

AÑO XXIX — ABRIL-JUNIO DE 1961 — Nº 116

REVISTA DE DERECHO

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

SUMARIO

	Pág.
FRANCISCO VARAS DODD	
Lo Jurídico en algunas obras de Shakespeare	3
EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ	
La subestimación del Derecho	15
RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE	
Concepto del Derecho Sucesorio	39
CARLOS FERDINAND CUADROS	
La crisis del Procedimiento	83
MARIO CERDA CATALAN	
¿En cualquier tiempo puede notificarse el protesto de un cheque?	95
HECTOR OBERG YAÑEZ	
Comentario al artículo 91 del Código Tributario	105
TITO JARA TRONCOSO	
En torno a algunas realizaciones de la Jurisprudencia Sociológica	111
Declaración de principios y recomendaciones sobre la enseñanza del Derecho (Ciencias Jurídicas y Sociales) en América Latina	133
JURISPRUDENCIA	
<u>Corte de Apelaciones de Chillán</u>	
Nulidad de contratos y de testamento (Apelación de la sentencia definitiva). (Comentario de Ramón Domínguez Benavente)	143

**PUBLICACIONES DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL
COLEGIO DE ABOGADOS DE CONCEPCION**

TITO JARA TRONCOSO

Egresado de Derecho

EN TORNO A ALGUNAS REALIZACIONES DE LA JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA

I. SU GENESIS COMO REACCION CONTRA LA ESCUELA EXEGETICA.

Aun cuando este tema ha sido largamente analizado, particularmente por aquellos formidables sistematizadores que integran la Escuela Normativa, en modo alguno podría afirmarse que haya perdido interés la consideración de sus resultados.

Reviste especial importancia aquella parte de la construcción sociológica que, arremetiendo contra los excesos de la Escuela Exegética, sienta sobre bases totalmente nuevas una revitalizada construcción acerca de las fuentes del Derecho y la interpretación de la norma jurídica.

Recordemos que la Escuela Exegética encuentra sólido fundamento fáctico en la realidad del Código Napoleón. El espíritu racionalista francés celebra el triunfo que significa el haber alcanzado la codificación, máxime cuando en otros países aún no existía ni siquiera acuerdo sobre la conveniencia de tal medida (Alemania y la célebre polémica Thibaut-Savigny).

Se presenta, con el logro de la codificación, como tarea inmediata de los juristas, la de estudiar y exponer ese código, función que se resuelve en la aparición y justificación de la labor exegética, cuyos estrictos cánones pueden sintetizarse con propiedad en tres rasgos tipificantes. Son ellos, el culto del texto legal, que lleva a la búsqueda de la "intención del legislador" como factor decisivo de interpretación; la omnipotencia jurídica del legislador estatal, que imprime a esta escuela su sello estatista; y, finalmente, el culto desmedido a la autoridad.

1.— El culto del texto legal.— Es natural que este rasgo se presentase, desde que la dictación del Código Napoleón re-

presentaba para los franceses el logro de una meta largo tiempo ansiada, y que una vez obtenida no podía desvirtuarse sin contrariar el espíritu racionalista de la revolución. Consecuente con estas ideas, el jurista debía rendir culto a los principios superiores expresados a través de la palabra del legislador. No es de extrañar, pues, que connotados juristas, de los que no puede sospecharse ceguera ante las manifestaciones sociales que van enmarcando el Derecho y llenándolo de un sentido específico, sostengan, como Laurent lo hace, que "los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el Derecho, porque el Derecho, ya está hecho y sólo tiene que interpretarlo; si hiciera otra cosa, usurparía las atribuciones del Poder Legislativo que han sido reservadas a éste por la nación soberana" (1).

El respeto que a los exégetas merece la intención del legislador, determina la afirmación de que nada autoriza al intérprete a substituir esa voluntad por una extraña, pues es precisamente esa voluntad la que constituye la ley. Es necesario entender sí, que lo propiamente valioso es el espíritu del legislador, y no las fórmulas de que hubiere podido servirse para expresarlo. Desde este punto de vista, no sólo debe considerarse contrario a la ley lo que hiere a su espíritu y su letra, sino también lo que sólo hiere a su espíritu, pareciendo mantener la letra; por lo cual, para averiguar la voluntad real del legislador es menester, en muchos casos, recurrir a su intención presunta.

2.— La omnipotencia jurídica del legislador estatal.—

Manifiéstase este rasgo estatista de la Escuela Exegética, en la afirmación de que la ley debe ser la única fuente de las disposiciones jurídicas, de modo que el juez debe estar privado incluso de la facultad de resolver de acuerdo a la equidad. Cuanto a la costumbre como fuente de Derecho, es obvio que su situación era notoriamente desmedrada. Alcanzada la codificación, acuñada la ley con un sello de autoridad política y científica, era absurdo admitir al lado de ella una fuente de normas jurídicas que pudiese trastocar el orden que el legislador, infinitamente sabio y justo, y poderoso en su visión de los hechos futuros, había dejado establecido con carácter permanente. La ley era la expresión del análisis científico de los hechos regulados y, al mismo tiempo, el verbo del legislador, que a no dudar había elegido, de entre muchas regulaciones posibles, la mejor y más valiosa para el grupo social. ¿Cómo, pues, admitir al lado de ella la posibilidad de una norma derogatoria

(1) Citado por Legaz y Lacambra, Luis: "Filosofía del Derecho". Bosch. Barcelona, 1953, pág. 77.

basada sólo en el instinto del pueblo, en cuyo seno germina la costumbre?

3.—El culto de los exégetas por la autoridad.—Este último rasgo hace que resulten erigidos en figuras intocables en cuanto al valor de sus opiniones algunos juristas de indudables méritos, pero ello redundará, a la postre, en una completa petrificación de la investigación jurídica, constitutiva de pesada rémora para el desenvolvimiento y progreso de la ciencia jurídica. En efecto, una doctrina edificada sobre estos principios tenía que inmovilizar el Derecho positivo e impedirle realizar su fin. Ello se debió fundamentalmente a la oposición a renovar conceptos elaborados para una realidad social muy anterior y, por lo tanto, completamente distinta.

Una escuela construida con tales elementos pierde de vista su propia finalidad, pues se desentiende de la vida, de la realidad jurídica, con lo que pierde de vista su propia índole científica. El exceso de confianza de sus seguidores en la efectividad de la pura lógica deductiva como instrumento suficiente para la solución de los problemas jurídicos; el entregarse a una tarea de laboratorio teniendo como única herramienta una dialéctica artificial, y, principalmente, el haber despreciado la rica experiencia de la observación de la realidad social, desarrollando una verdadera y propia labor científica que contrapesará los excesos logicistas, produjo como factor predominante de la insuficiencia de esta escuela la vacuidad de los conceptos, lo que les tornó inservibles incluso para la labor práctica, considerada por los exégetas como fundamental.

Es contra estos excesos, precisamente, que reacciona la Escuela Sociológica en Francia, apareciendo, pues, como una crítica dirigida a barrer con concepciones artificiosas y desprovistas del valor que representa el análisis de lo real en la interpretación de un sistema de Derecho.

Por ello la primera parte de la producción sociológica es eminentemente crítica, atacando con maestría el fetichismo de la ley profesado por los exégetas, y propugnando como medio adecuado de análisis que ayude a superar los evidentes vacíos de la legislación positiva, "la libre investigación científica".

II. CONTENIDO Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA.

En la base de la concepción sociológica encontramos la consideración de lo que el Derecho sea. Frente a las tradicionales concepciones que hasta entonces habían propugnado la casi identificación del Derecho con la ley, la nueva concepción lleva su análisis al campo de lo social. Los exégetas obraban

en función de un hecho: el derecho vigente y los problemas que su aplicación plantea; el nuevo análisis va más allá de ese mero hecho y encuentra tras él valiosos antecedentes que el jurista debe considerar para obtener una visión acabada de lo que debe ser su misión. Uno de tales antecedentes es, indudablemente, el que el Derecho encuentra su justificación como producto social, esto es, como instrumento para obtener la existencia de relación. De ahí la importancia del estudio de lo social para plena comprensión del fenómeno jurídico.

En íntima relación con lo expuesto está el tema de las fuentes del Derecho. A tal punto reviste importancia este estudio para quienes aceptan la concepción sociológica, que podría decirse que él acapara la atención de sus análisis. En esta forma, lo de trascendental que existe como objeto de estudio para la nueva escuela, es precisamente la determinación de la calidad y cantidad de las fuentes productoras del Derecho.

Del análisis conjunto de ambos temas se extrae una conclusión primera en cuanto a la concepción misma del Derecho, tanto en cuanto a su esencia como en cuanto a su génesis. Apunta Castán que se ha llegado de este modo a la consideración del Derecho "como un fenómeno social, como una manifestación viva y espontánea de los grupos sociales, que se manifiesta no sólo por las fuentes formales y estatales, sino por multitud de procedimientos que, en su parte fundamental, tienen carácter extraestatal" (2).

Alcanzado este primer hito en el desarrollo de la teoría, se descendió al campo práctico, examinándose a la luz de los resultados logrados lo que debía ser la función o tarea del jurista frente a la resolución de los casos concretos que se presentan en su esfera de actividad.

Hasta entonces la teoría tradicional había sostenido que la labor del jurista se desarrollaba conforme al siguiente esquema:

El Poder Legislativo hace la ley, creando con ello el Derecho. La autoridad estatal le ha reservado tal función en términos exclusivos, de modo que el jurista tiene limitada su elección de normas sólo a las formuladas anteriormente por el legislador. En caso de dudas, cabe al jurista interpretar el Derecho concebido en términos vagos u oscuros, indagando la verdadera intención del legislador.

Si la actividad del jurista está constituida por la interpretación del Derecho para proceder a su aplicación a los casos concretos, y si éste le aparece dado como entidad inmodifi-

(2) Castán Tobañas, José: "Las diversas Escuelas Jurídicas y el Concepto del Derecho". Reus, Madrid, 1947, pág. 103.

normas a que nos venimos refiriendo, es, desde luego, la entidad que en su forma orgánica conocemos con el nombre de Derecho. Las modalidades que él puede efectuar serán las que determine la singular estimativa de un momento histórico dado, y tiene acentuada relación con ciertos conceptos fundamentales, como los de lícito e ilícito, buenas o malas costumbres, etc., o aún más, con ideas anteriores a tales conceptos, especialmente la idea de justicia.

Con base en tales conceptos, históricos a no dudar, y buscando la realización de la idea de justicia —también histórica, y por lo tanto medable— el Derecho va señalando directrices de conducta para los hombres sujetos a su imperio.

De este modo el Derecho, lleno de particularismos específicos procedentes del sentimiento social predominante en la época de su gestación. Así, el Derecho del siglo XVIII es eso precisamente, Derecho del siglo XVIII, Derecho que lleva incorporadas a su esencia las convicciones políticas, sociales, económicas o éticas de ese siglo, y es por ello diferente al Derecho de los siglos XV o XX.

El estudio de los organismos sociales demuestra que al jugar en su seno diversas concepciones en los campos culturales ya citados, se genera una efervescencia constante, productora de una permanente variación de las ideas generales imperantes. La sociedad difícilmente permanece estática en cuanto al vasto campo de la cultura, antes bien, de ella puede afirmarse que está constantemente deviniendo, llegando a ser algo nuevo al mismo tiempo que deja de ser lo que hasta ayer era, pagando así su tributo a la potencia de la ley dialéctica, en cuyas alas marcha, en un incesante renovarse en busca del perfeccionamiento.

Si el Derecho lleva incorporados a su esencia los particularismos del momento en que nació, esto es, la realidad íntima del cuerpo social en que surgió y que le presta justificación; si contiene en sí la singular esencia que al momento de su gestación nutría al grupo que le alumbró, ello significa que también el Derecho debe tener la capacidad de irse modificando de acuerdo a los cambios producidos en la estructura social subyacente. Por ello el Derecho debe concebirse como cosa viva, apta para reaccionar ante cualquier estímulo, capaz de modificarse de acuerdo a la menor variación de los elementos culturales que le son determinantes. De otro modo, perdería toda la razón de su vigencia, desde que, formulado para reglar una sociedad dada, justificado en su estructura más íntima por los particularismos que aquella sociedad afectaba en el momento de la promulgación, toda vez que se desvincule de las motivaciones que le generaron se habrá desvinculado —consecuen-

EN TORNO A ALGUNAS REALIZACIONES

117

cialmente— de su justificación. Se llega así a la consideración del Derecho como una realidad viviente, concepción básica de la teoría sociológica.

Ahora bien, si el Derecho se encerrase únicamente en la ley; si únicamente ésta fuese capaz de contenerle, se produciría una contrastación de graves resultados para el cuerpo social: la ley es una cristalización del Derecho, y como tal debe permanecer inalterable mientras una nueva manifestación legislativa no la modifique. Si la ley permanece inalterable, o más propiamente, si el Derecho contenido en la ley permanece inalterable, fijo, no cabe duda de que estará retrasando frente a los imperativos sociales que le justifican, frente a las concepciones que le crearon para cierto momento, y que desde entonces han estado variando, progresando, deviniendo.

Es ello, es esta antítesis entre lo estático de la ley y lo dinámico de la sociedad, lo que lleva a la jurisprudencia sociológica a quebrar lanzas en favor del derecho viviente y espontáneo, como único reflejo del verdadero estado de la sociedad en un momento determinado. Es por ello que el jurista práctico debe acabar con el respeto sumiso a la ley escrita como fuente jerárquicamente superior de normas jurídicas, y emplear un criterio científico y libre en la investigación de las normas legales, consuetudinarias o cualesquiera otras.

El jurista debe sumergirse en el mar de la realidad social, e investigar sin prejuicio alguno cuál sea la norma que corresponde al común sentir del momento. Una vez que la encuentre, ha de proceder a aplicarla en la resolución del caso sometido a su decisión. Es ésta la única manera de entender el Derecho en su correcta función, y evitar la falta de antítesis que se produce entre la ley y la realidad, entre lo estático de la primera y lo dinámico de la segunda.

IV. LA FUNCION DEL JURISTA.

La concepción del Derecho como una entidad modificable por el solo influjo de la existencia social, lleva a una nueva consideración de lo que ha de ser la función del jurista. En efecto, si el Derecho contenido en la ley formalmente promulgada agota su contenido una vez que se han producido variaciones considerables en la conciencia jurídica del grupo social, sería inoficioso referir la actividad del jurista a ese contenido ya agotado, y la labor que en este sentido se desarrollase sería acusadamente estéril.

Es pues menester reemplazar ese examen por un análisis de los fenómenos sociales generadores de normas jurídicas. El Derecho, para la Teoría Sociológica, es el producto de deter-

minadas relaciones sociales, un producto de hechos que se presentan en la naturaleza. La ciencia jurídica debe proponerse analizar tales hechos a fin de formular las normas jurídicas. Esos hechos deben obedecer a ciertas reglas, debe existir cierta relación necesaria entre su existencia en la sociedad y la producción de normas jurídicas. La elaboración de una actividad científica del Derecho implica la referencia a tales hechos y su sistematización, así como la sistematización de los principios relacionados existentes entre ellos, y entre ellos y sus resultados, esto es, su influencia en la producción de normas. Luego, una vez realizado este análisis, la ciencia jurídica estará en condiciones de formular las normas jurídicas (o mejor, de traducirlas en una expresión racional, puesto que ellas se hallan implicadas en lo social) correspondientes a una colectividad determinada, de acuerdo con sus específicas caracterizaciones éticas, económicas, políticas, históricas, etc.

En otras palabras, el jurista no debe limitarse a la mera indagación y sistematización del derecho estatal, sino que debe llegar a ser el creador de la norma jurídica, extrayéndola de la observación directa de los hechos y conflictos sociales. Producto de esta creación de normas que se desarrolla al margen del aparato legislativo es el derecho viviente y espontáneo, de mayor envergadura y vitalidad que el legislado. Así la ciencia jurídica rebasa el estudio del Derecho positivo, que por ser positivo es derecho ya dado, ya vigente, y se transforma en una actividad elaboradora y creadora del Derecho. La ciencia jurídica es un instrumento de creación jurídica, que se ocupa de lo dado, el dato primario (*il donné*, en la terminología de Gény), y en base a él elabora, crea normas. Difiere por ello de la técnica jurídica, que se ocupa de lo construido (*il construit*, en la concepción del ex decano de Nancy), precisamente en que mientras ésta trabaja con materias ya elaboradas, con derecho ya construido, a aquélla corresponde realizar tal elaboración, tal construcción de un complejo de normas. El objeto de la ciencia jurídica, es para la Teoría Sociológica, en suma, el estudio de los fenómenos sociales; su finalidad, la formulación de las normas en ellos implícitas.

V. SISTEMATIZACION DE LA DIFERENCIA ENTRE CIENCIA Y TECNICA JURIDICA.

Francisco Gény, el célebre ex decano de la Universidad de Nancy, fue el primero en ensayar una elaboración sistemática de la Teoría Sociológica. Y al fundamentar su concepción, señala una distinción capital entre los diversos factores que concurren en la elaboración del Derecho positivo, agrupándolos

EN TORNO A ALGUNAS REALIZACIONES

119

en dos categorías: lo dado o el dato (*il donné*), y lo construido (*il construit*). El identifica esta distinción con aquella existente entre la libre investigación científica y la técnica jurídica (3), y corresponde a la distinta categoría de objetos con que una y otra trabajan.

Ello significa, en otras palabras, que la ciencia jurídica prescinde en su investigación de toda regla ya construida, esto es, de toda construcción jurídica ya dada, aprehendiendo su material de investigación de los datos que le son ofrecidos directamente por la realidad social, antes de toda formulación técnica de la norma. Partiendo de tales datos, el jurista elabora o construye, esto es, adapta los datos a los casos concretos y a las varias necesidades de la vida social, mediante procedimientos específicos de la ciencia jurídica.

La categoría de lo dado está constituida por el conjunto de elementos que integran la realidad social; dentro de ella podemos encontrar elementos de distinta naturaleza, que pueden ordenarse en cuatro grupos:

- a) Datos reales, comprensivos de realidades derivadas de la naturaleza física y biológica cuanto de la naturaleza psíquica del hombre. Están constituidos por las circunstancias de hecho en que vive la humanidad.
- b) Datos históricos, esto es, los resultantes de la evolución de los datos anteriores, que determinan una realidad social concreta recibida del pasado, es decir, la gerencia social.
- c) Datos racionales, suministrados por la pura inteligencia, e inherentes a la naturaleza humana. Son de carácter universal e inmutable.
- d) Datos ideales, constituidos por las aspiraciones humanas respecto a lo que ha de ser el futuro del Derecho positivo.

Estos cuatro grupos de datos constituyen la base del estudio científico del Derecho, pero la labor del jurista no se agota con su solo estudio. El debe cumplir su función elaboradora, propia de la técnica jurídica.

Este segundo aspecto corresponde con el campo de lo construido. A él pertenecen los procedimientos de la técnica del Derecho, que por su infinito número escapan a una elaboración concreta de los datos, elaboración que es técnica, por ser artificial. Se trata de obra de acción más que de obra de inteligencia, y en ella la voluntad del jurista puede moverse

(3) Géný desarrolla esta elaboración en su obra "Science et Technique dans le Droit Privé Positif".

libremente. Es precisamente a este campo, técnico y artificial, que pertenecen las fuentes formales del Derecho. Perteneciendo todas ellas al mismo campo, nada justifica, en teoría, que unas prevalezcan sobre otras. Todas cumplen la misma función de reveladoras de los datos científicos determinantes del Derecho. Todas ellas están llamadas a constatar —y únicamente a constatar— una realidad jurídica preexistente e inmediatamente dada. Sin embargo, en esta parte de la construcción, Géný trepida, por consideraciones de comodidad técnica, y acaba de justificar la preeminencia de la ley escrita sobre las demás fuentes formales del Derecho. Es la mayor perfección de este instrumento técnico lo que le hace ocupar el primer lugar entre las demás fuentes, pero ello no justifica que se intente reducir todo el Derecho positivo al contenido en los textos legales.

Tanto esta vacilación de Géný, al no respetar la igualdad absoluta de las diversas fuentes formales del Derecho (ley, costumbre, tradición, autoridad, jurisprudencia), como la introducción en el polémico campo del Derecho Natural, a que se llega mediante la consideración de los datos racionales a que hace mención, le han valido duras críticas de otros sostenedores de la Jurisprudencia Sociológica, que no pueden reconocer científicamente la existencia de un Derecho fundado en datos de carácter universal e inmutable.

VI. PRINCIPIOS QUE DEBEN GUIAR LA LABOR DEL JURISTA.

Cuando el jurista desarrolla su actividad, ha de tener en cuenta ciertas consideraciones elementales que, como aquellas de la antítesis existente entre la vida social y la ley, le servirán para ir asignando la justa importancia a los diversos elementos con que labora, sea en el campo de la ciencia, sea en el de la técnica jurídica. De estas consideraciones, merecen destacarse las que se exponen en los párrafos siguientes, por la particular importancia que para la Escuela Sociológica revisten.

1.— No todo el Derecho está en los Textos Legales.— Esta primera afirmación es fruto de un paciente estudio sobre la realidad y génesis social de lo jurídico. La finalidad del Derecho es regular la vida social. Esta es infinitamente compleja, y a la vez, como hemos ya visto, se encuentra en incesante mutación. Nuevas necesidades, nuevas concepciones en lo económico y lo social, generan en lo profundo del pueblo, en la conciencia social, normas nuevas que permitan encarar los nuevos problemas, hay siempre una especie de acondicionamiento de lo jurídico a las nuevas formas de sociabilidad, y en este acondicionamiento el papel que juegan el Estado y sus entidades es pequeño comparado con el que desempeña el organismo

EN TORNO A ALGUNAS REALIZACIONES

121

social considerado como cuerpo viviente y sujeto directo de tales transformaciones. De ahí que frente al Derecho estático que cristaliza en las leyes dictadas por el órgano legislativo, exista un Derecho dinámico, viviente y espontáneo, que se genera en la realidad social subyacente al Estado. No es pues sólo el Estado a través de sus órganos específicos el único creador del Derecho, puesto que éste nace, del mismo modo, en el seno de las comunidades sociales. Respecto al valor de este Derecho así nacido, o mejor, respecto a la relación jerárquica existente entre uno y otro Derecho, se ha llegado también a nuevas conclusiones por la Jurisprudencia Sociológica, que se analizarán a continuación.

2.— No es el Derecho contenido en los textos legales el más valioso para un cuerpo social determinado, y para la solución de los casos que se presenten a su consideración el jurista ha de tener siempre presente tal aseveración.

Si en la realidad social se están produciendo siempre nuevas fórmulas de convivencia, y si el Derecho tiene por finalidad regularla, es indudable que en numerosos casos la ley se habrá quedado muy atrás respecto de la vida social misma (cuestión que por lo demás ya hemos expuesto). Un Código que tiene cincuenta o más años de vigencia, difícilmente podrá encararse con realidades nuevas, y por muy previsores que hayan sido sus redactores, resulta audaz afirmar que hayan previsto todas las situaciones posibles de la materia reglamentada. Ante esta humana deficiencia, la teoría tradicional arguye obstinadamente sobre la suficiencia del texto legal para la solución de todos los conflictos. Llevado el legislador tradicional del temor a que sus textos sean derogados por vía informal, estableció la autoridad de su palabra. Las veces que ha reconocido valor a la costumbre, la ha relegado a un plano secundario y a la vez subsidiario. De aquí que se desconozca valor a la costumbre contra legem, y que la *præter legem* sólo valga en los casos en que el legislador específicamente lo establece.

La Escuela Sociológica reacciona contra tales concepciones. Plantea ella como verdad innegable la incapacidad del legislador para prever el total desarrollo ulterior de los hechos regulados, de donde proviene la completa insuficiencia del texto legal. Plantea asimismo, en íntima relación con este problema, el de la petrificación del Derecho estatal, que le hace inapto para resolver atinadamente los casos nuevos.

Nada de esto sucede con el Derecho viviente y espontáneo, que se genera precisamente por el influjo de las nuevas necesidades sociales. De ahí que sea este Derecho extraestatal el que esté en mejores condiciones para regular la vida social. De ahí también que deba desconocerse al Derecho de los textos,

rígido y petrificado, la preeminencia que la jurisprudencia tradicional le había asignado, y que en la mayoría de los casos se traduce en un verdadero exclusivismo absurdo y sin sentido, del que es prueba fehaciente la errónea construcción de la Escuela de la Exégesis.

Este raciocinio lleva necesariamente a considerar que no es el Derecho contenido en la ley el más apto para resolver los casos jurídicos concretos, con lo que no se hace sino confirmar los resultados provisionales a que habíamos llegado por otra vía. Si el jurista nota que al lado de la norma legal existe un precedente judicial, un uso o una costumbre jurídica diversa que verse sobre la misma materia, ha de resolver el caso específico del modo que realmente se acomode al efectivo sentir del grupo social a que pertenece. Existe —en el caso en ejemplo— gran posibilidad de que deba ser precisamente la solución legal la preferida, debiendo aplicarse la que existe a su lado y contradiciéndola. Ello se debe a que la existencia de un precepto de Derecho espontáneo y extraestatal al lado de una norma legislativa que resuelve un caso, y en contradicción con ella, significa que la solución legalista repugna al grupo social de que se trate, o porque es anacrónica o porque no se ajusta al sentido de justicia imperante. Sólo así se justifica el surgimiento de una nueva solución para un problema ya resuelto. Si las cosas deben ocurrir así, el jurista debe reconocer esta realidad y resolver el caso según la norma jurídica más adecuada, sea ella estatal o extraestatal. Por ello resulta absurdo postular a priori la supremacía de la ley frente a las demás fuentes del Derecho.

3.—El Derecho es una entidad que surge espontáneamente en el cuerpo social. Los medios de aprehenderlo son múltiples y no pueden —por sí mismos— regular en términos absolutos su prelación.

Para los adeptos de la Escuela Sociológica, el Derecho es "un conjunto de reglas, nacidas de la naturaleza de las cosas, y que deben ser deducidas por medio de una interpretación, más o menos libre, de los elementos sociales que aquél tiene por objeto ordenar con miras al bien común" (4). La búsqueda de este Derecho debe hacerse yendo mucho más allá del mero análisis de las fuentes formales, a su raíz misma, constituida por el complejo en que existe y las ideas de justicia y paz social que él pretende reflejar. Este Derecho, fenómeno social no sólo en cuanto a su finalidad sino también en cuanto a su

(4) Gény, Francisco: "Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo". Reus, Madrid, 1925, pág. 668.

EN TORNO A ALGUNAS REALIZACIONES

123

génesis y concepciones básicas, se expresa en múltiples formas, lo que no obsta a que en su íntima esencia continúe siendo una unidad indisoluble.

Las fuentes a través de las cuales el fenómeno jurídico se ofrece al conocimiento humano son ya la ley, ya los precedentes judiciales, la costumbre jurídica, los usos sociales, etc. Tales fuentes no pueden —por su propia naturaleza de meras reveladoras del Derecho subyacente— arrogarse preeminencias que impliquen una ordenación jerárquica de ellas. En efecto, habrá normas que se expresen a través de la ley, al paso que otras serán reveladas por la costumbre jurídica, o por los usos sociales, etc.

Si el Derecho es un todo orgánico, cada una de sus partes integrantes tendrá el mismo valor, sea cual fuere la forma como se presente a los ojos del jurista. De ahí que la norma revelada en la ley —y representativa de una verdad jurídica subyacente— deba tener el mismo valor que la norma revelada por la costumbre o el precedente judicial. Tan jurídica es la una como la otra, por ser partes de un mismo todo. Si acaso surgiera una colisión entre las soluciones que una u otra fuente proponen, ello es índice de la existencia de una anormalidad manifiesta. Frente a un caso de tal naturaleza —constitutivo de una verdadera laguna jurídica pues dos normas contradictorias y de igual valor se anulan recíprocamente— el jurista está en la obligación de buscar en la naturaleza de las cosas una solución ya existente, pero velada. Para ello habrá de recurrir a la libre investigación científica, que le lleve a analizar los elementos en juego y la consideración general que acerca de ellos se tenga en el medio social. Así, "el Derecho pierde su carácter de ciencia meramente dialéctica, para convertirse en lo que en realidad es, una ciencia puramente social, que toma de las leyes de la sociología sus elementos, y los adapta a los principios de justicia" (5).

VII. EHRLICH Y LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE (6).

1.— **Derecho estatal y Derecho extraestatal.**— Eugene Ehrlich, el brillante jurista alemán, ha realizado una afortunada sistematización de los conceptos de la Jurisprudencia Sociológica, mediante aportes de indudable originalidad y maestría. Por la fuerza y valor de su elaboración, así como por la brillante so-

(5) Saleilles, Raimundo: Prólogo a la obra de Géný citada en el número anterior.

(6) Para esta materia, las obras principales de Ehrlich son "Die Juristische Logik" y "Grundlegung der Soziologie des Rechts".

lidez de sus construcciones, indudablemente más avanzadas que las de Géný, se le considera el líder de la corriente conocida como Escuela del Derecho Libre, que no es sino la concreción en Alemania de las nuevas ideas jurídicas.

Frente a la permanente existencia de conflictos de intereses en el seno de las agrupaciones sociales, el Estado, los juristas y los Tribunales laboran por resolverlos. El primero establece al efecto un conjunto de normas generales, de modo abstracto, y que al materializarse adquieren la forma de proposiciones jurídicas. Sucede que la vida extraestatal, la existencia social considerada en sí misma sin relación a la entidad jurídica conocida con el nombre de Estado, está constituida por un conjunto de agrupaciones particulares, regidas por órdenes autónomos. Son estas agrupaciones las que entran en conflictos de intereses, del mismo modo que lo hacen los individuos, y a la solución de esos conflictos ha de proveer el Estado, para procurar la armonía social. Se trata de luchas de predominio que deben ser resueltas por reglas a la vez precisas y abstractas (generales), que asignen límites a las posibilidades de cada individuo o grupo, en forma de no interferir con la libre actividad realizadora de los demás. Tales reglas, en todo tiempo, han sido preferentemente formuladas por los Tribunales del Estado y por la doctrina, y son las que conocemos como **"reglas de decisión en caso de conflicto"**.

Ehrlich hace presente, en esta parte, que los Tribunales se constituyeron en un comienzo no como órganos del Estado, sino como órganos de la sociedad. De ahí que pese a toda la apariencia meramente exterior, los Tribunales jamás hayan sido estatizados completamente, y que la sociedad haya tenido algunos, muy suyos, independientes de los del Estado.

En el fondo, las reglas de decisión formuladas por los Tribunales, encuentran su base en el orden de la sociedad entera, pues es ésta la que, apoyándose sobre la autoridad de la práctica judicial, impone sus reglas a los individuos y grupos en conflicto.

Estas reglas de decisión emanadas de Tribunales y doctrina, son poco estables. Cuando de ellas se hace una generalización, tendiente precisamente a estabilizarlas, surgen las **proposiciones jurídicas abstractas**.

El Estado ha comenzado a jugar en este caso un rol mucho más activo en la vida del Derecho, y órganos especializados enuncian proposiciones jurídicas, cuya forma más típica es la ley. Puede decirse que las proposiciones de Derecho no se dirigen a los individuos que integran las agrupaciones, y que se rigen por su propio orden, sino a los Tribunales y demás ór-

EN TORNO A ALGUNAS REALIZACIONES

125

ganos del Estado, a fin de imponerles un criterio uniforme y necesario, conforme al cual deben enunciar en el futuro sus reglas de decisión. Tal es la forma de entender, en estrictos términos, el rol de las proposiciones abstractas y en particular de la ley, que se presenta, de este modo, en toda su disminuida importancia dentro del orden social.

Al margen de este Derecho estatal, constituido por las reglas de decisión en caso de conflicto y por las proposiciones jurídicas abstractas, es menester reparar en la existencia de un Derecho extraestatal, que nace con absoluta prescindencia de la voluntad de los órganos oficiales. Así se encara el problema del Derecho viviente. El análisis tendente a comprenderlo, ha de ser mucho más profundo que el hasta aquí realizado, y nos llevará bastante más allá de la mera observación del modo de surgir las normas —abstractas o concretas— del Derecho elaborado ya por el Estado a través de sus órganos competentes, ya por la doctrina jurídica, o por los Tribunales. También Ehrlich, al igual que Gény en Francia, ha sometido a sincera crítica el dogma de la suficiencia total de la ley. Si respecto a una materia determinada nada se estatuye en el texto legal, existe una laguna; si las circunstancias del momento hacen que repugne al juez la solución legal, éste ha de rechazarla; en uno y otro caso la ley se nos muestra insuficiente, y es lícito buscar en el seno mismo de la realidad social el Derecho que efectivamente responda a las directivas éticas del momento.

Por ello es necesario que el estudio del Derecho no se limite al análisis de las normas promulgadas o que por cualquier otro medio han obtenido su reconocimiento oficial. Es menester buscar el Derecho subyacente en la sociedad o, en casos extremos, proceder lisa y llanamente a la creación de la norma apropiada al caso particular, si las normas existentes no satisfacen los actuales imperativos éticos. De ahí el nombre de "Escuela del Derecho Libre", con que se conoce a los partidarios de esta concepción.

Así, pues, hemos llegado a la primera afirmación medular de la construcción de Ehrlich; la existencia de un Derecho social extraestatal, que vive completamente al margen del Derecho del Estado y constituye el fundamento de toda la vida jurídica. La mayor parte de este Derecho —que se desarrolla con toda independencia del poder estatal— ni siquiera llega ante los Tribunales. Se trata de un orden jurídico pacífico, conforme a cuyos dictados se desenvuelve constantemente la existencia social en su vida interior. Gran parte del estudio de este Derecho corresponde a la Sociología del Derecho. "Verdadero Derecho vivo, es independiente de la organización de las aso-

ciaciones y de su reconocimiento como personas morales; pre-existe a toda organización, y le sirve de fundamento" (7).

2.— El Derecho Extraestatal como orden interno de las agrupaciones sociales.— El Derecho vivo es un orden objetivo, el más importante para la existencia de la sociedad. El elemento esencial de la realidad jurídica es el orden pacífico que regula la vida interior de las asociaciones y la colaboración común en su seno. Tal orden es la forma históricamente primera de todo Derecho, y constituye su forma esencial.

El Derecho vivo es de una importancia práctica superior a las leyes y decisiones judiciales: es el Derecho de la Sociedad, que vive generalmente —como se ha expuesto— al margen de los Tribunales, la legislación y la ciencia jurídica. "Un proceso ante un tribunal —decía Ehrlich— es una ocurrencia excepcional si se le compara con los múltiples contratos, relaciones y acuerdos que constituyen la vida diaria de la comunidad" (8). Tal es, pues, el Derecho que libremente se genera y vive en el seno de las agrupaciones sociales. De ahí que todo el Derecho se apoye principalmente sobre la acción muda de las asociaciones humanas. La exclusión de un círculo autónomo, sea la Iglesia, el sindicato, el partido, la familia, etc., la pérdida de una situación, del crédito, de la clientela, son los medios más reales para luchar contra una infracción del Derecho. La sanción formal impuesta por el Estado tiene una importancia incomparablemente más pequeña.

"El individuo —decía Ehrlich— se encuentra ligado en innumerables relaciones jurídicas y, con pocas excepciones, cumple de modo totalmente voluntario los deberes de padre o de hijo, de marido o de mujer, no perturba al vecino en el disfrute de su propiedad, paga sus deudas, entrega lo que ha vendido o ejecuta para su patrono el trabajo que se ha obligado a realizar" (9). De esto es posible inferir que no es precisamente la amenaza de la coacción estatal lo que le induce a cumplir tales deberes, sino más generalmente el temor de provocar la repulsa social. Así las normas más importantes son cumplidas más bien por una especie de habituación inconsciente que por la actividad reflexiva referida a las normas de decisión establecidas por el Estado.

(7) Expuesto en Legaz y Lacambra: Ob. cit., pág. 121.

(8) Citado por Bodenheimer, Edgar: Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 1946, pág. 200.

(9) Cit. por Bodenheimer: Ob. cit., pág. 201.

EN TORNO A ALGUNAS REALIZACIONES

127

Hemos señalado que la sociedad extraestatal está constituida por un conjunto de agrupaciones particulares, y el Derecho de la sociedad, hemos ahora de señalar, se manifiesta de preferencia bajo la forma de órdenes jurídicos autónomos, interiores a estas agrupaciones. Tales órdenes internos se entrelazan por efectos de la interrelación de las agrupaciones, y precisamente en tal entrelazamiento ha de buscarse la realidad jurídica primaria, que resulta así ser más concreta y objetiva que cualquiera manifestación artificial de actividad jurídica, como la desarrollada por el Estado a través de sus organismos oficiales.

3.— Petrificación del Derecho Estatal.— De lo hasta aquí apuntado, es posible inferir que el Derecho estatal reviste un carácter secundario, frente al carácter de realidad primaria que asiste al Derecho extraestatal. Pero no es ésta su única característica. Tal vez el capital defecto del Derecho extraestatal sea el de llevar en sí un carácter estático y de permanencia o inmutabilidad. Las reglas estatales "fijan" el Derecho, con lo que surge una contradicción formidable entre esa fijeza y la constante movilidad y dinamismo de la realidad jurídica primaria. Tal contradicción ha de tenerla el jurista en cuenta para asignar a las reglas estatales sólo su justo valor en cuanto interpretación acertada de la realidad jurídica. Es que las reglas, aun las concretas de conducta, no son sino elementos subalternos del Derecho. El Derecho interno de las asociaciones, en cambio, es expresión cabal de una realidad objetiva, más objetiva y **presente** que las normas, y tal realidad está constituida por las instituciones de la sociedad. Esa es la razón de que el Derecho de la sociedad no esté constituido como un sistema de reglas, sino como un sistema de instituciones, y ésta es también la razón de su predominio en la vida jurídica.

El análisis de algunas situaciones históricas, hace patente el retardo con que se desenvuelve el Derecho estático y abstracto del Estado con respecto al Derecho dinámico, viviente y concreto de la realidad. "La mayor parte de los acontecimientos más importantes de la vida jurídica, la abolición de la esclavitud en la Edad Media, la liberación de los siervos en Inglaterra, la formación del capitalismo moderno, la transformación del derecho de propiedad en un derecho de mandato y gobierno sobre los obreros contratados, la formación de los sindicatos y de los trusts, el desarrollo de las convenciones colectivas de trabajo, todos estos hechos jurídicos y otros innumerables, se han cumplido con plena independencia del Derecho estatal, y han estado largo tiempo ignorados por las leyes del Estado"

(10). Ello nos demuestra que el Derecho de la sociedad es anterior al del Estado, y que éste es impotente respecto de aquél. El Derecho estatal encuentra su razón de ser como instrumento de estabilización del orden extraestatal. Es un error estimar que el Derecho del Estado es el único posible, o el único valioso. Por el contrario, él representa una mínima fracción del vasto dominio del Derecho, y es, además, muy poco eficaz. Ehrlich llega a esta conclusión considerando que la concepción estatista del Derecho se funda sobre una ficción, e impide ver la parte más viviente y real del Derecho, que tiene precisamente un carácter extraestatal. Y la doctrina tradicional ha llegado a tan desgraciada ficción debido a falacias lógicas elevadas a la categoría de "lógica jurídica".

4.— Crítica de la lógica jurídica tradicional (11). Señala Ehrlich que lo que habitualmente se conoce como "lógica jurídica", puede ser reducido a un simple esquema constituido por tres postulados fundamentales: la sujeción del juez a una proposición fijada de antemano; la dependencia de todo Derecho respecto al Estado, y la unidad del Derecho, identificada con la unidad de las proposiciones jurídicas. Para que tales postulados fuesen capaces de justificar toda la construcción de la lógica jurídica, deberían ellos bastarse a sí mismos, ser autosuficientes, en el sentido de que no debieran buscar en otra parte la razón de su validez; debieran ser permanentes, esto es, siempre válidos; en suma, deberían tener un carácter a priori. Y Ehrlich se cuida bien de aducir valiosos argumentos que demuestran la falta de tal carácter en los citados postulados. El pone de relieve que se trata sólo de productos de las circunstancias históricas, y son absolutamente inconcebibles en otros lugares y épocas.

No tiene, por ejemplo, carácter apriorístico la tesis de la sujeción del juez a una proposición abstracta, fijada de antemano, pues ella sólo es el resultado de la recepción artificial del Derecho extranjero (derecho romano) por una serie de países de la Europa continental, y fue totalmente desconocida en Roma misma. Del mismo modo, se le ignora también en los países anglosajones, en que tal recepción no ha tenido lugar.

La concepción estatista del Derecho no es sino un producto del absolutismo monárquico, tal como se ha manifestado

(10) Die Juristische Logik. pp. 147. y siguientes. Citado por Gurvitch: "Le Temps Présent et l'Idée du Droit Social". París, J. Vrin. 1931., pág. 270.

(11) Esta parte de la Concepción de Ehrlich está contenida fundamentalmente en su obra "Die Juristische Logik".

EN TORNO A ALGUNAS REALIZACIONES

129

en la época de Justiniano y en los siglos XVI a XVIII. Insiste particularmente el autor en el hecho de que el derecho romano de la época clásica distaba grandemente de la concepción estatista. Tanto el *jus civile* como el *jus privatum* comprendían en Roma al Derecho extraestatal, y no lo que nosotros entendemos hoy con esos términos. Ellos constituían el conjunto del derecho de la sociedad y del derecho de los juristas. La tradicional oposición entre Derecho Público y Privado residía en el fondo en una oposición entre fuentes del Derecho: fuentes estatales y fuentes extraestatales, ley y Derecho autónomo.

En cuanto al postulado de la unidad del Derecho, no ha sido ello más que el efecto de una hipertrofiada centralización estatal, combinada con los excesos del racionalismo deductivo. La tesis de la unidad monista del Derecho no se afirma como evidente sino desde que la concepción estatista del Derecho y la sujeción del juez a las proposiciones jurídicas abstractas son plenamente admitidas. Aún en los siglos XVII y XVIII la mayoría de los juristas consideraban a la autonomía jurídica, las agrupaciones sociales y los usos de los círculos particulares, como fuentes jurídicas irreductibles. La multiplicidad infinita de las heterogéneas manifestaciones de los diversos órdenes jurídicos se impone con tal evidencia, que únicamente con la ayuda de construcciones artificiales, como la jurisprudencia de conceptos, ha podido la doctrina llegar a afirmar el dogma de la unidad del Derecho (monismo jurídico). Se ha podido proclamar el dogma de la unidad del Derecho únicamente suponiendo contra toda la realidad de los hechos, que las diversísimas manifestaciones del Derecho obtienen, de un modo oculto y alejado, su fuente única en la imperiosa autoridad del Estado, del que emana todo el contenido jurídico. Sin embargo, la descripción sociológica opone a este fruto de la unión del dogmatismo racionalista y del estatismo, la constatación de un pluralismo de órdenes jurídicos irreductibles. Bien entendidas las cosas, al hablar de la unidad del Derecho debe entenderse una unidad de integración dinámica, que se funda sobre la variedad y la pluralidad como elementos indispensables.

De tal modo se llega a la exacta consideración del valor que debe ser asignado a lo que se había dado en llamar "lógica jurídica", y que nada tiene que ver con la verdadera lógica. Así, aprendemos a entenderla como una pura técnica, deficientemente concebida, de los juristas de cierta época, que le han inventado teniendo en vista una meta inalcanzable: la reducción de toda manifestación del Derecho a la ley del Estado. Pero esta técnica "no es más que la máscara que oculta la impotencia real de la ley y que ha contribuido a extender la creencia de que los juristas son hombres que consideran accidental lo esencial y

decisivo lo accidental. En nombre de la Sociedad y en nombre de la justicia, hay que destruir esta falsa lógica jurídica para abrir el terreno a la observación metódica y a la aplicación práctica del Derecho vivo a la sociedad" (12).

VIII. COMENTARIO FINAL.

Aun cuando la labor y conclusiones de la Jurisprudencia Sociológica han sido sometidas a rigurosa revisión crítica, no resulta inoficioso cerrar esta exposición con algunas consideraciones generales.

La circunstancia de darse siempre el Derecho como integrante de una comunidad social, y de obedecer a características formas de evolución —constantemente relacionadas con las transformaciones sociales— originan la concepción del Derecho como fenómeno social. Como tal, es un fenómeno que tiene existencia natural, adecuada a la utilización del método empírico como propio de su investigación. Como fenómeno social, el Derecho constituye, para la Jurisprudencia Sociológica, objeto de estudio de la Sociología mediante los procedimientos que a ésta son adecuados. Como entidad en sí, que reclama una investigación autónoma, es indudable que la Sociología resulta inadecuada, pero en la constitución de esa investigación autónoma es imprescindible considerar las realidades anteriormente apuntadas. Así se constituyen dos disciplinas que obedecen a una misma justificación, y que han de auxiliarse mutuamente: la Sociología Jurídica y la Teoría Sociológica del Derecho.

Mientras la Sociología Jurídica se refiere al Derecho en relación al medio en que existe, la Teoría Sociológica le coge como unidad entitativa, con ser propio. La primera es parte integrante de la Sociología General y, por tanto, un estudio sociológico del Derecho; la segunda pretende ser un estudio jurídico del Derecho, con raíces profundas en las cuales toma su concepción y directrices primordiales. Por ello discurre siempre sobre la base del Derecho como realidad tangible, susceptible de ser sometida a los procedimientos empíricos.

La Teoría Sociológica presenta una visión del Derecho enriquecida con análisis acerca de ciertos valores, como la justicia, orden, paz social, etc. Ello, porque el Derecho ha existido siempre unido a esas nociones finales, como un medio o instrumento que el hombre utiliza para conseguirlas. Es el Derecho cogido en su expresión más completa, tal como se le encuentra en la sociedad. Naturalmente, por medio de un examen analítico él puede ser separado de tales nociones, pero la Teoría So-

(12) Legaz y Lacambra: Ob. cit., citando a Ehrlich, pág. 121.

EN TORNO A ALGUNAS REALIZACIONES

131

ciológica parece dudar de la legalidad de tal examen llevado a la práctica con extremado rigor.

Es indudable que para la plena comprensión del Derecho la referencia a ideas fundamentales como las que hemos señalado resulta imprescindible. En este caso nos referimos al Derecho en un sentido global, como herramienta al servicio de ciertas finalidades, y aspiramos a una comprensión de cómo puede él servir en mejor forma a sus finalidades específicas. El hombre de Derecho, cualquiera que sea su actividad dentro del mundo jurídico, ha de contar con una clara visión de la totalidad de su misión; entender que tras su función inmediata de aplicar el Derecho, existe una realidad trascendental perteneciente al mundo de los valores, y contar con una acabada concepción del lugar que corresponde al Derecho como medio y a las finalidades hacia cuya realización él apunta. En este sentido, son notorias las deficiencias de información que pueden encontrarse en un gran número de juristas prácticos, que han llevado a la erección del Derecho en un valor en sí, con todas las desgraciadas consecuencias que ello implica. Al realizar el análisis global del Derecho, se apunta la Jurisprudencia Sociológica uno de sus mayores méritos, precisamente porque supera el problema que estamos planteando. Sin embargo, desde este punto de vista, sus enseñanzas parecen haber quedado un poco en el olvido, o por lo menos, no reciben ellas la divulgación que merecen en la enseñanza jurídica, lo que a menudo es causa de desgraciadas fallas en la formación ética de los profesionales del Derecho.

Pero la validez del resultado que exhibe la Teoría Sociológica en este sentido, no le pone a cubierto de las críticas a que por otros conceptos se haya hecho acreedora. Porque si bien no es rebatible la necesidad de comprender al Derecho como entidad compleja, es discutible que el análisis propiamente científico del Derecho esté autorizado para referirse a la justificación valorativa del mismo. La Jurisprudencia Sociológica discurre sobre la base de que ella es la Ciencia del Derecho, y sobre este punto ha sido objeto de acerbados ataques, entre los que se caracterizan los endilgados por la Jurisprudencia Normativa, o Teoría Pura del Derecho. Este tiene su génesis en la falta de una separación nítida entre lo que propiamente es objeto de la ciencia jurídica, del Derecho en su pureza esencial, y de los demás ingredientes con que en la vida práctica aparece relacionado sin que pertenezcan a la esfera del conocimiento científico. Desde este punto de vista, no se niega legitimidad a los análisis realizados por la Jurisprudencia Sociológica, pero se pone muy en duda el carácter científico del examen, y la

calidad del objeto de investigación, que en muchos casos deja de ser estrictamente jurídico.

Y con la enunciación de estos juicios primeros, nacen un nuevo análisis y una nueva manera de encarar las tareas científico-jurídicas, prestando continuidad a una labor que está muy lejos de haber llegado a conclusiones definitivas.