

LOS METODOS INTERPRETATIVOS Y LA SOCIOLOGIA JURIDICA

por el

Dr. DIEGO G. BALBASTRO REGUERA

Profesor Titular de Introducción al Derecho e Interino de Sociología

SUMARIO: 1º Introducción. 2º Reseña y crítica de los métodos interpretativos del derecho: La Exégesis, La Dogmática. 3º La libre investigación científica. 4º La Escuela del Derecho Libre. Jurisprudencia de Intereses. 5º La Escuela Sociológica Norteamericana. 6º El Realismo norteamericano. 7º Función interpretativa de los jueces. Orientación moderna. Recapitulación. 8º Nuestra posición.

LOS METODOS INTERPRETATIVOS Y LA SOCIOLOGIA JURIDICA

Nos proponemos abordar en este trabajo, una de las cuestiones más debatidas en doctrina y sobre la cual una profusa y abundante bibliografía sirve para denotar las distintas actitudes de los juristas frente al problema.

Debemos anticipar que lo referente a hermenéutica jurídica, a mi juicio, no interesa sólo al jurista o científico del derecho, sino también, y en gran escala al filósofo, ya que como veremos más adelante, la interpretación jurídica entraña, en muchos casos un problema de estimativa axiológica, determinada por las hondas transformaciones que se operan en los derechos positivos, en el siglo que nos toca vivir.

Para nadie es un secreto que el impacto social ha conmovido las estructuras jurídicas contemporáneas, insuficientes muchas veces, de

abarcar la nueva problemática jurídica, que tiene sus fuentes en causas de orden económico, político y social. El nuevo derecho es una realidad en el mundo civilizado, y la cruda filiación individualista que informa a los ordenamientos inspirados en el movimiento codificador francés de 1804, apenas si supervive en algunas estructuras formales del derecho, con un contenido variable que acusa en leyes e instituciones, la nota grávida de los cambios sociales, que en definitiva cambian el contenido del derecho.

De los derechos subjetivos, ejemplifiquemos con el derecho de propiedad, prototipo de los derechos privados, que ha gozado durante largos años de una protección rígida y absoluta, conforme a la máxima romana del *jus utendi, fruendi y abutendi*.

El dirigismo jurídico primero, por obra de la jurisprudencia, y luego la política legislativa de los países, ha ido poniendo frenos al uso excesivo de este derecho, hasta advenir el concepto de la propiedad en función social, rasgo que caracteriza no sólo las influencias de tipo colectivista y solidaristas, sino incluso la corriente impresa por la Iglesia, en sus Encíclicas más famosas, como las *Quadragesimo Anno*, *Rerum Novarum* y *Mater et Magistra*. Las limitaciones al ejercicio discrecional de algunos derechos subjetivos, como el que estamos examinando, reconocen su fundamento en los nuevos conceptos de justicia social, que contrariamente a lo que cree la mayoría, no es fruto de determinado movimiento político, de ortodoxia doctrinaria, sino que es el fruto convergente de una nueva estimativa social, a la que no son ajenas, las doctrinas sociales, como la de la Iglesia y los partidos liberales democráticos y progresistas que estampan en su petición de principios, idénticos postulados, tendientes a corregir las contradicciones fácticas de las Sociedades, cuando el equilibrio de ellas amenaza romperse, ante el influjo y la fuerza desbordante de nuevos factores sociales, no previstos en los ordenamientos jurídicos, esto es, cuando el *derecho inorganizado* de que nos habla Gurtvich, pugna en devenir en derecho organizado ¹.

¹ GURTVICH, *Sociología del Derecho*.

Este fenómeno de transformación de los esquemas jurídicos clásicos es advertido por pensadores de la talla de Recasens Siches. Al referirse a que los planes o programas colectivistas o socialistas, tal como lo proclaman los estados totalitarios, han perdido vigencia en los países occidentales, señala en cambio, consecuente con lo que estamos exponiendo: *Sin embargo, a pesar de que esos proyectos globales de carácter colectivista han perdido considerablemente crédito en los países occidentales, auténticamente democráticos imbuidos de espíritu liberal, por otra parte, es cierto que el espíritu de justicia social y el deseo de satisfacer los requerimientos de ésta han impregnado poderosa y densamente el ambiente de todos los pueblos y, en mayor o menor medida han sido incorporados a la mayor parte de programas políticos de índole conservadora; y han influido decisivamente en la creación de un Derecho nuevo, tanto por vía legislativa y reglamentaria, como también por vía jurisprudencial y consuetudinaria. Independientemente de los hondos abismos que separan el sistema e ideario comunista frente a los principios que inspiran a las democracias occidentales, las cuales siguen adheridas al principio de los derechos fundamentales del hombre, que en la realidad práctica, no existe en el derecho soviético, hay un principio común; el principio del bienestar para todos, cuya vigorosa influencia se hace sentir en la nueva legislación de todos los pueblos*².

Resulta innegable que los cambios sociales preceden a las transformaciones del derecho, pero precisamente la operabilidad de los cambios, sin que aún se opere la transformación del derecho positivo, crea problemas delicados al jurista, en especial a la etapa de la aplicación judicial del derecho. En efecto, frente al principio de la seguridad jurídica, valor indispensable en toda juridicidad, se encuentra la realidad social, cambiante y huidiza, que muchas veces excede el marco de la normatividad vigente, en un país y en momento histórico determinado. A fijar la posición de las distintas escuelas interpretativas, y a la insuficiencia técnica de las mismas, referiré el capítulo siguiente.

² RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, pág. 13/14.

RESEÑA Y CRÍTICA DE LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS DEL DERECHO

Para una mejor comprensión del tema, diremos que la técnica interpretativa, de raíz científica, comienza recién a partir de la sanción del Código Civil francés de 1804. Es conocida la ilusión racionalista de los autores de la codificación, en el sentido de que el cuerpo de leyes sancionado, condensaba todas las situaciones jurídicas posibles, en una sumisión absoluta a la ley positiva, nuevo breviario que venía a suplantar el pesado andamiaje del derecho feudal, monárquico y consuetudinario. Cuando comienza a aplicarse el C. Napoleón, surge el movimiento denominado de la Exégesis, en una hermenéutica cerrada, que no va más allá de la ley, y en última instancia al pensamiento del legislador.

La entelequia del pensamiento del legislador no puede explicar, en la aplicación judicial del derecho, las notas cambiantes del derecho inorganizado y dinámico de la Sociedad, que en muchos casos excede los moldes o encuadres de las normas jurídicas. La exégesis cumple acabadamente su función técnica interpretativa, en lo que respecta a los textos legales, a la letra de la ley, pero escapa a sus posibilidades, por la ortodoxia de sus principios positivistas, la realidad plena y existencial del derecho fluctuante, innovador que surge incontenible de las fuentes inagotables de la sociedad.

Esta actitud cerrada para aplicar la ley, tiene su explicación y fundamento histórico. No debemos olvidar que Francia, recién alumbrada después de las tinieblas del feudalismo, ponía énfasis singular en defender la seguridad jurídica de la burguesía que advenía al poder. Tratábase de mantener la supremacía inflexible de la ley escrita a punto tal que Montesquieu llegó a decir *que los jueces sólo son la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados, que no pueden debilitar ni la vigencia ni el rigor de ella*.

En el campo penal, y determinado axiológicamente, Beccaría se oponía a la interpretación de las leyes penales, consecuente que así defendía las libertades ciudadanas.

La exégesis como es obvio, se despreocupa de toda indagación sociológica y valorativa, de ahí su insuficiencia interpretativa, cuando en

la faz de la aplicación judicial del derecho, y ante las transformaciones sociales, se siente atada al esquema normativo, cuyo único vuelo, llega hasta el casi siempre inactual pensamiento del legislador, sin comprender que la ley, deja de tener paternidad, ni autor, a poco de nacer.

La rígida teoría de la exégesis, tal como privó durante su esplendor y aún en nuestros días, no fue intuida en cambio, por los propios autores de la codificación francesa. El propio Portalis, uno de los eximios juristas, que intervinieron en la elaboración del C. Napoleón, en su discurso preliminar al proyecto, presentado en nombre de la Comisión Gubernamental, después de sentar la afirmación de que *preverlo todo es una imposible pretensión*, agrega: *Hágase lo que se quiera jamás las leyes podrán reemplazar enteramente al uso de la razón natural, en los negocios de la vida. Las posibilidades de la sociedad son tan variadas, el comercio entre los hombres es tan activo, los intereses son tan múltiples, sus relaciones tan extensas, que es imposible al legislador preverlo todo. La revisión de la ley consiste en fijar los principios generales del derecho a grandes rasgos. Muchas cosas quedan, por lo tanto, libradas bien al imperio de la costumbre, bien a la discusión de los hombres doctos, o bien al arbitrio de los jueces*³. Con esta petición de principios, Portalis remitía a la jurisprudencia la solución de los casos raros y extraordinarios, los detalles harto variables y discutibles, expresando que a la experiencia corresponde colmar los vacíos de la ley. Si bien ese fue el pensamiento de uno de los más eminentes autores del Código francés, los jurisconsultos, que abrazan el procedimiento exegético, vedan a los jueces toda tarea que no sea la puramente mecánica de la aplicación exclusiva de la ley, figurando en igual tesitura juristas de la talla de Delvincourt, Durantón, Mercadé, Troplong, Baudry Lacantineri, Pothier y Demolombe, para no citar sino a las figuras cumbres, que se destacaron en sus respectivas épocas.

Un progreso sensible sobre la exégesis, marca la aparición de la Escuela dogmática, en el sentido de que no limita las posibilidades del intérprete al mero texto de la ley, sino al ordenamiento jurídico en su totalidad, en una estructuración sistemática. Las normas jurídicas retoman vida propia y se independizan de la esclavitud del pensamiento

³ Citado por RECASENS SICHES, *opus cit.* pág. 188.

del legislador, y la voluntad de éste, es suplantada por lo que denominan la voluntad de la ley.

Sin embargo, los estudios de Roscoe Pound, Beale, y otros autores, señalan su despreocupación valorativa y sociológica en la aplicación judicial del derecho. .. como común denominador de ambas escuelas, el saldo de una contradicción conceptual, en el sentido de que no obstante proclamar el positivismo de la ley, caen, al radicar el derecho exclusivamente en las normas jurídicas, en el plano racionalista y logicista.

Existe un error común en el sentido de que el *common law* difiere, por lo menos el clásico, con el sistema continental y romanista, en lo que respecta a la aplicación judicial del derecho y al rol que le toca jugar al intérprete.

Sin embargo, los estudios de Roscoe Pound, Beale, y otros autores, coinciden en el sentido de que el *common law* del siglo XIX, negaba toda facultad a los jueces, para apartarse o modificar el derecho, porque se partía de la premisa jusnaturalista, de que aquél condensaba todas las posibilidades jurídicas, y la función de los jueces era la de dar solución a los casos en una reverencia total al derecho. De tal manera que al igual que los exégetas, la tarea judicial se caracterizaba por la aplicación lógica, de lo que dio en llamarse más tarde, teoría del Silogismo jurídico, mediante el cual se concibe a la sentencia como la mera tarea de subsumir el caso en la ley, para extraer una singular conclusión lógica.

No obstante, y salvada esta premisa de carácter histórico, debemos anticipar que el *common law* antiguo, así como el contemporáneo, no participan de igual concepción, toda vez que resulta un hecho conocido, de que al mismo, se lo considera derecho elaborado por los jueces conforme a las reglas del precedente judicial.

LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Retomando la reseña de los métodos interpretativos del derecho, no podemos dejar de referirnos a Genny. Este, creador de lo que ha

dado en llamarse Escuela de la libre investigación científica, apunta una reacción de la exégesis y la dogmática, proclamando el principio cardinal de que la ley no es la única fuente de derecho. Y, en materia de hermenéutica, al señalar los modos subsidiarios o supletorios, sugiere algunos que tienen definido tinte sociológico, como aquellos que refieren a los datos reales o naturales, de clima, suelo, o sociales como posición económica, etc. La importancia que asigna a la doctrina y a la jurisprudencia como fuente del derecho, gravitó no sólo en el pensamiento de los juristas, sino que tuvo recepción legislativa en el Código Civil Suizo de las Obligaciones, que en su art. 1º, defiere al juez, cuando debe integrar las lagunas legislativas, la función de legislador.

Puedo asegurar, sin temor a equivocarme, que Francois Geny, es quien advierte por primera vez, y con gran agudeza, que el derecho no se agota en la ley, y que la función judicial no puede limitarse al mecánico silogismo de la sentencia, frente a la compleja y variable trama de intereses y problemas, que conmueven a la sociedad, no siempre previstos dentro de los ordenamientos jurídicos.

LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE

Le cabe a Alemania, plantear por obra de Kantorowicz y de Erlich, una verdadera revolución en el campo de las ideas jurídicas, con la aparición de la Escuela del Derecho Libre. Los presupuestos son conocidos, y aunque no comparto lo de la función creadora y voluntarista que se le asigna al juez, aun en contra de la propia ley, porque ello haría ilusoria la seguridad jurídica, debo destacar sus notas positivas que son: 1º) Que el derecho rige independientemente del Poder Estatal; 2º) La existencia de un Derecho, que no es el del Estado y que es el derecho de la sociedad.

Al establecer la facultad para los jueces de apartarse y prescindir de la ley cuando su convicción lo coloque frente a una ley que le ofrece dudas o piense que la decisión dada por la ley no representa la voluntad del poder estatal en el momento de dictarse el fallo, está asignando a los jueces una función creadora, al admitir que el intérprete

del derecho ha de decidir, según libre convicción, qué debe entenderse por derecho vigente, con su prescindencia de los textos ⁴.

La identificación del Derecho Libre con las convicciones predominantes, en una sociedad determinada, y en un momento histórico dado, emplaza a aquél, como un derecho de la sociedad, no asimilable por ende al derecho estatal.

No puede desconocerse la influencia ius naturalista en la concepción de Kantorowicz, y aunque no podamos aceptarla in totum, por las reseñas señaladas ut-supra, debe convenirse que ella abre rumbos para una revisión de los métodos tradicionales de la hermenéutica jurídica.

Una atenuada imagen de esta Escuela, es la denominada *jurisprudencia de Intereses* que tuvo adeptos en Alemania, por obra de los trabajos de *Max Ruemellin, Oertaman y Heck*. Aunque limita la función judicial a la aplicación de la ley, sin que ella pueda dejarse a un lado por el intérprete, se le asigna en cambio a los jueces, la tarea de ponderar las estimaciones y valoraciones que hubiese tenido el legislador, sin tener en cuenta las palabras de la ley. Para los casos no previstos por el legislador propugna la Escuela, la facultad para los jueces de fundarse en su propia convicción, debiendo presidir sus decisiones, las convicciones sociales imperantes en el momento de decidir. Heck, quizás el principal expositor de la teoría, se anticipa en decir que, conforme a los presupuestos de la doctrina, no le compete al juez crear derecho, ni un nuevo orden jurídico, sino contribuir con su ponderación estimativa, para que, efectivamente se realicen los ideales plasmados en los ordenamientos jurídicos vigentes.

Por obra de estas dos escuelas citadas en último término, la brecha está abierta para una nueva concepción interpretativa del derecho, que prácticamente se perfecciona y elabora con el desarrollo de la *Escuela Sociológica* o *Jurisprudencia Sociológica de los E. Unidos* a la que dedicaremos capítulo aparte.

⁴ *Ciencia del Derecho*, de SAVIGNY, VON KIRCHMAN, ZITTELMAN Y KANTOROWICZ. Losada, Bs. Aires.

LA ESCUELA SOCIOLOGICA NORTEAMERICANA

Comencemos con un pensamiento original de su fundador, el juez Holmes, quien decía: *Si nuestro objeto es el derecho, el camino está abierto para la antropología, la ciencia del hombre, para la economía política, la teoría de la legislación, la ética, etc.* Es perfectamente adecuado mirar y estudiar el derecho simplemente, como un gran documento antropológico. *El estudio realizado para tales fines llega a ser ciencia en el sentido más estricto.* La síntesis de su posición, la hallamos en esta frase: *La vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia.*

Afirma que se debe acudir a la Sociología para descubrir qué ideales de la Sociedad han sido bastante fuertes para alcanzar esa forma última de expresión (qué es el derecho) y cuáles han sido los cambios en los ideales dominantes de siglo en siglo. Así el estudio científico de la morfología y transformación de las ideas humanas sobre el derecho, entra en el campo del estudio sociológico positivo del último ⁵.

Cabe señalar que no obstante sus primeros enunciados francamente sociológicos, Holmes limita más tarde sus enunciados a la práctica judicial del derecho, cuando define a éste como *la profecía de lo que los Tribunales harán.* Fija así una concepción sociológica de tipo valorativo, que emergerá de la decisión de los tribunales norteamericanos.

Existe consenso general de que el verdadero teórico de la Escuela Sociológica Norteamericana es Roscoe Pound, quien sintetiza los postulados de su doctrina y el objeto de la sociología jurídica en los siguientes puntos: 1º) *Hacer el estudio de los efectos sociales actuales de las instituciones y doctrinas jurídicas, y consecuentemente mirar más a la labor del derecho, que a su contenido abstracto;* 2º) *Fomentar el estudio sociológico, su conexión con el estudio jurídico en preparación de legislación, y consecuentemente mirar al derecho como una institución jurídica que puede ser mejorada por el esfuerzo inteligente, describiendo los medios mejores de conducción y dirección de tal*

⁵ Citado por GEORGE GURTICH, *Sociología del derecho*, pág. 170.

esfuerzo; 3º) *Estudiar los medios para hacer reglas efectivas y mirar hacia los propósitos de la ley, más que a las sanciones;* 4º) *El estudio de la historia jurídica sociológica, esto es, de qué efecto social han producido en el pasado las doctrinas del derecho, y cómo lo han producido;* 5º) *Defender lo que ha sido llamado la aplicación equitativa del derecho y propiciar que los preceptos jurídicos sean mirados más como guías hacia resultados que son socialmente justos y menos como tipos inflexibles;* 6º) *Por último, el fin hacia el que los puntos precedentes no son más que algunos de los caminos, es hacer efectivo el esfuerzo por la realización de los propósitos del derecho* ⁶.

Debemos señalar que la obra de Pound revoluciona no solamente el pensamiento jurídico norteamericano, sino que, en realidad, marca una reorientación en la interpretación judicial del derecho en su país, y en la que juegan como fundamentos, tanto las valoraciones de tipo axiológico, económico y político, sino también y en forma esencial las de carácter sociológico. La famosa teoría sobre los intereses sociales, como catálogo orientador que debe presidir las decisiones judiciales, nos da la pauta de una concepción dualista del derecho, frente al monismo del positivismo, avalorativo, dogmático y logicista. Para ubicar y comprender mejor a esta escuela, debemos recordar que su aparición coincide con hondas transformaciones económicas y sociales que se operan en EE. UU., en la etapa de su gran desarrollo industrial.

Los esquemas jurídicos y el propio *common law*, estaban inspirados en los principios del derecho natural, que rigen la tradición norteamericana, y la constitución de Estados Unidos se hallaba vaciada en dichos moldes, con una estructura acentuadamente individualista. Las transformaciones a que hicimos alusión, provocan la impostergable necesidad de resolver en una interpretación sociológica, la autonomía naciente entre el derecho organizado y el derecho inorganizado, vale decir aquel que emana de los estratos más profundos de la sociedad. El propio Pound hace alusión a dicho problema, cuando dice: *Trátase de un conflicto de ideas y no de hombres; de un choque entre las concepciones que nos han sido legadas y que han penetrado hasta la misma carne y sangre de nuestras instituciones y las modernas concepcio-*

⁶ Transcripto por GURTVICH, *opus cit.* pág. 173.

*nes jurídicas nacidas de un movimiento que invade todas las ciencias sociales*⁷.

Sin duda su posición es eminentemente teleológica, ya que identificando la sociología jurídica con la jurisprudencia, propugna fines para el derecho, por medio de aquélla. Al bucear en los distintos planos de la profundidad social se destaca como sociólogo, aunque cabe señalar que como jurista, asigna mayor importancia a la sociología jurídica, desde el punto de vista de la práctica judicial.

Decía al respecto Pound: *de manera casi imperceptible, por cierto, se han producido cambios fundamentales en nuestro sistema jurídico, incluso antes de que la transformación de nuestra política legislativa fuese tan aparente, ya se estaba produciendo un cambio en nuestro derecho del caso, en el sentido de desplazarlo desde la justicia individualista propia del siglo pasado, tan significativamente conocida con el nombre de justicia legal, hacia la justicia social que prevalece hasta nuestros días*⁸. Cita a continuación ocho transformaciones en el derecho de la actual generación que merecen ser destacadas y que corresponden por su espíritu a la moderna ética, filosofía y pensamiento político.

Casi todas las transformaciones han encontrado eco en las decisiones judiciales, que, en una praxis sociológica del derecho positivo, han interpretado a éste con la ponderación y razonabilidad de las leyes, fecunda vertiente que hace insuflar sabia nueva a las decisiones de los tribunales americanos.

El impacto de la sociología norteamericana será prevalente en el ámbito jurisdiccional, y hasta la Corte americana, han de llegar los planteos, cuando por ej. el Presidente Roosevelt propugna la legislación de cada emergencia y el planeamiento económico financiero, con el New Deal y la N. I. R. A., que tratan de poner solución a hondos problemas sociales. No obstante decisiones en contrario de la Corte y de algunos tribunales federales, fundados en el clásico principio de la igualdad ante la ley, que quebrantarían aquellas medidas de emergencia, comienza a hablarse del principio de la razonabilidad de las

⁷ ROSCOE POUND: *El espíritu del common law*, pág. 190.

⁸ POUND, *opus cit.* pág. 184.

leyes, como criterio directriz para las decisiones judiciales, en una evidente interpretación sociológica y valorativa, que abre rumbos para el futuro.

La vasta y fecunda obra de Pound, se halla complementada con la de Benjamín Cardozo, otro eminente juez americano, que sobrepasa a Holmes en su idea del derecho: *No pienso unirme a los juristas que parecen opinar que en realidad no hay derecho, sino en las decisiones de los tribunales. La vida misma llena los espacios del derecho. En una apreciación dialéctica del derecho nos dice: nada es estable, nada es abstracto. Todo es fluido y cambiante. Es un interminable llegar a ser. Nos aproximamos a Heráclito*⁹.

Consecuente Pound con la idea del derecho, y la constante transformación del mismo, a influjos de los factores sociales, de diversa naturaleza, formula la clasificación de los intereses que debe tener presente el derecho en: intereses individuales, intereses públicos e intereses sociales. Los jueces deben moverse teniendo en cuenta la gravitación de los mismos, tratando de hacer prevalecer los que resulten justos y adecuados, conforme a la vigencia actual de los mismos. Coloca así la función judicial en un plano axiológico y de estimativa, de indudable valoración sociológica y anticoneceptualista.

Con respecto a los intereses sociales Pound *intentó al principio basar los mismos sobre instintos sociales, como el de la belicosidad, el instinto de propia afirmación o el de adquisición. Pero pronto hubo de rectificar el rumbo, advertido que por lo controvertido (los instintos sociales) no servían para fundamentar una ciencia del derecho. Pero donde su teoría adquiere definido realismo, es cuando expresa que a través del examen de los sistemas jurídicos, el jurista podrá encontrar justo, cuáles son los deseos o pretensiones que han presionado o siguen presionando para su reconocimiento científico. Por eso para Pound también son considerados intereses sociales no sólo los incorporados a la legislación positiva, sino también aquellos reclamos que día a día presionan sobre el ordenamiento para su reconocimiento formal. En una palabra, la fenomenología social, fijando hitos demarcatorios.*

⁹ Estos conceptos están vertidos en su obra *La naturaleza del proceso judicial*.

y área razonable al derecho, que debe recoger y dar forma estructurada a aquéllos ¹⁰.

Edwin W. Patterson, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, New York, se refiere con meridiana claridad a los intereses sociales de Pound, cuando expresa: *La teoría de los intereses sociales de Pound no significa ultrapasar o reemplazar al derecho positivo. A ningún ciudadano se alienta para rebelarse contra una ley por estimarla contraria a su concepción de un interés social supremo. Tampoco la teoría de los intereses sociales significa decir a los funcionarios que pueden ultrapasar o ignorar las reglas del derecho positivo, aunque les ofrezca una guía para su aplicación* ¹¹.

En síntesis, la sociología norteamericana fija una reorientación a los problemas jurídicos, en especial a la aplicación judicial del derecho, en una función creadora, estimativa y de ponderación de lo razonable. Señala con énfasis, el colapso del silogismo judicial, tan caro a la hermenéutica clásica y hoy día en plena crisis de adeptos.

EL REALISMO NORTEAMERICANO

El realismo norteamericano, cuyos intérpretes máximos son Lewellyn y Arnold plantea una problemática cerrada de lo que el derecho es, al afirmar que el finalismo y los juicios valorativos deben ser excluidos tanto del campo jurídico, como del sociológico. Limitan pues el concepto del derecho exclusivamente a la decisión de los jueces. La frase del realista Frank que transcribo a continuación, sintetiza con toda crudeza el pensamiento del realismo: *El derecho es una decisión del Tribunal. Mientras el Tribunal no ha sentenciado sobre esos hechos no existe derecho sobre el asunto* ¹². Sin embargo la tesis cerrada de Lewellyn y sus continuadores, se abre ante nuevas perspectivas y en estudios realizados por éste, afirma que las tareas y las formas del derecho,

¹⁰ D. G. BALBASTRO REGUERA: *Los valores jurídicos*. Imprenta de la Univ. Nacional del Litoral, pág. 15.

¹¹ PATTERSON: *La Teoría de los intereses sociales de Pound*, pág. 227, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Ed. Losada.

¹² FRANK, *Law and The modern men*.

corresponden a cada grupo, y no presuponen necesariamente la existencia de un tribunal. Este viraje de noventa grados sobre su posición inicial, resuelve en parte el vacío que derivaba de deferir el concepto de derecho a la simple decisión del juez.

Deliberadamente hemos reseñado a grandes rasgos solamente las distintas posturas doctrinarias, que siendo antitéticas, han sobresalido en el campo de las ideas jurídicas. Es obvio señalar que algunas de ellas son extremas, en cuanto a su formulación, pues todas nos dan la pauta de la insuficiencia de las teorías tradicionales en la faz de la aplicación judicial del derecho.

El problema radica en la distinta conceptualización del dato jurídico, a través de la filosofía y de la dogmática jurídica, que han venido distanciándose cada vez más con respecto a su objeto y a sus métodos. Esta separación inconciliable y en términos irreductibles, crea terrenos específicos para cada disciplina, unilateralizando sus respectivos campos de conocimientos, en desmedro de una concepción integral del fenómeno jurídico.

Nuevos enfoques teóricos están emplazando la solución de la problemática, en un terreno hasta ahora insospechado, que tiende a consolidar una Teoría general del derecho, en las que no se desconectan totalmente la filosofía, la ciencia jurídica y la sociología del derecho. Este proceso de interrelación y aproximación de las ciencias que tienen que ver con el quehacer jurídico, ha dado en denominarse Posición Integralista del derecho, y pertenecen a ella iusfilósofos de la talla de Jerome Hall, Miguel Reale y Recasens Siches, para no citar sino a los más encumbrados y sobresalientes.

Va de suyo, que al consolidarse esta teoría integrativa, se abren nuevos rumbos en los estudios del derecho y en especial en la faz de la aplicación judicial del derecho, cuando el jurista, frente al fenómeno jurídico, adopta una actitud que dista de la de ser mero exégeta de normas, para convertirse en el intérprete que se mueve dentro de la normatividad, sin prescindir del hecho social y menos aún de los valores, estimativa que lo coloca dentro de la ponderación de los intereses sociales vigentes en una comunidad jurídica determinada, y en una época histórica, también determinada.

Por la hondura del tema, dejamos para otro trabajo, la exposición, desarrollo y alcance de la teoría integrativista del derecho, como también ha dado en denominársela. Comprometemos pues nuestra contribución al esclarecimiento de esta novedosa y moderna teoría jurídica.

FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LOS JUECES - ORIENTACIÓN MODERNA

Recapitulación:

Largos y meditados años de estudio del derecho y de sus disciplinas auxiliares, han formado una convicción en nuestro espíritu en el sentido de que el juez no puede ser el autómatá que se mueve limitado en un plano logicista y en una sumisión deshumanizada a la ley. La jurisprudencia, considerada hoy como una de las principales fuentes del derecho, ha ido consolidando una nueva concepción sobre las tareas judiciales, que barre la hojarasca de antiguos preconceptos y prejuicios, inadmisibles en los tiempos que vivimos.

Desde luego que la reelaboración de nuevas técnicas judiciales, abre nuevas esperanzas como también peligros, como lo señala Pekelis: *Hablando en primer término de las esperanzas, es posible que estemos en los albores de un nuevo modo de enfoque de la actividad judicial, en los comienzos de lo que yo llamaría una jurisprudencia estimativa. En otras palabras nuestros jueces, que por largo tiempo han estado planteándose una serie de problemas acerca de los cánones de interpretación, las intenciones de los legisladores y las líneas de la autoridad judicial, pueden estar a punto de formularse, cada vez con mayor frecuencia, la única pregunta que en realidad importa: ¿Cuál de mis posibles conductas, qué norma jurídica podría servir mejor al bienestar general de la sociedad, a la que he jurado servir?, y pueden inclinarse a responder a esta pregunta franca y explícitamente, e intentar contestarla de modo inteligente, con la ayuda de todos los datos que pueden ofrecer las ciencias sociales*¹³.

¹³ ALEXANDER H. PEKELIS, *La teola para una ciencia jurídica estimativa*, en *El actual pensamiento norteamericano*. Ed. Losada, pág. 130.

La ayuda de las ciencias sociales, a que se refiere el eminente profesor del New School of Social Research de New York, tiene que ver en modo especial con la sociología del derecho, aquella parte de la sociología general, que tiene por objeto enseñarnos a conocer el fenómeno jurídico, como hecho social, y no como mera abstracción lógica y formalista.

Asegurar a los jueces una órbita de comprensión estimativa, dentro del ordenamiento jurídico, valiéndose en especial de las captaciones socio-económicas y socio-políticas, abre una ancha perspectiva para una jurisprudencia progresista, que servirá, junto a la legislación, para preparar los cambios jurídicos, que se adecúen a los cambios sociales.

No se me escapa, que en ello va ínsita la crítica que se formula a la tarea creadora del juez y a los peligros que ello entraña para valores axiológicos como los de la seguridad jurídica. Adelanto mi posición en el sentido de que no comparto la creación discrecional, sino aquella que tiene sus límites dentro de las posibilidades de la ley, guión perdurable para toda normatividad jurídica. Pero sin perder de vista el inexcusable deber de perseguir la aplicación de un derecho justo, que a veces puede estar en desacuerdo con la ley, lo que remitiría a los jueces a las pulsaciones de la vida social. La seguridad jurídica no debe oponerse en términos abstractos al bienestar general, a la opinión pública prevalente, a los intereses sociales imperantes, pues precisamente, aquélla rige para defender las relaciones jurídicas, que se presumen basadas en un ordenamiento justo.

Esta actitud, de ponderar la tarea creadora de la jurisprudencia, aunque limitada al mundo de los valores, como el de la libertad del individuo, que se da en materia penal, con el principio de la reserva y de la legalidad, que entendemos debe privar ortodoxamente para los jueces, en sumisión absoluta a la ley, tiene sus adeptos de alcurnia intelectual. Así entre nosotros Alberto G. Spota dice: *Si el derecho debe ser considerado como algo vivo, fluyente, flexible, o sea, que no se cristaliza y no se separa de la auténtica vida jurídica, entonces deberá aceptarse que la jurisprudencia constituye aquel medio por el cual se evita que se cave una profunda fosa entre ese dere-*

*cho y la ley. Es cierto que atañe al legislador colmar la laguna que surgirá entre la ley y las exigencias de un derecho que se adecúe a la vida, a las necesidades sociales y económicas. El problema del derecho injusto pone bien a prueba la labor que atañe a una jurisprudencia progresista, que tienda a brindar satisfacción a las exigencias de una sana estimativa jurídica... Ese derecho injusto, contra el cual lo repetimos, todos debemos esforzarnos en su eliminación, está destinado a caer en desuso, sobre todo por medio de una jurisprudencia, que ora amplía, ora restituye, ora deforma el texto legal. Sobre una jurisprudencia extensiva, restrictiva y deformante, que va adecuando a la ley a las transformaciones económicas, sociales y políticas que sufre la colectividad, ha escrito E. H. Perreau, en su obra *Técniqúe de la jurisprudence en droit privé, París, 1923*, con suficiente fuerza de convicción.*

Es que la mística de la Revolución Francesa, aquella que consideraba que sólo al legislador correspondía crear el derecho, sólo tuvo su continuación en la obra de la escuela de la exégesis. Pero de entonces a nuestros días, mucho ha cambiado. Creer en la omnipotencia del legislador, es olvidar que existen otros factores, tanto o más poderosos que la misma ley. Importa una hipocresía protestar un respeto a una ley que ya no responde a una verdadera y necesaria vida jurídica: la jurisprudencia, orientada por la doctrina que extrae de los casos vivos los grandes principios directores, tal como lo explica Hauriou, es una fuente tan significativa del derecho que ya algún autor la eleva a la categoría de verdadera fuente ¹⁴.

NUESTRA POSICIÓN

En estas líneas hemos tratado de demostrar por igual dos afirmaciones: la primera referente a la crisis de los métodos interpretativos tradicionales; la segunda, implícita en la tesis de este tra-

¹⁴ SPOTA, *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, págs. 34/38.

bajo, de la contribución de la sociología, para una mejor aplicación judicial del derecho.

La sociología jurídica se abre paso y se aproxima cada vez más a la ciencia jurídica, sumiéndose en su ámbito propio, pero dotándola a ésta del instrumental necesario en la etapa de la aplicación judicial del derecho. Nuestro país, de neta raíz clásica e individualista, con un ordenamiento jurídico que responde al sistema continental y romanista, tampoco ha escapado al influjo de la sociología jurídica en la aplicación jurisprudencial del derecho. La Corte Suprema de la Nación ha elaborado una doctrina basada en el criterio de razonabilidad de las leyes, ponderador y valorativo, y fundado en explicaciones socio-jurídicas.

Y no otra cosa es dable que se opere en las sociedades, si tenemos en cuenta que el derecho es norma, es *vida humana objetivada* y el derecho es valor. Por más que depuremos a la ciencia del derecho de los llamados elementos espúreos, por más que lo hiciéramos metodológicamente puro, no podemos arrancarlo de la tierra, de la sociedad en la cual nació, ni de la valoración axiológica, consustancial con la norma y el hecho. El jurista no puede manejarse con fórmulas vacías que describan un geométrico esquema lógico de la ley, ni tampoco puede, como lo pretenden los positivistas, venerar a ésta en una sumisión mecánica y deshumanizada.

Por eso estamos, con las reservas y limitaciones hechas ut-supra, por una orientación jurisprudencial que no se agote en la norma objetiva, sino que penetre en un abarque pluridimensional, en las honduras y estratos sociales, captando y valorando las nuevas vigencias, los intereses sociales, que forman el plexo valorativo de las sociedades, para adecuar el derecho a dichas exigencias y salvarlo de su cristalización.