
Derecho

Derecho y sociología del derecho

ALFREDO E. VES LOSADA

NACIDO EN LA PLATA EN 1919. Se graduó de abogado en la Universidad de La Plata en 1943 y de doctor en jurisprudencia en la Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto de introducción al derecho y sociología en la Facultad de Derecho de Bs. Aires y en La Plata. En esta última es actualmente miembro del Consejo Académico. En Cuadernos Americanos, de México, ha publicado cuatro trabajos sobre la sociología del "Facundo", de Sarmiento (1953-56). En 1958 publicó El orden público y la función judicial. Tiene en prensa otro libro: El derecho como experiencia. Ha colaborado en la "Revista del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología" de la Facultad de Derecho de La Plata y dictado cursos de sociología del derecho en el instituto similar de la Facultad de Derecho de Bs. As. Ha dado un curso sobre sociología del derecho por Radio Universidad de La Plata (L R 11).

UN tema que abrumba a todo estudiante es el que le plantea la "bolilla primera" del programa: objeto de la ciencia que estudia y relaciones de ella con disciplinas afines. Generalmente, los textos y los apuntes le ofrecen dos caminos y un atajo. El primer camino consiste en una somera enumeración de enfoques y teorías, que nada aclara ni compromete; el segundo, se engolfa en una lista minuciosa y fatigante, donde se analiza el pro y el contra de las escuelas en pugna; al atajo, en cambio, se limita a aceptar una posición como la única posible, englobando a las restantes bajo el rubro brumoso y despectivo de "teorías tradicionales". El problema se agudiza cuando se procura deslindar las diversas ciencias sociales, ya que todas y cada una estudian la conducta social de los hombres desde diversos ángulos, ofreciendo límites poco precisos, cuando no manifiestamente sobrepuestos. Tal es el caso del Derecho y la Sociología del Derecho. Según Ross, por ejemplo, el Derecho es

una ciencia normativa, una doctrina concerniente a normas, mientras la Sociología del Derecho estudia el derecho en acción, la conducta legal y las ideas jurídicas que actúan sobre esa conducta, datos que no pueden extraerse de los textos, agregando, empero, que la separación no es absoluta y la interrelación inevitable y conveniente ¹.

El problema no solamente interesa al teórico, sino también al profesional y al estudiante. Hace un siglo, Alberdi destacaba que no basta saber leyes para saber derecho ² y recientemente, Sabatier reclamaba para Francia la necesidad de que se enseñara a los estudiantes el derecho de 1957. ³

Ni el Derecho se agota en el análisis de la norma, ni el conjunto de textos legales puede darnos una idea completa del derecho vigente. Ni siquiera la práctica de ese derecho, tal cual la realizan los órganos estatales, y en particular, los magistrados, constituye garantía suficiente, ya que a veces, para decirlo con palabras de Llewellyn ⁴, se hace necesario indagar lo que los jueces hacen, porque esa conducta puede diferir con lo que ellos dicen que hacen.

¿Cuáles son las normas que debe estudiar el jurista? ¿Cómo distingue una norma vigente de la que no es? ¿Leyendo los códigos o la constitución? ¿O los fallos judiciales?

Quien lea el artículo 5 de la Constitución Nacional podrá creer que en nuestro país el Gobierno Federal garantiza a cada Provincia el goce y ejercicio de sus instituciones, siempre y en tanto asegure un sistema representativo republicano, la administración de justicia, el régimen municipal, y la educación primaria, pero la experiencia de las intervenciones federales revela el incumplimiento de esa norma y su sustitución por otra, realmente vigente, que dice más o menos así: "Bajo estas condiciones, el Gobierno Federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones, salvo que los intereses políticos del partido oficialista aconsejen lo contrario".

Señalaba un profesor de esta casa que el "constituyente de 1853-60 prescribió normas que habían sido pensadas para concederle al país los beneficios del progreso, y que de ningún modo herían la esencia del federalismo" pero el posterior advenimiento de intereses adversos impidieron su vigencia y causaron el advenimiento de una legalidad espuria, *contra legem*, que "muestra la mayoría de las provincias reducidas a virtual coloniaje económico", agregando que mientras subsistan aquellos motivos de poder, cualquier altera-

DERECHO

ción del texto constitucional “estará condenada a una derogación fáctica, pero no menos efectiva.”⁵

Una cláusula constitucional promete libertad de enseñar y de aprender, y en nombre de ella, hemos tenido dos regímenes universitarios diferentes: monopolio estatal, primero; coexistencia de la enseñanza estatal y privada, luego.

Si el simple conocimiento de las normas constitucionales no basta para distinguir cuales son las vigentes, la complicación crece respecto a la legislación común y se agrava con la de excepción (basta tener presente nuestra legislación en materia de locaciones urbanas y rurales).

Rara es la ocasión en que los tratadistas señalan cuáles son las normas que realmente se aplican en el proceso y todo letrado ha padecido alguna vez las observaciones agudas y cáusticas del cliente que constata aspectos del proceso tal cual es y no tal como se dice que es.

El papel de la ficción en el proceso es uno de los factores que más han contribuido para configurar en la opinión pública un arquetipo de juez y de abogado que no contradice aquéllos que dibujara Daumier.

La actitud de respeto e interés de la población hacia el régimen de juicio oral penal en nuestra provincia, no reconoce otro origen que la atestiguación de una correspondencia entre “lo que ve” y lo que “se dice que se está haciendo”. Otro tanto podríamos afirmar respecto a nuestros tribunales laborales.

Pero el objeto del Derecho no se reduce al estudio de las normas jurídicas, ya que abarca también a los órganos que las aplican y crean. No podemos desligar el Derecho de cierto tipo de organización social llamada Estado y de ciertos órganos estatales facultados para dirimir conflictos y aplicar sanciones.

La importancia de los órganos estatales, su facultad de aplicar y crear normas jurídicas, todo un capítulo de la Ciencia del Derecho, ha sido oscurecido por una ideología que se remonta a la codificación francesa, cuando se proclamó a la legislación fuente única del derecho. Dirá nuestro codificador en tono grave y convencido: “El uso, la costumbre y la práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos”.⁶

El interés despertado por los repertorios de jurisprudencia judicial y administrativa, sólo aparece superado por el que provoca el rol del funcionario y la función y papel de la burocracia. Un oficio podrá ser rechazado en una Secretaría según lleve, por ejemplo, un saludo final que diga: "Saludo a Vd. muy atte." o "Dios guarde a Vd.". Y el edicto deberá decir "El Juez..." o "El señor Juez..."

Y ya estamos invadiendo territorio de la Sociología del Derecho.

Hace más de cincuenta años, Durkheim señaló los dos grandes temas de la Sociología del Derecho⁷:

a) Cómo se han constituido históricamente las reglas jurídicas, es decir, cuáles son las causas que las suscitaron y los fines y necesidades que buscan satisfacer;

b) la manera cómo funcionan en la sociedad, es decir, cómo son aplicadas por los individuos.

Con los debidos retoques, el planteo de Durkheim sigue en pie, y en el análisis del mismo podremos apreciar no sólo la interdependencia de ambas disciplinas, sino también las zonas marginales donde los límites se confunden y pierden.

Respecto al primer punto, tanto al sociólogo como al jurista le interesa saber cómo se han constituido realmente las normas jurídicas, sus causas y los fines y necesidades que buscan satisfacer.

La legislación y la jurisprudencia, fuentes productoras de normas de autor conocido, permiten determinar en qué calidad, con qué título, un individuo crea una norma jurídica. La norma consuetudinaria tenía el prestigio del tiempo, que borraba el rostro y el nombre de los autores, mientras hoy se discuten o ponen en tela de juicio normas jurídicas generales o individuales. no tanto por lo que ellas disponen, como por la simpatía o el rencor que en nosotros despiertan sus redactores. Esa identificación corre paralela a la felicidad o posibilidad de conocer las causas o razones que motivaron la creación de la norma. Motivos que pueden ser actuales o futuros, reales o imaginados. El grueso de nuestra legislación posterior a Caseros, comenzando por la propia Constitución, lo fue con miras al futuro, para una Argentina con millones de habitantes que

DERECHO

no tenía pero que esperaba tener. La ley tenía su origen, en ese caso, en una previsión de futuro, se constituía en garantía de seguridad, orden y estabilidad para el inmigrante. Puede también tener origen en modelos extraños que carecen de arraigo en nuestro medio, como el juicio por jurados sugerido por la Constitución.

La legislación puede tener dos papeles dentro del proceso de creación de las normas: pasivo o receptivo y creador. En el primer caso, las normas se crean para encauzar la conducta social por derroteros que, contemplando problemas actuales, eviten el desorden y la intranquilidad, y en el segundo, se trata no ya de resolver el modo de hacer efectivos ciertos fines de hoy, sino prever y resolver el modo de hacer efectivos ciertos ideales sociales que recién podrán alcanzarse mañana. En un caso, se mira el presente; en el otro, el futuro. Este papel creador, esta facultad de innovación de la legislación tiene hoy el apoyo de una corriente de opinión que moviliza a los hombres de Estado para organizar la evolución social sobre planes preconcebidos, para no dejar a la generación venidera la solución de problemas en marcha. Es en esta faz de la planificación donde se necesita de la doble ayuda del jurista y del sociólogo. Cooperación imprescindible si se quieren evitar los errores de la improvisación, desde el punto de vista jurídico (una ley técnicamente deficiente puede acarrear males enormes, fomentando pleitos, torciendo fines, desvirtuando propósitos de bien público) y desde el ángulo del sociólogo, aportando los elementos reales, no imaginados, con los que se habrá de estudiar el problema y encarar la solución. Por otra parte, esa colaboración entre juristas y sociólogos evitará caer en un mal generalizado en Sud América, tal el de la recepción ciega e incontrolada, sin otra explicación que el prestigio de lo extranjero y el afán personal de quien puede exhibir la última novedad. No debe olvidarse nunca, frente a los modelos de afuera, que si ellos tienen éxito lo deben a ciertas circunstancias nacionales, a una situación socio-cultural particular, que puede no ser la nuestra. La experiencia nacional y sudamericana en materia constitucional es recomendación suficiente de que no basta crear instituciones e instrumentos republicanos para instaurar regímenes democráticos.

Mientras se estudien las instituciones jurídicas en sí mismas, desligadas de las funciones que cumplen, los fines que se proponen y la

forma en que se alcanzan, todo estudio del Derecho no pasa de una actividad esterilmente académica.

Esa cooperación ha de repercutir también en la consideración de otra fuente del derecho: la jurisprudencia. Una generalizada tendencia ha desviado la atención del estudioso del papel que cumplen los órganos estatales en la aplicación y creación del derecho, lo cual lleva a reducir nuestra disciplina al análisis y descripción de un sistema normativo. Esa separación de dos elementos sólo escindibles en teoría (normas y órganos) tiende a oscurecer el papel de los jueces en la elaboración del derecho. No obstante la labor empeñosa y sin desmayo emprendida por las corrientes del pensamiento jurídico moderno, la mayoría de los hombres de leyes persisten en reservar ciertas opiniones entre pares, evitando que algunas verdades trasciendan al público. Así es posible advertir que las obras referentes a la actividad de los magistrados judiciales y no judiciales se limitan a un minucioso y sistematizado análisis de cargos y funciones tal como resultan del texto escrito, pero nunca tal cual funcionan en la diaria labor, que se ajusta a normas de la más rancia estirpe burocrática.

La rutina administrativa puede a veces más que la mejor elaborada de las leyes. Este ocultamiento, muchas veces inconsciente, se traduce según Arnold (8), en la creación, de instituciones *sub-rosa* que ocultan las actividades de otras realmente necesarias pero que chocan contra nuestras creencias.

Tal ocurre con el divorcio.

La actitud de la sociedad argentina para con aquél ha evolucionado grandemente en la zona litoral y en las áreas urbanas, cambio al que no han sido ajenos fenómenos sociales que alteraron la composición tradicional del núcleo familiar y planteos económicos no menos urgentes. La concentración de la población en las zonas urbanas, al crear problemas de falta de espacio, de búsqueda de trabajo, de transporte, de educación, ha reducido la familia a un conjunto formado por padres e hijos, distanciándolos de sus respectivos troncos familiares. La falta de habitación y la necesidad de que ambos esposos trabajen para solventar los gastos del hogar reduce el número de los hijos y el tiempo que los padres pueden dedicarles a su educación y vigilancia se reduce a límites peligrosos. Los medios masivos de comunicación y propaganda tornan inocuas las enseñanzas de la moral hogareña tradicional, sustituida por muestras de violen-

DERECHO

cia y de valores que proclaman la inevitabilidad del aislamiento y del egoísmo. Esta quiebra axiológica torna inestables las relaciones conyugales y el status económico se convierte en el barómetro de las relaciones entre esposos. El divorcio aparece entonces como la única salida decorosa, el camino señalado por las conveniencias y el quedarán.

Estos problemas gravitan necesaria e indiscutiblemente sobre la legislación y la labor de los magistrados. Nuestro país asistirá por mucho tiempo a la puja ideológica sobre si el divorcio es bueno o malo moralmente, contrario o no a ciertas confesiones religiosas, mientras paralelamente los individuos continuarán elaborando un régimen que ya cuenta con aprobación general. Es práctica común en nuestro medio el divorcio y subsiguiente matrimonio en México, realizados por poder, y puede acreditarse que los nuevos esposos ajustan su conducta, desde el arribo del certificado mexicano, a los cánones señalados para el celebrado en nuestro país. Para la mayoría, el nuevo matrimonio es correcto y válido. No es un concubinato. Se han cumplido las formas sociales y los recaudos legales (aunque sólo tengan valor en México). ¿Y de qué manera han reaccionado legisladores y jueces? En algunos casos, los jueces consideraron pertinente la inscripción del nuevo matrimonio en el Registro Civil. En materia legislativa se ha suprimido de los registros el calificativo de hijos adulterinos y se les reconoce derecho a parte de la herencia. En ciertas reparticiones públicas, para evitar los problemas derivados de los cambios de estado civil de las mujeres y las consecuentes alteraciones de nombre, se ha seguido el camino neutral de registrar a las servidoras del Estado por el nombre y apellido de solteras.

En cuanto a los bienes de la sociedad conyugal así disuelta, el caso se resuelve en la práctica en las oficinas de abogados y escribanos, que aconsejan a las partes y convienen la forma de la participación de los bienes, las cuotas por alimentos para la esposa e hijos, régimen de visitas, etc.

Tanto el estudio de las sociedades en general, como la propia y cotidiana experiencia, nos permiten comprobar un dato indiscutido: los hombres no actúan de manera arbitraria ni caprichosa, sus conductas se conforman a patrones aceptados y reconocidos, con la

particularidad de que en aquellos casos en que las conductas se apartan de lo señalado como debido, lo hacen ajustándose a otros patrones sociales dictados por la banda, la sociedad secreta, el partido proscrito. Los móviles que generan el hacer o el omitir de los hombres reconocen concretos intereses.

El interés que mueve a los hombres a realizar una conducta en desmedro de otras posibles (debidas o indebidas, lícitas o ilícitas, buenas o malas), no es un estado mental, sino la concreta relación entre un fin que se propone como meta a alcanzar y los medios que lo harán posible. No podemos confundir deseo con interés, a menos que el primero sea el punto de arranque de una actividad del hombre destinada a alcanzar el fin propuesto, ya que si alguien se dispone a llevar a cabo determinada empresa y descubre luego de cumplidas ciertas etapas, que el fin propuesto es absoluta o momentáneamente inalcanzable, habrá que modificar el proyecto original, alterar el fin.

Los intereses pueden ser de diversa naturaleza: políticos, económicos, religiosos, raciales. En todos los casos se trata de satisfacer alguna necesidad natural o cultural en una sociedad y en un tiempo y espacio dados, y estando conformados por las tradiciones, creencias y conocimientos de aquella, resultan a los ojos de cada individuo, por obra de una deformación valorativa, las únicas soluciones posibles, se convierten en fines en sí mismos y excluyen de su campo mental toda otra posible acción u omisión. Como señala Lippmann. "mi sistema moral descansa sobre mi aceptada versión de los hechos, quien niegue mis juicios morales o mi versión de los hechos es perverso, enemigo, peligroso... porque si bien estamos dispuestos a admitir que en toda cuestión hay dos lados, nadie está dispuesto a aceptar que haya dos lados en lo que consideran un *hecho*".⁹

Esta particularidad de los intereses, que sirven de base a un sentimiento de coparticipación, fortificando la cohesión de los grupos humanos, constituye uno de los factores más importantes para la salvaguarda del orden social.

El Derecho no es ajeno a este planteo, al punto que puede considerársele desde este ángulo una técnica al servicio de intereses sociales. Cada sociedad exhibe una constelación de variados intereses, condicionados en número, calidad y extensión al grado de cultura

DERECHO

alcanzado y el derecho protegerá unos y buscará eliminar otros, al calificarlos de lícitos o ilícitos, al par que asegura por vía coactiva la aplicación de sanciones para los infractores. Pudo decir Ihering con razón, que el orden jurídico constituye la garantía de las condiciones de vida de la sociedad.¹⁰

En tiempos de cambios sociales veloces, cuando los valores y las instituciones deben hacer frente a una movilidad social pronunciada, los nuevos intereses aparecen en abierta hostilidad con los antiguos y los individuos incurren en conflictos, poco dispuestos a admitir "los dos lados del hecho". El derecho resulta para unos el protector de intereses privilegiados, para otros, la salvaguarda del orden social encarnado en los propios intereses. En tales ocasiones, los intereses contrapuestos y en guerra se convierten en factores de disgregación social, de inestabilidad y relajamiento de los lazos comunitarios de convivencia,

Pudo decidir Ihering hace un siglo que "con los intereses del pueblo se modifica también el derecho, cuya misión consiste precisamente en asegurar por la coacción exterior las condiciones indispensables de vida en la sociedad. La medida de los intereses es, por lo tanto, variable, y sería realmente desconocer por completo la importancia del asunto, el pretender tratar *abstractamente* la cuestión de los intereses que se deben proteger jurídicamente, como si fuera posible llegar a la misma solución para todos los pueblos y para todos los tiempos."¹¹

La relación de los intereses sociales y el Derecho es problema casi desconocido en el estudio y enseñanza de la disciplina. Autores hay que se lamentan del descendimiento y caída del contrato, otros denuncian el empleo de leyes de orden público para satisfacer mezquinos apetitos en desmedro de la comunidad. Olvidan que cada institución ha sido creada para determinada misión, para alcanzar cierto objetivo, que la norma jurídica, como el derecho todo, es un *instrumento* creado por el hombre para alcanzar un orden social que garantice la felicidad de un grupo o de todos. El tipo de contrato estructurado por nuestro código civil, sigue las líneas del modelo francés concebido sobre las ruinas del contrato medioeval de vasallaje, y no tiene mejores ni peores títulos a la perennidad que aquél que reemplazó. La crisis de ese tipo de contrato evidencia que los supuestos que lo fundamentan no se dan o se han alterado hoy día.

Las leyes de orden público pueden tener su origen en intereses sociales que pueden llegar a conmover la paz social si no son satisfechos ni garantidos, pero también pueden ser el recurso de quienes busquen escapar al control jurisdiccional protegiendo intereses de una minoría. En ambos casos el instrumento legal es el mismo, cambia y se altera el fin a que sirve.

¿Ignora el hombre de la calle la importancia de leyes con intereses descarnados a la vista, como los contemplados en la llamada ley de alquileres?

A comienzos de este siglo, Kantorowicz destacó lo que había de realidad y de mito en la imagen que del hombre de leyes habían forjado los hombres de leyes. Dice que por un lado tenemos "un cierto funcionario de cierta categoría, con carrera, que se encuentra sentado en su celda, armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. En esta celda se halla sólo una mesa verde sobre la cual está adelante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto, y de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él domina, llegar a la solución predibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta";¹² por el otro, ese ideal ha sido desmentido por la experiencia, aunque en teoría se lo haya rodeado de fuertes garantías y pretendido convertírsele en verdad indiscutida e indiscutible.

Ese dualismo ha difundido una absurda y tajante distinción entre teoría y práctica, y toda vez que se encara la reforma de un plan de estudios o de los sistemas de enseñanza, no falta quien se pregunte si la misión de la Facultad es crear juristas o abogados. Es decir, teóricos (provistos de la fina máquina de pensar) o practicones tribunalicios (rábulas).

La continuada y beneficiosa colaboración entre juristas y sociólogos ha de contribuir a eliminar este tipo de ideología profesional. Tanto el médico como el abogado han acreditado su menester a la luz de la experiencia, exhibiendo conocimientos y técnicas, y no porque usaran barba, toga y mascullaran latines por aproximación.

DERECHO

En períodos de crisis sociales, cuando la opinión pública aparece dividida por intereses contrapuestos, en momentos en que el sistema jurídico imperante es puesto en duda, discutido, cabe al jurista señalar los caminos del orden y la seguridad, para alcanzar la paz social que todos quieren y no se alcanza. Los tiempos que vivimos son de prueba para hombres e instituciones, y el Derecho (sean normas, sean órganos estatales), no escapa a la discusión, la crítica y la negación. En la tarea pueden trabajar codo con codo el jurista y el sociólogo del derecho, la vista puesta en el bienestar y la tranquilidad sociales, sin bizantinas discusiones de límites. Lo que la humanidad pide a los científicos son resultados, arbitrios para alcanzar un mundo mejor, con menos desdicha y más confraternidad. Las teorías no se justifican con teorías, sino por el éxito, con logros satisfactorios. Con esto no se quiere significar que sean los juristas los únicos capacitados y responsables en la solución de los problemas sociales, sino que ellos, en su condición de hombres de ciencia, están en condiciones de aportar sus luces al esclarecimiento y solución de necesidades comunitarias, tarea en la que necesariamente invadirán terrenos de la sociología, lo que no deberá ser mal mirado por él ni por el sociólogo, sino con alborozo, ya que la labor del científico del derecho no radica en perseguir el descubrimiento de esencias y conceptos fundamentales a-priori, ni cercar el predio propio o alcanzar la Justicia, el Bien o la Felicidad Social, sino arbitrar y resolver concretos casos de justicia, de bienestar y de paz sociales.

BIBLIOGRAFIA

- 1 *Alf Ross*: "On Law and Justice", Londres, 1958, Stevens & Sons Limited, ps. 19 y 20.
- 2 *Juan Bautista Alberdi*: "Fragmento preliminar al estudio del derecho" Buenos Aires, 1955, Librería Hachette S. A., ps. 43 y 45.
- 3 *René Savatier*: "Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui", París, 1959, Librairie Dalloz, p. 77.
- 4 *K. N. Llewellyn cit. por José Puig Brutau*: "La jurisprudencia como fuente del derecho", Barcelona, s.f., Bosch, p. 25.
- 5 *Julio Oyhanarte*: "Aspectos económicos del federalismo", Buenos Aires, 1957, Rev. "Lecciones y Ensayos", Suplemento nº 1, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, p. 51.
- 6 Artículo 17 segunda parte del Código Civil.

7 *Emile Durkheim*: "Leçons de Sociologie", Paris, 1950, Presses Universitaires de France, p. 5.

8 *Thurman Arnold*: "The Folklore of Capitalism", New Haven, 1950, Yale University Press, p. 84.

9 *Walter Lippmann*: "Public Opinion", Nueva York, 1960, The MacMillan Company, p. 126.

10 *Rudolf von Ihering*: "El fin en el derecho", Madrid, s.f., Ed. B. Rodriguez Serra, p. 274.

11 *Rudolf von Ihering*: "3 estudios jurídicos", Buenos Aires, 1960, Bibliográfica Omeba, p. 68.

12 *Germán Kantorowicz (y otros)*: "La Ciencia del Derecho", Buenos Aires, 1949, Editorial Losada, p. 329.