

EL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL EN EL PENSAMIENTO Y LA PRÁCTICA DE AMÉRICA LATINA

Por WILFRED JENKS,
Director General de la
Oficina Internacional del Trabajo

No existe ningún tópico de filosofía del derecho ni problema de política social que sea más vital en las postrimerías del siglo veinte que la relación recíproca entre el derecho y el cambio social.

El cambio social se produce ahora a escala mundial y es constante. Fuerzas complejas aumentan continuamente su impulso así como la latitud y profundidad de su impacto. La más fundamental de ellas es la transformación incesante de la vida cotidiana por la nueva tecnología que a su vez es el resultado de investigaciones científicas realizadas en escala y variedad totalmente inconcebibles en ninguna época anterior. Se ha acortado en gran medida y sigue reduciéndose el lapso normal que media entre la investigación primera y la producción a capacidad plena. El cambio tecnológico ha sido un factor preponderante de los cambios de la estructura económica y social que han cambiado los usos y la moral no menos radicalmente que la tecnología ha cambiado la estructura económica y social en sí. El ritmo del cambio tecnológico, económico, social y cultural ha intensificado grandemente las presiones sobre la estabilidad política. Desde la primera guerra mundial, se han venido acelerando los vastos cambios políticos dentro de las naciones y entre las naciones, en sucesión cada vez más inevitable y en escala cada vez más universal; tales cambios han llegado ahora a transformar totalmente el equilibrio del poder entre continentes, dentro de los continentes y dentro de las naciones. Estos variados y variables factores de cambio influyen unos en otros y se acentúan mutuamente. Constituyen las complejas corrientes del vórtice de la vida contemporánea. Plantean el problema

de saber cómo puede la sociedad convivir con tal cantidad de cambio sin irrupción en la anarquía y la violencia.

No es menos agudo el problema del imperio del derecho como agente e instrumento de cambio social. Este problema tiene muchas facetas.

Para muchos, la ley es en lo esencial el sostén del orden establecido. Se la mira como la sanción de los derechos existentes, muy escasamente preocupada por la justificación moral de esos derechos ni por sus consecuencias sociales. Esta no es una apreciación injusta de amplios sectores del derecho, especialmente de las normas referentes al patrimonio, al contrato, los actos de comercio, el daño civil y el delito, antes del desarrollo de la moderna legislación social. Ella ha vuelto al hombre escéptico en cuanto al papel del derecho en una comunidad política dinámica comprometida con el cambio social.

Este escepticismo nacido de la historia de la ley tiene como refuerzo un escepticismo en cuanto a la naturaleza y tendencia inherentes en la ley. Por su naturaleza, la ley es en la sociedad un elemento de estabilidad y de proceso ordenado. Para muchos, entre quienes se cuentan muchos abogados, constituye casi una paradoja el que el elemento de estabilidad y proceso ordenado sea un elemento valioso y realmente indispensable en el proceso de cambio.

Este escepticismo, enraizado en la historia del derecho y acentuado por una apreciación vastamente compartida de la naturaleza y tendencia inherentes de la ley, resulta agravado por la incertidumbre sobre la medida en que la determinación más vigorosa de recurrir a la ley como agente e instrumento de cambio social pudiera o no ser capaz de remodelar el contexto cultural de la práctica política, la evolución económica, la estructura social y el hábito doméstico hasta el punto de resultar eficaz para ese fin. La ley no lo es todo en ninguna sociedad; lo que pudiera lograr depende del grado de aceptación permitido por el contexto en que actúa, y cuanto mayores sean las demandas que hagamos de la ley más allá del límite de sus funciones mínimas, mayor será el grado en que el fruto dependa del contexto. Los diversos grados de éxito obtenidos en diferentes países en el intento de atraer dentro del ámbito de la ley nuevos sectores de política, como por ejemplo las relaciones profesionales, proporcionan una vívida demostración de esta proposición general, que se aplica con fuerza especial donde

quiera estén comprometidos intereses colectivos poderosos. Esta cuestión entraña la que concierne a la efectividad de los procedimientos legales disponibles pero también entraña el problema más amplio de la medida en que la sociedad en general, o cualquier sociedad en particular, esté preparada para resolver controversias de gran envergadura mediante el proceso legal y para acatar el resultado.

Estos dilemas son comunes en el mundo, pero en la sociedad latinoamericana surgen en un contexto histórico especial cuyos elementos salientes comprenden el concepto de la ley tradicional en América Latina; la prevalencia del personalismo en la política latinoamericana y el ritmo pausado de cambio en la vida de América Latina hasta épocas relativamente recientes. Cualquiera de ellos hubiera bastado para hacer particularmente agudos los dilemas en América Latina; en conjunto, y puesto que tienden a reforzarse entre sí, han engendrado una crisis en el papel del derecho en un mundo de cambio, crisis que está sacudiendo la sociedad latinoamericana hasta sus cimientos.

En América Latina el derecho ha tenido una historia. El derecho español poseía una rica tradición medioeval, por lo menos comparable a la de cualquier sistema jurídico de su tiempo, con su monumento permanente en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio. Cuando Colón y Cortés, Balboa y Cabral, Pizarro y Quesada, Mendoza y Valdivia abrieron las Américas, aquella tradición pertenecía ya a la historia; la autocracia había desplazado a aquello que hubiera podido convertirse en la tradición constitucional de Castilla; a pesar de los mejores esfuerzos del Consejo de Indias para mantener inhiestos ciertos valores humanos, la autocracia dictó el patrón del gobierno colonial. El patrón resultó modificado por efecto de la distancia y la dificultad de las comunicaciones; se convirtió en un patrón de autocracia descentralizada con el caudillo como figura típica. Cuando la América Latina conquistó su independencia no se produjo ningún brote natural de instituciones políticas nacidas del contexto cultural; la estructura nominal de gobierno correspondía a la constitución británica del siglo dieciocho tal como la había mal entendido Montesquieu, importada de la enteramente diferente sociedad de América del Norte con el estímulo de Jeremy Bentham; los códigos civiles, no obstante haber influido en ellos la obra precursora de Andrés Bello, eran principalmente derivados de modelos europeos; empero, la realidad consistía en la tradición

heredada, que se había desarrollado a lo largo de siglos. El fruto inevitable fue un derecho de aspiración más bien que preceptivo, y también una escisión entre la ley y la vida, que se vino a considerar cada vez más como un tributo al espíritu progresista de la ley antes que como una anomalía en la estructura de la sociedad. En raras ocasiones el derecho ha sido más respetado entre los estudiosos, o admirado con más profusa reverencia por los estadistas, que lo ha sido tradicionalmente en América Latina; ha sido, en cambio, menos coercitivo como código de conducta común.

Este antecedente histórico guarda relación paradójica con el desarrollo en la América Latina de nuestros días de un derecho en movimiento, que responde a las presiones y necesidades de un mundo cambiante. El pensamiento jurídico latinoamericano es fundamentalmente especulativo; en tanto que tal carece de una aversión instintiva al cambio; pero siendo fundamentalmente especulativo tiene poco contenido de procedimientos eficaces de cambio ordenado y disciplinado. Los pensadores juristas más destacados de América Latina en los últimos tiempos, hombres de la talla de Luis Recaséns Siches, Carlos Cossio y Eduardo García Maynez, han sido esencialmente filósofos de la tradición de Kelsen antes que arquitectos e ingenieros del cambio social por el proceso legal a la manera de Roscoe Pound. No ha habido un Andrés Bello contemporáneo, con la escolaridad universal de un gran humanista que concibiera el derecho como, en lo esencial, una rama del arte del estadista. Lo que se requiere son paladines de su estatura a fin de colocar al derecho como instrumento eficaz de cambio social en el centro del pensamiento y la práctica de América Latina.

El divorcio entre la ley y la vida se ha acentuado a causa del culto del personalismo que ha sido una característica continua de la existencia latinoamericana a través de los siglos. Había un fuerte elemento de personalismo en la inicial tradición ibérica tal como evolucionó en la península, modelada sin duda por muchas fuerzas entre las cuales la geografía y la historia de España no eran menos importantes que la composición y características raciales de un pueblo enriquecido por muchas y variadas estirpes. En un ensayo sobre psicología política escrito hace casi medio siglo, Salvador de Madariaga distinguía los caracteres nacionales de ingleses, franceses y españoles,⁽¹⁾ pueblos cruzados todos ellos, en los

(1) *Englishmen, Frenchmen and Spaniards*, Oxford University Press, 1928.

caracteres del hombre de acción, el hombre de pensamiento y el hombre de pasión. Cualquier caracterización de este tipo resulta inevitablemente una excesiva simplificación, pero el ensayo de Madariaga, sometido a la prueba de la experiencia de este nuevo medio siglo de crisis dramáticas y traumáticas en la vida de los tres pueblos, ha seguido siendo tan esclarecedor como, lo que siempre ha sido, estimulante. La pasión es personal aun cuando pasa a ser colectiva, y entre los hombres de pasión son las personalidades antes que los procedimientos o la filosofía lo que constituye el pulso de la política. Esta herencia se ha acentuado por la historia y la geografía de América Latina, las cuales han resultado ser influencias más persistentes que la composición variada y cambiante de sus poblaciones híbridas. Las circunstancias del descubrimiento y la conquista crearon un patrón duradero. En ambos se confundía la gran aventura, conducida por una aristocracia de la aventura. No podía haber contraste más claro con las colonias de asentamiento fundadas por hombres humildes en procura de libertad religiosa, que se contentaban con labrar, pescar y comerciar con el sudor de sus manos. Los conquistadores eran los antepasados naturales de los caudillos. El impacto de los orígenes históricos de América Latina fue ampliado por el de la geografía. Al Norte del Río de la Plata el terreno era aún más formidable que el de la misma España y su mestizaje de austeridad huraña y riqueza lujuriente, combinado con el vasto espacio, la población escasa y la insignificante infraestructura, más la utilización de formas nativas o importadas de servidumbre, proveían un escenario natural para una política de autoridad personal. A este patrón Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria y sus sucesores opusieron desde el principio un código moral, y los pensadores liberales, como los grandes argentinos desde Alberdi y Sarmiento en adelante, o, aquí mismo en Centro América, José Cecilio del Valle, una filosofía política enteramente diferente. Pero el patrón fue más poderoso que sus críticos. El idealismo de Bolívar y San Martín, Morazán y Benito Juárez extrajo su magia de la autoridad personal de éstos y no tuvo sino escaso efecto inmediato. Rosas y García Moreno, Porfirio Díaz y Juan Vicente Gómez siguieron siendo hasta tiempos recientes los arquetipos de la autoridad política y la acción en América Latina. Una generación imbuida de valores más sofisticados y humanos pudiera quizá adoptar una actitud demasiado crítica hacia estos hombres; ellos fueron el producto casi inevitable, de su época; pero

lo que pudiera haber sido inevitable en su época carece de todo matiz de continuada justificación en nuestros días. La despersionalización de la autoridad, tan indispensable para la autoridad de la ley, sigue constituyendo uno de los mayores problemas políticos de América Latina, en algunos países y en algunos sentidos ahora más agudos y más urgentes que nunca antes.

El ritmo pausado y en muchos casos retrasado de cambio que hasta hace poco eran tan general en América Latina obedecía a todo un complejo de factores culturales, económicos y sociales, pero la naturaleza de la tradición y el sistema jurídicos y el personalismo en la política acentuaron tanto el estancamiento como la inestabilidad de la sociedad; no proporcionaron ningún estímulo para cambios fundamentales ni un mecanismo eficaz para el cambio ordenado. El fruto ha venido a ser cada vez más divisivo y peligroso. Allí donde el crecimiento natural pierde su filo, la violencia destructiva precipita la alternación de anarquía y tiranía. Este es el espectro macilento cuyas apariciones abarcan un campo demasiado vasto en la escena latinoamericana. ¿Cuál es, en esta perspectiva, el futuro de las nobles visiones de José Martí y Rubén Darío, González Prada y José Enrique Rodó, Joaquín V. González y Ruiz Barbosa?

¿Qué importancia tienen en este contexto histórico los nuevos enfoques de la relación entre el derecho y el cambio en el cual las sociedades con tradiciones jurídicas más realistas y políticas menos personalizadas están tratando de ajustar entre sí el hábito y el cambio en un mundo en que las repercusiones de la tecnología sobre la vida han precipitado una aceleración de la historia humana que a su vez ha puesto la estabilidad de la sociedad en tan patente peligro de caer en el desorden disruptivo del cambio cataclísmico?

En ningún lugar de América Latina es dable estudiar estos graves problemas ni debatirlos con más sereno despego que aquí en Costa Rica, tan afortunadamente inmune a las controversias más calamitosas que convulsionan el continente y dotada de unos antecedentes incontestados de tradición democrática que ningún otro país latinoamericano puede reclamar por suyos.

¿Cómo podríamos definir más apropiadamente los problemas para entrar a analizarlos más detenidamente? ¿Puede desempeñar el derecho un papel de mayor envergadura y de mayor eficacia práctica en el futuro de América Latina que el que ha cumplido en su

pasado? ¿Puede el cambio dinámico pero disciplinado desempeñar un papel decisivo en la búsqueda perenne por el idealismo latinoamericano de la libertad personal, el crecimiento económico y la justicia social? ¿Qué relación guardan entre sí las respuestas a estas preguntas? En el futuro de la ley como instrumento de cambio ordenado en América Latina influirán muchos factores, jurídicos y no jurídicos, pero entre los factores jurídicos tendrán importancia más destacada: la reputación de imparcialidad, el realismo de sus normas, la eficacia de sus procedimientos y la receptividad frente al cambio. ¿Cómo puede el genio jurídico latinoamericano, inspirado pero no aprisionado por las tradiciones de su pasado, conseguir una nueva reputación de imparcialidad, un nuevo realismo en sus normas, una nueva eficacia de sus procedimientos, una nueva receptividad frente al cambio?

La imparcialidad de un sistema jurídico entraña mucho más que la imparcialidad, ya se trate de un hombre u otro, de sus enunciados normativos y de sus instituciones procesales. Entraña el pacto del conjunto del sistema jurídico sobre las vastas cuestiones que dividen a la sociedad, su efecto sobre los derechos humanos y la igualdad de oportunidades, las posibilidades que ofrezca para dar sanción y efecto legales a las nuevas aspiraciones y a las crecientes expectativas. A este respecto se ha producido un cambio de gran alcance en el contenido y tendencias primordiales del derecho latinoamericano durante la generación precedente. El "derecho social" se ha convertido en una parte de importancia incesantemente creciente del derecho en su conjunto. Alfredo Palacios fue su profeta; Unsain y Anastasi, Cesarino, Segadas Vianna y Sussekind, y Mario de la Cueva han figurado entre sus cronistas y comentaristas más destacados; Rafael Caldera le ha dado la coherencia y la amalgama intelectual de una rama principal del pensamiento jurídico. El derecho ya no pertenece a las clases; ha pasado a ser el escudo protector de las masas. Así transformado en su función social, goza de un potencial positivo para el cambio social de vasto alcance, del cual generaciones anteriores hubieran dudado con profundo escepticismo.

La medida en que la ley realice este potencial dependerá en gran parte de su realismo. La tentación de dar forma de principio legal a algo substancialmente mayor que lo que en la práctica pueda cumplirse constituye un peligro claro y actual para la autoridad de la ley. Es una tentación en la cual a menudo ha caído la

generosidad del idealismo latinoamericano. La eficacia de la ley como instrumento de cambio social depende en primera instancia de la eficacia del derecho en sí. Si uno da casi por sentado que la ley como expresión de un principio y como estímulo de generosas esperanzas habrá de prometer más de lo que razonablemente pueda esperarse que realice, la expresión de aspiraciones en la ley puede llegar a convertirse en un sustituto, antes que un incentivo, del cambio social efectivo. Para hacer de la ley un instrumento efectivo de cambio debemos marcar el acento sobre su realismo. En esto el progreso del último medio siglo, aunque no insignificante, ha sido menos dramático, pero creo que entre los hombres de derecho de la América Latina hay ahora una aceptación creciente de la importancia de este asunto, lo cual encierra una promesa alentadora para el futuro.

Entre los signos alentadores se encuentra una apreciación cada vez mayor de que los derechos sirven de poco sin los remedios. El concepto del derecho no escrito, de que la substancia de la ley se secreta en el procedimiento, ha venido a ser cada vez más familiar al pensamiento jurídico latinoamericano, y sin haber revitalizado aún la imagen esencialmente procesal del derecho romano clásico, ha encontrado expresión en un interés más amplio, en instituciones como el juicio de amparo en México. La independencia judicial, procedimientos que permitan al ofendido invocar la independencia judicial contra la autoridad ejecutiva y la influencia económica, y hábitos políticos y sociales en virtud de los cuales el recurso a tales procedimientos sea la vía normal y acatada de reparación frente a cualquier abuso de aquella autoridad o esa influencia: he aquí los fundamentos del respeto básico hacia el imperio del derecho, a falta del cual quedará condenado al fracaso cualquier intento de cumplir la función de la ley como elemento de estabilidad transformándola en una disciplina de cambio ordenado.

Es en el contexto de estos problemas que debemos examinar las perspectivas en América Latina de que un derecho suficientemente sensitivo y receptivo del cambio se constituya en un factor importante en la adaptación pacífica de la sociedad a los reclamos que hacen el orden social toda una serie de expectativas humanas y posibilidades tecnológicas. En el debate de ámbito mundial sobre la interacción entre la ley y el cambio han habido muchas malas interpretaciones, y cierta engañosa presentación de la naturaleza

del problema. No se trata de saber si las partes en desarrollo de este mundo han superado la etapa del molde jurídico impuéstoles durante su dependencia de países adelantados con culturas y problemas diferentes; se trata de saber si sus sistemas jurídicos propios han desarrollado una vitalidad inherente suficiente para generar el impulso de adaptación continua necesario a fin de enfrentarse con una escala y ritmo de cambio tales como ninguna otra sociedad los ha conocido antes de ahora. En un mundo con una complejidad de estructura política, económica y social y de impacto de los descubrimientos científicos y cambios tecnológicos que ninguna sociedad había conocido antes, y con un grado e intensidad de interacción a escala mundial de acontecimientos enteramente nuevos, el logro de un equilibrio entre la ortodoxia y la innovación en la relación entre derecho y cambio crea una serie de nuevos problemas, que trascienden todas las divisiones políticas, los estados de desarrollo económico, las diversidades culturales y las divergencias ideológicas, para enfrentarse efectivamente con los cuales ningún sistema jurídico de ninguna parte del mundo ha elaborado todavía los medios idóneos. El problema fundamental de filosofía del derecho en nuestros días es saber en qué lugar debe asentarse el peso de la ley dentro de los procesos de cambio que están ahora dando forma al destino de la humanidad. Hay un cuerpo impresionante de doctrina autorizada que continúa opinando que la ley se ha de autodestruir inevitablemente a menos que se la mantenga como elemento de estabilidad, dejando a las fuerzas políticas y económicas la tarea de producir los cambios que requiere el desarrollo de la vida de la sociedad. A mi juicio, ésta es una posición peligrosa e imprevisora. Con demasiada frecuencia todos los movimientos de inquietud en el mundo miran a la ley como algo que nos mantiene prisioneros en el pasado; con demasiada frecuencia las reglas legales y la interpretación de las reglas legales son tenidas por la cristalización de aquello de lo cual la humanidad trata de escaparse en pos de nuevas aspiraciones para el futuro. Esa es una apreciación totalmente inadecuada de la contribución histórica y potencial del derecho a la libertad humana y al futuro de la sociedad. Cada una de las grandes filosofías del derecho tiene su fuente en el concepto de justicia. La justicia es por su naturaleza un concepto dinámico y no estático. Para permitir al hombre que viva en paz en una sociedad mundial cambiante, tenemos que apelar a la ley como aliado poderoso en la transformación pacífica de la sociedad por

procesos ordenados; debemos hacer que el imperio del derecho sea una protección efectiva para el hombre común en su búsqueda de una vida más plena y más rica.

Esta puede ser una aventura digna de todo lo que de más aventurero guarde la tradición latinoamericana; cabría dentro de la gran tradición del idealismo latinoamericano; conferiría una nueva prominencia en el pensamiento y en la práctica de América Latina al lugar que corresponde a la ley en el progreso de la sociedad. Séame permitido encomendar esta aventura a vuestro espíritu intrépido.

LA CONCILIACIÓN EN LOS CONFLICTOS ECONÓMICO-SOCIALES Y LA HUELGA EN LA LEGISLACIÓN CENTROAMERICANA

LIC. ABEL CASTRO H.

En el presente artículo me propongo hacer el examen de algunas cuestiones relativas a la conciliación en los conflictos colectivos de carácter económico-social y a la huelga. Aunque el estudio de esos temas lo haré con vista de la legislación costarricense, lo mismo que de la de los otros países centroamericanos, lo que desde luego le dará un carácter práctico, antes que doctrinario, se requiere, como antecedente necesario para entrar al análisis de esas legislaciones y de las instituciones que ellas regulan, exponer algunos conceptos teóricos y hacer referencia, a lo largo de la exposición, a algunas opiniones de tratadistas de la materia. También es de importancia citar la jurisprudencia costarricense en relación con ciertos problemas que se han suscitado en este campo.

Los conflictos de trabajo

En primer lugar conviene fijar el concepto de los conflictos de trabajo, en general. Sin entrar al análisis de las diversas definiciones que los autores de Derecho Laboral han formulado sobre el particular, por ser ello ajeno al estudio propuesto, me limitaré a reproducir el concepto expresado por el Doctor Mario de la Cueva,⁽¹⁾ por ser bastante claro, concebido en los siguientes términos: "Los conflictos de trabajo son las diferencias que se suscitan entre trabajadores y patronos, solamente entre aquéllos o únicamente entre estos, en ocasión o con motivo de la formación, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas

(1) Derecho Mexicano de Trabajo. Décima Edición. Tomo II. Pág. 729.