

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

El Realismo Jurídico y la Función
Judicial

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

Rubén Alfonso Valenzuela Hernández

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

SEPTIEMBRE 1973

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA



T
346.096
5127

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

RECTOR:

Ing. FELIX ANTONIO ULLOA.

SECRETARIO GENERAL:

Lic. RICARDO ERNESTO CALDERON

FISCAL:

Dr. JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES.

DECANO:

Dr. MAURICIO ROBERTO CALDERON

SECRETARIO:

Dr. MANUEL ADAN MEJIA RODRIGUEZ.

059774

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Dr. JUAN ALLWOOD PAREDES

SECRETARIO GENERAL

Dr. MANUEL ATILIO HASBUN

FISCAL

Dr. MANUEL ANTONIO RAMIREZ.



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES.

DECANO

Dr. LUIS DOMINGUEZ PARADA

SECRETARIO

Dr. PEDRO FRANCISCO VANEGAS C.

547. 713
Viola
1940
F. J. y C. S.
E. J. 1

TRIBUNALES EXAMINADORES DE PRIVADOS.

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Dr. Miguel Angel Parada
Lic. Roberto Góchez
Dr. Carlos Ferrufino

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Dr. Carlos Ferrufino
Dr. Carlos Alfredo Ramos
Dr. José Guillermo Orellana Osorio

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Dr. Francisco Arrieta Gallegos
Dr. Fernando Castillo
Dr. Oscar Gómez Campos

ASESOR DE TESIS

Dr. Pablo Mauricio Alvergue.

TRIBUNAL CALIFICADOR.

Presidente : Dr. Francisco Bertrand Galindo.
Primer Vocal: Dr. Mario Antonio Solano.
Segundo Vocal : Lic. Rafael Durán Barraza.

Dedico esta tesis:

A mis padres:

Ildefonsa Hernández e
Inocente Valenzuela.

A mi esposa:

Maura Concepción Díaz de Valenzuela

A mi consejero y amigo:

Dr. Manuel Antonio Ramírez.

A todas las personas que de una u otra manera
han contribuido a mi triunfo.

TEMA: EL REALISMO JURIDICO Y LA FUNCION
JUDICIAL.-

§ INTRODUCCION §

CAPITULO I.- DESARROLLO DE LAS CORRIENTES REALISTAS -
DEL DERECHO Y SUS RELACIONES CON LAS CO-
RRIENTES LATINAS.-

- a) Origen romanista común de las corrientes realistas del Derecho y las corrientes -
Latinas.-
- b) Surgimiento moderno de la corriente rea-
lista y su apartamiento de las corrien -
tes Latinas.-
- c) El Positivismo como antecedente de la -
Escuela Realista.-

CAPITULO II.-EL PRAGMATISMO COMO CORRIENTE PARTICULAR
EN LA CREACION DE LA ESCUELA REALISTA.-

- a) El Utilitarismo o Escuela del Utilitaris
mo Jurídico, como antecedente del Pragma-
tismo.-
- b) El Pragmatismo como principio Jurídico su
valor en la creación de la Jurisprudencia
Realista Norteamericana.-

CAPITULO III.-LA ESCUELA ESCANDINAVA, SU IMPORTANCIA -
EN EL REALISMO JURIDICO.-

- a) Planteamientos de la Corriente Escandinava del Derecho.-
- b) Breve relación del pensamiento de sus principales expositores.-

CAPITULO IV.- JURISPRUDENCIA REALISTA NORTEAMERICANA.

- a) Desarrollo del pensamiento realista Norteamericano. Importancia del Jurista en la creación del Derecho.-
- b) Análisis crítico de la conducta del Juez en el sistema Realista Norteamericano.

CAPITULO V.- EL DERECHO ES CREADO POR LA CONDUCTA -
DEL JUEZ.-

- a) Confluencia del Derecho consuetudinario y del Codificado.-
- b) Unificación de criterios en cuanto al papel desempeñado por el Jurista en la creación del Derecho, tanto en el sistema consuetudinario como en el Codificado
- c) Conclusión: El Derecho, en definitiva, es creado por la conducta del Juez.-

EL REALISMO JURIDICO Y LA FUNCION JUDICIAL.

INTRODUCCION.

Es tema importante para el estudioso del Derecho el estudio de la práctica Jurídica en nuestros Tribunales; pero es más importante aun tal estudio, para el que vive el Derecho ejerciéndolo en los Tribunales, por que tal práctica - vista de cerca pone de manifiesto el importante papel que desempeña el Juez en la aplicación del Derecho a los casos concretos.-

Este pequeño estudio de tesis pretende plantear el papel relevante del Juez a través de las diferentes etapas - por las cuales ha pasado el derecho, hasta nuestros días y persigue , más que todo, encontrar un punto de origen y luego, - varios puntos de vista comunes, entre dos derechos que a primera vista están distanciados: el Derecho Latino y el Derecho Anglosajón.- Puntos que deberán ser comunes en cuanto al papel que desempeña el Jurista en la creación del Derecho.-

" Si nos remontamos a los orígenes del Derecho, - encontramos que el Derecho Romano y el Derecho Anglosajón son

los dos sistemas Jurídicos fundamentales de la civilización occidental .Así lo afirma A. H. PEKELIS, para quien el CIVIL LAW (Derecho privado base romana) y el COMMON LAW ---- (Derecho común Anglosajón) no solo representan los dos sistemas capitales de la Civilización Occidental, sino incluso dos tendencias fundamentales de la naturaleza humana " (NO - TA 1).-

La diferencia entre los sistemas se encuentra -- más bien, en el método y no en los principios básicos y fundamentales; se llega al mismo resultado, pero por vías distintas. Lo que en un principio era un mismo derecho se fué -- diluyendo con las costumbres de los pueblos a través del tiempo, y en la actualidad se presenta, en apariencia, en forma de dos derechos distintos.-

La presente tesis tiene por objeto un planteamiento en relación a las corrientes del pensamiento jurídico realista a través del tiempo, desde sus orígenes mas remotos -- hasta las ideas más avanzadas de la Escuela escandinava. No -- tiene la presente tesis la pretensión de hacer un análisis -- de fondo exhaustivo, ya que sobre el realismo jurídico se ha dicho y escrito tanto, que simplemente sería mi labor tra --

segar de los autores mas destacados al respecto. Tampoco será algo original, sino más bien, el intento de seguir el pensamiento Jurídico realista enfocado hacia una de sus varias corrientes; concretamente, hacia aquella que plantea que el derecho es el comportamiento del Juez o Juzgador. A través de las diversas corrientes en que se ha dividido el realismo jurídico buscaré aquellos elementos constantes que se mueven en el sustrato de tales corrientes, para plantear -- con mayor o menor intensidad, el tema sobre el cual insisten los autores; que en definitiva el derecho es determinado por la labor creadora del Juez que se nutre del ambiente para crear derecho basado en la justicia y la equidad. Después, trataré de analizar la conducta del Juez en nuestro sistema de derecho escrito, concretamente, en nuestro atrasado sistema judicial. Luego, en una labor de síntesis, plantearé que tanto el derecho contemporáneo realista como el Derecho formal nuestro, confluyen en la consecución de metas comunes y que en ambos, el Juez crea Derecho a través de su conducta cuando resuelve el caso concreto de los Tribunales.-

La tarea es sumamente interesante, porque uno de los personajes más importantes en el desarrollo del proceso

es el juez, analizar su conducta en cuanto juez es tarea que proporciona entretención, sobre todo para aquellos que desarrollamos nuestro quehacer cotidiano en los Tribunales de Justicia como lo expresé al principio.

CAPITULO I.-DESARROLLO HISTORICO DE LAS CORRIENTES REALIS -
TA DEL DERECHO Y SUS RELACIONES CON LAS CO -
RRIENTES LATINAS.-

a) PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Las corrientes sajonas del derecho se basan, como es sabido, en el derecho consuetudinario ; es derecho no legislado, pero no por ello menos vivo, constituye una tradición y una mente compiladora de datos, de tal suerte que los casos y formas juzgados y resueltos, sientan un precedente para juzgar otros análogos.-

A través del devenir historico se ha esbozado, sin constituir por ello corrientes o escuelas especiales, que el papel del juzgador es en definitiva el que va a crear el

derecho. Y al decir que se ha esbozado, me refiero a una época anterior al positivismo, de la cual podemos remontarnos hasta el Derecho romano, y encontrar, a través de la conducta de los Pretores, las primeras manifestaciones del tema que pretendo desarrollar. El Derecho llamado del COMMON LAW o sea el Derecho Común Anglosajón, se resume en el CASE LAW.- La regla que rige en el Derecho latino se resume en el STARE DECISIS, que es el equivalente del CASE LAW, en Derecho Romano.-

EL CASE LAW se refiere al estudio del caso. O sea que se apega a los precedentes y se somete a las reglas ya sentadas, a los casos ya decididos. Es el precedente, usado varias veces y consagrado por la costumbre, a través del tiempo, el que va a decidir como juzgar el caso actual; por eso, a tal Derecho, basado en el CASE LAW se le llama Derecho Consuetudinario.-

" EL STARE DECISIS, es el antecedente romanista del actual derecho latino y tiene de común con el CASE LAW, el estarse a lo decidido, a lo resuelto con anterioridad. Ambos derechos arrancan de ese punto, que es común a ambos." (NOTA 2)

) ORIGEN ROMANISTA DE LAS CORRIENTES REALISTAS DEL DERECHO.-

PUIG, citando a C.S. LOBINGIER, dice " en Derecho Romano, algunos de los juristas recibieron el " JUS RESPONDENDI ", bajo el Imperio y sus " RESPONSAS " tenían el carácter de auténticos precedentes Judiciales; así mismo observa que cuando Valentiniano determinó el valor que debía darse a las opiniones de cada uno de los cinco grandes Juristas dejó sentada una forma de " STARE DECISIS " - (NOTA 3).-

EL " JUS RESPONDENDI " era la facultad conferida por el Emperador, a los Juristas, de resolver o contestar sobre los casos que se les planteaban en los estrados públicos, verbalmente, y sus " Responsas ", su respuestas, constituían precedentes judiciales.-

Pero a partir de ese punto, las corrientes latinas se fueron enriqueciendo con el Derecho romano; lo fueron perfeccionando y recogiendo en normas de derecho escrito. Y durante un gran período, que abarca toda la Edad Media, tal derecho fue glosado por los Padres de la Iglesia y luego llevado, por las subsiguientes etapas, hasta la rigidez de una enciclopedia legal que pretende regular a través de normas rígidas toda la conducta de una sociedad.-

PUIG, refiriéndose a MAITLAND, citado a su vez por PLUCKNETT, dice " Mientras las demás naciones de Europa Occidental empezaron adoptando como propios los resultados de la-----

historia Jurídica romana, Inglaterra inconscientemente - comenzó a reproducir esta misma historia; desarrolló un sistema formulario que con el tiempo, había de ser el baluarte más fuerte contra el romanismo, hasta el punto de separar nuestro sistema inglés de sus derechos hermanos- (NOTA 4).-

Así este derecho, romano en cuanto al contenido , o sea, en cuanto a lo que los ingleses llaman -- CIVIL LAW, es para los mismos, su herencia romanista ; - lo que varía es el método; éste va del antecedente al caso concreto; el latino va de la norma concreta legislada, al caso concreto.-

Pero como señala Pound, citado por JOSE PUIG - BRUTAU, " Detrás de la forma legislada de este Derecho, - o sea refiriéndose al Derecho Latino, existía un gran proceso de opiniones jurídicas sobre puntos detallados y con referencia a casos, concretos, de manera muy análoga al desarrollo del derecho inglés por medio de la decisión judicial ". (NOTA 5).

Con lo anterior, volvemos a los orígenes comunes de ambos derechos. Según dice BUCKLAND, comentado -

por PUIG BRUTAU ". La expresión IUS CIVILE fué usada ---- en Roma en su sentido más antiguo, para designar el derecho no legislado, no escrito, es decir la costumbre desarrollada en el tráfico diario de la vida. Las mismas palabras podrían emplearse, indudablemente, para describir el COMMON LAW.- Por eso hemos dicho que el contenido del Derecho Romano podrá estar en los modernos derechos codificados, pero su método, su fuerza creadora, tiene su equivalencia en el COMMON LAW.Sólo cuando el contenido del Derecho Romano quedó formado y asegurado gracias a un verdadero CASE LAW o empirismo jurídico, constituido por las respuestas de los prudentes y por la concesión de ACTIONES UTILES y ACTIONES INFATUM por parte del pretor ha podido permitirse afirmar al legislador, que el Derecho era creado a través de la promulgación de las Leyes."(NOTA - 6).-

" Al evolucionar el Derecho Romano, ya en ---- el Derecho Pretoriano , en cuanto a las sucesivas modificaciones que los pretores fueron introduciendo en el Edicto, antes de Adriano, tal derecho, tenía una gran ventaja; era experimental, o sea una cualidad que caracteriza no

solo al Derecho Romano, sino al mismo COMMON LAW.-Asimismo, la enseñanza del Derecho, en Roma no funcionaba en la forma que tiene lugar en nuestras universidades; lo que ^{se} hacía era permitir a los alumnos estar presentes al atender los juristas las consultas discutiendo entre ellos los puntos a medida que se iban suscitando; esta forma de enseñanza se aproxima en gran manera al CASE METHOD, o sea el estudio metodológico del CASO, base del sistema anglosajón (NOTA 7).-

Los orígenes, como insisto, de ambos derechos son los mismos; el apartamiento arranca a partir del Derecho codificado en donde existe una indudable técnica ejercitada con la automática perfección de los fenómenos inconcientes y dirigida a encubrir que el Derecho evoluciona inevitablemente a impulsos de la doctrina jurídica y de las decisiones judiciales; es decir, en el sistema latino parece ilusoriamente que el Derecho varía mucho menos que en los países del COMMON LAW, por que bajo la sombra invariable de los Códigos, las decisiones judiciales siempre pueden encubrir su elemento creador mediante

su imputación a la supuesta RATIO DECIDENDI que se supone existe en determinados artículos.-El derecho vigente, por tanto, siempre es el Derecho del caso. Como dice EIDER " la historia nos ha probado que la legislación no es suficiente para el desarrollo conveniente del Derecho.-- Hay inercia por parte del legislador. El legislador dice CRUET, siempre llega tarde ."(NOTA 8).-

" El error de la codificación de tipo enciclopedia consistió principalmente en no considerar que el Código debía proyectar su valor normativo de ley sobre el fondo del IUS COMMUNE, es decir del verdadero acervo de Derecho que debía servir para interpretarlo, darle elasticidad- y base para la necesaria evolución " (NOTA-9).-

c) SURGIMIENTO MODERNO DE LAS CORRIENTES REALISTAS Y SU APARTAMIENTO DE LAS CORRIENTES LATINAS.-

Las corrientes anglosajonas arrancan de la Escuela Histórica que considera el derecho no como producto de la razón sino de la cultura. A partir de ese origen común, la Escuela del Derecho Natural cimentó el -

desarrollo de las corrientes latinas del Derecho y no es sino con el apareamiento de la Escuela Histórica del Derecho, que cobra vida la corriente que después se llamaría REALISMO JURIDICO.-

SAVIGNY, formulador y sistematizador de la - Escuela Histórica, en su opúsculo titulado " DE LA VOCA- CION DE NUESTRO SIGLO PARA LA LEGISLACION Y LA JURISPRU- DENCIA " publicado en 1814 con el fin de refutar a THI - BAUT los argumentos invocados por este a favor de la - codificación de las distintas normas del Derecho Germano; ^{se} declara abiertamente contrario a toda unificación legisla tiva aduciendo que ésta fosiliza al Derecho deteniendo-- su evolución. Pues el Derecho, sostiene, no es algo es- tático, algo que esté fuera de las multiples contingen - cias de la vida social, sino que existe, se dinamiza y - transforma en ésta a través de las costumbres, que son la expresión cabal de la conciencia jurídica popular.- To- do pueblo tiene un espíritu propio, un alma colectiva, (VOLKSGEIST) que se modaliza y manifiesta como el len- guaje, a través de la moral, del Derecho, de la Política, del Arte.- Así pues, el Derecho, como exteriorización de

la Conciencia jurídica popular no puede caracterizarse - nunca como una creación legislativa sino como producto de una lenta elaboración histórica que se manifiesta casi instintivamente a través de **las** sucesivos momentos - del acontecer.

Las Leyes adquieren así un carácter secundario. No hacen más que cristalizar conceptualmente principios y relaciones ya elaborados por la conciencia jurídica popular que es, en definitiva, la fuente suprema de toda normación "(NOTA 10).-

Nace, a partir de esta Escuela Histórica, una repulsa a la codificación; codificación que alcanza su plenitud con el Código de Napoleón, que quiere abarcar en un cuerpo de leyes todo el derecho; con lo que se niega su proceso, al aherrojarlo dentro de normas que con el transcurso del tiempo se vuelven anacrónicas y pretenden regular situaciones nuevas y cambiantes como la civilización. Al desechar la codificación, surge el papel relevante del jurista, que ve las transformaciones de su medio y va elaborando, con el acervo cultural, los procesos normativos que regulan una situación concreta sin -

pretender convertir la norma en algo inmutable.-

Los principios de la Escuela Histórica son recogidos por la Escuela Positivista, que con Augusto Comte, imprimen un gran jalón a las corrientes realistas en cuanto se deshacen del contenido de cualquier procepto, para quedarse solo con esquemas, con elementos vigentes, pero carentes de contenido y estructurados mediante un proceso lógico. Para ellos, los positivistas, solo es Derecho, el ordenamiento jurídico vigente; y al estructurarlo, conforme a la lógica, mediante el proceso de análisis, se vuelve esta Escuela eminentemente formalista y logicista.-

Esta Escuela, al abarcar todos los campos de la cultura, se fué diversificando y adquiriendo modalidades y pareciera que entre sus varias corrientes, tales como el formalismo lógico de Kelsen, la Jurisprudencia Francesa Sociológica; la Jurisprudencia Sociológica Alemana; la Jurisprudencia Sociológica Realista; la Escuela de Orientación Realista, etc. no existiera unidad, ya que sus principios, por ejemplo el Sociologismo y el Formalismo Lógico se oponen en apariencia; sin embargo tienen de común el hecho de oponerse a la Escuela del Derecho -

Natural, al racionalismo metafísico que ubica el derecho como una concepción ideal, por fuera de todo asidero con la realidad.-

d) EL POSITIVISMO COMO ANTECEDENTE DE LA ESCUELA REALISTA NORTEAMERICANA.-

Con la anterior introducción, a manera de ubicación en base a las secuencias en que el pensamiento realista se ha venido desarrollando, trataré, el positivismo como antecedente mediato de la Jurisprudencia Sociológica Realista, y su punto de enfoque del Derecho.

Decía que la tónica principal del positivismo se orienta en el sentido de considerar al Derecho, como el ordenamiento jurídico vigente; pero este ordenamiento es producto de un proceso formalista, que una vez elaborado, da la norma que tiene una parte de dogmática, que no se puede discutir; que es objeto de acatamiento, cualquiera que sea el precepto; justo, injusto, inadecuado, etc; lo importante es ser ley y por lo tanto imperativa.- Estos materiales normativos vigentes se van reelaborando transformando, por el jurista, mediante un proceso lógico-

co, llamado por eso precisamente logicismo, que consiste en un estudio y análisis de los hechos singulares que componen todo lo que es Derecho vigente, o tiene aspecto de derecho, de los cuales se toman todos los elementos comunes, hasta lograr obtener lo que es general, a todas esas notas, independientemente de cada una de ellas y eso sienta la regla general. Este proceso inductivo que nos lleva a elaborar la norma general, a su vez es objeto de otro proceso: el de síntesis, para que mediante la deducción, se aplique esa norma general a los casos concretos que el jurista resuelve en la realidad. Es pues un plantamiento de lógica pura. Lo importante consiste en que se valora el Derecho vigente. Pero, desgraciadamente, con esto, se cae el dogmatismo jurídico, en el acatamiento forzoso de la norma, por sobre cualquier contenido y con ello se está olvidando la herencia valiosa -- de la Escuela Histórica, que coloca al Derecho, con contenido, como producto de la cultura y en consecuencia examina tanto el fondo como la forma del Derecho.-

Las corrientes Positivistas dieron formación a lo que en norteamérica e Inglaterra se llamó El Realis

mo Jurídico; pero en Norteamérica, particularmente , nació el PRAGMATISMO, que a su vez se fundamentó en el UTILITARISMO O ESCUELA DEL UTILITARISMO JURIDICO; el pragmatismo al desarrollarse en la Edad Moderna y Contemporánea creó la llamada JURISPRUDENCIA REALISTA NORTEAMERICANA, que constituye el tema de esta tesis. Para no desviar la relación histórica sobre el Realismo Jurídico, esbozará los principales postulados del Utilitarismo Jurídico, como antecedente particular del Pragmatismo y luego, también de manera breve, los postulados de esta última doctrina, como madre nutricia de la JURISPRUDENCIA REALISTA NORTEAMERICANA.-

CAPITULO II.- EL PRAGMATISMO COMO CORRIENTE PARTICULAR - EN LA CREACION DE LA ESCUELA REALISTA.-

a) EL UTILITARISMO O ESCUELA DEL UTILITARISMO JURIDICO, COMO ANTECEDENTE DEL PRAGMATISMO.-

El utilitarismo o Escuela del Utilitarismo -

Jurídico creada por JEREMIAS BENTHAM, mucho antes de que surgiera el Positivismo, no es más que el desarrollo del concepto de felicidad tal como lo concibe este autor: sentado sobre la base del placer y dolor; entre ambos se encuentra la medida de lo justo, esto es: la mayor felicidad para el mayor número de individuos. La base para medir la cantidad de placer o dolor necesario para en contar la medida de lo justo, lo da el principio de Uti lidad, el cual puede definirse como aquel principio-- que aprueba o desaprueba cualquier acción, según la tendencia que parezca tener, aumentada o disminuida la feli cidad de la parte cuyo interés está envuelto en la acción. Traducido en un lenguaje menos poético, diríamos: la utili dad es la norma práctica, haciendo abstracción de cualquier elemento de lo justo; simplemente: una norma que nos indique lo adecuado a determinado momento y que con venga a la comunidad, sea justo o injusto para el indi vi duo.

b) EL PRAGMATISMO COMO PRINCIPIO JURIDICO.-

Llevado el Utilitarismo de Bentham al Pragmatismo, pierde su contenido contemplativo y se traduce en

una regla práctica. No se discute la esencia de la justicia, ni cual es la esencia de lo moral, basta con buscar y encontrar conceptos de utilidad que pueden aplicarse a la mayor cantidad de personas y de acuerdo a este principio, la utilidad general puede oponerse a la particular y entonces nace la lucha en las esferas de poder constituidas por el poder del Estado y el Poder de los Particulares.-

EL PRAGMATISMO parte de la premisa de darle al Derecho un contenido realista, alejado de toda tendencia metafísica que coloque al Derecho en un origen divino (Santo Tomás, San Agustín) ; racional (Escuela Racionalista); o principio natural, (en el sentido de Kant y los Neokantianos) Los pragmáticos lo afincan en la tierra, como un producto del hombre, no obtenido en base a la razón sino como producto de la cultura por una parte (Escuela Histórica) y por otra, de tendencia ambientales, sociológicas, económicas, etc, que forman un trasfondo general del cual salen las notas esenciales de lo que será el Derecho, entendido como la herencia Histórica de la cultura, aplicada a los factores que se desa-

rrollan en el medio social.-

De esa forma el Derecho cobra categoría de -- ciencia y los procesos lógicos, que privaban tanto en la Escuela del Derecho Natural y sus derivadas, así como dentro del Positivismo, pasan a ocupar un lugar secundario y las bases científicas se buscan en la realidad, en los fenómenos jurídicos, cuyos sujetos son personas y patrimonios que se desenvuelven en una sociedad cambiante. La norma ya no es un producto de interpretación lógica exclusivamente; sino, de manera preponderante, un producto de relaciones causales, de antecedentes y de consecuentes; de causas.-

CAPITULO III.- LA ESCUELA ESCANDINAVA.-SU IMPORTANCIA EN EL REALISMO JURIDICO.-

a) PLANTEAMIENTOS DE LA CORRIENTE ESCANDINAVA DEL DERECHO

Dentro de las corrientes realistas del Derecho, se destaca la llamada Escuela Escandinava o Realismo Es-

candinavo, que corre paralela, y en muchos aspectos, --
supera, en cuanto a planteamientos, a la Escuela Realis-
ta Norteamericana.-

Mientras el realismo americano en sus princi-
pios busca relaciones de causa a efecto, busca cientifi-
car el Derecho, poco a poco las tendencias se van apar -
tando de este cientifismo al estilo de las Ciencias Natu
rales y buscan el asidero del Derecho en las Ciencias -
de la Cultura y la ubican muchos, ya con categoria de -
ciencia, en este ámbito.-

La Escuela Escandinava, en cambio, plantea --
el Derecho como ciencia, cuyos principios deben buscarse
en relaciones de causa a efecto. Lo que en un principio-
planteaba el Realismo Americano; pero estos nórdicos van-
más allá y en vez de especular en el campo de las ciencias
de la cultura, sostienen, en forma audaz, que el Derecho-
es una ciencia natural o un fenómeno controlado por las
Ciencias Naturales.-

Sus postulados señalan que el Derecho es un -
hecho, y no es que distingan los tradistas del Derecho -
Civil entre acto y hecho; o sea el acto como producto -



del hombre y el hecho como obra de la naturaleza; para --
ellos no existe tal planteamiento subjetivo ; el derecho--
es un hecho por cuanto en la naturaleza sólo se dan he --
chos y el hombre, en cuanto elemento de la naturaleza , -
es un hecho.-

En consecuencia; todo hecho esta regido por--
las Ciencias Naturales , nada escapa a ella . Lo que hay--
son relaciones de causa a efecto. La causalidad es el --
fundamento del Derecho , si tal nombre merece, porque --
como dicen los autores de esta Escuela, se usa la palabra
como punto de referencia, no porque encierre en sí, el com
tenido normativo que tiene en otras corrientes del Derecho.
Desde este punto de vista, los principios que rigen al hom
bre son causales; la obediencia a la ley es un resulta
do de una causa fundamental, la supervivencia humana: al
gún orden debe haber para convivir.-

Señalan, sus autores que el Derecho entendido--
en el sentido, por ejemplo de las corrientes de Derecho--
escrito, carece de base objetiva.-No puede sustentarse --
por sí mismo y existir fuera del subjetivismo que lo --
creó.La norma de Derecho carece de fundamento ; su ele -

mento básico, la imperatividad, el deber, no existe.- El deber es una creación subjetiva, un atavismo del hombre que lo hace cada vez más esclavo de la norma que él mismo ha creado. El Derecho es un mito, una superstición, un fetiche creado por el hombre y al cual se aferra y lo va convirtiendo cada vez más en un esclavo.- Es un aparato conceptualizado, dentro de cuyos mecanismos se desenvuelve el aparato del poder. Y esta Escuela, acepta eso: que lo llamado " Derecho " no es más que el mecanismo del poder que sujeta al hombre por determinadas causas y que para mantenerlo aherrojado necesita de esos " ideales " que le marcan pautas y formas de conducta.-

El Derecho, concebido al estilo tradicional - dicen los autores de esta Escuela, no existe. Las nociones de acatamiento, derechos y deberes, imperio de la normatividad etc. no existen. El hombre no está regido por normas. El hombre está regido por hechos que se mueven en la naturaleza; todo obedece a fenómenos, a los cuales les encontramos contenido objetivo, por fuera de la voluntad del hombre.-

Con estos planteamientos, esta Escuela destruy

ye todas las concepciones actuales del Derecho y nos conduce, a mi juicio, al libertinaje; porque si la naturaleza marca un orden y no se sigue es ir contra natura ; -- como decía Rousseau; el excedido amor por las ciencias -- naturales nos hace olvidar que el hombre crea no solo máquinas; sino también crea arte, poesía, música, etc es decir, manifiesta su subjetividad. Y en qué otro campo cabría ,sino como una creación de la cultura, que es el desarrollo del hombre mismo?. Las situaciones llevadas a tales extremos, convierten la libertad del hombre en un libertinaje, porque sin conceptos de deber, honor, justicia, etc qué va a normar al hombre? ; va a ser un producto de la naturaleza que se mueve entre relaciones de causa a efecto. Si prescindimos del normativismo, cuales serán las pautas del hombre? no creo que vuelva al estado de naturaleza; llegará talvez al desenfreno sin horizontes de esperanza.-

b) BREVE RELACION DEL PENSAMIENTO DE SUS PRINCIPALES EXPOSITORES.-

WILHELM LUNDSTED.-Plantea que toda ciencia --- jurídica actual está saturada de irrealidad y superstición,

irrealidad, porque tiene proyecciones metafísicas y como tal, se aferra en presupuestos que escapan a la realidad; por ejemplo; las aspiraciones del hombre, los valores, etc no se afincan en la tierra.- Y saturada de superstición, porque el hombre es creador de mitos, en los cuales cree, no como productos o hechos creados por él, sino como venidos de fuera, ante los cuales, al igual -- que el hombre primitivo, si no se explica el fenómeno, se adora. Esto último crea los dogmas jurídicos; lo que no podemos explicarlo, lo ponemos por sobre la realidad y entonces lo tenemos que creer a ciegas, como ya dado y perfecto para seguir al hombre. Pero, ninguno de tales -- dogmas, dice LUNDSTED, merece consideración; porque tiene base imaginaria; la ley es ley porque existe y descansa en su valor como elemento necesario del poder y no en bases ideales de solidaridad o deber.- Muchas veces, creemos que el efecto es la causa, que la solidaridad o -- el deber son la causa de mi conducta; no siendo nada de eso; obedezco, porque hay hechos que me imponen obediencia, porque el aparato estatal crea organismos que le aseguran su existencia y con ellos gobierna a los hombres. Naturalmente, que tales mecanismos, creados por el hom

bre, son de tipo social, ante tal fenómeno social, la regla que se aplica es está.-Lo que sucede con el hombre - es que, se " Condiciona " en la vida social; está acostumbrado a obedecer, a disciplinarse, a someterse a horarios, a no pensar, sino dejarse llevar por un cauce trazado; elabora juicios de valor, y compara conductas pero lo que hay es una apreciación condicionada de los hechos.- Pienso en relación a la virtud y la defino, porque ya tengo - una idea preconcebida de ella; pero en realidad un juicio es solo posición del hombre frente a miles de posiciones-contrapuestas.-Esa es la realidad.-

Pero en definitiva, LUNDSTED no escapa a su -- propia trampa; algo tiene que buscar el Derecho y al de-- cir buscar, tiene que saltar necesariamente el plano de-- la realidad y caer en la Teleología. Dice, pues, el Derecho tiene un motivo racional: la conservación de la sociedad; pero eso es distinto a decir, este tornillo tiene una fina- lidad: evitar que se derrame el aceite de la máquina . La finalidad implica normatividad. Que él le llame hechos no cambia la situación , y tan no cambia ; que -----

luego, conceptualiza y crea la llamada " Doctrina Constructiva " que solo el nombre de doctrina habla ya más -- que otra cosa. Aquí, dice, ya no opera la ciencia total -- mente; sino los valores que giran alrededor del interés social; algo así como la felicidad, para el mayor número como decía BENTHAM. Crea una serie de " hechos " útiles para la conservación de la sociedad y eso constituye la doctrina constructiva; en definitiva, las reglas que le permiten organizarse y subsistir.-

CARL OLIVECRONA. Reclama , al igual que todos los autores de la Escuela Escandinava, el carácter natural de la ciencia jurídica; afirma sus relaciones de -- causa a efecto y los fenómenos jurídicos como producto de tales relaciones y como nota constante, también en los -- autores de esta escuela, está el deber o sometimiento a la norma. Son anárquicos, en este sentido. Señala Olive -- crona: Cual es el fundamento de la obligatoriedad? una -- serie condicionada de hechos; un acuerdo de los hombres para que el aparato del poder no se destruya. No es cierto que el fundamento de la norma resida en la Cons--

titución, como decía Kelsen , hasta llegar al principio de que la primera constitución consistió en el principio: hay que obedecer a la autoridad. Lo primero que hay es -- un hecho , que genera otros hechos que a través del tiempo forman una especie de cause por el cual se desliza -- la vida del hombre.-

Y se pregunta ¿ Que es la ley ? : un sistema de reglas ; y esas reglas son obligatorias por su contenido racional? no, contesta. El hombre es irracional por naturaleza. La racionalidad es un ideal del hombre, se obedece, porque si no, se le aplica la regla; el hombre no es libre de pronunciarse. La acepta como un proceso condicionado, ^{do} automatiza/por la costumbre de obedecer.-- La ley no contiene elemento que nos impulsen a obedecerla, somos nosotros los que creamos ese aparato conceptual.

Señala OLIVECRONA, que el cumplimiento de -- la ley obedece a impresiones subjetivas de la misma a -- las que llenamos de contenido y las atribuimos a la misma. Se cae aquí en un nuevo análisis de las primeras teorías entre idealismo y realismo; la piedra es porque --- existe o lo que existe es una representación de la piedra;

las cosas existen en mí, y son en cuanto las pienso o ---
tienen asidero, independientes de que yo las pienso o --
no . Igual sucede dice, Olivecrona con las obligatorie -
dades. Esto existe porque lo pienso , lo conceptualizo, lo
valorizo , dicen los filósofos normativos ; pero no es a-
sí , dice, Olivecrona; la regla existe , como un hecho , -
que regula la com-ducta del hombre, independiente de los-
mitos de los cuales cree rodearlo.-

Su labor es importante en cuanto pretende li-
berar al hombre de su " Condicionamiento " y hacerle acep-
tar hechos que son porque la naturaleza los plantea así .
Pero al relativizar, al plantear simples posiciones del-
hombre ; aleja a éste de la metafísica, que quierase que no
marca al hombre y le da esperanza. No solo vivir y morir,
sino proyectarse más allá de la misma ; y con esto no es-
toy reviviendo concepciones teológicas , sino afincando-
los principios en que debe descansar la humanidad al pro-
yectarse en forma trascendente. Porque a mi juicio, con -
los principios sustentados por este autor, caemos en la -
desesperanza, el tedio y la sin razón de vivir, al no po-
dernos ubicar para evaluar al mundo."

ALF ROSS. Continuator del pensamiento de---

LUNDSTED, en el sentido de considerar como decía al comentar este autor, que el Derecho, ya al formular su " doctrina constructiva " no solo eran "hechos", sino valoración de reglas que permiten la existencia de la vida social. Decía que en este sentido ROSS continúa la labor de LUNDSTED, en cuanto pretende unificar el dualismo entre el Derecho como un hecho, y como una concepción racionalista.-

Parte del principio de considerar al derecho como susceptible de observación en el mundo de los hechos y como norma obligatoria que hace relación a los valores y para ello no desdeña la lógica, ya que esta sirve para conceptualizar ciertas vivencias emocionales. -- Con esto, cae en tendencias sicologistas, ya que las vivencias, en cuanto captaciones de la realidad a través de los sentidos, superan el plano físico y se convierten en relaciones no de causas a efectos, sino en procesos de antecedentes y consecuentes que crean lo que él define como una ilusión de objetividad. Al decir que no hay concepciones de validez, sino meras vivencias de validez conceptualmente racionalizadas, no está diciendo más que: lo que observo en la realidad, lo traduzco en procesos--

lógicos que crean la normatividad, pero esta normatividad es una apariencia, por cuanto su origen son vivencias. Pero tal proceso, no es antagónico, ni dual; validez y realidad se mueven como un todo, ya que el sentido de validez es simbólico, solo sirve para expresar racionalmente las vivencias.-

Yo no creo que su planteamiento supera la dualidad entre derecho como hecho y derecho como deber ser. Sin embargo, su labor de síntesis es notable. Yo no participo, en Derecho, de tendencias sicologistas; creo y lo sentaré como tesis que el Derecho es un solo, como producto del hombre; pero el hombre como yo lo concibo, un "todo" formando de materia y razón; aunque con ello caiga en concepciones tradicionales ya superadas. Al fin y al cabo, el desarrollo de la civilización no es más que un movimiento en espiral en que las viejas teorías parecen revivir, no en la forma en que fueron originalmente planteadas, sino como "NEOS" y en tal sentido, nos movemos en el presente, mirando hacia el pasado.-

CAPITULO IV.- JURISPRUDENCIA REALISTA NORTEAMERICANA

a) DESARROLLO DEL PENSAMIENTO REALISTA NORTEAMERICANO.-

LA IMPORTANCIA DEL JURISTA EN LA CREACION DEL DERECHO.

Las corrientes positivistas, como señalaba anteriormente, se ramificaron y siguieron examinando el Derecho, bajo las fórmulas lógicas hasta llegar a su culminación con Kelsen y su Logicismo Jurídico; La Jurisprudencia Realista Norteamericana se aparta de ese enfoque lógico y pretende científicar el Derecho y en consecuencia extraer las normas, no mediante un proceso intelectual de Análisis y síntesis, sino de procesos causales que se mueven en la realidad y donde el Juez es un receptor, que luego, en base a vivencias, crea el Derecho.-

El actual pensamiento jurídico norteamericano no está caracterizado por el empirismo, o relaciones de causa y efecto como producto de la realidad recogidos y evaluados por el Juez. Este Derecho Norteamericano, en que el Common Law se compone de costumbres y de precedentes, tiene muy poco derecho codificado; y el Juez se aproxima mucho al pretor romano, decidiendo con equidad--

y procurando amoldar el Derecho a las exigencias de la época. En cambio en un sistema jurídico codificado, como el llamado Derecho Continental, por los tradistas del Common Law, el jurista tiene que preocuparse de los Fines del orden jurídico, de los fundamentos del Derecho de modo de crear una opinión que resista los abusos del poder. En un Derecho como el Common Law, en que el orden jurídico se apróxima mucho a la realidad histórica, la atención del jurista debe centralizarse no solo en el mecanismo del Derecho, sino también en los medios jurídicos producto de efectos justos lo que Pound define como los " Problemas Prácticos del orden legal " por tanto, debe crear el Derecho justo, el cual no existe con anterioridad a una decisión judicial, ya que todo Derecho es creado por el Juez. El Derecho del Estado, o Derecho Legislativo, como el de cualquier otro grupo social, está compuesto de reglas establecidas por los órganos jurisdiccionales de ese grupo social, para la determinación de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos. Pero los jueces no deben crear el Derecho arbitrariamente pues

sus decisiones se deben inspirar en los precedentes, en las costumbres, en la doctrina más autorizada y en los principios morales.-

El derecho del Common Law, a diferencia del codificado, sostiene que siempre hay lagunas jurídicas que tienen que ser llenados por el Juez creando Derecho, En el procedimiento judicial siempre existe una creación del Derecho. Pero esa creación no es una invocación, por detrás de los tribunales están las concepciones básicas, que son las postuladas del raciocinio jurídico y aún más profundamente los hábitos de la vida, las instituciones sociales, en las que estas tienen su origen y que; por un proceso de interacción, se modifican a su vez. La fuente de las decisiones judiciales se encuentra en la vida, en la realidad social, en la que nada es estable, nada absoluto, ni aun la propia justicia que puede expresar cosas diferentes a espíritus diversos y en épocas diversas. El Derecho vigente tiene su fuente en " Modas " y en costumbres " Las modas " determinan las orientaciones del Derecho.-

En el sistema del Common Law se sigue un an -

helo opuesto al nuestro, aunque paradójicamente con --
fluyentes en el mismo afán; ellos están contra el abuso
y conservadorismo de los Jueces; nosotros, contra el --
abuso y conservadorismo de la legislación que pretende--
estatizar el derecho. Ambos concluimos en el mismo afán;
la justicia, que solo se realiza a través de la aplica--
ción de un derecho dinámico.-

b) ANALISIS CRITICO DE LA CONDUCTA DEL JUEZ EN NUESTRO--
SISTEMA CODIFICADO EN RELACION A LA CONDUCTA DEL --
JUEZ EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO.-

El legado de generaciones y generaciones de--
juristas e intérpretes del Derecho, consiste en una --
enciclopedia lógica que forma mentalidades logicistas,-
que forman silogismos con la norma como premisa mayor;-
el caso concreto como premisa menor y la sanción legal--
como conclusión; pero esto, naturalmente no debe ser --
así .Oliver --- Wendel Holmes, conocido jurista nortea--
mericano, señala que " La preparación de los abogados--
es preparación lógica.- Los procesos de Analogía, espe--
cificación y deducción hacen el ambiente intelectual --
del jurista. El lenguaje de las sentencias judiciales--

es sobre todo el lenguaje de la lógica. Y la forma y mé--
todo de la lógica satisfacen esa ansia de incertidumbre -
y de reposo que alberga toda mente humana. Pero general -
mente la certidumbre no es más que ilusión, y el reposo -
no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica --
yace un juicio acerca del valor y la importancia rela --
tivas de fundamentos legislativos contrapuestos , un ju
icio que permanece generalmente inarticulado e inconciente
es verdad , pero no por ello, deja de ser raíz y ner -
vicio de todo proceso . Podéis dar forma lógica a cualquier
conclusión." (NOTA 10).-

El derecho entre nosotros, se está convir ---
tiendo más cada día en un proceso artificioso , que una-
vez tomada una conclusión , se crea/^{un} SORITES, en sentido-
inverso a su estructura lógica hasta llegar a la norma -
que se adecuía. Pero véase bién, esto se hace mediante un--
proceso inverso al que debe seguirse: Primero se tiene la
conclusión y para darle forma de derecho se busca la premi
sa mayor, que es la disposición legal aplicable. Por consi
guiente, los procedimientos judiciales que se traducen en
la sentencia, son aparen-----

temente lógicos, pero el trasfondo es una inversión lógica; es una realidad que niega lo que la forma legal afirma; y esto es contradictorio en la realidad, aunque las apariencias de legalidad subsanen el problema.-

" Sostiene Holmes que la vida del Derecho -- no ha sido lógica ; ha sido experiencia . Las necesidades de la época , las teorías morales y la política predominante, las instituciones del orden público reconocidas o inconcuentes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres ". (NOTA 13).-

En un sistema de derecho escrito, pareciera que todo está previsto por la Ley. Que no existen lagunas; lo que Kelsen llamaba la plenitud hermética del orden Jurídico. Sin embargo, esa forma de resolver las situaciones jurídicas tiene un trasfondo que nada tiene de lógica, sino que más bien muchas veces es ilógico, porque las tendencias dominantes en una sociedad en un momento

dado, pueden ser tan contradictorias y participar de --
éllas los encargados de hacer justicia y los que la apli-
can; que el resultado viene a ser muchas veces, reglas-
absurdas con contenido eminente político, que obedece-
a razones de conveniencia ; por lo que al pasar ----
el momento aducido, se transforman en absurdos jurfdi-
cos cuya razón de ser ya paso , pero que se mantienen -
vigentes, porque no han sido derogadas.-

El comentario anterior es con respecto al-
legislador, pero igual se puede decir del Juez que ce--
loso cumplidor de la " Justicia ", en turno , aplica -
tales reglas co- ntradictorias o arbitrarias, porque ----
participa de las tendencias predominantes en ese mo --
mento.-

En un sistema de derecho consuetudinario,-
las tendencias o formas de reaccionar del Juez son ---
más claras, en cuanto se ve como va forjando el Derecho,
recogiendo la herencia del pasado y del presente y --
formando en el camino sus propios criterios jurídicos-
que se traducirán en derecho, a través de su conducta -
manifestada en la sentencia.-

En un sistema de derecho escrito, se sigue un procedimiento forzado, en virtud de que la norma no puede abarcar todos los casos que se producen en la realidad; y es por ello que los jueces adecúan reglas caducas a situaciones nuevas; y digo forzado, porque en un sistema legal que se presume lógico, lo correcto es que normas nuevas regulen situaciones nuevas. Sin embargo, nuestro sistema, que arranca del Código de Napoleón y las tendencias exegéticas de la época que le dió origen, las cuales a su vez contienen tendencias romanistas revividas, pretenden instaurar la universalidad de la ley, pero lo que han logrado es crear un sistema artificial, ya que a reglas en franca decadencia, tiene que buscarse las su espíritu, su origen, su interpretación sacada a todo trance, para resolver situaciones nuevas; debido precisamente al deseo de estatizar el derecho y pretender que la norma permanezca inmutable.-

Pero en el plano real, lo que hay son productos de la historia y de las costumbres dominantes en una época determinada, y nada más; pretender realizar el ideal del derecho es una simple aspiración del hombre,--

cuya plenitud se logrará con la perfección del mismo, -
que es a la vez el ideal de la humanidad; pero hoy, por -
hoy, lo que tenemos es una aspiración; y la necesidad de -
resolver situaciones jurídicas concretas nos llevan - -
por un lado, en un sistema de derecho consuetudinario, a -
cristalizar formas jurídicas a través de la conducta del -
Juez, y en un sistema de derecho escrito, a seguir ese -
proceso artificioso que señala Holmes que consiste en --
el siguiente procedimiento; " Las costumbres, creencias -
o necesidades de una época primitiva establecen una re -
gla o fórmula. A lo largo de los siglos, la costumbre, -
creencia o necesidad desaparecen, pero la regla permane -
ce. La razón que dió lugar a la regla ha sido olvidada, -
y mentes ingeniosas se consagran a investigar la manera -
como puede ser explicado. Se piensa en algún fundamento -
de política que parezca justificarla, conciliándola con el -
actual estado de cosas, y la regla se adapta entonces a -
las nuevas razones que se le han encontrado, entrando , -
en un nuevo curso .- La antigua forma recibe un nuevo con -
tenido y con el tiempo aún la propia forma se modifica --
para ajustarse al nuevo significado que ha recibido." (NO
TA 12).-

Y es que los hechos superan al Derecho; la norma no puede mantenerse inalterable, estática, en un código, porque entonces se cae en el vicio que ya señalaba; de reglas anacrónicas regulando situaciones actuales.-

Pero en nuestro sistema, en que todo está teóricamente resuelto en las normas, para resolver adecuadamente el caso o situación actual, o por lo menos para darle una presentación aceptable, el jurista y más que todo el legislador, buscando sentido a la paradoja entre materia y forma dentro del desarrollo del derecho; a la forma del derecho, en cuanto a su desarrollo y adecuación al caso concreto actual, le dan una cohesión lógica, y toman ambos, como principio, que en cada nueva decisión se sigue en forma silogista los precedentes existentes. Pero este procedimiento solo nos dice sobre la existencia de una situación primitiva a la cual era útil la norma, sin embargo los precedentes sobreviven en el derecho mucho tiempo después de finalizar la utilidad que prestaron, y cuando se ha olvidado la razón que les dió la vida, el resultado de seguirlos consistirá a menudo, en el fracaso y la confusión desde el pun -

to de vista meramente lógico; pero como de alguna mane -
ra se tiene que resolver la paradoja de la norma sin con -
tenido actual, regulando situaciones nuevas, lo que hace -
el legislador es tomar como antecedente lógico el moti -
vo que le dió origen, sentarlo como premisa y resolver -
como si la nueva situación obedeciera a los mismos moti -
vos que dieron origen primitivamente a la norma. Esta -
labor de elaboración legislativa es artificiosa y, más -
artificiosa aún será el procedimiento del Juez, para resol -
ver en el caso concreto, en base a la norma creada en esa
forma por el legislador.-

El legislador no tiene otra alternativa que
ir adecuando el derecho; en cuanto a su crecimiento es -
sustancialmente legislativo, y en cuanto a su forma: ló -
gico. Y en esta labor de adecuación de lo viejo a lo nue -
vo, como un proceso realista, el legislador al darle con -
tenido actual, no puede ignorar la realidad en que se -
mueve.-

DICE HOLMES: "Las propias consideraciones
que los jueces mencionan muy raramente, y siempre como pi -
diendo disculpas, son las raíces secretas de las que el -
Derecho deriva los jugos de su vida. Me refiero por supues -
to, a las consideraciones acerca de lo que es conveniente
para la comunidad en cuestión". (NOTA 13).

Las consideraciones que los jueces mencionan raramente, son el conjunto de motivaciones humanas, sociológicas, psicológicas, económicas, que influyen en su decisión; consideraciones de las cuales participan también personas de la comunidad en que el juez se mueve.

Añade HOLMES: "Cualquier principio importante que se desarrolle en los litigios tribunales, es en los hechos y en el fondo, el resultado de opiniones más, o menos definidas de orden público; sin duda y casi siempre de acuerdo a nuestras prácticas y tradiciones, el resultado inconsciente de preferencias instintivas y convicciones inarticuladas, pero en el último análisis, no menos atribuibles a opiniones de orden público. Y como el Derecho es administrado por hombres capaces y experimentados que saben demasiado para sacrificar el buen sentido en aras de un silogismo, se comprobará que cuando las viejas reglas se mantienen de la manera que ha sido y será mostrado en este libro, se ha encontrado para ellas fundamentos nuevos más adaptados a la época, y que gradualmente van recibiendo un nuevo contenido y por último una nueva forma proveniente al que se le ha trasplantado" (NOTA 14).

Véase a guisa de ejemplo, en nuestro llamado derecho privado, que cada vez va perdiendo más su

privacidad; para el caso, cuando se trata de tutelar a la familia, como la base de nuestra sociedad establecida por la Constitución Política; la intervención estatal es cada vez más señalada, y el Ministerio Público tutela los derechos de la familia; se le manda intervenir en los juicios correspondientes, y las resoluciones de los jueces se adaptan, más que a la norma concebida en un momento en que los derechos individuales son sagrados, a razones de orden público; y con esto, la vieja norma se actualiza, aunque siguiendo la forma lógica tradicional; el contenido se remozca.-

Por ese motivo las teorías unilaterales están condenada al fracaso; el derecho es el producto de muchas cosas que se mueven en la ola del alquimista jurídico y las teorías en apariencias opuestas se unen, al no encontrar la consistencia necesaria en una sola de ellas. Para el caso, los realistas plantean que todas las teorías que consideran solamente el aspecto formal del derecho fracasan^{AN}, ya sea que intenten fundamentarse en postulados a priori, o bien que caigan en el error más humilde de suponer que la ciencia del Derecho consiste en la cohesión lógica de las partes que la integran y en la elegancia formal de sus principios, porque la verdad --

es que el derecho siempre se apróxima a la consistencia, pero nunca la alcanza. En un extremo siempre está adaptando nuevos principios de la vida, y en el otro retiene los antiguos que vienen de la historia y que aún no han sido absorbidos o descartados. Solo llegará a hacer enteramente consistente cuando deje de crecer y este crecimiento va parejo con la sociedad donde se desarrolla, de tal suerte que solo parará con la misma sociedad.-

Por más que codifiquemos el derecho en una serie de disposiciones de apariencia auto suficiente, esas disposiciones no serán sino una etapa en su continuo crecimiento; para entender todo su alcance, y para saber cómo habrán de ser considerados por jueces familiarizados con el derecho involucrado, debemos saber algo de ese pasado. La historia de lo que ha sido el derecho es necesaria para el conocimiento de lo que es el Derecho.-

El punto en cuestión, es, como decía que el derecho, por un lado se mueve en una sociedad real y -- por otro busca fines que le den base filosóficas firmes y en esa lucha, se mueven los hombres que legislan sobre el derecho y quienes lo aplican. Su conducta es un -

producto mixto: la observación del medio y el acatamiento a la norma .-

En el Derecho pragmatico esto se ve claro, al fin se trata de un derecho consuetudinario en que la conducta del Juez se ve más clara, más relevante en la formulación o aplicación de la norma adecuada, ya que su función discrecional es grande; en nuestro sistema de derecho escrito; se ve menos claro; pero no por ello menos real: a nuestros jueces ya se les da todo hecho, ya está la fórmula, hay que seguirla; parece el camino corto y expedito, pero ya se encargará el litigante y el Juez de hacerlo largo y trabajoso; y en el camino, se mueven las tendencias que conforman nuestro medio, de tal suerte que al llegar a la sentencia, la norma se ha contradicho, queda mal-trecha y estirada, y con un barniz de legalidad, se llega, al fin, al triunfo de las tendencias que impulsan la conducta del Juez o de los interesados más poderosos en el pleito.-

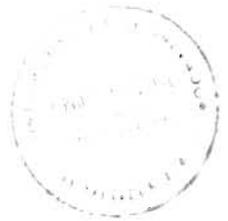
En el sistema del Comon Law, los problemas que he planteado no se dan, porque como señalaba, la conducta del juez se ve más clara, forjando el derecho como producto de las tendencias que desarrollan en el medio en que actúa, de tal manera que se afirma con cer-

teza que el Derecho es el comportamiento del Juez.-

CAPITULO V.-EL DERECHO ES CREADO POR LA CONDUCTA DEL- -
JUEZ.-

a) CONFLUENCIA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO Y DEL CODIFI-
CADO.-

Las consideraciones que se han hecho sobre la legislación, son opiniones actuales de los comentaristas del Derecho Continental; es decir un derecho de avanzada que procurar ir a la par de los fenómenos sociales.-Las consideraciones que hacía, en cuanto al papel del Juez en un derecho codificado y las críticas que vertí, se refieren concretamente, a nuestro derecho, donde falta mucho para ponerse a la par de las actuales corrientes del Derecho Codificado. Se entiende, que en estas corrientes contemporáneas, las limitaciones que ataban al Juez, y que en nuestro medio aun lo atan, han de



saparecido; y el sistema de la sana crítica da al Juez un amplio margen discrecional para desenvolverse.- Sin embargo, insisto, sostengo la crítica, mientras nuestro sistema judicial no cambie.-

En cuanto a la confluencia de ambos cerechos, dicen los tradistas norteamericanos; para el caso Benjamín N. Cardozo en su libro "La naturaleza de la función judicial "(NOTA 15) que" a veces ha sido necesaria la legislación para liberarnos de los viejos grillos. A veces el conservadorismo de los jueces ha amenazado, durante un intervalo, con robarle a la legislación su eficacia". Sin embargo, lo principal no es el origen del Derecho, o los problemas entre legislación y derecho consuetudinario elaborado por el Juez; y añade "Lo principal no es el origen sino el fin.-No puede haber ninguna sabiduría en la elección de una senda a menos que conozcámos adónde va a conducir.- La concepción teleológica de su función debe siempre estar presente en la mente del Juez".-(NOTA 16).- Y es este un punto de confluencia entre ambos tipos de Derecho.

Manifiesta luego Cardozo: "Todo Juez que consulte su propia experiencia, debe tener conciencia de las oportu-

nidades en que el libre ejercicio de la voluntad, dirigida por un firme propósito de completar el bien común, determina la forma y la tendencia de una norma que, en ese momento, tiene su origen en acto creativo". (NOTA 17).- Ahora bien, ese acto creativo del Juez que se transforma en Derecho, ha sido muy debatido en el sentido de si se obtiene en base a un standard objetivo o subjetivo, para el profesor Gray ---(citado por Cardozo)--- en su libro "Nature And Sources Of Law ", dice que "Muchas cosas deben ser decididas por los Tribunales sobre la base de nociones del Bien y del Mal, y, por supuesto, todos van a estar de acuerdo en que el Juez probablemente va a compartir las nociones del Bien y del Mal, que predominan en la comunidad en que vive; pero supongamos un caso en que no hubiera para guiarlo sino nociones del Bien y del Mal, y sus nociones del Bien y del Mal se diferencian de la comunidad; Cuáles debería seguir; sus propias nociones o las de la comunidad? (NOTA 18), y concluye, " yo creo que debe seguir sus propias nociones ". (NOTA 19).-

En cambio Cardozo sostiene un punto de vista opuesto al anterior y nos dice: "" La Lógica, la Historia, la costumbre, la utilidad y los Standard de recta conducta ~~aceptados~~,

son las fuerzas que singularmente o en combinación, moldean el progreso del Derecho. Cuál de estas fuerzas dominará en cada caso, depende en gran medida de la importancia o valor de los intereses sociales que van a ser en él promovidos o menospreciados (NOTA 20). Pero, agrega más adelante "" lo que verdaderamente interesa es esto; que el Juez tiene el deber, dentro de los límites de su poder de innovación, de mantenerse en una relación entre el Derecho y la Moral, entre los preceptos de la Ciencia Jurídica y de la razón y recta conciencia. Supongo que, en cierto sentido, es verdad que nunca se ha dudado de este deber. Sin embargo, a veces se tiene la sensación de que fué obscurecido por los juristas analíticos, quienes, al poner el acento sobre preciosismos verbales de definición, omitieron correlativamente subrayar las más profundas y sutiles realidades de los fines, propósitos y funciones. La constante insistencia en que la moralidad y la Justicia no son Derechos ha tendido a engendrar la desconfianza y el desprecio del Derecho, como algo para lo que la moralidad y la justicia no son solamente extraños, sino hostiles "" (NOTA 21)

"" En la obra comentada de Cardozo, dice que GENY,

poco del punto de vista de Cardozo que la voluntad que inspira una ley " se extiende solamente sobre un dominio de hechos concretos, muy estrechos, muy limitados - casi siempre una ley tiene en vista un solo punto. Toda la Historia demuestra que la legislación interviene solamente cuando se ha hecho manifiesto un definido abuso contra cuyo exceso se ha levantado finalmente el sentimiento público. Cuando se interpone el legislador lo hace para poner fin a tales y cuales hechos, bien claramente determinados que provocan su sanción. Y si, para conseguir su propósito, él considera conveniente avanzar por el sendero de las ideas generales y fórmulas abstractas que proclama: tienen valor, en su pensamiento, solo en la medida en que son aplicables a los males que se esforzaban en destruir, y a similares condiciones que tiendan a surgir de ellos. En lo que hace a otras consecuencias lógicas a ser de estos principios el legislador no las ha sospechado. o algunas, quizá muchas si las hubiera previsto, no habría titubeado en repudiarlas. Al consagrarlas, nadie puede pretender estar siguiendo su voluntad o inclinándose ante su juicio. Todo lo que se hace con ellos es desarrollar un principio que aparece en lo sucesivo aislado é independiente de -

la voluntad que lo creó, para transformarlo en un ente nuevo, que a su vez se desarrolla desde sí mismo, y darle una vida independiente, sin tomar en consideración la voluntad del legislador y más a menudo a despecho de ella ". (NOTA 20) Estas consideraciones anteriores hacen referencia a un sistema jurídico basado en leyes codificadas; pero veáse como, en general se destaca la labor legislativa como producto de la presión social. El hecho de que tal presión se traduzca en regulaciones abstractas para frenar el abuso de la autoridad, nos confirma que en cualquier sistema la legislación es un medio de parar el abuso. En el sistema del Common Law, la legislación pretende parar las arbitrariedades del juez. En un derecho codificado, pretende ponerle trabas a la arbitrariedad judicial o al abuso del poder constitucional.

La diferencia estriba quizá en el método. De un lado, el papel relevante lo desempeña el legislador de otro, lo desempeña el Juez. Pero unos y otros se nutren de la realidad para crear la norma.

El método cambia, en cuánto el procedimiento a seguir en la creación del derecho; pero en ambos se pretende partir de un mismo origen: la presión social. Luego en el sistema del Common Law, las co -

rrientes actuales pretenden determinar el camino preciso que debe seguir el Juez en la creación del Derecho; - y claman por la legislación, para evitar la arbitrariedad judicial.-

De tal manera que el primer punto de confluencia que yo planteo es la necesidad de la legislación. Pero vista esta necesidad desde los ángulos opuestos que ambas corrientes del Derecho sostienen. La legislación -- para o frena el abuso; el exceso de legislación crea el abuso. Es probable que lleguemos a un momento en que en nuestro derecho codificado, las leyes se reduzcan a normas generales y que la sabiduría de nuestros Jueces las pueda aplicar con criterio de equidad. Es probable también que en el Derecho consuetudinario, las leyes vayan sustituyendo más el arbitrio del Juez y en un momento dado, predomine en ambos derechos la legislación. Podría parecer, en principio, una posición sumamente discutible, si consideramos, sobre todo nuestro afán de regular hasta las últimas situaciones que puedan darse, -- mediante leyes, decretos, reglamentos, etc; pero recuérdese que tal afán tiene más que todo un asidero político o de control estatal de las decisiones del pueblo -- y que esto escapa a un planteamiento filosófico, por ca-

recer de filosofía ^y más que todo ideología(un ordena --
miento de tal naturaleza).-

El afán del jurista, de los autores de filosofía del Derecho, se encaminan a hacer más fácil el Derecho, vale decir o acrisolarlo y convertirlo en principio universal de convivencia.-

Por eso, otro punto de confluencia que guía a ambos derechos es el afán de la justicia. Todo Derecho debe ser justo, porque de lo contrario no estaría llenando sus fines. En el Derecho Realista, aún en las tendencias más de avanzada, como son las de la Escuela Escandinava, no escapa el fin del Derecho, aún cuando sea -- tan solo su fin la conservación de la sociedad. Aún objetivizando el Derecho; su contenido debe tener una ración de equidad, de justicia, de lo contrario, dejará de ser derecho.-

El Juez al crear el Derecho, se nutre de nociones de bien o de mal que hay en una comunidad; de las corrientes que impulsan la conducta de una sociedad; en suma, se informa de la vida social. Con ese bagaje de conocimiento crea el Derecho, pero no el Derecho injusto,

o el Derecho a secas, al estilo positivista que se ---- olvidaba del contenido de la ley; justo o injusto y que tan solo por el hecho de ser ley debía ser obedecido.-- El Juez penetra en el campo de la Axiología, y orienta el Derecho hacia el valor justicia.-

Igual sucede en un sistema de Derecho codificado; el legislador se informa del medio o del clamor popular para crear la ley y la orienta hacia la justicia. Una ley injusta puede ser tal, pero no se obedece o no se aplica. Se respeta, pero no se cumple; más propiamente , se reconoce su existencia, pero no se cumple.

Una ley puede ser represiva de la libertad humana; pero es ley sin contenido de justicia; lleva contenido político. Pero esa ley no dura mucho, el clamor popular la deroga. Tal ley incorporada al Derecho vigente, es como una negación de los principios generales que inspiran al Derecho y termina por desaparecer.-

En resumen, siendo el Juez o el legislador -- seres con profunda vocación de justicia, no pueden crear Derecho injusto, por que iría contra sus propios principios.-

Otro punto en que confluyen ambos derechos, -- se refiere a que el Derecho se basa en modas o costumbres, como lo plantea Benjamín Cardozo. Se refiere al o-

rigen o sustracto en que la norma nace o se fundamenta. Decia en una parte de mi tesis, que en el derecho codificado, especialmente en el nuestro, se creaba la norma para regular una situación concreta y particular de determinado momento histórico; pero que, desgraciadamente, - pasado tal momento, la norma subsistía y la situación - que le dio origen desaparecía. Pero esto nos sirve para plantear que el Derecho se basa en modas o costumbres. Así, si el régimen era monárquico, el Derecho se orientaba a regular la costumbre de la época de la monarquía; el liberalismo, creó su propio derecho y encaminó este a consagrar y defender las libertades individuales. Si la sociedad está regida por el socialismo, su derecho se orienta a proteger tal tipo de sociedad; si esta sociedad o Estado es intervencionista, crea también Derecho-intervencionista.-

No importa quien crea el Derecho, si el Juez o el legislador; en uno u otro sistema, la base estará - en las costumbres que rigen la época. Se verá esta situación un poco paradójica si decimos por ejemplo: cómo -- un caso que se resolvió en el siglo pasado va a orientar

al Juez para fallar igual en un caso del siglo XX ? Pero no existe contradicción, ni paradoja, ya que el Juez se informa del medio circundante actual y puede tomar como base el caso, pero resolver con criterio actual, -- ya que lo orientará el contenido de justicia que tal caso encierra y no la antigua situación que resolvió. Y en esto radica la gran importancia del Juez como creador del Derecho; en el sentido de que el antecedente solo le sirve de guía, pero al resolver el caso está creando Derecho actual. En nuestro sistema de Derecho legislado, sucede igual; el legislador va creando el Derecho conforme se van planteando las costumbres de la época, aunque el problema consiste en que las costumbres avanzan y el Derecho se va quedando rezagado; por eso la labor del legislador es de constante renovación y los ataques que se lanzan contra este tipo de Derecho, vienen a confirmar más el planteamiento de que el Derecho se fundamenta en las costumbres y por eso se exige que debe ir con la época.-

Desligándome un poco de los planteamientos del Derecho justo; cualquier Derecho, pretende mantener-

la estructura del poder estatal, No es mi objeto profundizar en este tema, que es más sociológico o político, - que filosófico; sin embargo, lo traigo como punto de confluencia de ambos tipos de Derecho, consuetudinario o -- codificado; porque ambos obedecen a fines inmediatos: el mantenimiento de la sociedad actual, concebida con cualquier contenido político. Ahora bien, el fin mediato sigue y seguirá siendo la justicia como meta del Derecho. -

Un Juez, como individuo que se mueve en una ; sociedad, que es su propia sociedad, está empapado de - las creencias de esa sociedad , de su forma de vida, de la doctrina o moral que lo inspira, y ese conjunto de elementos conforman su manera de pensar. Crea, pues, la norma para satisfacer el interés individual del medio - en que se desenvuelve. Pero, frente a esa esfera en que se mueve el Juez, se alza otra esfera mayor y más fuerte, que es el poder del Estado. Para funcionar, el Estado -- crea su aparato normativo y ya el Juez no crea la norma para satisfacer el interés particular, sino el interés - del Estado. Es, entonces, el Juez, un instrumento creador de Derecho a favor del Estado. Habrá un momento en que - entren en conflicto los intereses particulares con los-

intereses estatales, y ganará el más fuerte, en este caso el Juez se inclinará del lado del Estado, aunque sacrifique el interés particular. Pero habrá casos en que protegerá, al individuo, del Estado. Aquí es el Juez un punto de equilibrio entre ambas esferas de poder. Ya sobre este aspecto se pronunciaba Holmes, diciendo que el contenido del Derecho radicaba en la sanción. En la fuerza real de dos poderes el aparato coactivo del Estado aniquila el poder del individuo. La solución adecuada dará el Juez que es el punto de equilibrio.-

Más claro se ve el Derecho como expresión del poder estatal en un sistema de derecho legislado, Porque - las leyes las dicta el poder legislativo a instancias del Ejecutivo. Existe una realidad y es la supervivencia del Estado; no de un Estado ideal, sino de uno con fines mediatos o inmediatos. Olvidémosmos que realice o no los fines que propone como ideología o sea, neguémosle fines filosóficos. Pretende mantenerse y ese es un hecho incuestionable. Para mantenerse crea el Derecho; ¿ justo ?; aquí no cuenta el fin teleológico de -----

la justicia , sino el político, económico o social. Podrán ser detestables las leyes, atentar contra la libertad del hombre, ser aprobiosas, en franca oposición a los intereses de la comunidad; pero llenan su cometido: permitir que tal Estado se mantenga.

Es probable, como decía, que esta analogía que planteo de ambos derechos no quepa propiamente aquí, o que tal confluencia sea común al " Derecho en sí " y no en especial a estas dos clases de Derechos concretos; sin embargo, como mi objeto es hacerlos coincidir, para destacar en ellos la labor del Juez, creo que es correcta mi posición al exponer esa analogía.-

Para terminar este sub-tema, recordaré que ya lo decía al principio: ambos derechos tienen un origen romanista común; y si se apartaron por la forma en que las diversas sociedades o pueblos se fueron apartando, el imperativo de la coexistencia del hombre, los llevará a unirse. Más bien, los métodos se unificarán, ya que el Derecho es el mismo.-

b) UNIFICACION DE CRITERIOS EN CUANTO AL PAPEL DESEMPEÑADO POR EL JURISTA, TANTO EN EL SISTEMA CONSUECUDINARIO COMO EN EL CODIFICADO (NOTA 21)

Para unificar criterios, al analizar el Derecho Codificado, me remitiré al pensamiento de Kelsen expresado en su obra " Teoría Pura del Derecho ", por considerar sus planteamientos jurídicos, como más adecuados a nuestro derecho, aún cuando no sean los únicos. Más que todo lo haré para seguir un punto de referencia y desde ahí, comparar la conducta de nuestros Jueces con la de los Jueces en el Derecho realista. Sobre esa base plantearé mi tesis, de que en ambos sistemas el Juez es creador de Derecho. No haré citas expresas del autor que voy a comentar porque en general, lo que he hecho es recoger su pensamiento y traducirlo comparativamente.

Ya está claramente explicado como la conducta del Juez crea Derecho, en un sistema consuetudinario. Lo hace de manera directa, tomando su fuente, según las varias opiniones vertidas: de nociones de bien y de mal, de vivencias, del medio circundante, de las " Modas " de la presión social, etc. Pero este Derecho es producto de relaciones causales.-

Kelsen es formalista, o sea que despoja a la norma de todo contenido. Acepta al Derecho como una -

ciencia del deber ser. Más bien opone esta ciencia a las ciencias del ser que provienen de causas a efectos.-

Pero dentro del normativismo, crea Kelsen la estructura del orden Jurídico, la cual está formada por normas de distintas dimensiones, que coloca en la siguiente posición: - primero la Constitución, luego la Legislación, después los Reglamentos, la Jurisprudencia y por último las normas individualizadas.-

Esta forma de distribución constituye una jerarquización, y todo el conjunto constituye una integración, un ordenamiento jurídico, mediante el cual la norma básica o fundamental, de vida a las demás normas y estas a su vez tienen vida en cuanto son imputables a la norma básica o fundamental: la Constitución.-

Es decir que constituye un orden colocado en sentido descendente, a partir de la Constitución; y se encuentran las normas subordinadas las unas a las otras.-

La estructura del orden Jurídico la presenta Kelsen en forma de pirámide, por lo cual es conocida como la pirámide de Kelsen.-

La Jurisprudencia, a través de la cual se ---

manifiesta la actuación del Juez, colocada en el lugar - que proponía al principio, constituye un plano de las - normas que integran el orden jurídico. Aquí se ve claro que el Juez, en sus actuaciones en los Tribunales, crea Jurisprudencia; ésta, como lo digo, constituye un orden de normas. Luego, el Juez crea Derecho. La Jurisprudencia es, pues, Derecho en sí y no fuente del Derecho, como se ha sostenido por varios autores. Lo corrobora más el hecho de que las leyes consagran a la Jurisprudencia, como base a la par de la ley, para resolver el caso concreto.

Asimismo, la forma constante e igual de pronunciarse los Tribunales, es recogida por la doctrina legal y cobra categoría especial, en la ley especial de Casación.

Concluimos, pues, que tanto en un sistema como en otro de los analizados el Juez crea Derecho. En uno, lo crea directamente; en el nuestro de manera indirecta; pero no se duda que en ambos el producto es el mismo, lo que varía es el método.-

Sostengo, también, como punto de unificación, que nuestros Jueces, al aplicar las leyes que les obligan a resolver el caso concreto; al estructurar el-

proceso en forma lógica, quiérase que no se van nutriendo de una serie de elementos que giran en torno a ellos. No hay que olvidar que todo proceso no es un esquema, si no el desarrollo de una situación real y que el Juez no puede hacer abstracción de esa realidad; participa como humano con sentimientos de adhesión, repulsa, simpatía, etc. por más que se le quiera convertir en un ser imparcial. En esas circunstancias, aunque no se olvida de seguir un orden lógico, ya los presupuestos van impregnados de sentimientos al respecto que expresan la manera de pensar del Juez. Máxime en un cuerpo de leyes donde el marco discrecional del Juez es grande, cada sentencia llevará una fuerte dosis de su manera de pensar e interpretar el medio que le rodea. Creada así, la conclusión será un producto mixto; tanto lleva de leyes vigentes codificadas, como de creación del Juez.

Más adelante, lo ----- que hace el legislador es incorporar en un cuerpo de leyes la forma de pensar de los Jueces.-

Así se ve claro que nuestros jueces son creadores de Derecho. En cuanto al Derecho consuetudinario claro se ve la conducta del Juez. Nosotros por man-

tener un sistema codificado le damos validez al imperio de la ley escrita; más sin embargo, los que aplican la ley son los Jueces.-

Aunque el normativismo excluya a la norma de todo contenido, la verdad que esto opera solo en un plano de abstracción; porque, colocada en la realidad, para resolver situaciones reales y no hipotéticas, va impregnada de un fuerte contenido, que adecua el Juez, para no romper el orden jurídico establecido.-

En el Derecho consuetudinario no se duda del contenido de la Norma. Ella es producto de causas y efectos, pero como el Juez tiene que ordenar esa serie de factores que le llevan a crear el Derecho, en buena medida se ayuda de la lógica.-

Continúa unificando criterios: El Derecho Consuetudinario es causal, es un derecho realista, por tanto nace de relaciones concretas. Pero el hombre, como ser que tiende a superarse, no le bastan soluciones inmediatas a sus problemas; sino que busca soluciones mediatas que le dan una razón de existir; necesita en suma, proyectarse. Se crea, pues, el Derecho por el Juez, pero este Derecho tiene fines que van más allá del prin

cipio utilitarista que les dió vida. Necesita ser justo, para ser verdadero Derecho. Pretende realizar la justicia, como ya lo exponía en otra parte de mi tesis. El Juez busca crear un Derecho que se acerque al valor, y aunque no lo realice, continúa como aspiración máxima de su labor creadora. La igualdad entre Derecho y Justicia continúa siendo su meta.-

En el Derecho codificado, se presenta la norma como un producto formal, sin contenido. Pero aunque no se quiera, al buscar un resultado finalista, se le está dando contenido. El fin del Derecho, aquí también, es la realización de la Justicia.-

Luego, en ambas situaciones, el Juez crea derecho justo o con pretensiones de Justicia.-

El método traza el camino que nos lleva a la --verdad, pero este carece de contenido; creada la norma, -- más allá; busca fines y entonces el método cambia, es teleológico, le aporta un valor y el valor es contenido en cuanto ideal del hombre.-

También, en ambos sistemas , podemos decir -- que el Juez crea el Derecho como manifestación de poder. Se dice que la sociedad , para existir y para mantenerse, necesita cierto orden ; ese orden se lo da el Derecho.-

Dentro de un sistema normativo existe como pre supuesto la obediencia a la norma como posibilidad au - tárquica. La primera norma fundamental, señala Kelsen, es la primera Constitución, y esta primera constitución es: debe respetarse la autoridad.-

Dentro de un sistema realista, el Derecho es fuerza, que se mueve en las esferas de poder de los cu - al ya **hablé** antes. Cual sería la primera creación del primer Juez de la cual se pueda tener idea? Si creó • Derecho, esta primera norma tuvo necesariamente como ob - jeto el mantener el orden y su contenido debe haber si - do la fuerza capaz de mantenerlo.-

Ambos derechos, pues, pretenden mantener el or - den y este es sinónimo de poder, en cuanto ambos buscan la obediencia o el sometimiento a la autoridad. Lo que - varía, es de nuevo, el método. El sistema normativo pro - pone el orden como primer principio. El sistema realista el poder. Pero qué buscan ambos? mantener la auto - ridad. El Derecho como orden, tiene con - tenido, igual el -- Derecho como fuerza. El Juez, al aplicar la norma , sigue

el orden establecido y participa de las opiniones que - mantienen al Estado a través del poder. Sus resoluciones son acordes con el sistema político en que vive y pretende cimentarlo más. Hay orden en sus sentencias , para -- evitar el caos que provocaría sentencias contradictorias. Resuelve y aplica la ley como manifestación del poder del Estado. La Jurisprudencia creada no es más que la manifestación del poder.-

En el Derecho realista, el Juez es mediador entre las esferas de poder; pero el Derecho que ha creado es manifestación del poder, necesario para mantener el - orden del sistema en que actúa.-

En resumen, el Juez crea el derecho con contenido de poder en el sistema realista ; en el nuestro crea jurisprudencia como manifestación de poder, o sea un de recho a través del cual se expresa el poder.-

Continuando con las analogías, se puede decir que en ambos sistemas el Juez crea Derecho basándose en el caso, o más concretamente, en el antecedente. El Derecho consuetudinario es el Derecho del caso. Pero, veamos, si no también en nuestro sistema el Juez se basa en el

antecedente?.-

La misma ley crea un orden para evitar que se den sentencias contradictorias. Crea la continencia-- de la causa, la acumulación, la doctrina legal, etc, Esto lleva como fin la uniformidad de las sentencias.-

El Derecho consuetudinario plantea: el caso anterior fue resuelto así; este análogo debe resolverse igual y pretende trazar límites dentro de los cuales debe moverse la conducta del Juez; límites morales, sociales, sicológicos, como se quiera, pero pretende enmarcár su conducta, para evitar que caiga en la arbitrariedad.- Igual sucede en el Derecho codificado: la conducta del Juez se la fija la norma, pero a su vez, influyen consi-- deración de orden moral, social, religioso, sociológico, etc, principalmente si se sigue el método de valuar la prueba de acuerdo a la sana crítica. Entonces, el Juez se basa en el caso ya resuelto anteriormente, concretamente en la Jurisprudencia o precedente y falla de igual o parecida manera. Es muy raro que se aparte del precedente- Porque el precedente crea seguridad. Cuando se aplica una nueva ley, todo el mundo clama por la Jurisprudencia.

Es necesario saber como va a resolver el Juez, en base a cómo ha interpretado esa nueva ley. Con ello se busca la seguridad. Si falló de tal manera, se espera cuando se presente un caso análogo, igual o similar fallará en la misma forma.-

Entonces, en ambos casos, la conducta del Juez está delimitada. En el Derecho consuetudinario es un afán enmarcar esa conducta, en el codificado, es tendencia sacarla de un enmarque rígido; pero interpretado, el Derecho, debe seguir interpretándose así. De esa manera, en ambos Derechos, el Juez no se aparta del precedente. Para un sistema, el Juez al resolver igual, en el caso concreto, al precedente; está creando Derecho. Para nosotros, está creando Jurisprudencia. Pero qué es la Jurisprudencia? Un derecho que después el legislador convierte en ley. De tal suerte que, si consideramos al Derecho como un orden Jurídico, como lo plantea Kelsen, la Jurisprudencia es Derecho. Si, en cambio, consideramos las corrientes tradicionales que discrepan del pensamiento Kelseniano: la Jurisprudencia es un derecho al cual le da valor o autenticidad, la legislación; pero su

cede, en ambos casos, que ha normado situaciones concretas a través de la conducta del Juez que le da valor a un fallo anterior de el mismo o de otro Juez.-

c) CONCLUSION: EL DERECHO, EN DEFINITIVA ES CREADO POR LA CONDUCTA DEL JUEZ.-

He pretendido, a través del desarrollo de esta tesis, analizar en forma paralela, el papel que desempeña el Juez en la creación del Derecho, tanto en el Sistema Realista, como en el Codificado o normativo. Desarrollé brevemente el pensamiento realista, sin pretender profundizar en él, porque mi objeto, fue -- desde el principio, concluir en que el Juez es creador de Derecho. Y que es su conducta la que crea el Derecho. Y como éste es el aporte original que yo -- considero he vertido, mi énfasis mayor ha recaído no en el realismo Jurídico, sino en el Juez moviéndose en ambas corrientes. Podrá decirse que mis planteamientos, apegados estrictamente al Derecho, son poco sólidos; sin embargo, lo que yo he pretendido es saltar por sobre concepciones tradicionales y unificar criterios que a mi juicio son coincidentes. Por eso,

después de esbozar el planteamiento realista , busqué-
la confluencia de ambos derechos como premisa mayor ;
la unificación de criterios , en cuanto al papel ----
desempeñado por el Juez como creador de Derecho como-
premise menor ; para concluir que el Derecho es creado
por la conducta del Juez.-

La labor de todo jurista debe ser de --
síntesis , a mi juicio . Los tradistas del Derecho se
empeñan , generalmente , en plantear el dualismo en el
Derecho ; se habla de derecho realista y de derecho -
normativo . Yo creo que el Derecho es uno , como pro-
ducto del hombre . El Derecho es la conducta del Juez,-
analizar el Derecho como realidad y como forma .- Yo -
dije que el Juez es creador de Derecho . Cómo lo hace?:
para elaborarlo le da contenido que arranca de la rea-
lidad y le da forma para estructurarlo con consisten -
cia lógica y el producto es un solo : Derecho.-

Veamos: en el realismo, el Juez crea ---
el Derecho con mayor libertad; en el normativismo, lo
crea enmarcado dentro del ordenamiento jurídico que -
ya le es dado . - Pero en sin -----

tesis el Derecho como producto del hombre es realidad y forma; es creado por el hombre en organismo colegia dos; es individualizado por los Jueces y luego toma-- do por el legislador, en un círculo que no se rompe.-

Cual conducta es en definitiva la creadora del Derecho: la conducta del Juez. En el Derecho rea - lista la conducta del Juez crea el Derecho, influen - ciado por el medio; pero como los Jueces, se presume son hombres rectos, crean derecho que representa pre - cisamente la forma de pensar de su medio que es la - misma forma de pensar del Juez.-

En nuestro sistema, se ve un poco menos - claro como la conducta del Juez, es, en definitiva, - la creadora del Derecho. No lo pongamos en términos ab - solutos, digamos en definitiva, la conducta del Juez - crea Derecho y aquí sí se ve más real la situación.- Es decir, el Juez, al igual que otros organismos crea Derecho; y el Derecho que el Juez crea, lo hace, lo - forma, con su conducta. Su forma de actuar y de pensar es un reflejo del medio en que se desenvuelve; y aun - que una ley le diga cómo debe fallar; al final, la -

sentencia va impregnada de su voluntad interpretativa, Por eso la sentencia contiene: un principio de orden, que el Juez respeta porque su mente ha sido condicionada a la obediencia de la ley y esté muy consciente de su papel de Juzgador; pero esto es manifestación de su conducta, (de su conducta), de su personalidad de Juez; lleva también contenido social, porque el Juez es hombre y se desenvuelve en un medio que quiérase o no lo condiciona; y también lleva un contenido individual, porque en cuanto voluntad pensante el Juez tiene su propia forma. Reunido todo, se forma el fallo: como manifestación de las varias facetas de la conducta del Juez; varios fallos uniformes van formando la Jurisprudencia; la Jurisprudencia forma Derecho; en definitiva la conducta del Juez forma derecho.-

APAREJO BIBLIOGRAFICO

- Nota 1.- Pound Roscoe. Las Grandes Tendencias del Pen -
samiento Jurídico. Ediciones Ariel-Barcelona -
1950-Estudio Preliminar de José Puig Brutau -
pag. XXIII.-
- Nota 2.- Pound Roscoe. Obra citada pag. XX.- Estudio Pre-
liminar.-
- Nota 3.- Pound Roscoe. Obra citada, pag.XXVIII.Estudio Pre-
liminar.-
- Nota 4.- Pound Roscoe-Obra citada-pag. XXXI. Estudio Pre-
liminar.-
- Nota 5.- Pound Roscoe-Obra citada-pag. XXXV. Estudio Pre--
liminar.-
- Nota 6.- Pound Roscoe-Obra citada pag. XXXVI. Estudio -
Preliminar.-
- Nota 7.- Pound Roscoe-Obra citada pag. XXXVII. Estudio -
Preliminar.-
- Nota 8.- Pound Roscoe-Obra citada-pag. XLI. Estudio Pre -
liminar.-
- Nota 9.- Smith, Juan Carlos, Anuario III Tomo I del Institu
to de Filosofía del Derecho y Sociología de la Fa-
cultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Pla-
ta.- Argentina.- pag. 85.-



- Nota 10.- Holmes, Oliver Wendell. La senda del Derecho. Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales.- editorial Perrot, Buenos Aires 1959. pags. 25/ 26-
The Common Law.
- Nota 11.- Holmes, Oliver Wendell, Jr./Tipografía Editora Argentina, S. A. Lavalle 1430. Buenos Aires. 1964 - pag. 15.-
- Nota 12.- Holmes, Oliver Wendell Jr. Obra Citada pag. 19. -
- Nota 13.- Holmes, Oliver Wendell Jr. Obra Citada pag. 43. -
- Nota 14.- Holmes, Oliver Wendell Jr. Obra Citada pag. 44 -
- Nota 15.- Cardozo, Benjamín N. La Naturaleza de la Función Judicial. Buenos Aires, Ediciones Arayú-1955 pag.- 39.
- Nota 16.- Cardozo, Benjamín N. Obra Citada pag. 81 --
- Nota 17.- Cardozo, Benjamín N. Obra Citada pag. 82 -
- Nota 18.- Cardozo, Benjamín N. Obra Citada pag. 85 -
- Nota 19.- Cardozo, Benjamín N. Obra Citada pag. 85 -
- Nota 20.- Cardozo, Benjamín N. Obra Citada pag. 89 -
- Nota 21.- Cardozo, Benjamín N. Obra Citada pag. 107 -
- Nota 22.- Cardozo, Benjamín N. Obra Citada pags. 116/117 -

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1.- J. G, Gray. The Nature and Sources of the law (1909).- comentado en: El Pensamiento Jurídico Contemporáneo. de Paulo Dourado de Gusmao. pag. 88.
- 2.- BODENHEIMER, EDGAR.- Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica, México- 1946.-
- 3.- Recasen Siches, Luis. Tratato General de Filosofía del Derecho. México, Editorial Porrúa. 1961
- 4.- Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. - Traducción de Jorge Tijerina. Editorial Lozada. Buenos Aires 1946.
Teoría General del Derecho y del Estado
Imprenta Universitaria-México-1949
- 5.- Abbagnano, Nicolás. Historia de la Filosofía. Editorial Montanero y Simeón-Barcelona- 1955.
- 6.- Del Vecchio, Giorgio. Filosofía del Derecho. Unión Tipográfica. Editorial Hispanoamericana. México. 1946.
- 7.- Montesquieu. Del Espíritu de Las Leyes. Editorial Alba - tros. Buenos Aires. 1942.
- 8.- Olivecrona, Karl. El Derecho como Hecho. Buenos Aires. - Depalma. 1959. Lenguaje Jurídico y Realidad
- 9.- Ross, Alf. El Concepto de Validez y otros Ensayos. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina. 1969.

- 10.- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México, Editorial Porrúa. 1968.
- 11.- Smith, Juan Carlos. Originariamente publicado en el Anuario III, Tomo I, del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Plata, Argentina.
- 12.- De Gusmao, Paulo Dourado. El Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Librería Jurídica. Valerio Abeledo. Editor. Lavalle 1328, Buenos Aires.
- 13.- Pound Roscoe. Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico. Ediciones Ariel, Barcelona. 1950.
- 14.- Holmes, Oliver Wendell Jr. The Common Law. Tipografía Editora Argentina, S. A. Lavalle 1430. Buenos Aires. La senda del Derecho. Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales. Editorial Perrot, Buenos Aires 1959.
- 15.- Cardozo, Benjamín N. La Naturaleza de la Función Judicial Ediciones Arayú 1955.