

DERECHO Y REALIDAD SOCIAL

Miguel Villoro Toranzo *

Vamos a reflexionar sobre tres cuestiones que atañen las relaciones entre el Derecho y lo que podemos llamar la realidad social, para distinguirla de aquellas otras realidades que afectan más directamente a los individuos como son las realidades psicológicas y las espirituales (entre éstas, las morales). Generalmente se suelen plantear desde posturas más o menos afines al Sociologismo jurídico. La primera es la identificación que hacen algunos entre Derecho y coacción. ¿Qué mejor manera de reconocer al Derecho —así piensan los sociólogos— que por la aparición de la coacción? Allí donde una norma apareciera acompañada de la coacción tendríamos Derecho. La segunda cuestión consiste en ver al Derecho como el mero producto de las fuerzas sociales, planteamiento esencialmente sociológico. La tercera, muy difundida por el pensamiento marxista, ve en el Derecho un instrumento de control social construido por la minoría gobernante para mantenerse en el poder y lograr de los súbditos aquellas conductas que benefician a la minoría. Son tres cuestiones que de alguna manera relacionan al Derecho con la realidad social. Trataremos de ver hasta dónde llega la verdad de tales afirmaciones. Nuestro estudio va a ser, por lo tanto, una reflexión sobre los datos de la realidad tal como la observa la Sociología y así todo él no es más que un intento de diálogo con el Sociologismo jurídico.

1) El Derecho y la coacción.

Escribe el sociólogo alemán Max Weber (1864-1920): “Un orden debe llamarse: ... *Derecho*: cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observación de ese orden o de castigar su transgresión”⁽¹⁾. (La cursiva es del autor).

Comencemos por recordar que, en el enfoque propio de la Sociología, todo fenómeno social está vinculado a la fuerza o coacción. En efecto, para que un fenómeno

* Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Iberoamericana y en la Escuela Libre de Derecho.

(1) Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*. Trad. de José Medina Echavarría y otros. Fondo de Cultura Económica, México, 2a. reimpresión de la 2a. ed. en español, 1969, Vol. I, pág. 27.

pueda ser llamado “social” desde el punto de vista sociológico debe ejercer un influjo sobre los miembros del grupo. Durkheim explicaba así los hechos o fenómenos sociales: “Se trata, entonces, de modos de actuar, de pensar y de sentir que exhiben la notable propiedad de que existen fuera de las conciencias individuales. Estos tipos de conducta o de pensamiento no sólo son exteriores al individuo, sino que están dotados de un poder imperativo y coercitivo en virtud del cual se le imponen, quiéralo o no”⁽²⁾. Es decir, todo fenómeno social, además de ser transpersonal, se caracteriza por producir un influjo tan poderoso en los individuos que Durkheim lo llama poder imperativo y coercitivo. ¿En qué consiste ese poder? Durkheim explica que se manifiesta en diversas formas pero lo común a todas ellas es que ese poder “se afirma tan pronto intento resistir”. “Las reglas del Derecho reaccionan contra mí de modo que impiden mi acto, si aún es tiempo para ello, o lo anulan y lo restablecen en su forma normal, si ya fue ejecutado y es reparable, o me obligan a expiarlo si no es posible repararlo de otro modo. ¿Se trata de máximas puramente morales? La conciencia pública se opone a todo acto que la ofende mediante la vigilancia que practica sobre la conducta de los ciudadanos y las penas especiales que puede aplicar. En otros casos, la imposición es menos violenta, pero no por ello puede negarse su existencia”⁽³⁾. A estas formas externas de coacción hay que añadir las presiones más sutiles que trabajan en el subconsciente, al modo del Superego freudiano. Todo ser humano, en la medida que se identifica con un grupo y los ideales por él propuestos, se siente culpable cuando no actúa conforme a esos ideales. Si volvemos ahora a la definición propuesta por Max Weber, vemos que él, como sociólogo que es, especifica que el tipo de coacción en que consiste el Derecho se manifiesta, en primer lugar, externamente y, en segundo lugar, es una coacción institucionalizada sobre la base de un cuadro de individuos que están instituidos para aplicarla profesionalmente.

La coacción, fuerza o violencia externa e institucionalizada, que se hace a alguien para que ejecute una conducta en contra de su voluntad, parece ser el signo externo, verificable empíricamente, que nos permitiría identificar sociológicamente al Derecho y distinguirlo de otras fuerzas sociales, tales como las morales, las meras costumbres y los convencionalismos de etiqueta. Esto es lo que observó e incorporó Max Weber en la definición del Derecho que acabamos de exponer. Por otra parte, la coacción como rasgo asociado a la naturaleza del Derecho tiene una historia muy antigua, que precede muchos siglos al enfoque sociológico. Recordemos dos hitos significativos en esa historia. Santo Tomás de Aquino (1225-1274) escribió que “la ley, por su misma noción, importa dos cosas: ser regla de los actos humanos y tener fuerza coactiva”⁽⁴⁾ y habla de “la fuerza coactiva que debe tener la ley para inducir

(2) Emile Durkheim, *Las reglas del método sociológico*. Trad. de Anibal Leal. La Pléyade, Buenos Aires, 1978, pág. 30.

(3) *Ibidem*.

(4) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I - II, q. 96, a 5, c.

eficazmente a la virtud”⁽⁵⁾. Mucho más cerca de nosotros, Immanuel Kant (1724-1804) escribió: “todo Derecho en sentido estricto (*ius strictum*) está unido a la facultad de ejercer la coacción”⁽⁶⁾; “Derecho y facultad de coacción significan, por tanto, una y la misma cosa”⁽⁷⁾. Ciertamente la coacción —o más exactamente, la coactividad, es decir, la facultad de emplear la coacción— sirve para distinguir al Derecho tanto de la Moral como de la convención o costumbre social, cuya violación sólo tropieza con “una (relativa) reprobación general”⁽⁸⁾ pero no con la coacción física y psíquica. En efecto, una actividad coaccionada se opone a una actividad libre y espontánea; la primera implica que se ejerce alguna especie de fuerza o presión que limita la libertad y espontaneidad del sujeto coaccionado, pero “el aparato coactivo puede ser estructurado de manera muy diversa”⁽⁹⁾ y puede ir desde “la amenaza inmediata de violencia física u otros perjuicios”⁽¹⁰⁾ hasta la “propensión cada vez mayor al uso de la fuerza”⁽¹¹⁾.

Si comparamos el concepto weberiano del Derecho con el propuesto por Marx y Gumpłowicz, observamos que, aunque coinciden en lo esencial, el primero tiene una formulación mucho mejor elaborada sociológicamente. La coincidencia se da en que se señalan dos rasgos comprobables empíricamente: la vinculación del Derecho con la fuerza o coacción externa y su origen en un subgrupo minoritario. Pero, a partir de esta coincidencia, se inician las diferencias. Para Weber, la vinculación con la coacción no se da por una ley de necesidad sino sólo de probabilidad; en cambio para Marx y Gumpłowicz, la vinculación es férrea, sin excepciones ni desfallecimientos: el Derecho siempre opera con la inevitabilidad de ser un instrumento de sojuzgamiento y, por lo tanto, siempre actúa coactivamente. En esta diferencia, la posición de Weber es la que está conforme con la Sociología actual, que ya no cree en leyes sociológicas inflexibles y deterministas sino en leyes de aproximación estadística. Otra diferencia se da en la descripción del subgrupo minoritario que origina al Derecho: para Marx y Gumpłowicz es la clase dominante, aunque el último también habla de grupos raciales; para Weber es “un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia del orden jurídico o de castigar su transgresión”. La descripción de Weber nos parece muy superior a la de Marx y Gumpłowicz, no sólo por lo discutible que es esta última, sino porque, además de ser más flexible y realista, se presenta exenta de valoraciones (*value free*). Pero de esta cuestión diremos más en el apartado siguiente, donde consideraremos al Derecho como producto

(5) *Id.*, I - II, q.90, a 30, ad. 2.

(6) Immanuel Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho*. Trad. de Felipe González Vicén. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 88.

(7) *Id.*, pág. 85.

(8) Max Weber, *op. cit.*, vol. I, pág. 27; cfr. págs. 258 a 268.

(9) *Id.*, pág. 256.

(10) *Id.*, pág. 121.

(11) *Id.*, Vol. II, pág. 662.

social. Ahora nos concentraremos en la vinculación del Derecho con la coacción o, mejor, con la coactividad.

La cuestión presenta dos caras: una sociológica, la otra de ontología jurídica. Desde la cara sociológica nos preguntamos si, allí donde observamos normas que tengan la probabilidad de ser garantizadas por la coacción, podemos ya sin más decir que se trata de Derecho. La Ontología jurídica, disciplina filosófica, se pregunta por la esencia del Derecho. Aquí la cuestión ha sido bien planteada por Esther Díaz Arciniega en un excelente estudio sobre la coercitividad jurídica. Entiende por tal lo mismo que nosotros venimos llamando coactividad jurídica, es decir, la capacidad de emplear la fuerza. Escribe esta autora: “todos los pensadores —con la única excepción de los anarquistas, y afines a éstos— sostienen que se puede y debe emplear la fuerza, la violencia física, para imponer la realización de las normas jurídicas, cuando esto sea necesario y sea también posible de hecho. La diferencia entre coercitivistas y no coercitivistas consiste sólo en que la coercitividad es para los primeros una nota esencial de la norma jurídica; mientras que para los segundos, el uso de la coacción es algo que legítimamente sobreviene cuando se produce una rebelión o conato de infracción, que sea evitable o remediable mediante el uso de la fuerza”⁽¹²⁾.

El sociólogo Nicholas S. Timasheff (n. 1866) considera⁽¹³⁾ al Derecho como un fenómeno histórico, producto del desarrollo cultural y resultado de la confluencia de las fuerzas políticas y de las convicciones éticas de todos los miembros del grupo, incluyendo los que detentan el poder. “El Derecho —insiste— es, hablando sociológicamente, la interpenetración de las convicciones del grupo y de las relaciones de poder. El Derecho encarna el poder social, porque es impuesto por una minoría del grupo sobre la mayoría conforme. Pero es también más y menos que el poder, porque su fuerza depende del apoyo que le otorguen las convicciones éticas de todo el grupo, incluyendo los que ejercen el poder. Psicológicamente, la observancia jurídica depende no únicamente de la sumisión a determinado poder, sino de la conformidad a las presiones indeterminadas del grupo”⁽¹⁴⁾. Por lo tanto, Timasheff observa desde el punto de vista sociológico que el Derecho no es cualquier fuerza sino una fuerza que es valorada por el grupo y por la minoría que detenta el poder como debida moralmente. Si la fuerza sirve para distinguir al Derecho de la Moral, de la Religión, de las costumbres y de los usos sociales, el elemento moral o ético sirve para distinguirlo de lo arbitrario, y de la mera fuerza bruta. Dando un paso más adelante, el antropólogo Bronislaw Malinowski (1884-1942) observa que, de otros dos elementos, el de la fuerza y el de las convicciones morales del grupo social, el segundo es el más importante, porque el Derecho existe aún en sociedades primitivas en

(12) Esther Díaz Arciniega, *La coercitividad jurídica. Prevención, ejecución, pena*. Porrúa, México, 1964, pág. 87 y sig.

(13) Véase su *Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge, Massachusetts, 1939.

(14) Julius Stone, *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford University Press, California, 1966, pág. 643.

las que falta un poder capaz de imponer por la fuerza el Derecho⁽¹⁵⁾. Lo cual, después de todo, corresponde a lo que dice el sentido común: nadie llama Derecho a las reglas dictadas por un gangster o a la extorsión impuesta por un jefe de la mafia, pero sí estamos dispuestos a llamar Derecho a aquellas normas constitucionales (como las facultades y deberes que definen al puesto del Presidente de la República) que carecen del respaldo de la coacción. Por eso, ontológicamente, se ha defendido que la coactividad no pertenece a la esencia del Derecho sino a su naturaleza⁽¹⁶⁾, es decir, puede darse Derecho sin coactividad pero todo Derecho reclama que, hasta donde sea factible, la coactividad acompañe a las normas jurídicas. Dicho en otras palabras: el Derecho requiere de la fuerza, no para existir, sino para lograr eficacia, pero el Derecho no es fuerza sino que se sirve de la fuerza para lograr sus fines. La aplicación de estas ideas puede dar luz al caso debatido del Derecho Internacional: los tratados internacionales son considerados Derecho por las partes contratantes, no son Moral ni tampoco meras costumbres, aunque muchas veces incorporan reglas morales y costumbres; desgraciadamente su imperfecta coactividad redundará en su imperfecta eficacia. En realidad, la fuerza permanece extrínseca al Derecho, a veces le sirve de instrumento, otras es el objeto que el Derecho controla, porque —como dice acertadamente Edgar Bodenheimer⁽¹⁷⁾— “la evolución jurídica... consiste en las limitaciones gradualmente puestas al ejercicio del poder arbitrario en el curso de ese desarrollo. Estas limitaciones son producidas por varias fuerzas que difícilmente pueden pretender ser colocadas bajo el denominador común de la ‘ética’. Las presiones políticas, la necesidad de compromisos, la lucha de las clases por su emancipación, las fuerzas económicas y psicológicas y toda una serie de otros factores contribuyen al desarrollo del Derecho”. El sociólogo no niega la existencia de otras fuerzas sociales capaces de contrarrestar o de moldear la fuerza del Derecho, pero insiste en que esta última opera siempre en el mismo sentido: el de equilibrar y ordenar racionalmente conforme a determinados valores a las demás fuerzas sociales.

Rudolf von Ihering (1812-1892), jurista que aborda la cuestión desde planteamientos realistas, defendió que “sólo aquellas normas establecidas por la sociedad que tienen tras sí la coacción estatal, merecen el nombre de Derecho”⁽¹⁸⁾. La razón de su posición la explica él mismo así: “Si el reconocimiento general y la observancia efectiva de ciertas normas de la acción humana bastasen para imprimirles el sello del

(15) Tal es la tesis del libro de Malinowski *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje* (trad. de J. y M. T. Alier, Ariel, Barcelona, 5a. reimpresión, 1956).

(16) En el pensamiento escolástico, se distingue entre esencia y naturaleza. La primera responde a la pregunta “¿qué es la cosa?”; la segunda explica el modo normal de ser de la cosa. La esencia comprende todos los elementos esenciales, ninguno de los cuales debe faltar para que exista la cosa. La naturaleza es la proyección de la esencia en su operar. Por ejemplo, la racionalidad pertenece a la esencia del ser humano, en tanto que la capacidad de reírse es de su naturaleza pero no de su esencia.

(17) Edgar Bodenheimer *Teoría del Derecho*. Trad. de Vicente Herrero. Fondo de Cultura Económica, México, 3a. ed., 1964, pág. 364.

(18) *El fin en el Derecho*. Trad. de Diego Abad de Santillán Cajica, Puebla (Pue., Méx.), 1961, T. I, pág. 237.

Derecho..., la Moral y las costumbres merecerían también ese nombre, pues no les falta tampoco el reconocimiento general ni la observancia, y toda la diferencia entre Derecho, Moral, costumbre sería abolida así. La coacción aplicada por el Estado en la ejecución constituye el criterio absoluto del Derecho; una norma jurídica sin coacción jurídica es una contradicción en sí, un fuego que no arde, una luz que no ilumina⁽¹⁹⁾.

Pero, a continuación, reconoce que hay normas del Derecho Internacional y del Derecho Público en las que “el Derecho no puede establecer la organización de la coacción a la que aspira por otra parte”⁽²⁰⁾. “En algún punto en la máquina estatal de la coacción tiene que terminar la condición de estar obligado y quedar solamente la condición de obligar”⁽²¹⁾. Por otra parte, el juramento que se pide a los jurados —y añadiríamos nosotros: también a algunos funcionarios— “constituye, del mismo modo que en la constitución monárquica el compromiso del monarca, la culminación de toda la institución,... pero también aquí queda la coacción a su vez detrás de la idea del Derecho, no porque no la quisiera seguir, sino porque no puede seguirla. Llegamos de ese modo al resultado que hay dentro del orden jurídico puntos en que fracasa la coacción”⁽²²⁾. Von Ihering no duda que esas normas e instituciones carentes de coactividad son Derecho y la razón que ahora da es que todas ellas “promueven la misma exigencia de observancia ineludible que las otras normas de Derecho, y su desprecio es considerado como el de las últimas, *lesión del Derecho*, no sólo como acción inmoral”⁽²³⁾. Además esa “exigencia de observancia ineludible” corre a cargo del Estado. Así von Ihering acaba llegando a nuestra posición.

En otra parte⁽²⁴⁾ hemos explicado cómo se distinguen las normas jurídicas de las morales y de las religiosas. Basta decir aquí que la obligatoriedad de las primeras se manifiesta en la promulgación y publicación de las mismas por parte de los órganos estatales, en tanto que la de las dos últimas se manifiesta en la conciencia (y, en las religiosas, además, en la Revelación propia de la religión respectiva). Por otra parte, la obligatoriedad jurídica impone deberes correlativos (según la terminología de Stammler, es vinculatoria), principalmente externa y se apoya, cuando puede, en la coacción, mientras que la obligatoriedad de las normas morales y religiosas sólo impone deberes (es unilateral), es principalmente interna y no es coercible.

Tal vez la insistencia de von Ihering en relacionar al Derecho con la coacción deba atribuirse a otra idea que le es muy querida. Para él, “la vida del Derecho es lucha... El Derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente... Derecho es tra-

(19) *Id.*, pág. 238 y sig.

(20) *Id.*, pág. 241.

(21) *Id.*, pág. 242.

(22) *Id.*, pág. 243.

(23) *Id.*, pág. 240.

(24) Véase el capítulo XX titulado “La norma jurídica y sus caracteres”, de nuestra *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa, México, 8a. ed., 1988, pág. 465 y sigs.

bajo incesante, no sólo del poder del Estado sino de todo el pueblo”⁽²⁵⁾. “El mantenimiento del orden jurídico por parte del Estado no es más que una lucha incesante contra la ilegalidad que lo ataca”⁽²⁶⁾. Es claro que lo que se conquista y se defiende con tanto esfuerzo y sacrificio tenga una “exigencia de observación ineludible” dispuesta a echar mano de la coacción cuando ésta sea posible. Von Ihering reaccionaba contra la concepción de Savigny y Puchta, según la cual “la formación del Derecho procede tan inadvertidamente y sin dolor como la del lenguaje, no requiere ninguna pugna, lucha, ni siquiera la búsqueda, sino que es la fuerza de la verdad que obra silenciosamente, que se abre camino sin esfuerzo violento, lenta, pero seguramente”⁽²⁷⁾. Von Ihering subraya que el Derecho como pensamiento es fruto del trabajo humano, obra que exige esfuerzos y luchas constantes contra la ignorancia, la inexperiencia, los egoísmos enraizados y transformados en derechos adquiridos, en resumen, contra todas las injusticias de la tierra. Pero no confundamos las energías vigorosas que animan la lucha por el Derecho con la esencia del mismo. Esta última es —como dice von Ihering— una exigencia de observancia ineludible que lleva consigo la capacidad de servirse de la fuerza, pero no es la fuerza misma.

En conclusión, una visión auténticamente sociológica del Derecho debe evitar todo reduccionismo. El Derecho ni es mera fuerza, ni sólo convicción ética, ni tampoco mero reflejo o superestructura de lo económico o de lo psicológico. El Derecho es producto del complejo de todas las fuerzas sociales, pero, en medio de ellas, se caracteriza por una voluntad social de raigambre moral que pretende imponerse necesariamente a las demás fuerzas sociales y, para ello, tiene que recurrir a la coacción. La teoría sociológica de los controles sociales, elaborada por autores norteamericanos en el primer cuarto del presente siglo (E.A. Ross, Cooley, Dowd, Landis y, en especial, Roscoe Pound) apunta en esta dirección⁽²⁸⁾. Y aquí volvemos a la definición de Max Weber: para tener eficacia como fuerza de control social, el Derecho debe institucionalizarse, debe establecer “un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observación del orden jurídico o de castigar su transgresión”. Lógicamente el Derecho preexiste a la existencia de ese cuadro de individuos, lo crea y se sirve del mismo para realizar sus fines. Por lo tanto, la fuerza no pertenece a la esencia del Derecho sino que es propia de su naturaleza; la fuerza permite que el Derecho positivo se haga eficaz, pero el Derecho existe como una “exigencia de observancia ineludible” de raigambre moral que obliga jurídica y no sólo moralmente aunque no disponga de la fuerza.

(25) Rudolf von Ihering, *La lucha por el Derecho*. Trad. de Diego Abad de Santillán. Cajica, Puebla (Pue., Méx.), 1957m pág. 45.

(26) *Id.*, pág. 48.

(27) *Id.*, pág. 49.

(28) Véase en Georges Gurvitch, *Traité de Sociologie*, P.U.F., Paris, 1962, 187 y sig. una breve exposición y crítica de dicha teoría.

2) El Derecho como producto social.

La Teoría General del Derecho tradicionalmente estudia los procesos de manifestación de los imperativos jurídicos bajo el tema de las fuentes formales del Derecho. Por ellas se preguntan los juristas cómo se manifiesta la creación del Derecho y cuándo determinadas normas adquieren validez y vigencia jurídicas. Luis Recaséns Siches (1903-1977) insistía en que, al tratar las fuentes formales del Derecho, “hay que diferenciar cuidadosamente dos problemas enteramente diversos, a saber: 1o. El problema de la fuente común, o mejor dicho, fundamento o causa común, de vigencia jurídica de todas las normas, [...] y 2o. El tema acerca de cómo se han elaborado realmente en la historia los contenidos jurídicos concretos, es decir, de cuáles son los procesos sociales a través de los cuales han surgido los contenidos del Derecho, lo cual constituye una investigación de Sociología genética”⁽²⁹⁾. Al primer problema contestaremos diciendo que es la voluntad de todo el grupo social, organizado políticamente en Estado, la que es el fundamento de la vigencia jurídica de todas las normas. En este sentido es como afirmamos que el Derecho es un producto social. Pero la voluntad comunitaria de la sociedad tiene diversos cauces de manifestación, que varían según el sistema jurídico-político que acepta cada sociedad. Esos cauces de manifestación son lo que se llama “fuentes formales del Derecho”, entre las que se mencionan al proceso legislativo, al consuetudinario, a la jurisprudencia, a la doctrina, al convenio y a la voluntad unilateral.

Decir que el Derecho es un producto social significa oponerse, en primer lugar, al concepto del Voluntarismo jurídico que considera al Derecho como un producto ya acabado una vez que ha sido declarado obligatorio por la voluntad estatal, y, en segundo lugar, a aquellos que, siguiendo las huellas del sofista Trasímaco de Calcedonia⁽³⁰⁾, como Marx y Gumplowicz, creen que el Derecho es producido por la minoría dominante, es decir, por los más fuertes, para imponerse a la mayoría sojuzgada. Distinguimos así al Derecho positivo o Derecho estatal, que es aquél que es promulgado como obligatorio por las autoridades competentes, del Derecho vigente, que requiere para su vigencia del asentimiento de la voluntad de la comunidad. Nuestro concepto de “Derecho vigente”, que, por cierto, no es generalizado, es un concepto sociológico y no jurídico. Esta diversidad de enfoques debe ser aclarada.

El punto de vista jurídico sobre la vigencia del Derecho se mueve exclusivamente dentro del segundo problema señalado por Recaséns Siches: comienza constatando que las normas han sido elaboradas conforme a alguna de las fuentes formales admitidas en el sistema de Derecho al que pertenece el jurista y prosigue verificando si esas normas así nacidas —que son Derecho positivo— no han sido abrogadas o de-

(29) Luis Recaséns Siches, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1959, pág. 283.

(30) Platón, en *La República* (Libro I, 338), atribuye las siguientes palabras a Trasímaco: “Digo que la justicia no es otra cosa sino aquello que es ventajoso al más fuerte”.

rogadas por normas posteriores también de Derecho positivo. Entonces, para el enfoque jurídico, Derecho vigente equivale a Derecho positivo que no ha sido abrogado o derogado. Por lo tanto, la noción de vigencia añade a la de positividad la idea de una exigencia *actual* de observancia. Derecho positivo no vigente es aquél que, habiendo nacido conforme a una fuente formal válida, ya no tiene exigencia de observancia, aunque la tuvo, como el Código Civil de 1884 derogado por el de 1928. Para los órganos estatales este es el único punto de vista sobre la vigencia del Derecho. En cambio, el punto de vista sociológico contempla a las fuentes formales en relación con el primer problema señalado por Recaséns Siches y se pregunta hasta qué grado expresan y se fundamentan en la causa común de vigencia de todas las normas, es decir, en la voluntad de todo el grupo social. Esto transforma la noción de vigencia: ya no basta la exigencia de observancia actual por parte de los órganos estatales, sino que es necesaria la adhesión de la voluntad del grupo social, pues sin ella las normas permanecen como meras declaraciones de lo que los órganos estatales desean se observe. En otras palabras, el grupo social no considera vigentes las normas que siente son injustas, absurdas o arbitrarias. Por lo tanto, desde el punto de vista sociológico, se pueden observar tres especies de normas jurídicas: las del Derecho positivo (aquellas que son promulgadas como obligatorias por las autoridades competentes), las del Derecho vigente (normas de Derecho positivo que reciben el asentimiento de la comunidad) y las del Derecho viviente (normas que la comunidad no sólo acepta sino que aplica). La pretensión de todo Derecho positivo es la de convertirse en Derecho viviente, después de haber sido aceptado como Derecho vigente. Por otra parte, el Derecho viviente se puede transformar en Derecho positivo si recibe el espaldarazo de la voluntad de las autoridades competentes y, por él, y dado que ya cuenta con el asentimiento de la comunidad, se convertirá en Derecho positivo vigente y eficaz. Ese es el Derecho perfecto, que ha triunfado sobre todas las demás fuerzas sociales que se le oponen, un Derecho que, por cierto, no siempre se da. Por último el concepto de eficacia creemos que debe ser referido a aquel Derecho positivo que logra aplicación sin haber sido necesariamente aceptado como válido por la comunidad; la noción de eficacia sugiere un éxito circunstancial y no necesariamente continuo y duradero. Claro que otros autores tienen el derecho de emplear estos términos dándoles otro sentido que el que les damos nosotros.

Al afirmar que el Derecho es producto social nos referimos, por lo tanto, al Derecho vigente desde el punto de vista sociológico, aquel Derecho que es reconocido como tal por el grupo social. Sociológicamente, para que las pretensiones de unos gobernantes sean reconocidas como Derecho por el grupo social, se requieren tres cosas: que esos gobernantes sean considerados como autoridades competentes, que el proceso por el cual se crea Derecho sea admitido como fuente formal del Derecho y que lo que se manda sea aceptado por el grupo social como justo. Si falta alguno de estos requisitos, el grupo acabará rechazando como Derecho las normas que se le impongan. Es verdad que la reacción del grupo puede tardar. La rutina, la apatía, el

temor a la coacción, el prestigio logrado en otros capítulos por los gobernantes o la poca trascendencia del caso, pueden frenar y hasta apagar la reacción, pero siempre hay límites más allá de los cuales la comunidad se niega a someterse a la voluntad de los gobernantes y, cuando se traspasan esos límites, el gobernante debe o ceder o esclavizar a sus súbditos, pero entonces sus mandatos dejan de ser Derecho. Un Derecho positivo puede lograr eficacia a pesar de no alcanzar el asentimiento de la comunidad, pero no echará raíces en ella, no se hará Derecho viviente, mientras no logre su asentimiento.

Al afirmar que el Derecho es producto social no pretendemos defender que todos los miembros de la comunidad contribuyen en el proceso creador del Derecho, ni que los que contribuyen tengan igual participación, ni que no se den minorías con un papel predominante en la creación. Lo que queremos decir es que no basta el simple mandato de los gobernantes, por poderosos que sean, para que las normas sean reconocidas como Derecho, sino que es necesario algún acatamiento y consenso de la mayoría del grupo social. Claro que las mayorías con la mayor frecuencia suelen ser pasivas y otorgan casi automáticamente su asentimiento al mandato de la autoridad cuando la consideran legítima, pero, cuando ésta es vista como ilegítima o cuando lo mandado es considerado injusto, entonces niegan el calificativo de Derecho a sus mandatos. Estas ideas tienen valor no sólo para el sociólogo sino también para el jurista, cuando éste trata de entender lo que Rudolf Stammler llamó “modo originario de formación del Derecho”. Así lo explicaba⁽³¹⁾: “Es corriente, en efecto, sostener que una nueva norma jurídica sólo pueda ser válida cuando descansa sobre los preceptos a la sazón vigentes. Y esto es lo que habitualmente ocurre en los estados normales, pero sin que pueda afirmarse como verdad exclusiva... Pero si nos ajustásemos estrictamente a este principio, apenas podríamos invocar hoy como legítimo Derecho alguno; pues es un hecho histórico sin cesar repetido, que el Derecho nuevo surja y se consolide apartándose de la Constitución vigente, ya sea mediante la conquista, el golpe de Estado o la revolución...”; “... para que un Derecho nacido por vía originaria obligue, se requiere que la nueva ordenación social de que se trate se imponga de hecho con el criterio conceptual que es inherente a todo Derecho. Para lo cual son necesarias dos cosas: a) en primer término, que la nueva ordenación social que surja se proponga ser realmente una ordenación de Derecho, manifestándose como tal *voluntad jurídica*; y b) de otra parte, que prospere en la práctica, logrando *vigencia y efectividad*.” Son los dos elementos que la teoría llamada “romano-canónica” juzga necesarios para que una costumbre sea considerada jurídica: la *opinio iuris seu necessitatis* y la *inveterata consuetudo*. La *opinio iuris* no sólo debe ser de los gobernantes sino también de los súbditos: ambas voluntades deben coincidir para que nazca Derecho vigente. De la sola voluntad de los gobernantes nace Derecho positivo; de la voluntad y práctica de los súbditos aparece el Derecho viviente.

(31) Rudolf Stammler, *La génesis del Derecho*. Trad. de Wenceslao Roces. Espasa - Culpe, Madrid, 2a. ed., 1936, págs. 17 a 19.

Todas estas consideraciones y distinciones, indudablemente de raigambre sociológica, acabaron proyectándose en la Ciencia del Derecho por el camino de una revaloración de las fuentes formales del Derecho. La visión tradicional, sustentada con máxima claridad por la Escuela de la Exégesis, era que había una sola fuente formal primaria, la legislación, y que las demás fuentes eran secundarias y subordinadas a ella, sólo valían en la medida que la legislación les daba cabida y en realidad no podían operar más que en los estrechos límites de autonomía que les concedía la primera. No se estaba dispuesto a conceder que las otras fuentes formales tuvieran vida propia, independiente de la de la legislación y capaz de influir en ella y en su aplicación. Pero, a partir de Francisco Géný (1861-1959) en Francia, de Felipe Heck (1858-1943) en Alemania y de Oliver Wendell Holmes (1841-1935) en los Estados Unidos, se inició una verdadera revisión del papel casi único que se había concebido a la legislación. Esta crítica se puede formular brevemente así: la legislación y el Derecho estatal de ella nacido a lo más son el punto de partida del Derecho vigente. Este último también puede partir de las costumbres jurídicas, de la jurisprudencia procedente y hasta de la doctrina. El Derecho vigente se alimenta mucho más por la actividad del juez que por la del legislador, pues es el primero el que, al aplicar la ley, decide en fin de cuentas cuáles son las exigencias actuales de observancia y decide tomando en cuenta, es verdad, en primer lugar a la ley pero también a toda la cultura jurídica del grupo. El Derecho vigente no coincide, por lo tanto, con el Derecho estatal o positivo, sino que es aquel que exigen los jueces, formados por la ley y por la cultura jurídica del grupo, y que recibe el asentimiento de la comunidad.

El Sociologismo jurídico se ha preocupado en estudiar los efectos que las instituciones promulgadas por el Derecho positivo tienen en la realidad del Derecho viviente, así como los medios por los cuales esas instituciones pueden lograr eficacia. También ha puesto énfasis en el estudio del trabajo y función del juez, pues es por medio de él cómo el Derecho positivo se transforma en eficaz y en viviente. De todos estos estudios ha aparecido la idea que el Derecho es un instrumento de control social, administrado por el subgrupo de los juristas para lograr el equilibrio social. La observación sociológica de ningún modo arroja como resultado el que el Derecho sea necesariamente un instrumento al servicio de una sola clase, la dominante. El "cuadro de individuos" instituido para administrar Derecho no son forzosamente miembros de la clase dominante o están siempre dispuestos a servir los intereses de la misma; para que se les reconozca como voceros autorizados del Derecho, de alguna manera su "institución" debe ser reconocida por la comunidad y ésta acabará negando su asentimiento si los individuos no operan de acuerdo con los valores reconocidos por el grupo. Es verdad que en una determinada sociedad política, los valores de la cultura de esa sociedad pueden beneficiar claramente a la clase dominante, pero en la mayoría de los casos, sobre todo en las sociedades modernas, los valores comunitarios tienden más bien al equilibrio social, a alguna incorporación de los subgrupos en la sociedad total, a algún orden dinámico de distribución de derechos y responsa-

bilidades que se define una y otra vez según todas las fuerzas sociales capaces de hacerse escuchar o de ejercer presión política. Por eso tiene razón Timasheff cuando explica sociológicamente al Derecho como la interpenetración de las convicciones éticas del grupo y de las relaciones de poder.

La misma idea de Timasheff es explicada por Roscoe Pound (1864-1964) de esta diferente manera: "Al establecer una sociedad ordenada, los hombres se han servido de dos ideas fundamentales, una moral, tomada de la Etica, la otra política, tomada de la ciencia política. De la una desarrollamos la idea de un ajuste razonado de las relaciones y de la ordenación de las conductas de acuerdo con principios. De la otra desarrollamos la idea de reglas sancionadas que se imponen y hacen cumplir por una autoridad política soberana. La una nos da el Derecho. La otra nos da reglas del Derecho o leyes. Las reglas reclaman la existencia de una autoridad política soberana. Los principios de Derecho reclaman la existencia de jueces, en el sistema jurídico anglo-americano, o de juristas y profesores de Derecho, en el sistema jurídico romano o en los modernos sistemas de origen romanístico, todos ellos capaces de encontrar esos principios por medio del desarrollo de la experiencia a través de la razón"⁽³²⁾. Aplicando nuestras distinciones, podemos decir que, mientras las reglas de Derecho o leyes conforman al Derecho positivo, los principios jurídicos descubiertos por jueces y juristas en cuanto voceros de la comunidad son el meollo del Derecho vigente.

Hemos dicho que jueces y juristas deben operar en cuanto voceros de la comunidad para que el producto de su descubrimiento pueda ser llamado Derecho vigente. En efecto, sociológicamente el Derecho es una fuerza social "organizada". Tal es la tesis desarrollada por José Zafra Valverde⁽³³⁾. A diferencia de otras fuerzas sociales, tales como las económicas y las ideológicas, el Derecho requiere para operar de toda una organización que le es propia. En las sociedades más modernas, es esa organización la que da vida a la fuerza-Derecho: parlamentos, poder ejecutivo, órganos de la administración pública. En todas, la organización se hace presente en el momento de

(32) Roscoe Pound, *Law finding through experience and reason*, University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1960, pág. 4. Pound se topa con la dificultad que en el idioma inglés la misma palabra, *Law*, sirve para designar al Derecho y a las leyes. Entonces propone (*id.*, pág. 1) llamar al primero *the Law* y a las segundas "*rules of Law*" o "*Laws*". En nuestra traducción de la cita de Pound, hemos tomado en cuenta esta distinción propuesta por el mismo autor.

(33) Véase su obra *El Derecho como fuerza social*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964. Su definición completa es la siguiente (pág. 247): "el Derecho de la sociedad política es una fuerza social organizada, resultante de una compleja coordinación entre las voluntades de quienes sustentan y quienes detentan el poder político, que actúa sobre los componentes del grupo social mediante disposiciones de sujeción, imperación e imposición, estableciendo así un orden de comportamientos y un régimen de intereses determinados según los principios de justicia, conveniencia y seguridad". Nos parece una excelente definición sociológica del Derecho. Para este autor, el "Derecho que es" consiste en una fuerza social, originada generalmente en actos de voluntad de unos cuantos individuos (los miembros del grupo dominante) pero que sigue viva y transpersonalizada incluso después de la desaparición de los individuos originantes, gracias a alguna adhesión de la mayoría de los súbditos, pues sin ella el Derecho perdería su fuerza, y que produce siempre el mismo efecto, el de conservar el *status quo*.

exigir la aplicación de la fuerza-Derecho: tribunales, jueces, árbitros, policía. El subgrupo que se esfuerza por llevar racionalidad a la fuerza-Derecho es el de los juristas. Pero los juristas no pueden actuar por propia cuenta sin atender a los valores de la comunidad; su misión es “descubrir” y aplicar esos valores. Claro está, su labor no tiene que ser pasiva frente a esos valores; puede y debe ser orientadora, aclarando y ampliando el impacto de esos valores. Pero, si se distancian demasiado de los valores de la comunidad, dejarán de actuar como juristas; serán profetas (tal vez valiosos) de nuevos valores morales o políticos, que con el tiempo podrán llegar a tener alguna influencia en el Derecho, pero éste, en cuanto producto social, sólo existe cuando la comunidad lo vive como propio.

El Sociologismo jurídico, en su observación del Derecho, resalta el papel del juez. Es él el que tiene la palabra para determinar tanto el Derecho válido ante los casos que se le presentan como el Derecho viviente, pues de sus decisiones dependerá la práctica del Derecho. Y no hay duda que el punto de vista del juez es mucho más realista que el del legislador. Este último se permite el lujo de incorporar al contenido de sus leyes disposiciones de belleza teórica y de una alta elevación humanista pero de poca factibilidad práctica. Constituciones y leyes penales, promulgadas como Derecho positivo en muchos países, planean así muy por encima de la realidad sociológica que se observa en esos mismos países. La defensa de la democracia se encuentra en todas las cartas constitucionales, incluso en las de los países socialistas. Los derechos de la mujer, de las minorías, de los delincuentes, son protegidos por las leyes sin la menor vacilación. Leyendo los textos del Derecho positivo, parece que nos encontramos ante una humanidad muy civilizada, dispuesta a corregir los abusos, a enmendar los entuertos y a impedir las extralimitaciones del poder. La realidad que observa el sociólogo es otra: delitos que quedan sin castigo, mal uso de la fuerza, incluso la política, opresiones institucionalizadas, manipulación egoísta de las mismas instituciones jurídicas, corrupción hasta en los países de más alto espíritu cívico. El Derecho viviente a veces rechaza esas realidades negativas pero otras veces las hace propias. El acierto del Sociologismo jurídico es haber denunciado la distancia que se da entre Derecho positivo y Derecho viviente. Pero se equivoca cuando reduce el Derecho a este último; en cambio, cuando observa al Derecho vigente, aquél que tiene la aprobación de la comunidad, no sólo acierta en la observación de los ideales sociales de una comunidad, sino que además presenta el objeto propio de la ciencia jurídica, aquél que sirve de fundamento a la actividad judicial.

Estas son las ideas que están en la base de la reacción que se produjo entre los juristas a partir de la señera obra de Francois Gény, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* (1899), por la cual se considera definitivamente superado el Positivismo jurídico en la ciencia jurídica. Sin embargo, la distinción entre los conceptos de Derecho positivo, vigente y viviente, no es de ese autor, sino nuestra a partir de los autores que hemos mencionado.

De los tres Derechos que hemos venido distinguiendo, ¿cuál de ellos es el objeto material propio de la Ciencia del Derecho? Creemos que, a partir de la mencionada obra de Gény, la respuesta no puede ser más que el Derecho vigente. Claro que, para entenderlo, es necesario conocer al Derecho positivo, pero el estudio de este último es propio de la Dogmática o sistemática jurídica, en tanto que el del Derecho viviente es materia de la Sociología jurídica. Dicho con otras palabras, lo que interesa a la Ciencia del Derecho es averiguar, a partir del sistema coherente de normas del Derecho positivo (y la labor de la Dogmática es presentarnos esa coherencia), qué deberes y derechos concretos ante determinadas realidades exigirán los jueces.

3) El Derecho como instrumento de control social.

No creo que exista un sociólogo o un jurista que niegue que el Derecho es un instrumento de control social. Pero esta afirmación, que tiene aceptación unánime, está cargada de posibles diferentes valoraciones: para unos, es la justificación del valor del Derecho (si controla a la sociedad, es para hacerla más humana, para civilizarla); para otros, es la ocasión de condenar al Derecho (el control lo ejerce una minoría en su propio beneficio para sojuzgar a la mayoría).

En este apartado, nos interesa aclarar dos cosas: la índole de la minoría que maneja el Derecho como un instrumento de control social y el significado de ese control, si es un instrumento de sojuzgamiento, como quieren algunos. La primera cuestión está relacionada con la existencia de la autoridad y del orden jerárquico de distribución del poder en toda sociedad política; la segunda se refiere, más bien a la función del Derecho.

Es un hecho que comprueban tanto la Sociología como la Etología⁽³⁴⁾ que ninguna sociedad puede funcionar como tal sin autoridad y sin un orden jerárquico en la distribución del poder. Para que un grupo pueda reaccionar como una unidad (por ejemplo, frente a un peligro), alguien tiene que tomar las decisiones y ser obedecido en ellas. Ese alguien es la autoridad. Poco importa que la autoridad esté compartida (las decisiones pueden ser tomadas por una asamblea o por una comisión) o que esté especializada de acuerdo con diversas funciones (unos pueden tomar las decisiones respecto de la defensa del grupo, en tanto que otros deciden sobre el desplazamiento o la alimentación). El hecho es que tiene que haber autoridad para que no se disgregue el grupo y actúe como unidad. Por otra parte, la Psicología reconoce a la necesidad de la autoridad como una de las tendencias básicas de todo individuo humano. Los niños la necesitan para ser guiados, para encontrar seguridad y confianza en el

(34) La Etología es una ciencia, de relativamente reciente aparición, que estudia comparativamente los comportamientos de las diversas especies animales. Comenzó como una rama de la Zoología pero ahora se utiliza cada vez más para entender la aparición, la evolución y las características de la especie del *homo sapiens*.

medio ambiente, para ser protegidos. Los adultos necesitan ejercer autoridad como un medio para lograr su madurez, ya que por ella son capaces de darse a otros, de ayudarles y de protegerles. Así, aunque es un hecho resentido por las teorías anarquistas, es un hecho inevitable el que no hay ni puede haber sociedad (ni humana ni puramente animal) que pueda existir y funcionar como tal sin autoridad y sin un orden jerárquico en la distribución del poder. La autoridad podrá ser más o menos compartida, podrá ser bien utilizada o abusada, pero tiene que existir para dar cohesión al grupo social y para reducir al mínimo los conflictos internos en el mismo. Sin autoridad, es decir, sin un órgano al que los miembros del grupo obedecen y reconocen la facultad de decidir en última instancia las decisiones que afectan a todo el grupo, los individuos operan aislados y frecuentemente en contradicción entre sí. Para coordinar sus energías y actividades, para eliminar la violencia entre ellos, para defender a todo el grupo frente a peligros externos, es necesaria la autoridad. Por otra parte, para realizar los mismos fines, no basta la autoridad sino que ésta debe completarse con un orden jerárquico en la distribución del poder, necesidad esta última que se acentúa a medida que crece el número de miembros del grupo. Por abier- tos que estén los titulares de la autoridad a escuchar opiniones, es imposible que puedan dar igual oído a todos los miembros del grupo, sobre todo cuando éstos se cuentan por millones. Siempre hay algunos que tienen más oportunidades o que son más hábiles para buscarlas, que se hacen escuchar mejor que otros. Ni siquiera en una asamblea donde todos tienen igual voz y voto todos son igualmente escuchados; siempre hay uno o varios que, por su prestigio personal o por la oportunidad de lo que dicen, son más escuchados que los demás. Quien tiene carisma de líder se impone naturalmente a los que carecen de esa cualidad tan huidiza. Quien es amigo personal del gobernante tiene más acceso a él que los desconocidos. Y el que tiene talento político encuentra medios para hacerse escuchar, en tanto que los más desinteresados y los apáticos ni siquiera buscan esos medios. Somos desiguales en nuestras ambiciones de poder, en la capacidad de iniciativa y de liderazgo, en la generosidad que se entrega y sirve a los demás así como en el egoísmo que aísla. Pero esas desigualdades que se reflejan en la estructuración del orden jerárquico del poder no son necesariamente malas. Veamos cómo se proyectan en una sociedad animal: "Una comunidad de chimpancés es una organización social extremadamente compleja:... Los miembros que la forman se mueven en ella cambiando constantemente de asociaciones y, sin embargo, aunque la sociedad parece estar organizada de una manera muy casual, cada individuo conoce su lugar en la estructura social, conoce su 'status' en relación con cualquier otro chimpancé que puede encontrar en el día"⁽³⁵⁾. Así se evitan constantemente conflictos. Las formas sutiles de distribución del poder, que las sociedades animales aplican ciega e instintivamente para evitar conflictos, en

(35) Jane Van Lawick Goodall, *In the shadow of man*. Fontana - Collins, Londres y Glasgow, 2a. impresión, 1973, pág. 125.

las sociedades humanas se hacen conscientes y adquieren el rango de costumbres y, probablemente más tarde, de Derecho. La costumbre que se juzga imprescindible para la sobrevivencia del grupo, al punto de exigirse ineludiblemente su observancia, es costumbre jurídica, es Derecho. En la Historia del Derecho, primero aparecen las costumbres jurídicas, las leyes vienen después y, cuando éstas surgen, no son más que expresión de poderes que se reconocen por costumbre. Claro que no todas las costumbres jurídicas versan sobre la autoridad y la distribución del poder, pero el orden jerárquico es imprescindible para dar vida a todo el organismo social, es como la sangre que vivifica todos los órganos del cuerpo, es la fuerza social que presiona en todas partes para que se observe ineludiblemente aquello que se juzga necesario.

En las sociedades humanas más sencillas, el poder y la autoridad se concentran en un individuo o en una asamblea, pero, aún en ellas, aparece un orden jerárquico, puesto que sin él no se implementarían las decisiones. Cuando las sociedades se hacen más complejas y aumenta la especialización en el trabajo, también se van especializando tanto los órganos de toma de decisiones como los encargados de implementarlas. Es entonces cuando aparece ese “cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia del orden jurídico o de castigar su transgresión”, del cual nos hablaba Max Weber. Es claro que ese cuadro de individuos no puede ni debe actuar en abierta contradicción con la o las autoridades creadoras del orden jurídico, puesto que su misión consiste en ser servidores del orden jurídico, no sus contradictores. Esto explica el carácter esencialmente conservador de la actividad de los juristas. Por otra parte, es un hecho, del cual nos informa abundantemente la Historia, que no pocos gobernantes han abusado en beneficio propio de esta situación. De ser servidor del orden jurídico, el jurista fácilmente puede pasar a ser lacayo y cómplice de los torcidos intereses de los que sustentan la autoridad. Esta transposición de lealtades no necesariamente se hace de manera consciente y culpable. El prestigio de las autoridades reconocidas, el estrecho trato y vinculación de los juristas con las mismas, el hecho de que su sustento y avance dependan de ellas, el alejamiento que los juristas debido sobre todo a su educación pueden tener respecto de la mentalidad y de los intereses de los subgrupos quejosos, pueden explicar por qué, en caso de conflicto entre los intereses de un subgrupo y los de los gobernantes, se inclinan a favorecer los de los últimos. Además, lo nuevo, lo que rompe con las ideas y costumbres de la tradición, suele ser resentido como amenazador al grupo social mismo y no pocas veces las reivindicaciones de justicia de un subgrupo responden a novedades en la transformación de las circunstancias sociales. No nos extrañemos, por lo tanto, que el cuadro de individuos servidores del orden jurídico más de una vez dé la impresión de permanecer sordo ante nuevas reivindicaciones y de formar bloque con las autoridades poderosas. Y esto sin mencionar otros factores condenables, que, como la corrupción y el servilismo, también influyen en los juristas como en todos los seres humanos. Esto explica que, en momentos de profundas y radicales transformaciones de la sociedad industrial, Marx y Gumplowicz

hayan visto al Derecho como un mero instrumento de sojuzgamiento al servicio de la minoría dominante. También explica el desprecio y la antipatía que resienten contra el Derecho no pocos sociólogos. No hay duda que cuando el servicio al orden jurídico es confundido con la lealtad a los intereses de la minoría dominante, los juristas se hacen acreedores a los reproches que les han dirigido. Pero ¿es esa la función del Derecho?

Hasta aquí hemos visto que la razón de ser de los juristas es implementar el orden jurídico y, por medio de esa implementación, contribuir a la vida y desarrollo de todo el grupo social. Ahora ayuda recordar las ideas de Ehrlich y de Timasheff. Ehrlich nos decía que el Derecho, para ser tal, supone cierta colaboración de todos los subgrupos y miembros de una sociedad política; lo que une a unos y otros y los hace trabajar en la misma dirección es el afán de vivir bajo un orden interno, pacífico y espontáneo, no contencioso; esa aspiración común presiona, incluso por la fuerza, a los subgrupos y miembros para que resuelvan o adapten sus intereses particulares dentro de los marcos del orden jurídico establecido en el grupo social. Timasheff explicaba que el Derecho encarna el poder social, porque es impuesto por una minoría del grupo social sobre la mayoría conforme; la conformidad se da cuando la mayoría comparte las mismas convicciones éticas con la minoría controladora del poder. Por lo tanto, la función del Derecho es doble: por una parte sirve para la implementación pacífica y ordenada de las soluciones que las autoridades, en cuanto voceros autorizados de la voluntad comunitaria, señalan al grupo; por otra parte, es el marco, también pacífico, donde deben discutirse los conflictos de intereses y, hasta donde lo tolere el sistema jurídico aceptado y a partir de las convicciones éticas compartidas, deben buscarse nuevos equilibrios de intereses. No creemos que sea función propia del Derecho el realizar cambios radicales en el sistema social y en las convicciones éticas del grupo; esos cambios deben ser obra del sistema político, pues es por medio de él que se manifiesta la voluntad de la comunidad. Es verdad que la necesidad de los cambios puede plantearse en el orden jurídico y que en algunos sistemas de Derecho (por ejemplo, en el norteamericano en el que la Suprema Corte de Justicia tiene gran latitud de decisión) se pueden encontrar soluciones dentro del orden jurídico, pero en la mayoría de los sistemas de Derecho se hace responsable al aparato político (en especial a las cámaras de representantes de los ciudadanos que constituyen el poder legislativo) de decidir sobre los cambios.

Si nuestras palabras suenan demasiado conservadoras a algunos oídos, es tal vez porque en el fondo no están de acuerdo con los fines que nosotros atribuimos al Estado. Para nosotros la primordial razón de ser del mismo es lograr el orden y paz o, si se prefiere, la convivencia pacífica entre los ciudadanos, primera exigencia del bien común. Para mantenerla es necesaria la autoridad y el poder coactivo del Estado. Rudolf von Ihering (1812-1892) explicó esa doble necesidad a partir de los intereses egoístas de los individuos humanos. Cuando éstos se cansan de luchar infructuosamente cada uno por sus propios intereses y se dan cuenta que su lucha es inefi-

caz ante los más fuertes, prefieren que sea el Estado el que tenga un doble monopolio: de las decisiones políticas y del empleo de la violencia. Lo peor es un estado de anarquía. “Todo el que le pone un fin, como quiera que sea, por el fuego y la espada, el usurpador nativo o el conquistador extraño, merece bien de la sociedad, es su salvador y bienhechor, pues la forma más intolerable de la condición estatal es siempre mejor que la falta total de la misma”⁽³⁶⁾. “Cuando el pueblo romano en el período de las guerras civiles olvidó la disciplina y el orden, aparecieron los Césares romanos para reinstalar el poder del Estado y volver a imponer sus derechos, y el terrorismo ascendió con ellos al trono. Los horrores y atrocidades que cometieron sólo fueron orgías del poder estatal que festejaba su retorno, la prueba sangrienta de que había recuperado nuevamente fuerzas y no tenía que temer ya ningún poder en la tierra; tan sólo cuando fue aportada la prueba, se produjo la moderación”⁽³⁷⁾. Tan indispensable consideran los hombres a la existencia de la autoridad que por ella son capaces de tolerar muchas vejaciones. La adhesión de la mayoría a las decisiones que la autoridad proclama como Derecho positivo es perfecta cuando hay conformidad con la ideología de ese Derecho; pero también se otorga por el deseo de la mayoría de conservar la paz y el orden, o por el mero temor a los cambios y a lo desconocido. Además —claro está— los medios coactivos de que dispone la autoridad presionan en el sentido de la adhesión. Pues precisamente la función del Derecho es hacer posible el funcionamiento de la autoridad dentro de una convivencia pacífica. Pero enemigos son de la convivencia pacífica tanto las decisiones despóticas de la autoridad como un orden jurídico que carezca de flexibilidad para establecer nuevos equilibrios de intereses. Una autoridad despótica es aquella que procede sin consultar a los súbditos, pero, al proceder así, se aísla, por inteligente que sea llega a desconocer las necesidades y los problemas reales del grupo y a la corta o a la larga es resentida por aquellos cuyos intereses debe reconocer y proteger. Si la autoridad quiere funcionar con éxito y sin resentimientos de los súbditos, debe abrirse a las opiniones de los mismos, debe escucharlas y así conocer sus problemas y aspiraciones, en una palabra: debe alimentar las decisiones que tome con las inteligencias y voluntades de los que son afectados por ellas. El Estado democrático moderno ha institucionalizado diversos canales de alimentación de las decisiones: cámaras legislativas, partidos políticos, grupos de presión, libertad de prensa y otros medios de información. Menos se ha preocupado el Estado moderno de abrir, en el mismo orden jurídico, vías para establecer nuevos equilibrios de intereses. El camino que parece debe seguirse es el propuesto por Gény en la obra mencionada más arriba: “es necesario multiplicar las vías y los medios de búsqueda de reglas jurídicas y, ante todo, reconocer que, por encima de los muy diversos procesos por los cuales esas

(36) Rudolf von Ihering, *El fin del Derecho*. Trad. de Diego Abad de Santillán. Cajica, Puebla (México), 1961, t. I, pág. 233.

(37) *Ibidem*.

reglas se elaboran, se impone una revaloración, discrecional, del intérprete [es decir, del juez], único verdaderamente capaz de adaptar *in concreto* el Derecho al hecho⁽³⁸⁾.

Sea lo que fuere de la mayor o menor flexibilidad que tiene un determinado sistema de Derecho para forjar nuevos equilibrios de intereses, su existencia queda ampliamente justificada por el simple hecho de disciplinar la fuerza,⁽³⁹⁾ no sólo de los particulares sino también de los titulares de la autoridad, en otras palabras, por el hecho de someter todas las conductas sociales al imperio del Derecho. Los juristas tienen, por lo tanto, una clara misión: defender al estado de Derecho que limita y disciplina a la fuerza tanto aquella que poseen los detentadores de la autoridad como la de los súbditos. Por el régimen de Derecho, desaparece la arbitrariedad, que “es la injusticia de los de arriba”⁽⁴⁰⁾, y se obliga a los de abajo a resolver sus dificultades ya no por el empleo de la fuerza sino por reglas conocidas por todos. La conformidad a la que se refería Timasheff se relaciona con esas reglas del juego social, las que serán aceptadas por todos cuando se levanten sobre valores éticos compartidos. La responsabilidad del cuadro de los juristas es para con esas reglas y no para quienes detentan el poder. Por eso, en la mayoría de los sistemas de Derecho, se procura fortalecer la independencia de los jueces. Cuando hay conformidad en las reglas del juego social y cuando los juristas son servidores de las mismas, es claro que se da un control social pero no es el control de una minoría sobre la mayoría sino el del Estado, representante de la Voluntad comunitaria, sobre los miembros del grupo que se niegan a adaptar sus conductas a los valores comunitarios. Entonces el Derecho aparece como una fuerza civilizadora, que se esfuerza por adecuar las conductas individuales (incluso las de la minoría dominante) a los valores aceptados por la comunidad.

La conclusión final sobre el enfoque sociológico sobre el Derecho es que, si se quiere entender con realismo al Derecho, no es suficiente observarlo como una fuerza o presión social, sino que hay que entender que esa fuerza está animada y dirigida por valores. Sociológicamente el Derecho es la exigencia de observancia ineludible que el Estado impone a los individuos para realizar determinados valores sobre los que existe conformidad en el grupo. El Derecho así definido es el Derecho vigente; el Derecho positivo es la declaración de obligatoriedad que hace del mismo la autoridad y, por lo tanto, coincide con el Derecho vigente en la medida que la comunidad acepte los valores del Derecho positivo. El Derecho viviente se constituye no sólo a partir de valores ideales de la comunidad sino a partir de valores que, además de ide-

(38) François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1954, t. II, pág. 405.

(39) También es idea de Rudolf von Ihering, quien escribió: “la disciplina de la coacción es el Derecho” (*El fin en el Derecho*, t. I, pág. 230).

(40) Von Ihering, *op. cit.*, pág. 263.

ales, son practicados por la comunidad. El Derecho viviente presiona a la autoridad para que ésta lo promulgue como positivo. Así las costumbres jurídicas, que son Derecho viviente, suelen ser incorporadas en las leyes proclamadas por el Derecho positivo. La misión del cuadro de juristas es doble: por una parte, deben implementar las reglas que el Estado proclama como Derecho positivo para así mantener el Estado de Derecho en el orden y la paz; por otra, deben alimentar sus soluciones con los valores vividos en el grupo, utilizándolos en la selección de las normas aplicables a cada caso concreto y sirviéndose de ellos como criterios de aplicación equitativa. Para poder realizar su misión, los juristas deben velar y luchar por mantener su independencia frente a los demás poderes de gobierno y frente a los subgrupos dominantes.