

---

---

A. J. ARNAUD

### Los desechos del derecho (\*)

El derecho está hecho para todos con la condición de que cada uno acepte el estatuto socio-jurídico preestablecido al que está destinado. Aquél que no satisfaga semejante condición, no está admitido en el grupo al que legalmente estaba llamado a figurar: se convierte en un desecho del derecho.

Si se tiene a bien suscribir la para nosotros muy querida visión lúdica del sistema jurídico, el problema que se plantea puede ser formulado de la siguiente manera: ¿en qué condiciones, un personaje "X" puede llegar a participar en la parte por la que apuesta el grupo social al que tiene vocación de pertenecer, siquiera momentáneamente, para una sola "jugada"? Semejante pregunta permite, en principio (1), plantear los términos del problema de la equivalencia lógica que debe existir entre "X" y cualquier individuo perteneciente al conjunto (el grupo), formando una clase de equivalencia que puede ser definida de la siguiente manera: el conjunto de los miembros del grupo social al que se aplica un mismo cuerpo

(\*) Versión castellana de Juan M. Azpitarte Almagro.

(1) Permite también plantear el problema de la existencia, en el interior del grupo, de clases de jugadores correspondientes a otros tantos estatutos jurídicos. Este aspecto del asunto ha sido abordado en el artículo titulado "La famille cocon" (*L'Année Sociologique*, 1976-1977), p. 61 y ss. Sobre todo lo su-puestamente admitido (vocabulario, método, análisis del sistema jurídico del Código civil de 1804), cf. nuestro *Essai d'analyse structurale*. (Trad. cast.; *La regla del juego en la paz burguesa*, Maracaibo 1978).

de leyes y reglas jurídicas y que son susceptibles de participar en la vida jurídica conforme a las disposiciones en ésta contenidas.

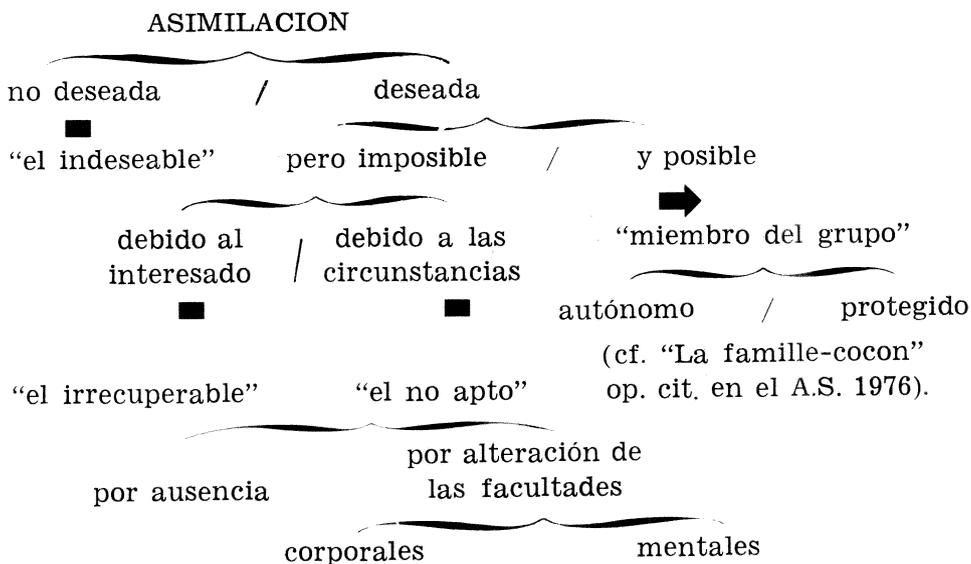
Este problema ha sido estudiado ya por lo que respecta a la época de la promulgación del Código Napoleónico. Hoy, como entonces, sus términos se encuentran en el Código civil. En él, efectivamente, en el libro primero (“De las personas”) se encuentran consignadas las reglas según las cuales una persona es o no es considerada como susceptible de participar en el “juego”. Los otros códigos regulan los asuntos surgidos o por surgir entre individuos ya integrados, y accesoriamente, la clase de personas de las que trata principalmente el Código civil. No se trataría ya, pues, de obrar como civilista ni de referirse a tales textos, salvo cuando el especialista en derecho internacional evoque el título preliminar de este mismo código; ésta es la razón por la que no se ha limitado el título del presente estudio exclusivamente a los desechos del derecho civil. Todo nuestro sistema se encuentra afectado.

Por lo que respecta al derecho de las personas, ya en 1804 nos resultaba posible, utilizando las tres propiedades de la equivalencia (reflexividad, simetría, transitividad), establecer tres clases de personas que se encontraban fuera de la constituida por los miembros del grupo social anteriormente definido. De esta manera, el vagabundo, el extranjero y el ausente están apartados de la vida jurídica nacional en razón de un defecto de *inserción local* en el grupo.

Aparentemente, poco ha cambiado a este respecto. Pero si examinamos el asunto en profundidad, constatamos una distorsión del esquema inicial como consecuencia de la intervención estatal sobre las personas. No se trata tanto de un intervencionismo, que pretendería una injerencia pública directa en los asuntos individuales (algo que no hay que excluir completamente pero que no puede ser deducido del examen de los textos del Código civil que estudiamos) como de un verdadero dominio sobre los individuos en sí mismos. Las raíces de semejante estado de cosas se encuentran en la legislación de 1804: el punto de partida de la distinción residía ya en la sumisión/insumisión a una regla de juego establecida, o dicho de otra manera, en el peligro que podía representar la insumisión de algunos para el buen funcionamiento del juego. De alguna manera, en el texto de 1804 existía ya el espíritu de cierta medida de salvaguarda del grupo contra el vagabundo, el extranjero y el ausente. Pero el aliento inicial permanecía dentro del voluntarismo. Se podía ser

vagabundo, pero se podía no serlo si así se pretendía; una nación extranjera podía asegurarse a sus inmigrantes una situación equivalente a la de sus nacionales ofreciendo la reciprocidad de los derechos de los franceses en ella; el ausente estaba considerado como momentáneamente impedido de que diese a conocer su voluntad, como si su vuelta pudiera ser inminente. Por eso, para expresar tales situaciones, he escogido el término “adhesión”, que supone un gesto *motu proprio* para con el grupo al cual tiene vocación de adherirse.

Por lo que respecta a la actual legislación, preferiremos hablar de “asimilación”, pues el hecho de “volver semejante a” no señala totalmente un movimiento voluntario del individuo, sino, cada vez más ampliamente, un criterio impuesto por el Estado. Atendiendo a esto y mediante el establecimiento de oposiciones, es posible esbozar el siguiente esquema:



Surjen así tres parejas de oposición fundamentales: asimilable/indeseable; asimilable/irrecuperable; asimilable/no apto.

1. *El indeseable*

Coincide con bastante exactitud con la categoría de individuo designado, en nuestro análisis del Código civil de 1804, con el título de “el extranjero”. Los extranjeros, en el sentido de no-nacionales, son, por supuesto, los primeros afectados. Pero de igual manera, hemos de contar aquí con todos aquellos considerados por los miembros del grupo como demasiado diferentes de ellos, demasiado “otros” como para ser asimilados a ellos.

Tratándose de no-nacionales, el asunto apenas cambia. El principio de reciprocidad (C. c. art. 11) permanece igual. En la práctica, se han producido modificaciones sustanciales en favor de los extranjeros que hayan manifestado su intención de compartir la vida de los nacionales (2). A la inversa, los artículos del 17 al 21 sobre la “privación de los derechos civiles por la pérdida de la condición de francés” han sido suprimidos en 1927.

Es conocida la existencia, en la vida cotidiana, de casos en los que la teoría no encuentra aplicación. Jurídicamente, este margen entre ley y realidad adquiere toda su dimensión ante los tribunales, y sobre todo ante las jurisdicciones de orden represivo. La presencia entre los inculcados de un gran número de trabajadores inmigrados, por ejemplo, pertenecientes a esa parte de la población más desfavorecida, incita de buena gana a la formulación de un racismo ordinario, tanto más evocador cuanto que emana de juristas. Esto ha sido demostrado por los delitos flagrantes (2 bis). En la Sala de lo criminal, el asunto adquiere proporciones tales que la acusación muestra claramente su voluntad de expulsar a los acusados a los desechos, y no solamente basándose en la exclusión voluntaria que ellos mismos habrían provocado por su paso al acto delictivo, sino también por su estatuto de extranjeros.

En el mes de junio de 1976, tres individuos comparecen ante el tribunal de la Corrèze. Han herido a un guardián de la prisión de

(2) Creación, en 1952, de una Oficina francesa de protección de los refugiados y apátridas; facilidad para ciertas mujeres extranjeras aspirantes a adquirir la nacionalidad francesa por declaración posterior al matrimonio (Ord. de 7 de enero de 1959); reglas de adquisición de la nacionalidad: Código de la nacionalidad (C. 9 de enero de 1973). Cf. también el Código de familia, art. 186 y ss.; las disposiciones sobre la infancia en peligro son aplicables a todos los menores residentes en Francia: Civ. 1.º, 27 Oct. 1964, D. 1964, 81.

(2 bis) Cf. Chr. HENNION, *Chronique des flagrants délits*, Stock, 1976.

Brive durante una tentativa de evasión. El primero es oriundo de la Martinica, el segundo belga y el tercero español. El defensor del Tesoro público sostiene: "Tienen ante ustedes a un conglomerado de razas... o mejor de países: un francés, un belga, un español. Reconozcámoslo: los Estados Unidos de Europa del Sur no son algo precisamente recomendable (3)". Desgraciadamente, no se trata de una anécdota. Nadie ha olvidado el famoso doble proceso Goldmann: saber si era o no era el principal testigo de cargo "el hombre de tez morena" del que se había hablado. "Indeseable": cada época tiene sus cabezas de turco. Hace algunos decenios, no era bueno ser judío; hoy, no es nada bueno ser árabe en Francia. El Código no habla de nada de esto. La ley es igual para todos; está por encima de los conflictos, por encima de la vida cotidiana, y es preciso que denunciemos aquí las prácticas reglamentarias que permiten que el poder use fácilmente procedimientos que, sin estar en contradicción con la ley, conducen a mofarse de los principios legales.

Nada de esto está inscrito en el Código civil. Lo muestra la práctica social, y no se puede hacer abstracción de ello en un estudio crítico de la ley cuyas disposiciones aparecen fundadas sobre un razonamiento erróneo.

## 2. *El irrecuperable*

El vagabundo —el caminante errante del siglo XIX— constituía un peligro no tanto por el ejemplo (malo) que podía dar a los niños como por el germen de delincuencia que portaba en sí mismo. Sin trabajo, sólo podía robar, aunque fuera exclusivamente para asegurar su subsistencia; sin domicilio fijo, había que desconfiar de él: en cualquier momento podía largarse y se corría el riesgo de no poder echarle la mano encima. Poco cuidadoso de su aspecto, inspiraba por añadidura una especie de temor mezclado con rabia con respecto a algo que no posee manifiestamente influencia alguna, hasta el punto de que el Código penal le prohibió "disfrazarse". El vagabundo (asimilado al mendigo) posee su uniforme, que son sus harapos. Cualquier cambio de vestimenta es disfraz. Y cualquier

(3 Informe en *Charlie-Hebdo*, n.º 294 (1/7/76), p. 7. En el mismo número, Cavanna (p. 3-4) la toma con la totalidad de la prensa, que citando un hecho distinto, titula: "Dos gitanos violan y matan salvajemente a una pareja de turistas ingleses". Es cierto que la higiene del juego jurídico pasa en principio por la de las mentalidades de los jugadores, que se expresa sobre todo en su lenguaje.

disfraz queda asimilado a la posesión ilegal de armas o de instrumentos capaces de cometer un robo o un asalto.

Pese a la permanencia de semejantes disposiciones (4), el vagabundo ha dejado de ser únicamente, e incluso principalmente, ese individuo cuya asimilación al grupo parecía poco realizable. El domicilio y el trabajo eran, hoy como en 1804, los puntos de inserción local más manifiestos, menos dudosos, más seguros (paso progresivo de la certidumbre intelectual a la seguridad física para la seguridad pública). El derecho, imperio de la ficción, va a encontrar al mayor número posible de personas un trabajo, un domicilio que, a falta de ser ciertos, son tenidos como tales. La seguridad del juego depende de ello: mientras menos individuos haya al margen del grupo, menos riesgo tendrá la parte de ser turbada. El legislador, ayudado por la jurisprudencia, trata ahora de asegurar la mayor integración posible al individuo en el grupo, de “recuperar” al máximo de personas que, por su actitud, su modo de vida, tienden a excluirse de la sociedad y de sus reglas (5).

Esto lleva, por ejemplo, a la fijación por parte de la autoridad —si es preciso estableciendo presunciones— del domicilio en lugares determinados (6). De manera que los marinos, los foráneos, los nómadas, no son vagabundos. Nada mejor: las personas que circulan por Francia sin domicilio ni residencia fija tienen un punto común de enlace (7). De manera que, teóricamente desaparecido el vagabundeo, entendido como ausencia de domicilio, lo cierto es que permanecen existiendo en la práctica personal sin domicilio seguro. Entonces es cuando, a través de un sensible deslizamiento de lo penal a lo civil, vemos a la jurisprudencia asociar la noción de domicilio a la de trabajo, a la de recursos, a la de fortuna. El artículo 207 del Código penal definía como vagabundos “aquellos que no tienen ni domicilio fijo ni medios de subsistencia y que, habitualmente, no ejercen ningún oficio ni profesión”. Con respecto al disfrute de los derechos civiles, donde la determinación del domicilio ocupa un título entero del código, la jurisprudencia decide que, en la duda, el domicilio puede ser fijado en el puesto donde se ejerce la profe-

(4) C. pen. art. 277 (continúa en vigor).

(5) Tendencia inaugurada por la ley de 1850 destinada a facilitar el matrimonio de los indigentes. Cf. más abajo C. civ. art. 76.

(6) C. civ. art. 108-2, 108-3, 109, por ejemplo.

(7) C. civ. art. 102; Ord. 7 oct. 1958; L. n.º 69-3 de 3 de enero de 1969; L. 65-1238 de 31 de diciembre de 1969; decr. n.º 70-708 de 31 de julio de 1970.

sión, en el lugar donde se trabaja o en el sitio donde se tiene depositado el capital propio o los intereses materiales (8). Lo cierto es que, si hay un lazo mediante el cual un Estado "tiene" a sus inmigrantes, éste es la vinculación al capital propio (real o dependiente del crédito), la obligación de procurarse recursos (para gastar o para devolver al prestamista), y principalmente, a través de las servidumbres originadas por el trabajo (9). Una prolongada tradición judeocristiana ha presentado al trabajo como un modo de indulto del pecado original. Determinado marxismo ha transformado la necesidad de una participación común en la producción de una cierta cantidad de riqueza, suficiente para satisfacer las necesidades de todos, en un dogma de tipo neocapitalista. Cogidos entre dos fuegos, aún no hemos salido del refugio.

De igual manera, es cierto que para participar de manera heurística en el juego, el jugador debe poseer bienes. Pero el vagabundo, no teniéndolos, no es el único en este caso. Para los afectados (véanse las leyes especiales posteriores a una guerra o a una catástrofe de magnitud nacional), o en último lugar, para las "personas desposeídas de sus bienes de ultramar" o "situadas en un territorio anteriormente sometido a la soberanía, el protectorado o la tutela de Francia", el legislador decide que es muy deseable que tales personas no sean excluidas del grupo por hechos que no le son (directamente) imputables. Se adoptan medidas particulares en su favor para que no corran el riesgo de entrar en la categoría de los "desposeídos", los vagabundos o los irrecuperables (10).

Semejante evolución es particularmente importante en un momento en el que una nueva generación, que se siente llamada a participar en el juego a través de la integración realizada por sus padres, pone en duda el talento de estos últimos. *Patria est ubicumque est bene* (11). Ya encontrándose bien allí donde están, ya buscando incesantemente en otra parte el bienestar al que aspiran, jóvenes, y a veces menos jóvenes, "hacen el camino". Ellos constituyen la obsesión de los poderes públicos. Y cuando un municipio decide lanzar a su po-

(8) Cf. pr ejemplo Soc. 14 de octubre de 1955. D. 56, 42; Com. 10 de julio de 1962. *Bull. Civ.*, III, 293; Soc. 10 de marzo de 1965. *Bull. Civ.*, IV, 174.

(9) En este sentido, cf. C. fam., art. 34-36: prioridad de contratación, permisos por natalidad, retroceso de la edad límite concedida al padre de familia. Concebidas por otros motivos, tales disposiciones convergen en la acreditación de nuestras tesis.

(10) L. 6 de nov. 1969 y L. 15 de julio 1970, principalmente.

(11) CICERON, *Tusculanas*, V, 37.

licia tras ellos, con el pretexto de purificar el ambiente de la ciudad, vemos a toda una jurisprudencia de las jurisdicciones de base (apenas existen apelaciones sobre esta materia) encerrar a aquellos que tratan de escapar al ciclo trabajo-paro, experimentado de otra manera como alienación-culpabilización. Curioso progreso jurídico cuya salida conduciría a ponernos en disposición de reanudar la práctica, de tres siglos de antigüedad, del gran "encierro" de los vagabundos, mendigos y parados considerados como irrecuperables.

La manera que tienen las autoridades de tratar problemas como la prisión, la droga o la prostitución, resulta particularmente reveladora de semejante disposición de ánimo. Pero sería preciso emprender al respecto un estudio profundo que desbordaría el marco de este artículo y fuera del cual no podrían decirse más que trivialidades (12). Hay un tema central al que, sin embargo, podríamos referirnos y que nos permitiría tratar conjuntamente estos tres problemas aparentemente dispares si no es por su vinculación al derecho penal: se trata del *trabajo*. ¿En qué medida puede tolerar un Estado sólido la negativa al trabajo? Y para hablar con mayor precisión, el rechazo de un trabajo tal como es concebido por los detentadores del poder económico. Es cierto que, sin trabajo, no existen lazos sólidos; fuera del trabajo alienante, posible reflexión, y por lo tanto, contestación que temer.

Hoy más que nunca se verifica la constatación que hacemos sobre el texto del Código civil de 1804: que el individuo está obligado a adherirse al grupo en que el azar de su nacimiento le ha llamado a ser insertado. Los actos más comunes de la vida jurídica lo llevan a reunir la concepción domiciliaria y trabajadora del individuo, que sigue siendo fundamentalmente la de nuestra legislación actual. La pretensión de permanecer marginal, rechazando las ofertas ventajosas de la sociedad, es sin embargo estar sometido a ésta, pues el vagabundeo está considerado en sí mismo como un estatuto: el del jugador en potencia que rechaza jugar y, por ello, se ve citado necesariamente ante ese diferencial, ese mecanismo de seguridad que representa la justicia.

(12) Dec. 26 de noviembre de 1956, art. 8. 5165 y a. y R. 5190 y s. en apéndice al Código penal y C. de salud pública, art. L. 355-14 y s., para la legislación sobre la toxicomanía; cmp. con "Toxicité de la marijuana et modification de la legislation", en *Le Monde*, 9 de septiembre de 1971, y *Liberation*, 1 de enero de 1971, pp. 14-15.

Una comparación entre la legislación napoleónica y la nuestra permite señalar, por lo demás, la eficacia de una institución (el delito de vagabundeo) sometida a prueba durante más de siglo y medio, que ha participado de excelente manera en el cuadriculado sistemático de la sociedad, que ha permitido al poder tranquilizar a los individuos integrados, recuperar a los que le parecen susceptibles de serlo y perseguir, o al menos vigilar, a los que estima "irrecuperables", que son llamados según la época, vagabundos o hippies. Domicilio y trabajo se muestran siempre como la condición de una buena aplicación de las leyes de policía y de seguridad (13).

Por lo tanto, existe una relación de continuidad en el espíritu de nuestra legislación desde comienzos del siglo XIX, aún cuando el juez aprecie hoy de manera diferente los criterios exteriores de vagabundeo. Si hubiera que descubrir una variación con respecto a este período, ésta se encontraría más bien en el traslado de una noción, originariamente "civil" (aunque contuviera en germen los elementos de cierta sumisión de los particulares ante el poder) a una medida policiaca y de seguridad (14) que debe relacionarse con el proyecto gubernamental de establecimiento de un fichero de nacionales.

### 3. *El no apto*

No se trata de un criterio tan subjetivo como el precedente, pues se trata de establecerlo cuando se tiene en cuenta la oposición asimilable/no apto.

#### a) *el ausente*

El ausente no es un ser indeseable ni un individuo irrecuperable. Es el que ha desaparecido sin adoptar disposiciones relativas a las personas para con las que ha contraído deberes y para con los bienes cuya responsabilidad ostentaba; pero es alguien al que no se pierde la esperanza de ver reaparecer cualquier día. El fondo de la cuestión no ha cambiado desde hace casi dos siglos. Probablemente no se prestaba a una utilización con fines de vigilancia política, pues fue concebida exclusivamente para la salvaguarda de los patrimonios de

(13) C. civ., art. 3.

(14) Cf. nuestro *Clefs pour la Justice*, Paris, Seghers, 1977.

(15) Cf. R. VEAUX, *Absents et disparus*, D. 1947. Chr., p. 169. ROUGHOL-VALDEYRON, *Recherche sur l'absence*, Paris, 1970.

los particulares. Apenas distintas modificaciones habidas en otros capítulos del código han comportado la remodelación de algunos artículos. Y no veo la necesidad de repetir que el Código civil trata de las medidas a adoptar en caso de no aptitud para el “juego” o en caso de ausencia de un individuo. Evidentemente, no existe razón alguna para que la parte sea bloqueada porque un personaje haya abandonado la escena sin prevenir a nadie.

Por el contrario, en el derecho actual, la no aptitud por alteración de las facultades ha adquirido un tinte que vuelve muy peligrosa la institución correspondiente.

b) *el mayor de edad protegido*

Causará extrañeza encontrar aquí lo que en el análisis del Código civil de 1804 constituía objeto de otro capítulo. Y es que, a este respecto, las cosas han cambiado completamente. En el Código napoleónica, el alienado era considerado como menor a perpetuidad; en la actualidad, es tratado de forma diferente y casi ha sido asimilado a ciertos no aptos por alteración de las facultades corporales.

Verdaderamente, no hay que sorprenderse de que, en un texto normativo con fundamentos subjetivistas y voluntaristas como es el Código civil francés (16), se reserve la mayor atención al estatuto reservado para aquél que, en situación de actuar jurídicamente de manera autónoma, demuestre no usar semejante facultad de manera “racional”: no merece estar integrado en la clase de los que tienen edad de razonar; pone en peligro al conjunto de la parte.

Ahora bien, mientras que establece conceptos filosóficos (libertad, voluntad, razón), el legislador —tanto el de hoy como el de ayer—, sin ninguna preocupación por filosofar y lejos de desistir de su condición de jurista, atribuye un sentido artificial a las relaciones entre tales conceptos. El acto consumado libremente por un ser razonable es voluntario. Y se declara dotado de razón al que obra según las normas establecidas o se separa solamente un poco de ellas. En 1804, la actividad “normal” era la del adulto que administraba los bienes que se le confiaban o le pertenecían, *de buena fe y como buen padre de familia* (17). En semejantes condiciones, puede ser excluido

(16) Cf. nuestro *Origenes doctrinales du Code civil*, Paris, LDGJ, 1969.

(17) Cf. *Essai d'analyse structurale du Code civil*, pp. 69-71. principalmente.

del juego —total o parcialmente— quien se muestra “anormal” según tales criterios.

Según el Código civil, ¿en qué consiste actualmente la anormalidad? Para empezar, el principio: *la alteración de las facultades personales* del mayor de edad justifica su protección (18). Algunas palabras-clave permiten comprender el sentido de semejante formulación. Así, solamente puede ser protegido el que no pueda “atender sólo a sus intereses” o corra el riesgo de “caer en la necesidad” o “comprometa la aplicación de sus obligaciones familiares”. A tal efecto, quedan asimilados a la alteración de las facultades personales la prodigalidad, la intemperancia y el ocio. El punto nodal de la cuestión se encuentra en el riesgo que comporta un individuo semejante para la buena conducta de la parte en juego, que no esté en condiciones de participar en ella, que esté en trance de excluirse o que acuse a los que están ligados a él, y todo ello por no haber podido efectuar “apuestas”, o dicho de otra manera, por su carencia de bienes.

El legislador enfoca el problema con relación al trabajo susceptible de aportar, si no fortuna, al menos los recursos necesarios. Tras él, el magistrado, para estimar bien será declarado pródigo, intemperante u ocioso (18 bis). El trabajo sirve de criterio para juzgar acerca de la inserción social del individuo.

“Inserción social”: tal es la preocupación del legislador. La expresión se encuentra utilizada en el primer artículo de un reciente decreto (19) que permite a todo mayor de edad (o menor emancipado) que experimente “graves dificultades de inserción social” pedir judicialmente una especie de prolongación de la minoría de edad hasta los veintiún años. La mayoría es la edad en que realmente se realiza la inserción social. El que estime estar en condiciones de vivir de manera autónoma y que no se muestre capaz de ello, debe ser protegido. Se estima que no puede ocuparse de las personas y de los bienes cuya responsabilidad podría tener: la relación con la situación del ausente no es aventurada.

El Código civil proporciona además precisiones sobre lo que debe entenderse por alteración de las facultades personales; de entrada,

(18) C. civ., art. 488.

(18 bis) Existen ejemplos de jurisprudencia contemporánea sobre este tema en “Autopsia de un juez”, artículo reproducido más arriba.

(19) Decr. 75-96 de 18 de febrero de 1975.

se trata de la salud mental (20). Nada hay en ello excesivamente original si no es la importancia concedida por el legislador al parecer del médico (21), aún cuando el texto insista en el hecho de que los intereses civiles deben ser absolutamente independientes del interés médico del sujeto. Lo más original resultan ser las causas de alteración de las facultades mentales que selecciona el legislador: la enfermedad, un defecto, la edad. De manera que se asimila la salud mental a la corporal. El mayor de edad, cuya alteración de las facultades corporales impida la expresión de la voluntad, puede ser protegido.

La materia se resume en una pareja de oposición. Por un lado, la salud; por otro, la "alteración", bien sea mental (22), física o de comportamiento (23) alegada para el buen funcionamiento del juego. El recurso del legislador al argumento de "voluntad", ¿no resulta, en semejantes condiciones, un señuelo? Ciertamente, la voluntad sigue siendo fundamental en el nacimiento de la obligación. Pero la necesidad que tuvo el legislador de precisar, a través del artículo 489-2, que "el que haya causado un daño a otro encontrándose en estado de enajenación mental no está por ello menos obligado a su satisfacción", demuestra mejor que nada que el verdadero debate no se sitúa al nivel del voluntarismo sino al del utilitarismo.

El efecto de semejante concepción legislativa es el de crear subclases de individuos en el interior de la categoría de los mayores de edad protegidos. A los mayores de edad se les distingue, según el régimen que le es aplicable, en personas "bajo la salvaguarda de la justicia" (24), tuteladas (25) y en curatela (26).

Lejos de nosotros el pensar en condenar el principio de una reglamentación de la no aptitud jurídica procedente de una alteración de las facultades (llamadas) personales. El haberlas enfocado bajo el signo de la protección incluso debe ser anotado en el haber del legislador. Pero, para ser honestos, es preciso señalar el peligro de la institución tal como está concebida. En cuanto a la práctica, no

(20) C. civ., art. 489 y s.

(21) Por ej., art. 490 y s., y principalmente 496-2, posible participación del médico en el consejo de familia a título consultivo.

(22) El vocablo permanece todavía en el C. civ., art. 489-2, incidentalmente.

(23) Prodigalidad, intemperancia, ociosidad.

(24) C. civ., art. 491 a 491-6.

(25) C. civ., art. 492-507.

(26) C. civ., art. 508-514.

debemos olvidar lo que recientemente escribía un interesado, que deducía de su experiencia personal esta lección: existe aquí “una escandalosa muestra de las amenazas que acechan a las libertades individuales (27)”. En efecto, no se trata tanto de protección social en el sentido de modo de reparto de las riquezas como de la salvaguarda del grupo mediante la promulgación de medidas susceptibles de asegurar el buen desarrollo de la vida social en el sistema instaurado, que no es más que una continuación del tipo de civilización calificado por algunos de “paz burguesa”. Como prueba, poseemos la asimilación que el legislador efectúa, tal vez sin ser perfectamente consciente, entre personas bajo tutela (civil) y las que están en estado de inhabilitación legal (condena a una persona aflictiva o infamante) (28).

Aún cuando no se trata aquí de aplicación de criterios tan subjetivos como en el caso de *indeseable* o en el del *irrecuperable*, con la noción de alteración de las facultades tanto físicas como mentales, la puerta está indiscutiblemente abierta a los excesos: asimilar la no aptitud, concepto exteriormente más “civil” y menos político, a casos en los que las personas afectadas serían en realidad estimadas como indeseables o irrecuperables por la sociedad (eventualmente representada por su entorno).

Al final de este vuelo por encima de los “desechos del derecho”, se imponen básicamente tres conclusiones.

1.º—Señalar en principio que nuestra legislación y nuestra jurisprudencia están de acuerdo para que se encuentren fuera del grupo el menor número posible de individuos: asimilar lo mejor posible a los extranjeros, suprimir el vagabundeo por la concesión de ayudas de todas clases o, mediante argucias, reducir los efectos de la ausencia. Semejante tendencia está indudablemente ligada al desarrollo del espíritu solidarista (29), mejor adaptado a la mentalidad

(27) En *Le Monde*, 26 de septiembre de 1975, p. 13.

(28) A excepción de testar y de contraer matrimonio: C. pen., art. 29 y L. 68-5 de 3 de enero de 1968, art. 5; C. pen. art. 36. Un estudio exhaustivo supondría, además, ligar semejantes hipótesis al estatuto reservado a las personas susceptibles de beneficiarse de las disposiciones sobre la ayuda a las personas de edad (C. fam., art. 157 y s.) y enfermas (C. fam., art. 166 y s.; para la ayuda médica, art. 179); sobre la protección maternal e infantil (C. salud públ., art. L. 146), y sobre la de los mayores afectados por el C. de salud pública (art. L. 162, 264 y s., 312 y s., 355 y s.).

(29) Cf. los estudios sobre el solidarismo y sobre el socialismo jurídico en *Arch. Phil. Droit*, 1976, y *Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1975.

del conjunto de los juristas y legisladores de la clase dominante en nuestra sociedad del capitalismo avanzado, que no lo sería en el socialismo. El riesgo de dividir al grupo social en múltiples categorías sociojurídicas, según la ayuda que cada uno sea susceptible de recibir de la colectividad —en otros términos, el riesgo de extrema complicación de las relaciones jurídicas, de desarrollo del espíritu jurídico, de escisión en la comunidad que forma el grupo— es poca cosa frente a la paz social contando con semejante procedimiento.

2.º—La segunda conclusión consiste en una apelación a disertar sobre el problema de *lo otro*. En efecto, la elaboración de una norma jurídica, esto es, una toma de partido sobre el problema de lo otro. Hemos hablado sucesivamente del indeseable, del irrecuperable, del no apto. Se trata siempre de lo otro. Legislando, el legislador, aún cuando tenga conciencia de establecer reglas para el prójimo, incluso haciendo encuestas para conocerlo mejor, sólo dictamina, excluyendo cualquier conducta “otra”, la que él mismo considera como buena y que promulga; y aún cuando lograra contemplar de una manera totalmente fría la sociedad para la que legisla, el problema se plantea de nuevo en el estadio de la aplicación de la ley por el poder, bien sea por intermedio de sus agentes o por la interpretación de sus jueces. O mejor aún, el problema de *lo otro* nos concierne a todos, pues, a fin de cuentas, es evidentemente del estado de nuestra mentalidad de quien depende la influencia de una ley o de las reglas adoptadas para su aplicación; un texto jurídico normativo puede encontrar por parte del pueblo el favor, la indiferencia o la oposición.

Pero queda lo siguiente: tomando partido en favor de la ilegalidad de un comportamiento, incluso estando esta última encubierta bajo apariencias de disposiciones de derecho privado, el derecho opera necesariamente una marginación, al igual que un potencial de delincuencia. Ahora bien, mientras que el delincuente manifiesta, por el paso a la acción, su integración en una sociedad de la que sólo ha transgredido una norma, el marginado expresa principalmente su indiferencia ante las normas jurídicas. Pero en el sistema en que vivimos, una desjuridización de las relaciones sociales significa desposesión por parte del Estado de los fundamentos de su autoridad. De ahí se deduce claramente la desconfianza que mantienen los gobiernos con respecto a los marginales y su diligencia en si-

tuarlos entre los “desechos”, recuperando, mediante el establecimiento de una categoría jurídica —y, mejor, una categoría perteneciente al derecho civil— elementos que, hasta ahora incontrolados jurídicamente, amenazaban la coherencia lógica del sistema.

De igual manera, deberíamos plantear el problema de conocer si un Estado puede promulgar un Código de las libertades. ¿Pueden las libertades definirse y dejarse encerrar en un código? Un derecho no se concede. Reconocer un derecho no es respetarlo. Ni todo el idealismo jurídico puede impedir pensar que pájaro enjaulado, por dorada que sea la jaula, no es libre.

3.—Por último, hemos de señalar una evolución fundamental habida entre 1804 y 1976 en la materia que acabamos de estudiar: el desarrollo del componente del derecho civil como arma ideológica. Las antiguas categorías (extranjero, vagabundo, ausente) correspondían a riesgos de “avería” en el funcionamiento de la maquinaria jurídica. La reglamentación estaba ahí para absorber las dificultades: la paz burguesa se encontraba a salvo. Hoy, la materia ha adquirido una coloración política más evidente, claramente destinada a separar del grupo a los que éste rechaza. Basta con enlazar lo que hemos expresado con las informaciones suministradas por los periódicos. La privación de los derechos civiles, cívicos y de familia, ha afectado a los temidos “izquierdistas”. El extranjero es Cohn-Bendit, es el militante político refugiado vuelto a trasladar a la frontera, es el vasco al que se le asigna un lugar de residencia, es la inhabilitación de los africanos comunistas, es el trabajador inmigrado (30). Los nuevos vagabundos son los melenudos, los “jóvenes”, los contestatarios. Esperemos que la calificación de “mayor de edad protegido”, que sigue siendo la coartada del derecho “civil”, no cubra un día casos de exclusión social de carácter político.

La progresiva desaparición de la distinción entre derecho privado y derecho público no es más que un aspecto, dentro del ámbito de una materia concreta, el derecho, de la progresiva desaparición del individuo ante el Estado (31). Pero al menos posee una ventaja: la de hacer más evidente el carácter ideológico del derecho. En

(30) Compárese con EDELMAN, “Notes sur le fonctionnement de l'idéologie juridique...”, en *La Pensée*, n.º 156 (abril 1971), pp. 11-34.

(31) Sobre la asimilación de la sociedad al Estado en el Estado social contemporáneo, cf. J. HABERMAS, por ejemplo, *Théorie et pratique*, Payot, 1975. (Trad. cast.: *Teoría y praxis*, Ed. Sur, Buenos Aires 1966).

efecto, el jurista que pretende explicar las interferencias de esos dos dominios, tradicionalmente presentados como distintos, ¿puede defender honestamente que existen relaciones puramente inter-individuales susceptibles de escapar a cualquier influencia social, económica o política? Si así se cree verdaderamente, que al menos se de cuenta de que otros se aprovechan de su creencia, se sirven de ella como coartada y que no tiene derecho a declararse no responsable. Esta es, con seguridad, una de las funciones del estudio filosófico: hacernos tomar conciencia de la auténtica naturaleza del derecho en el sistema estudiado, esto es, instrumento de poder del actual Estado capitalista. Él decide quien disfruta los derechos, incluso los civiles “y (!) de familia” y en qué condiciones; él quien gobierna la familia, quien determina, si es preciso por intermedio del fisco, los límites reales del derecho de propiedad; es él quien regula la responsabilidad mediante disposiciones en materia de seguros, y quien fija, mediante intervenciones en asuntos económicos, sociales y laborales, los límites entre los que podrá ejercerse la voluntad individual... si es que no lo ha hecho ya mediante disposiciones insertas en el Código civil, como hemos tratado de mostrar en las páginas precedentes. El subjetivismo y el voluntarismo, que constituyeron los polos en torno a los que se unificó históricamente nuestro derecho nacional, que dictaron las reglas de principio sobre los derechos del hombre y que inspiraron nuestros códigos, son, sólo exteriormente, el alma de nuestra legislación.