Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
ESCUELA DE DERECHO
CHILE

Universidad de Concepción Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXXIX - Nº 157
SEPTIEMBRE - DICIEMBRE DE 1971

Director:
JUAN ARELLANO ALARCON

Subdirector:
RENATO GUZMAN SERANI

EDITORIAL ANDRES BELLO

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS DOGMATICAS Y LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS EMPIRICAS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACION ECONOMICA Y SOCIAL

por

BERNARDO GESCHE MÜLLER
Departamento de Derecho Privado

SUMARIO

1. El campo de lo jurídico. 2. Las investigaciones jurídicas dogmáticas. 3. Las normas generales y las normas individuales. 4. Los factores jurídicos que determinan la generación del Derecho a través de las normas individuales: a) La generalidad de la norma abstracta; b) La discrecionalidad de competencia; c) Las lagunas legales. 5. Los factores sociales que determinan el contenido de las normas individuales. 6. El Derecho como herramienta de acción social. 7. La eficacia del Derecho. 8. La normatividad concreta en el Derecho Privado. 9. La función del Derecho en el proceso de integración. 10. Las investigaciones empíricas en el Derecho. 11. Conclusiones.

1. *El campo de lo jurídico:* La teoría jurídica tradicional sostiene que la ciencia del Derecho se preocupa "del contenido de un determinado derecho positivo (presente o pasado)" y que "es una disciplina de función meramente reproductora y con carácter dogmático. Se limita a reproducir, explicándolos y sistematizándolos, los materiales normativos suministrados por la fuente del Derecho vigente, por el legislador, si se trata del Derecho escrito, y por el factor consuetudinario en el Derecho no escrito" (1).

(1) *Luis Recasens Siches* en "Filosofía del Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho". Giorgio del Vecchio y Luis Recasens Siches. México 1946, pág. 34.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De acuerdo con esta tradición, el campo de lo jurídico estaría ubicado exclusivamente en el plano de la normatividad abstracta, y al jurista sólo le correspondería analizarla para desentrañar su contenido dispositivo.

Sin embargo, la teoría jurídica de los últimos decenios señala con insistencia siempre creciente, que la normatividad abstracta contenida en los códigos y leyes sólo es uno de los aspectos de lo jurídico, ya que el Derecho es una obra humana que no se agota con la sola presencia de la norma y su interpretación por los tribunales. En efecto, siendo la regla jurídica una norma que señala la conducta requerida por el legislador, no puede ser intrascendente la conducta real de sus destinatarios; pues tras tal requerimiento de conducta existe necesariamente un determinado propósito de organización y regulación de la vida social. Las interrogantes correspondientes a estos aspectos de lo jurídico ya no buscan sólo el contenido dispositivo del orden jurídico, sino que preguntan además sobre la eficacia del derecho: traducida en una concordancia entre la conducta requerida y la conducta real de los destinatarios y además en la realización efectiva de los propósitos perseguidos por el legislador, por la otra.

En la doctrina moderna se ha replanteado el problema del verdadero contenido del Derecho, pues para nadie es un misterio que las afirmaciones contenidas en los Códigos y en las leyes frecuentemente constituyen una fachada tras la cual vive una realidad normativa muy diferente. El Derecho ya no sería sólo norma abstracta que prescribe un determinado "deber ser", sino más bien un proceso social de gran complejidad, que se inicia con un cambio social que se va haciendo presente en la necesidad de nuevas fórmulas jurídicas; continúa con la generación de las mismas condicionadas por las circunstancias sociales que las exigen y de los fines de acción social que se persigan; para quedar confiada a los hombres: unos que las imponen y otros que las acatan. Es especialmente en esta última fase del proceso jurídico entero, en que la norma realmente aplicada y efectivamente cumplida puede tener un contenido muy diferente al que nos revela la voz del legislador. De aquí que la ciencia del Derecho distinga entre *normatividad abstracta y normatividad concreta*, empleándose también la expresión *"derecho vivo"* para esta última clase como traducción de "law in action" o "lebendes Recht".

Por todas estas razones la teoría jurídica de los últimos decenios asigna un carácter tridimensional de la ciencia del Derecho: "No obstante la unidad de su objeto, el Derecho comprende tres campos bien definidos; porque es diferente preocuparse del Derecho: en consideración a su idealidad (justicia), en consideración a su normatividad (vigencia), o en consideración a su factibilidad (eficacia). Las meditaciones sobre el Derecho "verdadero" (justo) es tarea de la Filosofía del Derecho; la determinación de su "sentido normativo" es tarea de la

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Dogmática Jurídica y la investigación del "Derecho vivo" es tarea de la Sociología Jurídica" (2).

2. *Las investigaciones jurídicas dogmáticas:* Las investigaciones jurídicas que limitan el campo del Derecho al orden normativo abstracto las llamaremos investigaciones dogmáticas por el carácter incuestionable de dicho orden. Son las que usualmente encontramos en nuestra literatura jurídica en cuanto se traducen fundamentalmente en labores de sistematización, recopilación, explicación e interpretación del Derecho positivo, ya sea con fines profesionales o con fines docentes.

Caracterizando estas investigaciones a través de su objeto, fines y métodos, podemos observar: que el objeto está constituido por el orden normativo abstracto; que la investigación se realiza para establecer el contenido dispositivo de dicho orden y exponerlo en forma sistematizada; y que sus métodos son los medios que le permiten alcanzar esta finalidad, o sea los elementos de interpretación del Derecho.

Estos elementos son el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Algunos comentaristas señalan que el elemento lógico busca la intención o espíritu de la ley o las relaciones lógicas que unen las diversas partes. Dirigirse a investigar la *rátio legis* es decir el propósito perseguido por la ley, la razón que la justifica (3). Sin embargo, en los países como el nuestro, en que predomina el método exegético de interpretación, la intención "del legislador es sinónima de "voluntad" del legislador (4).

Para el método exegético de interpretación, sólo son normas jurídicas las contenidas en el Derecho escrito y las reveladas por las costumbres, cuando la ley así lo ha declarado. La jurisprudencia de los Tribunales no es fuente generadora del Derecho, sino sólo un elemento para precisar mejor el contenido dispositivo de la norma. De aquí que el investigador, cuando recurre a ella, no pretende encontrar el "testimonio del derecho vivo, sino que elabora parte de una literatura jurídica. Que se desentiende de la realidad del negocio jurídico ahí descrita y su conexión con un derecho vivo así deducido, para confrontar sólo la exactitud de la interpretación de la ley y del razonamiento jurídico seguido" (5).

En los sistemas de Derecho codificado la interpretación exegética constituye el complemento necesario del positivismo jurídico, formulado por Laurent en los siguientes términos: "Los Códigos no dejan

(2) *Manfred Rehbinder:* "Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Erhlich". pág. 113. Duncker & Humbolt Berlín. En el mismo sentido Luis Recasens Siches Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX. Tomo I, pág. 197.

(3) *Arturo Alessandri y Manuel Somarriva:* Curso de Derecho Civil. Tomo I, volumen I. Parte General, pág. 120. Editorial Nascimento.

(4) Véase nuestro estudio. Jurisprudencia Dinámica. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1971.

(5) *Eugen Ehrlich,* citado por *Manfred Rehbinder* en ob. cit., pág. 68.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nada al arbitrio del intérprete; esto no tiene ya por misión hacer el Derecho: El Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los Códigos realicen esta ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el Código. Diría que deben resignarse a ella" (6).

3. *Las normas generales y las normas individuales.* Sin embargo, los defensores del positivismo del Derecho, como Hans Kelsen, reconocen que no sólo las leyes, codificadas o no, constituyen normas de Derecho. Señalan que "no hay duda que el Derecho no consiste solamente en normas generales. Incluye también las individuales, es decir las que determinan la conducta de un individuo en una situación recurrente y que, por tanto, son válidas para un caso particular y pueden ser obedecidas y aplicadas solamente una vez. Tales normas son "derecho" porque forman parte del orden jurídico total, exactamente en el mismo sentido que aquellas normas generales que han servido de base para la creación de las primeras" (7).

Estas normas individuales se encuentran en aquellos instrumentos que imponen una conducta específica frente a una situación determinada, como ser: las sentencias de los tribunales, los decretos y las resoluciones de autoridades administrativas. Estas normas individuales, sin embargo, no son el resultado de un proceso matemático en que la norma general ya contendría todos los elementos necesarios para la generación de la norma individual. En efecto la norma superior sólo señala el órgano encargado de crear la norma inferior, el procedimiento a seguir, y, en grados de especificación variable, su contenido dispositivo. El mandato conferido por la norma superior al órgano generador de la norma inferior siempre da un margen más o menos amplio de decisión propia (8).

La norma individual se genera en virtud de la interpretación del Derecho, que, en contradicción con lo sostenido por Laurent, no es un proceso meramente reproductivo sino fuente de normatividad jurídica.

Todos los autores modernos subrayan la trascendencia de las normas individuales en la generación del Derecho. Señalan al respecto que una norma general nunca es susceptible de aplicación directa. "Las leyes y los reglamentos son sencillamente materiales básicos para que pueda haber auténticas normas jurídicas perfectas, las cuales son solamente aquellas que se dan en las sentencias y en las resoluciones individualizadas". "Esta función generadora de derecho de las normas individuales se manifiesta especialmente en las situaciones difíciles y

(6) Cours élementaire de droit civil. Tomo I, Prefacio, según cita de *Luis Recasens Siches* en Filosofía del Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho, pág. 190.
(7) *Hans Kelsen:* "Teoría General del Derecho y del Estado"; Imprenta Universitaria, México, 1949; pág. 39.
(8) *Hans Kelsen:* "El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho". Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid, pág. 52.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

complicadas que debe resolver la autoridad respectiva, sea porque no es fácil establecer cuáles son los hechos jurídicamente relevantes, sea porque concurren varias normas para la solución del problema o que la situación concreta no corresponda a aquellas que el legislador ha previsto al dictar la norma general" (9). Carlos Cossio llega a sostener a este respecto que en las normas individualizadas "el Derecho, en parte, es el propio hecho del juez. Hay una inmanencia material del juez en el Derecho, puesto que es en el juez donde están como realidad los sentidos jurídicos de justicia o de orden, etc., que tienen que ser evidenciados cuando se aplican las leyes" (10).

Siendo la norma individual la única susceptible de aplicación directa, sólo ella da trascendencia a la norma general, al transformar el "deber ser" formulado en términos abstractos, en un "ser" concreto contenido en una resolución judicial o administrativa. La experiencia diaria confirma la exactitud de esta afirmación, pues no se podrá desconocer que a la parte asistida por su abogado no le interesa lo que expresen los Códigos sobre sus derechos y obligaciones, sino lo que en definitiva obtenga en virtud de una sentencia judicial; ni podrá desconocerse tampoco que al empresario no le interesa lo que expresen las leyes, reglamentos y decretos sobre requisitos y formalidades de una gestión administrativa, sino los resultados concretos de ésta traducida en la correspondiente resolución.

4. *Los factores jurídicos que determinan la generación del Derecho a través de las normas individuales.* Se ha señalado que las sentencias judiciales y resoluciones administrativas constituyen la normatividad concreta o sea el derecho vivo. Este derecho puede estar más o menos próximo a la normatividad abstracta por diferentes circunstancias, de las cuales analizaremos brevemente las más destacadas.

a) *La generalidad de la norma abstracta:* Mientras más generales sean los términos empleados por el legislador para señalar los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas, tanto más amplio es el campo de generación de una normatividad concreta mediante sentencias y resoluciones administrativas.

La norma de Derecho tipifica una situación de hecho como correlato de una situación o consecuencia jurídica, pero esta tipificación puede estar concebida en términos muy amplios o en términos concretos. A su vez, sólo corresponde a la autoridad encargada de aplicar la norma el pronunciamiento definitivo sobre la concordancia entre la situación prevista por ésta en términos abstractos, y la situación concreta en que debe decidir. La multiplicidad de las realidades concretas y la imposibilidad de prever todas las situaciones futuras, im-

(9) *Luis Recasens Siches:* Panorama del Pensamiento Jurídico del siglo XX. Ob. cit., pág. 513.
(10) Citado por *Luis Recasens Siches:* Panorama... Ob. cit., pág. 408.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ponen muchas veces formulaciones jurídicas que la doctrina ha llamado "normas discrecionales", y que en realidad constituyen una verdadera delegación de facultades normativas (11). Pertenecen a este tipo de formulaciones las normas que señalan la buena fe, las buenas costumbres y el orden público como elementos constitutivos de una consecuencia jurídica. En efecto: la ausencia o presencia de una buena fe sólo podrá ser juzgada por el tribunal con auxilio de elementos de juicio que no le proporciona el orden normativo abstracto, sino la situación concreta bajo la cual se contrajeron o se están cumpliendo las obligaciones; los imperativos de las buenas costumbres sólo pueden deducirse de las condiciones sociales del presente; y el orden público es la herramienta que permite a los tribunales controlar los excesos de la autonomía de la voluntad en resguardo del interés social del momento (12).

b) *La discrecionalidad de competencia:* Cuando la materia reglamentada en el orden jurídico no permite delimitar, ni aun en términos generales, las circunstancias que motivan una consecuencia jurídica o justifican la intervención de la autoridad judicial o administrativa, el legislador opta por otorgarle una competencia discrecional que se refleja en las fórmulas que ordenan resolver: "de acuerdo con la sana crítica", "por motivos justificados", "en interés de la ley", o bien otorga derechamente la facultad privativa de acoger o denegar una pretensión.

Un ejemplo típico de esta especie lo constituye el Art. 83 del D.F.L. 251 de 1931, sobre Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, que otorga a la Superintendencia de Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio la *facultad privativa* para fijar el mínimo de capital para constituir una sociedad y el mínimo de accionistas en sociedades de inversión.

Aunque esta competencia privativa no haya sido declarada expresamente por el legislador, puede resultar también de la organización del aparato compulsivo. Así sucede especialmente en el campo administrativo, cuando, por ausencia de tribunales administrativos, los interesados carecen de herramientas eficaces que permitan anular las resoluciones contrarias al Derecho vigente.

c) *Las lagunas legales:* La generalidad de la norma de Derecho y la particularidad de los casos concretos a que debe ser aplicada, constituyen una situación dialéctica que conduce necesariamente a las lagunas legales. En efecto: mientras más general sea la norma, tanto más amplia es la multiplicidad de casos particulares que cubre. Esta generalidad conduce, sin embargo, a la discrecionalidad señalada en el párrafo precedente. A su vez, mientras más particular sea la norma de Derecho, tanto más probable es que queden fuera de sus preceptos situaciones concretas específicas, originando así las lagunas legales.

(11) *Eugen Ehrlich:* Ob. cit., pág. 117.
(12) Nuestro estudio: Jurisprudencia Dinámica. Ob. cit., Párrafo, letra c).

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Debe tenerse presente, además, que toda norma jurídica proclama la solución que el legislador estimó justa para la época en que ella fue dictada.

Ahora bien, si los imperativos del progreso han modificado las condiciones sociales de la época en que fue dictada la norma, sólo quedan dos actitudes posibles: o se aplica la norma a una situación para la cual no ha sido prevista, lo que constituiría una infracción a la voluntad del legislador; o se reconoce la existencia de una laguna legal, y se formula una norma particular para dicho caso. Esto último parece ser la solución más jurídica. Así lo reconocen también los autores, que a este respecto ponen como ejemplo recomendable el del Art. 10 del Código Civil suizo, en cuanto prescribe que a falta de una norma jurídica deducible de las fuentes del Derecho, el juez deberá resolver conforme a la regla que él establecería si fuera legislador (13).

5. *Los factores sociales que determinan el contenido de las normas individuales:* Las situaciones descritas en el párrafo precedente enfrentan al juez o a la autoridad administrativa, con la necesidad de formular una regla de derecho individual conforme a ciertos elementos de juicio, que deberá consignar como fundamentos de su resolución, si no quiere exponerse al reproche de arbitrariedad. Estos elementos de juicio no podrán ser otros que las realidades concretas proporcionadas por las ciencias sociales y específicamente a la sociología jurídica en cuanto investigan el "ser" y no el "deber ser" que preocupa a la ciencia jurídica dogmática.

Para distinguir a su vez las normas jurídicas individuales fundadas en la realidad social, de las meramente subjetivas habrá que atender a la mayor o menor regularidad con que son formuladas y, además, su concordancia con las exigencias del orden y progreso social. Sólo las normas individuales que acusen dicha generalidad y esta concordancia, constituirán un derecho vivo con probabilidad de subsistencia y eficacia.

La solución ante la insuficiencia del orden normativo abstracto, mediante la generación de un derecho vivo con el respaldo de informaciones proporcionadas por las ciencias sociales, podría merecer el reproche que algunos autores señalan como defectos del método de interpretación de la Escuela Libre del Derecho. Estos defectos serían: "El de dar más importancia a la elasticidad viva del llamado derecho libre que a la certidumbre y a la seguridad jurídica que proporcionan las reglas formales; el de llevar a una anarquía jurídica por medio de las soluciones subjetivas a los jueces; el de olvidar los principios morales, políticos y sociales que regulan en general la vida jurídica de la colectividad, etc." (14).

Este reproche resulta sin embargo injustificado, pues no es el

(13) *Manfred Regbinder:* Ob. cit., pág. 86.
(14) *Arturo Alessandri y Manuel Somarriva:* Ob. cit., Tomo I, Vol. I, pág. 130.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

criterio subjetivo del juez el que determinará el contenido de sus decisiones, sino elementos de juicio objetivos proporcionados por las ciencias sociales, y especialmente por la sociología jurídica. Estos elementos de juicio serán especialmente precisos, si se conectan con los fines de las instituciones jurídicas o de normas específicas.

6. *El Derecho como herramienta de acción social:* Muy merecedoras de consideración podrán ser las argumentaciones que apuntan hacia la seguridad y certidumbre jurídicas a través de la defensa del positivismo formal, pero la época de cambios sociales requiere del jurista soluciones que asignen al Derecho la función de acción social en un sentido de progreso.

Ya no cabe sostener, como lo hizo la voz tan autorizada de Georges Ripert (15), cuando sostuvo que es falsa la pretensión de trasladar al Derecho la idea del progreso científico consistente en una continua rectificación del saber y la superación de teorías de otras épocas por carecer de valor; pues si trasladáramos esta concepción al Derecho deberíamos suprimir todo Derecho del pasado y considerar éste como un largo error. "La superioridad de una nueva ley sobre una ley anterior no está necesariamente demostrada". "No hay que olvidar que toda ley nueva en sí misma es un mal, puesto que destruye situaciones adquiridas y por ello crea un desorden, por lo menos momentáneo. Un gran principio jurídico exige que una nueva ley no sea retroactiva. Fue proclamado para limitar el efecto destructivo de la nueva ley".

Las realidades del presente se alzan contra este deseo de permanencia del contenido dispositivo del orden jurídico. Se ha impuesto la planificación de la acción social y el dirigismo siempre creciente del Estado. Los legisladores ya no se reúnen para elaborar fórmulas jurídicas permanentes alrededor de principios filosóficos de justicia, sino que buscan un orden normativo que corrija las situaciones concretas contrarias al progreso y a la justicia social.

Este carácter finalista del orden normativo se manifestó primero y en forma muy clara en una rama del Derecho que continúa adquiriendo siempre mayor importancia: nos referimos al Derecho Económico, que por su propia naturaleza constituye un *Derecho de acción social.*

El carácter finalista del orden normativo, en cuanto a herramienta de acción social, no se ha detenido ahí. La interdependencia de las diferentes ramas del Derecho como partes del orden normativo total, ha trasladado el sentido teleológico del Derecho positivo incluso al Derecho privado. Así por ejemplo, no cabe duda alguna que detrás de las reglas del Derecho sucesorio, que limitan los órdenes de sucesión hasta cierto grado de parentesco, incluyen en dichos órdenes relacio-

(15) La Crisis del Derecho. Discurso pronunciado durante la Reunión de Juristas en Padua en 1951.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nes de filiación ilegítima o imponen indivisiones de casas habitación o predios agrícolas, hay un propósito de corregir situaciones que sin tales reglas provocarían injusticias o perturbarían el progreso social.

La finalidad perseguida por el legislador determina el verdadero contenido dispositivo del Derecho. Al efecto algunos autores de la órbita del Derecho socialista han señalado que si bien muchas instituciones jurídicas son muy similares a sus congéneres en los países capitalistas en su normatividad formal, la diferencia radica fundamentalmente en la función que deben desempeñar. Así, por ejemplo, los contratos destinados a reglamentar el consumo, como ser la compraventa, formalmente, tienen la misma estructura jurídica, pero mientras que en los Estados capitalistas están presididos por el principio del cambio de mercadería y dinero, en los Estados socialistas responden al cuidado que ponen estos en el mejoramiento del nivel de vida de la población (16). En lo que a nuestra realidad jurídica respecta, podemos acotar, sin embargo, que casi todo el derecho contractual privado está sometido decididamente a una función de bienestar colectivo, como lo demuestran las fijaciones de precio y de calidades de mercaderías por autoridad administrativa, la limitación de rentas de arrendamientos de predios urbanos y de intereses, por disposiciones legales, etc.

Con estos antecedentes nos atrevemos a suscribir sin reserva la siguiente afirmación: "Que la jurisprudencia deba respetar los fines del Derecho, constituye en la actualidad una verdad de Perogrullo. Con ello se ha abierto decididamente y con amplitud el camino del estudio de las realidades concretas, pues sólo de éstas permiten deducir el fin de las normas" (17).

La experiencia jurídica de los últimos decenios ha demostrado en forma siempre creciente la importancia del Derecho como herramienta de acción social. De normas específicas dirigidas a solucionar problemas sociales concretos se ha pasado a la dictación de cuerpos legales denominados "leyes programáticas" o "leyes funcionales" que encierran un plan completo de acción social. Sólo queremos recordar al respecto las leyes de reforma agraria y urbana, las leyes de fomento de determinadas actividades económicas, las leyes tributarias dirigidas a producir una redistribución del ingreso, etc.

En el campo internacional ha sucedido otro tanto. Los tratados que sólo habían sido una fuente de principios generales del Derecho internacional, se han transformado en verdaderos programas de acción mancomunada con fines de progreso económico y social de los pueblos. Sus fines aparecen formulados generalmente en forma explícita, según puede leerse en el Capítulo Primero sobre "Objetivos y Mecanis-

(16) *Víctor Knaap:* Vertrage im Tschechoslowakischen Recht. Rabels Zeitschrift. 1962, pág. 493.
(17) *Arthur Nussbaum:* Die Rechtstatsachenforschung. Pág. 22. Duncker & Humbolt. Berlín.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mos" del Acuerdo de Integración Subregional suscrito por los países de la Región Andina. Este carácter instrumental de los tratados ha trasladado al campo internacional el concepto "leyes programáticas" para aparecer aquí bajo la expresión "tratados marcos".

7. *La eficacia del Derecho:* El carácter funcional del orden normativo nos enfrenta necesariamente con la interrogante sobre la eficacia del Derecho. En efecto, si el orden normativo lleva en sí un fin o propósito de acción social, no nos puede ser indiferente acaso la vía jurídica elegida cumple realmente las metas que se ha propuesto el legislador.

Siendo el Derecho una norma de conducta, y habiendo detrás de la conducta reclamada por el legislador un propósito de carácter social, la concordancia o discordancia entre la conducta prescrita y la conducta real de sus destinatarios nos revelará la eficacia del orden normativo para alcanzarlo. "El Derecho no opera en el vacío. Es un medio de control social destinado como tal a dirigir o corregir la vida social, esto es, la conducta de grupos. Sólo la observancia de la conducta de estos grupos podrá revelar acaso si cumple su tarea. Si el Derecho no consigue imponer realmente la conducta de grupos prevista, ha fracasado en su tarea" (18).

Resulta así que la eficacia de una norma de Derecho deberá medirse comparando la frecuencia de conductas conforme a la norma con las conductas fuera de la norma, dentro del grupo para el cual ha sido dictada. Esta frecuencia no la revelará el estudio o recuento de infracciones sancionadas por los tribunales, pues sólo se captarían los casos de conductas contrarias a la norma que efectivamente llegaron a los estrados de los Tribunales y dejarían de contabilizarse las conductas contrarias que por diversas razones no llegaron a dicho estrado, que sin duda son las más numerosas; ni se contabilizarán tampoco las conductas conforme a la norma para detectar la conducta real del grupo social que el Derecho quiere dirigir o corregir.

Estas informaciones corresponden al "ser social" y no al "deber social", motivo por el cual quedan al margen de las investigaciones jurídicas dogmáticas. Sólo con el auxilio de los métodos de las investigaciones sociales podremos medir en definitiva la eficacia de una norma de Derecho, medida en la conducta real del grupo social a que ella va dirigida.

Una conclusión positiva deducida de investigaciones sobre la conducta real del grupo sometido a una norma o institución jurídica, no avala por sí sola la realización efectiva de los cambios económicos o sociales perseguidos, pues podría resultar que no se presenten dichos cambios. Esta incógnita sólo podrá ser aclarada por las ciencias eco-

(18) *Manfred Rehbinder:* Die Rechtstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologischer Jurisprudenz. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Band 1. 197). pág. 358.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nómicas y sociales, pues su objeto es la investigación de las realidades sociales concretas y sus mutaciones. Ahora bien, si una investigación de esta especie condujera a un resultado negativo, podríamos tener la certeza de que la fórmula legal escogida por el legislador como herramienta de acción social es ineficaz.

En definitiva, si la ineficacia de la norma se traduce en una conducta contraria a sus preceptos dentro del grupo sometido a sus disposiciones, nos encontraremos en presencia de una normatividad concreta muy diferente a la normatividad abstracta contenida en el Derecho. Esta contradicción puede provenir de la ineficacia del aparato jurídico compulsivo encargado de imponer la norma; o puede deberse a otros factores sociales más poderosos que la sanción o amenaza de sanción contenida en el Derecho. La existencia de una normatividad concreta diferente a la normatividad abstracta la proporcionarán las investigaciones jurídicas empíricas, auxiliadas por los métodos de investigación de las ciencias sociales. De igual manera establecerán la ineficacia del orden normativo por falta de efectividad del aparato compulsivo. La presencia de factores sociales ajenos al Derecho y contrarios a su eficacia, serán diagnosticados igualmente con los métodos de las ciencias sociales, siempre que en las investigaciones se considere el *orden normativo concreto* como una variable interviniente.

8. *La normatividad concreta en el Derecho Privado:* Señalamos más arriba que la normatividad concreta está integrada en gran parte por las normas individuales en virtud del margen de decisión propia que el Derecho otorga al órgano compulsivo, para salvar la brecha entre el carácter abstracto de sus formulaciones y la multiplicidad de las situaciones concretas a que debe ser aplicado (19).

Hay aquí una delegación de facultades normativas que también está presente en el Derecho Privado. En efecto, el principio general de la autonomía de la voluntad que inspira muchos de sus campos, permite a los particulares fijar las reglas de conducta que ellos estiman prudentes en sus relaciones recíprocas; y ello no sólo con carácter transitorio y ocasional, como sucede en los contratos ocasionales, sino también con carácter permanente, como sucede en los estatutos de las sociedades y de las demás personas jurídicas de Derecho Privado, por ejemplo.

Los autores distinguen entre derecho consuetudinario y normas generadas por actos jurídicos. A las primeras pertenecen, entre otras, las costumbres mercantiles relativas a operaciones bancarias y los usos comerciales avalados por resoluciones de las Cámaras de Comercio y de Industria. A las segundas pertenecen las provenientes de ciertos contratos tipos que consignan condiciones contractuales fijas, como ser: los convenios de tarifados, los acuerdos entre grupos de intereses

(19) Párrafo 4.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sobre cláusulas contractuales uniformes y especialmente los contratos de adhesión (20).

Los juristas norteamericanos han analizado profundamente las relaciones económicas que se desarrollan al margen del *derecho contractual* (contract law). Señalan que "el Derecho no impone el contrato". Este no atribuye ningún valor inmediato al acto de prometer. Sólo señala que si usted quiere actuar, y lo que es más importante, si usted pretende hacer obligatoria su actuación en un sentido determinado y para el futuro, actúe de esta o esta otra manera. Si usted no sigue el camino apropiado, puede suceder que la promesa hecha a usted nunca será cumplida, pues el Derecho no le proporcionará ayuda para que sea cumplida" (21). "En muchas situaciones el contrato no es necesario. Su función es satisfecha mediante otros recursos" (22). "El Derecho contractual permite a las personas ponerse de acuerdo en no quedar sometidas a un contrato obligatorio. Este significa, en efecto, que la doctrina generalizada permite que la organización más poderosa no otorgue derechos al menos poderoso. Si esto sucede, el contrato está ausente recíprocamente y no es obligatorio. Como consecuencia, la organización poderosa está en libertad de dejar su poder para fijar sús relaciones, controladas sólo por leyes antitrust que establecen amplios márgenes para imponer con gran libertad otras sanciones que las legales. En otras palabras, paradojalmente, las partes están libres en convenir de que no quedarán sometidas a un contrato" (23). Esta facultad ha permitido a las empresas poderosas la elaboración cuidadosa de formularios con apariencia de contratos, pero que en realidad no son otra cosa que relaciones comerciales en que las condiciones han sido impuestas unilateralmente y con vigencia general.

Si bien es cierto que en los países de Derecho Codificado no se conciben relaciones económicas al margen del sistema legal, pues si ellas no caen dentro de un contrato tipificado por la ley constituyen un contrato innominado, no es menos cierto también que la autonomía de la voluntad ha generado los contratos de adhesión tan comunes en las grandes empresas públicas y privadas, cuyas condiciones están consignadas en extensos formularios que muy pocos leen y menos aún entienden, pero que por ello no dejan de ser obligatorios. Por otra parte, el usuario de los servicios o bienes que proporcionan estas empresas no puede sino aceptar las condiciones impuestas, si no quiere quedar marginado de su uso o goce. Estas condiciones contractuales resultan especialmente rígidas en aquellos sistemas legislativos, como el nuestro, en que la jurisprudencia no ha recogido el principio del

(20) *Arthur Nussbaum:* Ob. cit., págs. 49-50.
(21) Abraham Chaves citado por Lawrence M. Friedman y Stewart Macaulay en "Law and the Behavioral Sciences". Pág. 302.
(22) *Stewart Macaulay:* "Law and the Balance of Power". Pág. 198.
(23) *Stewart Macaulay:* "Law and the Balance of Power". Pág. 198.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"abuso del derecho", que permitiría a los tribunales controlar el orden público o interés social en el campo contractual (24).

Se ha señalado también, que muchas disposiciones legales carecen de toda trascendencia práctica, sea porque los interesados se las ingenian para abstenerse de crear los supuestos de hecho que provocarían su aplicación, o los eliminan a posteriori con el mismo objeto. "En todos estos casos el legislador ha dejado de lado las situaciones reales y especialmente la sicología de los interesados" (25).

Resulta evidente que este amplio campo de la normatividad concreta, que modifica la normatividad abstracta o le da un contenido muy diferente al que pudiera deducirse del texto de la ley, no puede ser captado por las investigaciones jurídicas dogmáticas. En efecto, constituye todo un campo normativo que se desprende del "ser" y no del "debe ser", que sólo puede ser investigado con los métodos de las ciencias empíricas.

9. *La función del Derecho en los procesos de integración:* El Art. 3 letra a) del Acuerdo de Integración Subregional Andina señala que para alcanzar los objetivos propuestos deberán emplearse entre otros mecanismos y medidas: "a) La armonización de políticas económicas y sociales y la *aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes*".

Recoge aquí la experiencia de otros procesos de integración y la opinión de los estudiosos de estos problemas jurídicos. Todos reconocen el carácter funcional del Derecho dentro de la integración y la posibilidad de una mera *aproximación* de legislaciones internas en vez de su uniformidad.

Sólo la medida en que el Derecho sea observado por los individuos, aplicado por las autoridades administrativas, e interpretado e impuesto por los Tribunales, revela concretamente su función social. En otras palabras, su forma, estructura, contenido y eficacia dependen *necesariamente* del cambio constante en que se encuentren las condiciones culturales, políticas, económicas y demás aspectos de vivencia y ambientales de la unidad colectiva en que debe ser aplicado" (26). En el Mercado Común Europeo no se ha pretendido que desaparezcan todas las diferencias legales, sino que sólo se eliminen o sean atenuadas las que podrían perturbar su correcto funcionamiento (27).

Ahora bien, para detectar aquellos aspectos jurídicos que podrían perturbar un proceso integracionista, no basta un estudio de Derecho Comparado fundado sólo en los textos legales, porque la sola circunstancia de que se encuentre vigente una determinada norma no nos asegura que ella rija en términos concretos. Por ello, no es la mera

(24) Véase nuestro estudio: Jurisprudencia Dinámica. Párrafo 44.
(25) *Arthur Nussbaum:* Ob. cit., pág. 51.
(26) *Ernst E. Hirsch:* Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Pág. 224.
(27) El Papel del Derecho en un Proceso de Integración Económica: BID-INTAL. Pág. 28.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

comparación de disposiciones legales, la que dará valor científico a una indagación, sino que la dará la confrontación de los sistemas jurídicos con consideración de las fuerzas sociales y factores ambientales de carácter material o inmaterial que le den eficacia o los obstruyan (28). La coincidencia del contenido normativo no es decisiva, sino que lo son aquellos contenidos que han sido incluidos en los sistemas jurídicos nacionales de tal manera de que produzcan efectivamente los efectos económicos perseguidos (29).

La experiencia recogida en investigaciones jurídicas realizadas en el campo de la Integración Latino Americana confirma lo expuesto. En efecto, un estudio sobre "El régimen de las sociedades anónimas en América Latina" realizado en el plano de la normatividad llegó a la siguiente conclusión: "Que si bien existen diferencias en diversos aspectos de la legislación societaria de los países miembros de la ALALC, las mismas no constituirían necesariamente un obstáculo mayor a la acción multinacional de las empresas. Esta comprobación *habrá de someterse a prueba* cuando se realice la encuesta a aquellas empresas que en América Latina desarrollan una acción multinacional, invirtiendo en más de un país" (30).

No nos cabe la más mínima duda que dicha encuesta revelará que la *normatividad concreta* relativa al régimen de las sociedades anónimas es muy diversa a la *normatividad abstracta* detectada mediante el estudio comparativo realizado en el plano del Derecho formal. Insistiendo en la insuficiencia de las investigaciones meramente dogmáticas, sirva también la experiencia recogida en los esfuerzos de unificación del Derecho Internacional Privado Latinoamericano.

En 1928 se suscribió en La Habana la Convención que adoptó el Código Bustamante como sistematización de las reglas uniformes que regirían entre los países latinoamericanos en materia de Derecho Internacional Privado. Han pasado más de 40 años, y sin embargo, no se vislumbra una eficacia por lo menos progresiva en virtud de este instrumento de unificación. Por ello el Consejo Interamericano de Jurisconsultos ha reiterado insistentemente la necesidad de revisar el Código, pero se ha encontrado siempre con una falta total de informaciones sobre la influencia del Código en el terreno de las realidades concretas.

Esta falta de información sólo podrá ser salvada mediante una investigación empírica que hemos programado para detectar la eficacia del Código Bustamante como instrumento de unificación del Derecho Internacional Privado de los Estados Americanos.

10. *Las investigaciones empíricas en el Derecho:* Nos parece razonable sostener que las investigaciones jurídicas dogmáticas descritas en el

(28) *Ernst. E. Hirsch:* Ob. cit., pág. 120.
(29) *Ernst. E. Hirsch:* Ob. cit., pág. 227.
(30) Boletín de la Integración Nº 49. Enero 1970, pág. 49.

Artículo: Las investigaciones jurídicas dogmáticas y las investigaciones jurídicas empíricas en los procesos de integración económica social.
Revista: Nº157, año XXXIX (Sep-Dic, 1971)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

párrafo 3 de este estudio no son suficientes para desentrañar la verdadera dimensión del Derecho como herramienta de acción social, y por ende como acción tras la meta de una integración como la pretende el Acuerdo de Integración Subregional Andina. Estas investigaciones sólo podrán describir la normatividad abstracta que teóricamente obstaculizaría o favorecería la integración; pero de manera alguna podrán diagnosticar la trascendencia concreta de las instituciones jurídicas nacionales o supranacionales, para tales propósitos.

Sólo las investigaciones jurídicas empíricas podrán llenar este vacío, entendiendo como tales: "Las investigaciones sistematizadas de las circunstancias concretas de carácter social, político u otro orden que han provocado la generación de determinadas reglas jurídicas y el examen de los efectos sociales, políticos y otros de estas mismas reglas" (31).

Si pretendiéramos caracterizar estas investigaciones a través de su objeto, fines y métodos podríamos decir: que ellas investigan la normatividad jurídica concreta y sus correlaciones con los demás factores sociales, para establecer su eficacia como herramienta de acción dentro del grupo en que ella debe ser aplicada. Sus métodos serán los de las investigaciones empíricas que pretendan establecer *normatividad y realidades concretas.*

11: *Conclusiones:* En el terreno de la integración nos parece razonable señalar que las investigaciones jurídicas deberán perseguir fundamentalmente los siguientes objetivos: a) determinar la *normatividad concreta* con consideración especial de los factores jurídicos y sociales que determinan su contenido (32); analizar la eficacia de dicha normatividad como herramienta de acción social (33); diagnosticar las concordancias o discrepancias que revelen las informaciones así obtenidas con los propósitos DE LOS TRATADOS DE INTEGRACION; y proponer las modificaciones jurídicas que aseguran la eficacia de estos tratados a través de la *normatividad concreta* de los países signatarios.

Como conclusión final parece evidente también, que las investigaciones de esta especie requieren el concurso de especialistas en diversas disciplinas de las ciencias sociales y jurídicas, que aporten, con las técnicas que les son propias, las informaciones que permitan descubrir los obstáculos a la integración provenientes del sistema jurídico y señalen las correcciones que resultaren aconsejables.

(31) *Arthur Nussbaum:* Die Rechtstatsachenforschung. Pág. 67.
(32) Párrafos 5 y 6 de este estudio.
(33) Párrafos 7 y 8 de este estudio.