EL DERECHO Y LAS CIENCIAS SOCIALES, ESPECIALMENTE LA SOCIOLOGÍA *

Karl N. Llewellyn

I

Es práctica común mantener al derecho apartado de todo contacto fraterno con las disciplinas sociales. En parte, son culpables de ello los hombres de leyes. Para éstos, los “problemas jurídicos” se refieren a la interpretación correcta desde el punto de vista doctrinario de las normas jurídicas y algunos jurisconsultos de fama han creado solemnemente “sistemas” en los que, no menos solemnemente, se considera que el “derecho” consta exclusivamente de “normas” o de “imperativos”; y el estudio del “derecho” ha sido considerado incluso por profesores universitarios primordialmente como el estudio de las normas jurídicas, y así sucesivamente hasta el punto de que una persona ajena al derecho podría pensar con razón que para el derecho no existen más que esas normas terminantes, de origen legislativo u otros, que explican la forma en que se considera que deben comportarse los funcionarios en 2.461.879 contingencias diversas y sutilmente diferentes. Y ya que es evidente, casi por definición, que solamente un jurisconsulto avezado puede moverse con comodidad y precisión entre esas normas de derecho y sus matices de significado doctrinariamente correcto, no es de extrañar que los cultores de otras disciplinas sociales se mantengan alejados. En efecto, si lo único que puede hacer el abogado consiste en informar cuál es, la regla correcta desde el punto de vista doctrinario, entonces pertenece a esa clase de disciplina acerca de la cual un triste alemán observaba en cierta ocasión que “El día de mañana, la legislatura puede derogar toda mi *Wissenschaft*”** *, atributo que en verdad no recomienda los hallazgos de esa disciplina a los investigadores vecinos, quienes en cambio consideran su propia obra como ciencia auténtica.

* Publicado en 1949 por la revista *Harvard Law Review*. La versión en español de E. Vera Villalobos fue publicada en la revista “Lecciones y Ensayos”, Facultad de Derecho, UBA, volumen 4/5, Buenos Aires, año 1957, páginas 29-44.

** En alemán “ciencia” (N. del T.).

A través de los años tampoco he visto que se realizaran intentos decididos de acercamiento por parte de las disciplinas sociales ni de la sociología en particular. Cuando era joven solía oír entre mis amigos sociólogos afirmaciones tan presuntuosas como esta: “Yo estudio el delito desde el punto de vista sociológico y no desde el punto de vista jurídico”, sospecho que aún hoy pueden escucharse afirmaciones semejantes (tal vez sustituyendo la palabra “sociológico” por “psiquiátrico”), aunque resulta evidente que si se suprime lo jurídico, se elimina a la vez el “delito”¹. Ya un poco mayor, empecé a ver que cuando se hablaba de derecho se aludía exclusivamente al más elaborado, al de “los códigos”, al que era apoyado por el Estado; pero advertí que no se hacían grandes esfuerzos, por ejemplo, para explotar las interesantes diferencias existentes entre un código creado y aplicado por especialistas profesionales, y otro no tan favorecido. Constantemente he escuchado discusiones sobre el “derecho”, entendido como un sistema de “control social” de personajes indeterminados por otros personajes indeterminados con finalidades indeterminadas, y por medios que a veces se indican de una manera más bien vaga. Actualmente, considero que excepto algunos pequeños trabajos realizados en el campo de la criminología y algunos sobre relaciones obreras, el aspecto cuantitativo de la sociología tiende a desdeñar el aspecto jurídico y que incluso los excelentes análisis cualitativos que ha realizado el pensamiento sociológico más caracterizado de la última década, año más o menos, no ha hecho gran cosa por desarrollar la obra de pioneros iniciada en el campo del “derecho” por ejemplo por Bentley y por el pensamiento extraordinariamente agudo de Max Weber.

¹ A menos que, en una u otra forma, todos nosotros (o alguien que pretenda actuar por todos nosotros) nos ocupemos de la conducta indeseable, ¿qué lugar queda para la idea del “delito”? Los enfoques “sociológicos” o “psicológicos” poseen su legitimidad, pero esta debe basarse en alguna noción de lo “delictuoso”, y utilizarla como punto de partida. Las cuestiones que se proponen resolver dichos enfoques son: ¿Cuál es la conducta (pasada o futura) que puede ocasionar un perjuicio general? ¿Quién ha de ocuparse de ella? ¿Cómo? Por supuesto, el derecho a la antigua puede resultar un poco atrasado en tales materias. Pero, como nos lo recordara tan sagazmente Dession, antes de que lo hiciera Hitler, la cuestión del ¿cómo? tiene, cuando menos, dos aspectos. Pues se trata no sólo de saber qué hacer con el criminal una vez que lo tenemos en nuestras manos, sino también de cómo distinguirlo del común de la gente, para echarle el guante.

Lo que aquí se sostiene es que la elección de una vía distinta de acceso al derecho facilitaría el contacto y la comunicación recíproca entre el derecho y las *otras* disciplinas sociales, con fructíferos resultados para ambas partes; pues los observadores más agudos han visto desde hace tiempo que el derecho es mucho más que meras reglas. Pound, por ejemplo, uno de los más perspicaces, viene insistiendo desde hace unas tres décadas sobre una serie de cosas a las que la mayoría de los sociólogos y hombres de gobierno vuelven obstinados la espalda². Para él las normas son una parte importante del derecho; las considera reglas *para* la conducta (“preceptos”), y no “reglas *de* la conducta”, como suelen hacerlo muchos autores (juristas y no juristas), por culpa de una extraña y persistente confusión. Pound agrega como ingredientes del derecho los conceptos, normas, principios e ideales: toda una gama de herramientas y moldes tradicionales de los hombres y de su trabajo que, muy frecuentemente, funcionan independientemente de toda formulación verbal. Así, el afán de justicia en el quehacer jurídico conserva toda su fuerza aunque ningún hombre sepa decir qué es la justicia; el ideal de rectitud para el juez y los demás funcionarios judiciales tiene vida y significado aunque nadie sea capaz de traducir su contenido en palabras.

Pound prosigue, llegando a incluir en el derecho “una técnica”, una técnica “enseñada”, que sirve para elaborar y utilizar esos valiosos materiales como medios de control, de orientación y de decisión, y agrega “el” proceso judicial y “el” administrativo. Todas estas frases simplifican más de lo que fuera aconsejable. “La” técnica es en realidad una serie de técnicas bastante complicadas y polifacéticas; partes considerables de ellas no se enseñan, ni llegan a manifestarse de manera explícita, aunque la mayoría de los jurisconsultos las *aprenden* (por ejemplo, las que nos permiten resolver cuándo conviene refrenar los efectos de un precedente judicial o de una norma legal, y cuándo en cambio, fomentar su desarrollo); igualmente hay

² No menos notable es el escasísimo uso, y sobre todo el poco desarrollo de que ha sido objeto la obra de Pound en sus aspectos más originales y fructíferos, e incluso en sus exageraciones y sus errores, que no han sido corregidos. El derecho tal como lo conocemos carece aún de un elemento necesario para su salud: un sistema reótrico y de aplicación de la teoría que sea activo, creciente, de finalidad crítica y constructiva, y constantemente puesto a prueba. Pero podía haberse esperado que el predicamento universal de que goza Pound habría dado lugar a una excepción en su caso.

muchas clases diferentes de procesos dentro del campo judicial (recordemos las enormes diferencias existentes entre la vista de causa y la apelación, entre la vista de causas ante tribunales y ante jurado, entre un juez de paz novel y un juez de circuito, hábil y experimentado) y por supuesto, más aún dentro del campo administrativo. Pero tales refinamientos no hacen al meollo del asunto, es decir, al hecho de que mediante la inclusión de las técnicas y los procesos, Pound ha logrado que el “derecho” trascienda del mundo puramente normativo, del mundo de las palabras y los significados, llevándolo al mundo de la acción, de la conducta humana, de los cauces y esquemas reales que se adoptan en la efectiva realización de las cosas, y lo que es más, de la gente que realiza esas cosas. No hay técnica sin técnicos ni proceso sin gente. Pound añade, además, el “ordenamiento jurídico”, pero no se ocupa de definirlo y apenas se limita a mencionarlo; sin embargo es fácil comprender que ese “ordenamiento” implica una buena proporción de “obediencia”, de “respaldo” y de organización, y a nadie escapa que “el ordenamiento jurídico” debe incluir también a ciertos organismos en funcionamiento, tales como los tribunales, las legislaturas, las editoriales jurídicas y la policía. Todo cuanto hay que hacer es tomar un concepto de la sociología: *la institución*, y declarar que en ella se incluyen los usos efectivos pertinentes, los especialistas apropiados, el equipo físico necesario y la forma de organización del conjunto; de ese modo la imagen que tiene Pound del derecho –la institución del derecho– se convierte de inmediato en algo que cualquier estudioso de lo social puede manejar y comprender sin prevenciones; en un objeto de estudio del cual puede aprender y al cual puede contribuir sin escrúpulos.

El aspecto esencial de una *institución* es la actividad organizada, la actividad organizada para la ejecución de alguna tarea. En el caso de las instituciones básicas (entre las que se cuenta la institución del derecho) las tareas relacionadas con ellas son vitales para la existencia continuada de la sociedad o grupo. Ostensiblemente, una parte importante de cualquier institución reside en el mundo de las *ideas*: la organización entraña esquemas de acción, implica líneas de pensamientos tenidas por correctas y justas, implica problemas de entusiasmo, de finalidad, etc. Sin embargo, quiero insistir especialmente en la necesidad de incluir y de recalcar los ingredientes de *conducta* de la institución, se ajusten o no a un esquema fijo, así como

el equipo físico y por encima de todo, las personas, tanto los especialistas cuanto el público “consumidor” y sustentador³. Es preciso acoger no solamente la conducta activa sino también las actitudes mentales y hasta la misma *inacción*, y las *interacciones* de cualquier sector de la institución con cualquier otra institución; los mecanismos de “reclutamiento” y adiestramiento del personal especializado al servicio de la institución; más una docena de otros elementos que forman parte de cualquier complejo viviente importante de la índole de la “institución”. En efecto, la primera contribución directa de la disciplina jurídica a la sociología, estriba precisamente en esto. En efecto, como algunos sociólogos han percibido cada vez más claramente el enorme papel que desempeñan en la vida las ideas, las normas, las reglas y los ideales, precisos o vagos, se ha manifestado una tendencia reiterada a desechar el factor conducta y el factor persona, que forman parte de la realidad, y a tomar el cuerpo de normas o reglas, que también están presentes, como *si fueran, sin más*, la institución o cultura⁴. Aquí es preciso dar el grito de alarma: ¡cuidado! ¡ese camino lleva al error y al trabajo estéril! Los juristas vienen trabajando desde hace siglos con los conjuntos de normas e ideales más desarrollados, explícitos e integrados que haya elaborado el hombre; a veces han tomado esos conjuntos como cosas efectivas en sí mismas, y el derroche de ingenio que han hecho para extraer frutos útiles y variados de esa premisa ha sido digno de un Cicerón. Pero esos trabajos, o han resultado⁵ estériles o engañosos (así, por ejemplo, la concepción de un gobierno “de las leyes y *no* de los hombres”), o bien han adquirido algún sentido al introducirse bajo cuerda en la labor teórica y práctica cierta dosis de sentido común, por un procedimiento análogo al de la galera del prestidigitador, si bien con indudable buena fe⁶. Huyendo de

³ El mejor comentario sobre la “institución” que he visto en letras de molde es el artículo así intitolado de HAMILTON, Walton, en la *Encyclopaedia of the Social Sciences*, (1947). Considero interesante que quienes tendemos a ver en la “institución” el concepto central más importante de las ciencias sociales (en compañía de Max Weber, J. R., Commons, Hamilton y Malinowski) hemos sido poderosamente influidos por nuestra labor en el campo jurídico.

⁴ Esto ocurre, por ejemplo, en las obras, por otros conceptos admirables, de Murdock, Talcott Parsons y Kluckhohn.

⁵ Considero que la obra de Kelsen es totalmente estéril, salvo en subproductos obtenidos cuando ha apartado su aguda mirada de lo que él considera “derecho puro”.

⁶ En nioguna parte mejor ilustrada que en la exposición de Stammler sobre el derecho “legítimo”. El mismo procedimiento emplea Patterson, en *Lectures on jurisprudence* (1ª ed. 1940). En efecto, es casi una tarea sobrehumana para un hombre sensato trabajar en forma sostenida con la idea de que el derecho es “meramente forma”.

ese error, se ha tratado de aclarar las cosas agregando al factor normativo toda la rica gama de los *otros* aspectos de una institución. La lección es clara en relación con cualquier “institución” y en relación con la “cultura en general”.

El factor normativo de la institución “derecho” es de este modo, una *pieza-herramienta* de la institución; una pieza enormemente desarrollada; una pieza indispensable para comunicarse a través del espacio y del tiempo y de las variaciones del personal; pero una pieza-herramienta vital y nada más; una herramienta que no es, ni con mucho, tan eficaz como pretende serlo. Además, la variabilidad y la inestabilidad de las normas del derecho se tornan no sólo comprensibles sino también interesantes cuando se ve que éstas no constituyen la sustancia misma de la disciplina, sino que son sólo algunas de las medidas con que los hombres de esa disciplina realizan las tareas de la institución.

II

¿Cuáles son, pues, las tareas propias de esta institución? Partamos de una observación que todos hemos hecho: hasta el profano que ha llegado a convencerse de que el derecho y los abogados no son más que instrumentos de engaño o de opresión, cuando presencia algún abuso exclama “¡No hay *derecho!*” Hasta los sociólogos que se apartan horrorizados del derecho como un niño huye del sótano oscuro, o que se limitan a maldecirlo sin molestarse en comprenderlo, como el jugador que pierde maldice a su “mala suerte”, hasta esos sociólogos, digo, encuentran en su propio espíritu la convicción incómoda, irracional pero invencible, de que el derecho es una de nuestras instituciones básicas y principales. Esa convicción se ha manifestado en el campo de las disciplinas sociales al delimitarse el dominio de una “ciencia política” o “del gobierno”; si bien al hacerlo se ha tomado la precaución de despojar a esa disciplina de su “sótano oscuro”, que constituye su verdadero cimiento. El hombre de la calle tiene una intuición más clara de las cosas: espontáneamente une “derecho y gobierno” (y también “derecho y orden”). Cuando uno mira con ganas de ver percibe claramente en qué consiste la tarea fundamental que debe cumplir la institución “derecho y gobierno”. Esa tarea, para

cualquier grupo, comunidad, entidad política o sociedad, consiste en mantenerse y funcionar con un grado *suficiente* de unidad y de cohesión como para adquirir y conservar su carácter ostensible de grupo, de entidad política o de sociedad. La tarea fundamental del derecho y el gobierno, pues, debe cumplirse para que puedan siquiera existir una sociedad o una ciencia social: ella consiste en lograr y mantener la cohesión del grupo. La cohesión no se logra ni funciona ni subsiste sin órganos y sin esfuerzo. Los impulsos divergentes, los rozamientos y las tensiones inherentes a la convivencia humana deben ser combatidos y dominados; debe además imponerse cierta unidad de conducción, pues de lo contrario el grupo o sociedad estalla o se diluye o perece de hambre o en una guerra civil.

Naturalmente la institución “derecho y gobierno” obedece a las leyes generales de las instituciones. Entre estas leyes hay una que merece nuestra especial e inmediata atención: a saber, que las instituciones coinciden parcialmente en sus tareas y en su funcionamiento, y que esta coincidencia o superposición es tanto más notable en la medida en que las instituciones se han desarrollado espontáneamente, y no de acuerdo a un planeamiento consciente. De modo que ninguna tarea importante está a cargo exclusivo de una sola institución. Por ejemplo, la defensa nacional no está exclusivamente a cargo de las fuerzas armadas; las escuelas y órganos análogos sólo cumplen una pequeña proporción de la tarea educativa; el mercado no rige la distribución de bienes dentro de las fuerzas armadas, ni de la familia, ni regula la seguridad social, ni los parques públicos o las carreteras. Es cierto que la organización de la colaboración social es producto, en buena medida, de la vida en familia, del deporte y del trabajo en común; también es producto, en otra buena medida, de la economía de mercado que hemos heredado, a pesar de sus transformaciones. Pues bien, todo esto es verdad. Sin embargo, con toda razón se considera que la tarea de la cohesión está específicamente a cargo de la institución de “derecho y gobierno”. Primero, porque ella es la única institución en gran escala que se dedica constantemente a esa tarea y es la única cuya principal especialidad es precisamente esa tarea; segundo, porque siempre que los demás mecanismos fracasan en la tarea de mantener la cohesión, recurrimos al “derecho y el gobierno”, esta institución es el mecanismo que sirve para reparar y corregir en forma

consciente las fallas de cohesión, para someter a un paciente a un tratamiento deliberado; y tercero (quizá como aspecto de los dos motivos anteriores), porque el derecho y el gobierno es la institución a la que reconocemos atribuciones para hablar en nombre de “todos nosotros”, en lo que se refiere a la tarea de cohesión. Y esto es así a tal punto que cuando en cualquier grupo o sociedad surjan dudas al respecto, el órgano del derecho y del gobierno se identificará por las circunstancias de que habla en nombre de todos, y de que se le reconoce esa facultad.

La enorme tarea de mantener la cooperación o cohesión es demasiado amplia para estudiarla toda a la vez. He comprobado que en la vida real su cumplimiento se agrupa en torno a determinados subproblemas o subtareas que no esta demás enumerar, aunque solo sea de pasada. Tenemos la eliminación de perturbaciones, que según los casos se ha logrado mediante ametralladoras o gases lacrimógenos, por el pacto legal obligatorio, por orden del monarca, del padre o del juez, por elección o electrocución, revolución, oráculo o alguna combinación o variedad de estos medios. Otra subtarea sería la de encauzar la conducta, los usos y las esperanzas de manera tal que se impidan o disminuyan las perturbaciones; y, sobre todo en una sociedad tan dinámica como la nuestra, existe la importantísima tarea de reencauzar la conducta, de crear nuevos usos y esperanzas adaptados a las circunstancias cambiantes de la vida personal o de los grupos, cuidando siempre de no provocar derivaciones excesivas, análogas a las perturbaciones que se pretende evitar. Resta, además, la atribución de “hablar” en forma autoritaria, y su distribución y reglamentación en casos de peligro, de duda o de innovación.

Se observa fácilmente cómo muchas instituciones menores, de carácter jurídico-gubernamental, y que nos son bien conocidas, se agrupan cómodamente en torno a dichas subtareas, junto con otras instituciones de refuerzo que sólo son parcialmente jurídico-gubernamentales. Alrededor de las perturbaciones se agrupan la maquinaria judicial, el voto (en elecciones, legislaturas, en la suprema corte), todos los mecanismos de persuasión y negociación, el contrato en el derecho, el “negocio” en el comercio, el “arreglo” en las cuestiones laborales y políticas. Alrededor de la tarea de encauzamiento se agrupa todo ese conjunto de regulación legal que ya ha dejado de ser objeto de litigio “sobre el derecho”, y que por lo tanto sólo aparece ante el tribunal en caso de duda acerca de los hechos, o de perversa

reincidencia por parte del infractor; aquí nos encontramos con las luces de tránsito, la declaración del impuesto a los réditos, el reconocimiento general de la justa posesión y del estado matrimonial, de la función pública y de la ciudadanía; ya hemos mencionado más arriba otros mecanismos de refuerzo tales como la familia y el mercado. La tarea de reencauzamiento, a su vez, comprende todas las reglas legales y prácticas que gobiernan las transacciones (contratos, testamentos, escrituras, formación de nuevas asociaciones o matrimonios, nuevas emisiones de valores, patentes, derechos de autor), o la sanción de nuevas leyes y reglamentos, o los cambios en la conducción de cualquier grupo o sociedad; en el aspecto menos directamente “legal”, nos encontramos con la serie íntegra de problemas y usos *dentro* de los límites de las libertades legales. A su turno, la regulación del “habla” penetra en la constitución básica de todo grupo, en la redistribución de poderes, y en todas las formalidades prescriptas en las Declaraciones de Derechos, en las normas de procedimiento judicial y en el procedimiento parlamentario de las legislaturas y sus comisiones (tal como la triple lectura de los proyectos); y dicha reglamentación del habla comprende igualmente algunos factores desprovistos de carácter oficial y legal, tales como el prestigio personal, la organización extraoficial del poder y la fuerza de la personalidad; en otras palabras, todos aquellos elementos que a pesar de no tener carácter oficial-legal participan en el gobierno de hecho de los grupos, las naciones, y el mundo entero (según la unidad de observación que se adopte en cada oportunidad).

III

Las ventajas de este enfoque (es decir, de la institución y sus tareas) para la disciplina jurídica son evidentes aún en el terreno de la doctrina. Se abre toda una nueva dimensión; el pensamiento, la observación y la conducta cobran perspectiva, adquirimos ojos y herramientas para manejar situaciones que de otro modo permanecerían oscuras, enigmáticas, a duras penas aprehensibles. Así, por ejemplo, desde el punto de vista doctrinario, a una pregunta sólo puede contestarse que sí o que no. El derecho de *filibuster**

* El “*filibuster*” es un procedimiento dilatorio a veces utilizado en el Senado de los Estados Unidos para impedir o demorar una votación (N. del T.).

(que más que un derecho es un arma contra el resto del Senado), está garantizado por la Constitución o no lo está; es “derecho” o no lo es. Siempre cabe suavizar un poco las aristas del enfoque del “sí” o “no”, arguyendo: 1) Esto es lo que dice la ley oficial, pero *debería* modificarse; o, a la inversa, no es lo que dice la ley oficial, pero *debería* serlo. Es decir, uno puede salir del campo de la doctrina estricta para hacer un juicio de valor *sobre* la doctrina acerca de si lo que es rigurosamente correcto dentro de la tendencia doctrinaria dominante es, además, prudente y bueno. O si no: 2) No es claro el sentido de la ley oficial acerca del punto en litigio, pero los funcionarios autorizados *probablemente* decidirán que es tal o cual. Es decir que se puede uno salir del *material* doctrinario, reconociendo que *también* hay que tomar en consideración el juicio y la conducta de los funcionarios autorizados (y ello con carácter decisivo). Desde el punto de vista de la “doctrina correcta” este último proceder es audaz, irreverente y quizá peligroso; representa una intromisión o avanzada parcial del pensamiento adicto a la “institución”.

Pero aún este segundo procedimiento no suministra medios suficientes para desentrañar un caso tan singular como el del *filibuster*. En cambio, desde el punto de mira de “la institución y sus tareas” podemos llegar a describirlo con bastante rapidez y con suficiente precisión; trátase de una institución menor, de carácter e importancia constitucionales (que permite a un individuo provocar una larga demora en una situación crítica, y que atribuye un poder efectivo de veto a una pequeña minoría) pero que carece de “status” en la Constitución o en las “leyes” oficiales, pues es sujeto a modificación por una sola Cámara legislativa (aunque parecería que fuera parte de la Constitución para esa Cámara, ya que el *filibuster* no puede impedirse por simple votación); sin embargo, es una institución tan hondamente enraizada en la práctica y en la venerada tradición senatorial que parece estar más sólidamente establecida en la práctica del gobierno de los Estados Unidos que muchas cláusulas de la Constitución oficial. Los británicos no vacilarían en atribuirle categoría constitucional, por tratarse de un aspecto establecido de la distribución del poder en la nación. Veríamos las cosas con mayor claridad si adoptáramos la manera británica de encarar y describir estos asuntos; sin olvidar, eso sí, que *algunas* partes de *nuestra* Cons-

titución también están dotadas de un atributo extraordinario: el de la revisión judicial de las leyes contradictorias.

Sostengo, por lo tanto, que en el campo jurídico el método basado en el concepto de institución permite aislar, describir y estudiar cómodamente diversas situaciones anómalas, tales como las costumbres no fundadas en normas expresas, o la “letra muerta”, la influencia del sentimiento del decoro, la situación (“legal”) de mayordomos de palacio o de válidos del monarca que aún no han llegado a primeros ministros. Sin embargo, es mucho más importante la nueva dimensión que adquieren los problemas jurídicos cotidianos. Para tomar un viejo problema: ¿Los jueces encuentran el derecho, o lo hacen? Si se plantea la cuestión dentro de la esfera de la doctrina correcta –quizá, en verdad, incorrecta– no hay solución posible. En cambio, si se la encara desde el punto de vista institucional, se percibe claramente que se trata de un pseudoproblema: los jueces, en efecto, hacen ambas cosas al mismo tiempo. Hacen el derecho al declarar lo que no había sido declarado antes; además, el modo de declararlo (el enfoque del problema, así como su formulación estilística, la redacción amplia o rígida de la regla, la limitación o la extensión y la orientación que se da al caso), ese “modo” es la creación del juez. Pero el juez crea con materiales dados, que no sólo tienen contenido sino también estructura, que no sólo limitan sino que también orientan, que “se estiran” y “palpan” en una dirección determinada, que tienen un color y un tono determinados, de manera tal que lo que los jueces tienen a su disposición para *reconocerlo* como correcto y justo dentro del sistema vigente está dado en buena medida por esos materiales, y por la situación que los rodea; el juez, en consecuencia, al dictar el fallo, *encuentra y reconoce*, a la vez que *hace*, el derecho. Esto es literalmente así, y tan verdadero aquí y ahora como en la primitiva acción recíproca entre *themis* y costumbre.

Asimismo, si se considera que derecho –y– gobierno forman una *sola* institución se nos resuelven al punto dos problemas que durante siglos han eludido solución clara y explícita: el de la relación entre norma y discrecionalidad, y el de la relación entre norma y funcionario. En primer lugar, nadie que conciba el gobierno como unido al derecho puede incurrir en el dislate de afirmar que quienes gobiernan son las leyes “y no los hombres”; en cambio, con el nuevo enfoque, surge claramente la imagen

de una interacción, de hombres que actúan sometidos a ciertas normas, y dentro de sus límites; entendiéndose que esas normas están integradas en parte por una tradición de buena voluntad y de conocimientos técnicos. Además, se percibe nítidamente que el polo “derecho” de la institución es regularidad de acción y posibilidad de previsión detallada, aspectos que reciben especial énfasis, exagerado fuera de proporción con la realidad; en cambio, al contemplar el polo “gobierno” se dibuja con igual exageración la importancia de la decisión personal en una situación particular. La verdad es que en toda acción oficial participan los dos aspectos; y cuanto más equilibrado estén, más correcta será la medida oficial, pues las normas estarán vivificadas por la función, y el juicio personal tenderá siempre a la justicia y la regularidad. En verdad sería exacto afirmar que la acción oficial que se cumple dentro de una zona de discrecionalidad totalmente exenta de regulación expresa tiende a legitimarse en la medida en que esté *orientada* por la convicción de que sería justo y bueno repetir dicha acción en circunstancias similares; y puede agregarse que dicha acción se convierte efectivamente en justa en la medida en que se realice esa orientación. De este modo puede apreciarse la *legalidad* del uso de la discreción, prescindiendo de la prudencia de su uso. Considero que este enfoque prácticamente soluciona el problema de la verdadera relación existente entre discrecionalidad y norma en la actuación del personal del “derecho –y– gobierno”. En mi opinión, dicho enfoque es una derivación directa y evidente del método de la institución.

IV

Creo conveniente destacar otras dos series de subtareas. La primera es la que se vincula con la cuestión de cómo asegurar conducción y administración efectivas, tema que estaba implícito en el anterior examen de los factores persona y discrecionalidad en la institución “derecho y gobierno”. Esta es la tarea *positiva* de la institución: la de organizar y dirigir el equipo de manera tal que se obtenga un efectivo impulso, y se descubra horizontes y posibilidades. Esto es bien diferente de un mero mecanismo para distribuir el “habla”, o para impedir que la gente se mueva a palos. Trátase de una tarea *positiva* que requiere realizaciones positivas; a

ella se vinculan las loas a la libre empresa, la crítica de los impuestos excesivos porque eliminan los incentivos, los planes de disminución de las horas de trabajo con aumentos de la productividad, junto con proyectos para enriquecer las horas de ocio resultantes, etc. Trátase de un aspecto de la institución “derecho y gobierno” que corresponde no sólo al aspecto gubernamental, sino también al del “derecho puro” (ciertas herramientas jurídicas como el contrato, la sociedad anónima y la cooperativa se prestan a la utilización práctica: las libertades establecidas por un sistema jurídico, y la tendencia a aprovecharlas de una u otra manera, constituyen una parte tan vital del sistema como cualesquiera sanciones o prohibiciones). Es por lo tanto una tarea que forma parte del aspecto jurídico de la institución, pero que nuestros pensadores, desde los tiempos de Swift, se han ocupado muy poco de destacar⁷. En cambio, el aspecto “gobierno” de la institución casi nos obliga a percibir esa tarea, y con toda claridad.

La segunda subtarea que quiero destacar tal vez no parezca en absoluto una subtarea. Abarca a todas las demás, y consiste en descubrir cómo deben atacarse y realizarse cada una de ellas. Consiste en la tarea específica a desarrollar, mantener y perfeccionar la artesanía y la técnica de los especialistas que se dedican a las demás tareas. Pues ocurre que las tareas básicas de una institución, sus funciones vitales, pueden realizarse al nivel mínimo necesario para evitar que el grupo o sociedad se desintegre, o elevarse a un plano superior de búsqueda de la belleza, la salud y la gloria. Y para alcanzar estas metas, en cualquier medida, es necesario que la técnica, el método, la artesanía tradicional, alcancen y se mantengan en un plano elevado y de gran eficiencia. (Para que los resultados sean duraderos, sospecho que se requiere, además, una firme tradición de carácter y espíritu; pero eso es harina de otro costal). Una vez asimilada esta noción básica, resulta claro que el material de normas y conceptos jurídicos oficiales, etc., cambia totalmente de aspecto según la tarea específica de que se trate. Es así que el juez, el asesor, el abogado, el legislador, el director de empresa, el subalterno administrativo, todos ven y utilizan la materia normativa oficial de manera diferente. No hay duda de que se impone

⁷ Véase “Viaje a Liliput”. Robert Lowie, que procede de la etnología, ha destacado magníficamente este aspecto. Sin embargo, en lo que se refiere a los usos legales, ha olvidado completamente los aspectos artesanía y técnica, que debían estudiarse a continuación.

realizar un estudio detallado de las distintas técnicas, y de sus peculiares exigencias, tradiciones, ideales, organización, ética y reclutamiento.

Como todo lo que he dicho, y como todo lo que he de decir, ni esta observación ni sus consecuencias representan nada nuevo. Una vez más todo ello resulta obvio. Las disciplinas sociales han sabido desde hace décadas y siglos que el conocimiento práctico transmisible es de la esencia de la tecnología. El secreto técnico ha desempeñado su papel en ambientes de monopolio y de libre competencia, en relación con la magia y el sacerdocio, con la técnica del especialista, la invención, la enseñanza y el gobierno. La idea misma de la cultura implica portadores de cultura, y la propia idea de la especialización implica no sólo especialistas sino también variedades o “subartesanas” con sus habilidades peculiares y sus modos de reclutamiento. Max Weber, por ejemplo, ha logrado cosas bellísimas con su concepto de la burocracia, que abarca el “derecho y gobierno” de empresas que poco tienen que ver con el Estado. Ahora bien, yo sugiero que todo gana en simplicidad, unidad y claridad cuando los conceptos de artesano y artesano se utilizan en forma sistemática como herramientas de trabajo.

Un oficio o artesano es, en su esencia, una *rama* de trabajo jurídico, evidentemente, no es un solo oficio, pese a que un solo jurista sea capaz de practicar más de uno de los oficios jurídicos: podrá ser a la vez abogado, asesor y legislador, por ejemplo. Es claro que el grado de especialización que alcanzan los distintos oficios es una cuestión de práctica: la especialidad “abogacía”, por ejemplo, puede descomponerse en una infinidad de especializaciones menores. Lo importante es que quien ha asimilado el concepto de “oficio” o “artesano” dispone de un poderoso instrumento de observación y de trabajo. Así, por ejemplo, se comprueba de inmediato que un oficio entraña ciertas “habilidades”; que estas habilidades, a su vez, deberían implicar un mínimo de resultados positivos; que la habilitación profesional debería garantizar la posesión de habilidades capaces de asegurar un mínimo de resultados favorables para el “cliente” del artesano, y que la enseñanza debería reorientarse teniendo en cuenta estos objetivos. Se comprueba asimismo que todo oficio organizado como tal debería contener varios planos: una carpintería elemental fácilmente enseñable; una ebanistería, más delicada y compleja, pero todavía fácilmente transmisible, susceptible de observación y verificación de sus productos; por supuesto,

avanzando más, nos encontramos con las aptitudes más intangibles y de más difícil comunicación: el poder creador, la imaginación. Esta manera de ver las cosas permite enfocar correctamente algunos problemas que se encaran actualmente con muy escaso éxito, como el de la preparación y graduación de los abogados, y el de la supervisión de la actuación profesional. En fin, permite enfocar los problemas de cualquier oficio cuyo desempeño no pueda dejarse librado al azar. Por todo ello estoy convencido de que esta manera de encarar el funcionamiento y el personal de una institución constituye una investigación sorprendentemente instructiva, vívida y aclarativa, que por cierto está bastante descuidada en la actualidad.

Seguramente ninguna institución reclama tan claramente un enfoque de este tipo como la del “derecho y gobierno”, cuyo material normativo está tan altamente desarrollado, y tan cuidadosamente articulado, siendo empero lamentablemente incapaz, por sí mismo, de dar cuenta de lo que realmente ocurre. Material normativo que adquiere significados totalmente diversos según el tipo de tarea al cual se lo aplique. Consideremos el siguiente ejemplo: para el juez del más alto tribunal de apelación “el derecho”, por ejemplo, que rige el homicidio, es un conjunto relativamente complejo de normas dirigidas a su conciencia y apoyadas en sus deberes de juez, normas que le indican que determinadas decisiones y medidas tomadas por el magistrado inferior son indudablemente correctas, y deben ser ratificadas; que otras son incuestionablemente incorrectas y que deberían ser revocadas; y que otras, por último, plantean un problema que deberá resolverse mediante un proceso extremadamente complicado de coordinación de las palabras, oficialmente incorporadas en las normas de un código, con los juicios emitidos por los tribunales sobre esas mismas palabras de la ley, y con ciertas vagas orientaciones de política social escorzadas en parte en las leyes o en la jurisprudencia de los tribunales, o en ambos a la vez, y, finalmente, con la sensación de la justicia en general y en el caso particular. No existen reglas seguras que gobiernen la justa orientación de esta intrincada coordinación, sino solamente el “sentimiento” de las responsabilidades y métodos propios de la magistratura, lo cual explica en buena medida las divergencias de opinión entre los jueces de apelación. Es muy escaso el contenido imperativo de las leyes que rigen el homicidio (o cualquier otra cosa), respecto del juez que deci-

de en última instancia: son muy excepcionales los casos de incumplimiento de los deberes de conciencia del juez que pueda desprestigiarlo o hasta provocar su destitución o encarcelamiento; y aún el desconocimiento honesto pero obstinado de los materiales tradicionales o de su forma tradicional de utilización apenas podría llegar a tener algunas repercusiones perceptibles. En cambio, para el juez de primera instancia (cuyo oficio es muy diferente del que practica el juez del tribunal de apelación) el aspecto imperativo de la ley oficial es considerablemente mayor, puesto que, si se me permite la expresión, el tribunal de segunda instancia puede darle unos azotes por no haber realizado bien una parte de su tarea. La reprimenda sólo afecta al orgullo y al prestigio del juez, pero no por ello es inofensiva. En la realidad y en sus efectos este factor imperativo adicional se atenúa en la medida en que el juez de primera instancia logra prever que el fallo no será apelado o revocado; pero esta posibilidad de previsión no altera el carácter normativo y semi-imperativo que tiene la “ley oficial” para la función y la conciencia del juez de primera instancia.

Comparemos ahora la situación de cualquiera de estos dos jueces con la del abogado que debe ganar una causa. Para él, *en lo que se refiere a su oficio*, las normas de derecho que rigen el homicidio son en primer término un marco dentro del cual debe moverse: un conjunto de limitaciones. Pero en segundo término constituyen un instrumental de persuasión. Le suministran medios para ordenar la prueba. Con ellos tratará de engendrar en el juez motivos de vacilación. O intentará demostrar que se trata de un caso de legítima defensa, o de enajenación, o que ha faltado la premeditación que califica la figura delictiva. Si se trata del abogado defensor, se esforzará por persuadir al juez de que los términos de la ley o la evolución de la jurisprudencia, dado el estado de la prueba, impiden aplicar la pena en este caso particular. Si se trata del fiscal hará lo posible por demostrar que la sanción es procedente. De manera que ahora el “derecho” ha dejado de ser una guía para la conciencia, y se ha transformado principalmente en un conjunto de limitaciones, y, dentro de esos límites, en un instrumental utilizable para alcanzar un resultado. En otras palabras, el abogado se enfrenta con el derecho como cualquier persona puede enfrentarse con cualquier institución, pero con la diferencia de que la finalidad reguladora de conducta que tienen las instituciones en general, y el derecho en particular, desaparece en parte respecto del abogado,

porque, al menos en nuestro sistema, su misión consiste en asegurar un juicio justo aun a quienes han hecho trizas todos los fines del derecho.

Veamos en cambio lo que significa “el derecho” para quienes tienen por misión su creación o reforma. Para el legislador es primordialmente un instrumento, un medio para encauzar la conducta de otras personas. Es un instrumento verbal, y tradicionalmente de carácter indirecto: en efecto, se considera poco formal dirigirse a las personas cuya conducta se quiere manejar en la simple segunda persona de los Diez Mandamientos, o decirles sin ambages lo que se persigue. No, el procedimiento aprobado consiste en dictar mandatos dirigidos a los funcionarios; de esos mandatos un hombre paciente podrá extraer amenazas o promesas para otra gente, de las cuales, a su vez, una persona sagaz podrá adivinar qué es lo que quiere el legislador. Lo que resulta claro es que quien tiene a su cargo la “fabricación” del derecho debe ver en el material jurídico, presente o futuro, un artefacto práctico, un medio para alcanzar resultados a través de una relación de causa y efecto dentro del marco integral de la institución del derecho. Dada esa institución tal cual es y tal como funciona en la realidad, el legislador deberá preguntarse qué palabras o términos jurídicos serán capaces de electrizar y organizar al personal de manera tal que las amenazas o promesas cobren realidad; y cuáles serán capaces de electrizar y encauzar a la población de manera tal que las amenazas se vuelvan innecesarias y que las promesas puedan cumplirse dentro de un presupuesto de gastos razonable. Se buscan resultados rápidos, precisos, certeros, económicos, sin subproductos indeseables: la meta, el problema, son de carácter tecnológico, casi ingenieril, hasta el otro problema, el de los objetivos últimos; pero ese no se refiere al material jurídico en sí sino más bien a los fines a que debe tender el material jurídico, así como la estructura social en su totalidad.

De nada valdría aquí pasar revista a otros oficios jurídicos. Lo que quiero destacar es que el concepto de “oficio”, al aislar y exhibir los distintos quehaceres, ilumina una serie de aspectos del “derecho oficial”, aspectos que, por lo menos para los juristas, han permanecido tradicionalmente en oscuridad casi total. Y a continuación cabe sugerir que el conocimiento de cualquier otra institución social -la educación, por ejemplo- se iluminaría igualmente mediante este enfoque. Por supuesto, los oficios variarán según las instituciones a que correspondan, pero

siempre nos encontraremos con un conjunto orgánico de oficios. Y siempre habrá que recordar que, como ocurre ahora con los oficios jurídicos, si se descuidan los aspectos de conocimiento y artesanía, los ideales y los fines, toda la estructura se expone a una decadencia técnica y ética.

Además, el concepto de oficio tiene un especial valor para la sociología. En efecto, estudiar un oficio significa estudiar a hombres en una tarea concreta, observar a las abejas construyendo panales y elaborando la miel. Toda disciplina científica, para conservarse lozana, debe mantener un intercambio constante entre teoría y práctica. Esta última suministrará problemas reales y experiencia viva, y permitirá poner a prueba las teorías. En sociología ese intercambio ha sido muy escaso -si se exceptúa la reciente aparición de la “sociología industrial”. En general los conceptos sociológicos han resultado demasiado generales y vagos para aplicarlos con comodidad a los problemas cotidianos. No deja de ser significativo que los asistentes sociales, que deberían ser sociólogos, tienden a pedir auxilio a la psiquiatría. En cambio, cuando se aplica en forma sostenida el concepto de oficio y artesanía, uno se encuentra inevitablemente con un pie apoyado en la teoría, y el otro en la práctica concreta e individual del artesano. Se tiende así un puente entre la teoría y la práctica, por el cual cruza una intensa corriente de tráfico en ambas direcciones.

Desde el campo jurídico es posible percibir entrecruzamientos de valor insospechable entre los procesos sociales y entre sus diversas tendencias. Los casos de perturbación -agravios, choques, injurias, delitos- constituyen una generosa fuente de trabajo para la doctrina jurídica y para las instituciones menores del derecho. Por supuesto el caso de perturbación y su eliminación son parte de la tarea cotidiana del artesanado jurídico. Ya hemos mencionado la interacción de la regularidad habitual y el conflicto nuevo: entre “themis” y costumbre. Ese es un fenómeno corriente. Pero entre los casos de perturbación se deslizan algunos que están preñados de consecuencias: son los conflictos decisivos, en los cuales se desafía abiertamente alguna práctica o norma consagrada por el tiempo. El desafío triunfa o fracasa: una nueva fuerza se incorpora permanentemente al sistema en marcha, o es eliminada de raíz. Lo que me interesa no es meramente la potencia plasmadora de una decisión singular, sino especialmente la forma en que, en torno del caso particular y de

sus accidentales protagonistas, se *articulan* y se expresan impulsos de todas clases que hasta entonces habían permanecido ignorados, desordenados y mal interpretados. De manera tal que la decisión incorpora una nueva orientación (o su rechazo) y además contribuye a consolidar la estructura existente. Con esto quiero aludir a la posibilidad de iluminar la dinámica de las grandes estructuras, partiendo del estudio, modesto en su comienzo, de la tarea de lenta excavación que cumplen los oficios. Y agregaré que no me sorprendería que una investigación profunda y sostenida de este aspecto revelara notables paralelismos entre el proceso de perturbación y crisis en el desarrollo de la cultura, y el mismo proceso en el desarrollo de la personalidad individual.

V

Antes de terminar quisiera tocar un último tema. El enfoque práctico con que, según he sostenido más arriba, debe utilizar el legislador el material jurídico, no sólo vale para el autor de las normas jurídicas oficiales del Estado, sino para quien tenga a su cargo el gobierno de cualquier grupo, trátase de una familia o de cualquiera de las asociaciones superiores. Las tareas de “derecho y gobierno”, téngase presente, consisten en producir, mantener y dirigir la cohesión de *cualquier* grupo, cualquiera sea su magnitud. Todos los mecanismos reguladores de todo tipo constituyen un único campo de estudio; resulta fascinante observar a un joven matrimonio bregando con sus críos, que apenas comienzan a hablar, porque los padres son legos en materia de derecho -y más aún los chiquillos de dos o tres años- y sin embargo aplican o vuelven a inventar toda clase de recursos abogadiles: la *distinctio juris*, la aplicación analógica, la interpretación gramatical o la que penetra en el espíritu de la norma; o vuelven a desarrollar casi *ab initio* la teoría de la notificación o de la audiencia, o a fundamentar el rechazo de las normas *ex post facto*. Esta comprobación de los aspectos jurídicos de todas las instituciones o actividades conocidas es extraordinariamente fecunda. Pero lo que me interesa en este momento es la consiguiente -y por cierto divertida- aparición de una nueva rama pequeñita de la sociología: la sociología de la dogmática, que se ocupa de lo que ocurre cuando la gente trata de formular en términos imperativos las reglas orientadoras de la

conducta. La sociología de la dogmática ensambla de manera muy interesante con el fenómeno de la evolución estilística en la artesanía del derecho, tendiente a rodear la luz y esperanza la institución del derecho y los deseos y necesidades que los ciudadanos refieren a esa institución. Esa luz y esperanza han faltado lamentablemente en este país desde hace unas cuatro generaciones. Me refiero concretamente al ideal del gobierno “de las leyes y no de los hombres”, y al ideal de un tribunal en el cual los litigios se resuelven “según derecho”, haciendo abstracción de la persona del juez. Estos dos ideales son perfectamente justificables, y la teoría de que el gobierno y el derecho funcionan en buena medida sin tener en cuenta la individualidad de las personas o de los funcionarios *debería* ser esencialmente verdadera. Y, como se verá en seguida, lo que se acaba de afirmar de ninguna manera contradice lo que sostuve más arriba acerca de la necesaria influencia del factor humano en el funcionamiento del derecho.

Lo necesario e inherente es que el hombre siempre tiene que tener participación en los resultados: es él quien debe leer las palabras de la regla jurídica, él es quien debe apreciar las circunstancias para decidir si la norma es aplicable: jamás una norma jurídica se ha aplicado por sí misma. Pero lo que nos enseña la sociología de la dogmática es que en la medida en que la tradición artesanal siga una trayectoria límpida, clara y segura, podrá esperarse el mismo *modo* de aplicación, el mismo *tipo* de interpretación, igual calificación de las circunstancias, de *cualquier* artesano educado en esa tradición. De manera tal que las disparidades disminuyen en número y en importancia en relación directa con la claridad de la tradición artesanal. En esa medida el elemento “hombre” puede disminuir, y en efecto lo hace de acuerdo con el sentido de la máxima y del ideal mencionados. Si, por añadidura, el estilo interpretativo de la época (como ocurrió en el magnífico período inicial de nuestro siglo diecinueve, y como está volviendo a ocurrir en nuestros días) destaca el espíritu y la finalidad de las normas legales, antes que su mera letra, entonces el conflicto permanente entre la forma rígida y anticuada, por un lado, y las nuevas necesidades y situaciones por el otro, se resuelve en una preocupación por estas últimas que es constante y previsible, y no accidental y confusa. Con esto, por supuesto, no se garantiza la regularidad de los resultados, puesto que si las normas jurídicas vigentes no han sido redactadas con

criterio finalista, sino de acuerdo con criterios formalistas, si las definiciones no son funcionales sino que están determinadas por notas ajenas a la función del todo, entonces subsiste un conflicto de resultados imprevisibles entre la dinámica de las formas y el impulso de las necesidades. Sin embargo, si la mentabilidad estilística que destaca en primer término la finalidad y la función se contagia a quienes se encargan de la factura y redacción de las normas mismas, se obtienen entonces normas jurídicas que llegan casi a decidir los litigios haciendo abstracción de los hombres. En efecto, trátase de normas que significan casi lo mismo a todo artesano, cualquiera que sea su origen o temperamento, que se haya formado en el mismo estilo y lo haya asimilado. Bajo un régimen semejante actividad creadora del funcionario adquiere gran importancia, pero esa actividad seguirá una línea relativamente previsible, coincidente con el espíritu de la norma –coincidente por tanto con el lema “leyes y no hombres”–, y con el ideal que persigue ese lema.

Me parece natural –lejos de encontrarlo sorprendente– que la sociología de la dogmática (que es sólo una pequeña rama de la sociología de las instituciones) se ponga a estudiar estilística, que es una rama de la estética. Me parece natural que esta combinación de disciplinas permita resolver controversias jurídicas, que aclare el significado práctico de un elevado ideal de gobierno, y que señale la ruta que debe seguir la reforma de nuestras normas jurídicas mostrando cómo deben ser éstas para que cumplan la tarea a que están destinadas. Me parece natural, finalmente, que la luz que así se arroje sobre la institución del derecho, al iluminar simultáneamente el problema íntegro de la artesanía y de la cooperación en el funcionamiento de las instituciones en general, abra una nueva perspectiva para todas las ciencias sociales.

Entre las disciplinas científicas, como entre los hombres y entre las naciones, conviene ser buenos vecinos.