

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

CARBONNIER (Jean): "Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho". Prólogo y traducción por Luis Díez-Picazo, de la 2.^a edición francesa, revisada y ampliada. Editorial Tecnos. Madrid, 1974. 367 páginas.

Este libro del profesor de Derecho civil, en París, Jean Carbonnier, contiene varios trabajos publicados a lo largo de los años (1949-1970) en diversas Revistas, completados ahora con algún ensayo inédito. Tienen de común su referencia a la Sociología jurídica y también que todos y cada uno de ellos están animados del espíritu original y crítico, del humor irónico que se advierte en toda la obra del autor. Aquí manifestado de modo y manera más abierta y desenfadada.

Esta obra es más para leída que para contada o resumida en una nota bibliográfica. Su mayor atractivo se encuentra en lo ingenioso e imprevisto del planteamiento de las cuestiones. El lector no debe esperar una exposición ordenada o sistemática. Ya nos advierte el autor en el mismo título del libro, de su carácter no riguroso. Lo que se puede ver también en la clasificación de su contenido. Se le divide en cuatro partes: "Derecho y no Derecho", "El gran Derecho y el pequeño Derecho", "Los tres pilares del Derecho" y "Juegos de Derecho". Mas, en verdad, los "jurisludes" comienzan ya en el prefacio, y no son menos lúdicos los ensayos bajo el nombre de "Nocturno", "El sueño", "Del gay saber al saber", que la comedieta dialogada del capítulo IX, "Declaración judicial". Como en aquel regalo de Navidad que Rudolf von Jehring hiciera a los juristas de todos los tiempos con "Jurisprudencia en broma y en serio" (1), el libro de Carbonnier reseñado podría también ostentar el lema "ridendo dicere verum".

Carbonnier muestra la necesidad de que el estudio del Derecho esté bien asentado en la sociología. ¿Qué método sociológico habrá de utilizarse para ello? Algunos de los ensayos recogidos en "Derecho flexible" están esmaltados con los datos (más o menos hipotéticos) tomados de etnógrafos, de prehistoriadores y también de psicólogos de la infancia. Pero, al tratar, "a modo de conclusión", del método sociológico a aplicar para el estudio del Derecho, propone como principal tarea la función documental. Se muestra también, prudentemente escéptico respecto a la existencia de leyes jurídico-sociológicas y sobre una posible función normativa de la sociología.

(1) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum. Leipzig, 1884. Hay una traducción de Román Rianza, publicada en 1933, pero es incompleta, según nos advierte el mismo traductor..

Parece bien justificado el llamar la atención sobre el valor de los estudios sociológicos para el Derecho. Las normas jurídicas tienen una infraestructura social que no se debe desconocer y las reglas jurídicas a su vez operan sobre la realidad social. Importan los modos de convivir los hombres. Sus grupos y clases, el juego de las fuerzas económicas, el influjo de creencias e ideologías. Una visión realista de la sociedad, me parece, no ha de limitarse a las apariencias de lo reglado y a los datos de las encuestas. La realidad social se nos muestra ordenada, asegurada, encorsetada por leyes y tradiciones, por la autoridad de lo sucedido y repetido, pero también cambiante según modas, y desordenada por el juego de reglas y poderes encontrados. El examen sociológico habrá de escudriñar y descubrir los privilegios y poderes ocultos o semiocultos de autoridades y funcionarios estatales y no estatales (burocracias, gremios, colegios profesionales, sindicatos, grupos de presión, nacionales o supranacionales, organizados o accidentales); los que crean, permiten o fomentan cotos de caza reservados para la explotación o ganancia y que sólo pueden advertirse con el examen de lo que muestran u ocultan presupuestos, aranceles, balances, licencias, declaraciones de protección, incentivos y de exención.

En las consideraciones sobre sociología, de Carbonnier se deja en la sombra la importancia sociológica de las ideas políticas. Aunque su continuado operar se traduzca en los diversos actos sociales; las propias del autor me atrevería a decir que se adivinan cuando transcribe la emocionada plegaria de Agur: "No me des pobreza ni riqueza; concédeme el pan que necesito, pues tengo miedo de que la abundancia me harte y reniegue de ti, y diga ¿quién es el Eterno?, y tengo miedo también de que por ser pobre me vea arrastrado al robo y deshonor el nombre de mi Dios" (Proverbios, XXX, 8-9).

Me permitiré todavía otra digresión, sugerida por la lectura del "Derecho flexible". Es evidente el valor de los estudios sociológicos para el buen conocer del Derecho; mas dicho valor no lleva consigo que se haya de predicar el uso del llamado método sociológico para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Lo que conviene advertir, porque no es raro que, siguiendo el proceder de Eugen Ehrlich, se deduzca del estudio de la Sociología la necesidad de emplear el método sociológico para la interpretación jurídica; modo de pensar que se ha podido creer confirmado observando que de una regla abstracta no es posible obtener la solución de un caso concreto; y ello con el resultado de que se piense que la realización del Derecho queda siempre al arbitrio de los jueces. A mi modo de ver, la realidad social del mundo moderno hace que los jueces, los funcionarios y, en general, todos los llamados a aplicar el Derecho se encuentren ante las exigencias de ser servidores y no señores de las reglas jurídicas; se les pide una cierta actitud de neutralidad ante los encontrados intereses en juego, y, con esto, la renuncia a sus propias creencias, simpatías e intereses personales o de clase; su cometido es colaborar en favor del respeto de las reglas de juego establecidas (2). En la dicha realidad social no se da el supuesto dilema entre una judicatura mecánica y el libre arbitrio judicial. El paso de la regla

(2) EHRlich señala que tiene esa finalidad el método conceptual del pandectismo, *Die juristische Logik*, 2.^a ed., Tübingen, 1925, p. 289.

abstracta a lo sucedido de hecho no implica un salto en el vacío. La interpretación y la aplicación de las normas jurídicas suponen una actividad creadora, pero limitada y sin que la solución del caso tenga que quedar a resultas de lo que el juez quiera o estime mejor. Las reglas de Derecho no dan —salvo excepciones— solución “ad hoc” para cada supuesto; señalan o indican el modo de proceder para decidir las cuestiones que puedan presentarse. Establecen modos de medir conductas; mas, en general, no imponen un metro rígido, como el de madera, sino un metro adaptable, flexible, que como el de plomo o acero permite medir superficies rectas y curvas. Utilizando otra imagen, puede decirse que la regla de Derecho no establece para todos el traje único, del mismo corte y medida, ni siquiera un “prêt à porter”, sino que proporciona modelos o patrones obligatorios conforme a los que hacer trajes a la medida. Quien aplique el Derecho habrá de crear una regla para cada caso, conforme a su peculiaridad y circunstancia, pero siguiendo el modelo o directiva establecida por la regla jurídica.

Entre los estudios recogidos en “Derecho flexible” puede destacarse el titulado “La hipótesis del no-derecho”. En él se dicen verdades de a puño a legisladores y juristas. A los hombres de gobierno se les exhorta con estas palabras: “no legisléis más que temblando”, “entre dos soluciones preferid siempre la que exija menos derecho y deje más campo de acción a las costumbres y a la moral” (p. 62). En otro estudio (“Caracteres jurídicos”) acusa al legislador de no evitar la angustia que expande a su alrededor. “Debería pensar que toda ley, aun cuando sea excelente en su contenido, es un mal, por la perturbación que introduce en el psiquismo de sus destinatarios” (p. 306).

El psiquiatra, es cierto, ha de estudiar la angustia ambiental creada por la inseguridad y el temor originados por la amenaza de esas siempre y en ritmo “in crescendo” nuevas disposiciones, imposibles de prever y de conocer; mas también habrá de considerar el complejo que atenaza a políticos, tecnócratas y burócratas de toda especie, los que se glorian contando el número de disposiciones por ellos promulgadas; necesidad enfermiza de afirmación de su personalidad, que podría calificarse de “complejo de Napoleón”.

La llamada de atención de Carbonnier hacia el “no-derecho” puede estar justificada como reacción a la tendencia de reglamentarlo todo. La oposición entre el ámbito de lo jurídico y la esfera de lo no jurídico era bien conocida por la antigua doctrina, que individualizaba lo “indiferente jurídico” o “espacio jurídico vacío”. La amistad, el noviazgo, la gratitud, la confianza, la mera promesa, la declaración sobre la conducta futura, citadas como ejemplo, no son del todo extraños al Derecho (3). Es también una realidad social que las normas jurídicas impregnan la convivencia de los hombres modernos, sea de modo consciente o inconsciente. El ámbito de lo lícito, en el que se respeta el libre actuar de las personas, está protegido y delimitado por las normas jurídicas. Los principios generales del Derecho matizan el vivir social de modo positivo o negativo, con más o menos intensidad. Las costum-

(3) Pueden recordarse, por ejemplo, la tacha de testigos, las causas de revocación de donaciones, la influencia de la buena y la mala fe, los vicios de la voluntad, la obligación moral, las eximentes, atenuantes y agravantes de los delitos.

bres o las leyes que se respetan espontáneamente, de las que se olvida su origen o reconocimiento estatal, regulan los más de los tratos y el tráfico normal y corriente. De modo que sería un error sociológico, de signo contrario al "panjurismo" criticado por Carbonnier, el desconocer la influencia general y discreta de lo jurídico en todo el vivir social (4). Del mismo modo que lo sería desconocer "el rechazo" social frente a las disposiciones estatales desfavoradas o contrarias al sentir popular.

Carbonnier ha censurado no sólo al legislador, sino también al gremio de juristas, por su prurito de ampliar siempre más el ámbito de lo regulado jurídicamente. Me parece justa la censura, aunque incompleta. Es verdad que los juristas son cómplices del legislador en la confección de leyes innecesarias; a ellos se debe también que las Compilaciones del Derecho foral no sean el soñado vehículo para la afirmación y restauración de normas consuetudinarias y tradicionales, sino que, por el contrario, hayan sido ocasión de un "Juristenrecht" supertécnico y alejado del sentir del pueblo. He dicho también que la censura es incompleta; la merecen, en igual o mayor medida que los juristas, los burócratas de todo origen que vienen llenando las páginas del "Boletín Oficial del Estado" con una masa inmensa de disposiciones, tantas de las cuales merecen o han merecido ser recogidas por "La Codorniz".

La lectura de "Derecho flexible" me ha sido una tentación difícil de resistir, para comentarla o para a su hilo hacer disgresiones; pero creo que con lo ya dicho basta y sobra por ahora. Pienso que debo todavía señalar especialmente a la atención del lector los estudios dedicados a "La familia", "La propiedad" y "El contrato", reunidos bajo el título de "Los tres pilares del Derecho". Esta tercera parte, como todo el libro, está ilustrada por citas poco frecuentes en libros de Derecho o de Sociología; las que van de Balzac a Gide, de Marcuse a Marañón; con referencia también a textos del Talmud y de teólogos protestantes (5).

(4) Lo que se manifiesta en los dichos "tengo derecho", "no hay Derecho". El tráfico en el mercado de verduras, citado como ejemplo, es cierto que no da lugar a pleitos que lleguen al Tribunal Supremo, pero también es cierto que la infracción de las reglas que lo regulan, legales, consuetudinarias (por ejemplo, preferencia en la cola) y reglamentarias, lleva a la intervención de la policía, a los juicios de faltas y a la reacción coactiva del público.

(5) Cita así a Lutero, Calvino y Sozzini como prueba de que la Reforma no fue una teología del enriquecimiento ilimitado (p. 232, n. 4). Pero TAWNEY—al que se refiere—destaca, por el contrario, la apasionada condena de Lutero del poder del dinero y del capitalista sin conciencia que explota al campesino y al artesano (*Religion and the Rise of Capitalism*, 1448, páginas 91, 99, 105). Respecto a Calvino, dicho autor expone su doctrina de la admisión de la usura (préstamo con interés) y define cuál sea su ideal de sociedad: una sociedad que "busca la riqueza con la sobria gravedad del hombre consciente a la vez del disciplinar su propio carácter con el paciente trabajo y de consagrarse ellos mismos a un servicio aceptable a Dios" (id., página 114). Tawney, siguiendo aquí a MAX WEBER (*Die protestantische Ethik*, Arch. Socialwiss. n. Socialpol., 1904, 1905), señala el nuevo clima social debido al calvinismo, que abandona el ideal de la pobreza y el estimar la riqueza como un peligro para el alma, en favor del elogio del trabajo personal producto de riqueza; lo que lleva a valorar la riqueza como muestra del favor divino.

Me parece de justicia, antes de terminar esta nota, dar las gracias por la traducción de "Derecho flexible". Luis Díez-Picazo, a quien tanto debe la ciencia del Derecho, en la investigación y en la docencia, por segunda vez traduce un libro extranjero de Derecho. Tarea, ésta, la de traducir, modesta, poco agradecida y en general incluso poco justificada; la que aquí se explica y tiene su buena razón en que el libro de Carbonnier, como "Topica y jurisprudencia", de Theodor Viehweg, los dos traducidos por Díez-Picazo, son obras excepcionales, cuyo conocimiento se facilita o se hace asequible a un mayor número de lectores; pues sea cual fuere el juicio que cada uno haga de sus tesis, tienen la rara virtud de espolpear a que nos interroguemos sobre problemas básicos del Derecho.

C. B.