas condiciones de la vida humana y de avances políticos y culturales.

La enseñanza debe subrayar — según Novoa — una visión crítica de ordenamientos jurídicos tan atrasados e ineficientes. Debe tomarse en cuenta que la dogmática jurídica, en cuanto pareciera conferir alta calidad teórica a los estudios de derecho, engaña a los estudiantes, porque les hace concebir la esperanza de que mediante ella van a lograr una gran profun-

dogmático, por otra parte, llevará al estudiante a alejarse de la realidad político-económico-social dentro de la cual corresponde actuar al derecho.

La añejez del derecho llega a tal punto que hasta ahora se sigue explicando en muchas universidades como *summa divisio* la que separa al derecho privado del derecho público, asignando mayor importancia al primero y pretiriendo al derecho social, precisamente el que en la vida actual tiene, junto con el derecho público, mayor aplicación e interés. Influye para este error la idea inexacta de que el derecho civil es la rama más desarrollada técnicamente y la más perfecta, profunda y formativa de las que se enseñan:

A juicio de Novoa Monreal en la enseñanza del derecho deben incluirse nociones generales de ciencia política, economía y sociología, disciplinas a las cuales el derecho debe servir, a fin de formar juristas capaces de usar apropiadamente sus conocimientos especializados para colaborar en el cambio o sustitución de los regímenes vigentes y de comprender de manera más real el verdadero aporte que pueden hacer a la vida social.

Los derechos humanos deben constituir un tema esencial dentro de la enseñanza del derecho, con el fin de reconocerlos, respetarlos y asegurarlos. Ellos pueden aportar mucho en los propósitos de dar a la sociedad una organización más solidaria y participativa (recordar los derechos sociales) y de evitar abusos de poder (cap. III, de 1983).

Novoa Monreal examina también las causas por las cuales el derecho positivo tiende siempre a quedar a la zaga de los cambios sociales y llega a la conclusión de que en ello influye grandemente el hecho de que las normas jurídicas hayan de ser enunciadas generalmente como mandatos a futuro indefinido, que no pueden ser alterados, cualesquiera que sean las circuns-

tancias sociales, mientras el legislador no adopte una especial determinación modificatoria (cap. II de 1975).

Conviene dejar constancia que Novoa reconoce carecer de preparación especializada en filosofía del derecho y en sociología jurídica; solamente invoca en abono suyo una vasta experiencia en la enseñanza y en la práctica del derecho.