

## LAS FUNCIONES DEL DERECHO

*Prof. Carlos José Gutiérrez*

SUMARIO: 1.—Conceptos previos; 2.—Funciones del derecho; 3.—Integración de aspiraciones sociales; 4.—Estructuración de la acción social; 5.—El control social; 6.—Solución de conflictos.

*A mis alumnos de Relaciones Internacionales*

En la tercera edición de *Lecciones de Filosofía del Derecho* incluí un capítulo XIX bajo el título de "La Relación entre Sociedad y Derecho". Es éste el campo al cual he dedicado en últimos años mi preocupación investigativa sobre lo jurídico. que la actividad realizada se encuentra en el límite entre la Filosofía del Derecho y la Sociología Jurídica, pero confieso que la delimitación estricta de ambas disciplinas es materia que me produce mayor preocupación. Si se busca obtener conocimiento sobre un objeto cultural, debe adoptarse el punto de vista que permita obtener un conocimiento lo más exacto y comprensivo que sea posible alcanzar. El que para ello se trate de reunir conocimientos, conceptos y métodos que pertenezcan a varias disciplinas, no es por tanto una falta de rigor metodológico sino un esfuerzo por aprovechar conocimientos interdisciplinarios que esperaba producir un enriquecimiento del saber sobre el objeto conocido.

En el capítulo mencionado hice un primer esfuerzo por concretar mis ideas sobre las funciones que cumple el derecho en sociedad. El objeto del presente artículo es darle un desarrollo más amplio a las ideas expresadas en aquel entonces.

#### 1. *Conceptos Previos:*

Hay dos conceptos esenciales para el desarrollo del tema: el concepto de *derecho* y el concepto de *función*.

Para mí, el derecho es un producto humano, que se expresa en una serie de estructuras y de normas. Las primeras sirven de apoyo a la realización de las segundas y éstas regulan la actividad social de los seres humanos y buscan realizar un grupo de valores. Esta definición es una de las tantas posibles dentro de la Filosofía del Derecho, por lo cual es importante ubicarla dentro de las principales corrientes. Al indicar que el derecho es un producto humano se aleja de las Escuelas de Derecho Natural que aceptan que además del derecho creado por los hombres existe un derecho ideal, perfecto, con una mayor o menor dosis de inmutabilidad. Al considerar como parte de lo jurídico a la

estructuras, se separa de una explicación puramente normativa, pero, al mantener dentro de ella a las normas, señala la condición irreductible de ellas como manifestación de lo jurídico. Finalmente, al puntualizar la vinculación con las instancias valiosas, busca eliminar los excesos cometidos por el formalismo jurídico, que, como reacción contra el iusnaturalismo, pretendió amputarle a la consideración del derecho uno de sus elementos esenciales. Podría resumirse la definición diciendo que al Derecho lo distinguen tres notas fundamentales: hecho, norma y valor, que al integrarse en el fenómeno jurídico, le dan a éste su complejidad y sus características básicas.<sup>1</sup>

Para entender el concepto de *función* se debe, en primer término, separarlo del de *fin*, y luego, del de *estructura*. La diferencia entre fin y función es, fundamentalmente, una de grado de generalidad y como toda diferencia relacional, es una diferencia del punto de vista asumida por el observador. El primero es el de mayor grado de generalidad. Para comprender su significado basta con recordar las palabras con que Aristóteles inicia su *Ética a Nicómaco*: "Todas las artes, todas las indagaciones metódicas del espíritu, lo mismo que todos nuestros actos y todas nuestras determinaciones morales, tienen al parecer siempre por mira algún bien que deseamos conseguir; y por esta razón, ha sido exactamente definido el bien, cuando se ha dicho que *es el objeto de todas nuestras aspiraciones*".<sup>2</sup> Basta con sustituir el concepto de *bien*, característico de la concepción ética de Aristóteles, por el de *fin* y la definición subrayada es perfectamente utilizable. Fin es el objeto de todas nuestras aspiraciones. La finalidad del derecho es la realización de valores tales como el orden, la seguridad, la paz, y por sobre todos ellos, la justicia.<sup>3</sup>

1 La posición referida corresponde a la teoría tri-dimensional del derecho. Sobre ella, veáanse RECASENS, Luis: *Tratado General de Filosofía del Derecho* (Porrúa, México, 1959); REALE, Miguel: *Filosofía do Direito* (Saravia, Sao Paulo, 1957); STONE, Julius: *Legal Systems and Lawyers Reasoning, Human Law and Human Justice*, y *Social Dimensions of Law and Justice* (Stanford Univ. Press, Standorf, 1968), y como una presentación elemental mis *Lecciones de Filosofía del Derecho* (Educa, San José, 1976).

2 *Moral a Nicómaco*. Libro I, Capítulo I. Trad. de Patricio Azcárate, Ateneo Buenos Aires. 1950.

3 *Lecciones*, p. 355-424.

Frente a esa generalidad del concepto de *fin*, el de *función* implica un menor grado de amplitud. La teoría funcionalista lo toma del terreno biológico, usando la analogía entre la sociedad humana y un organismo. Para la ciencia biológica, la función se entiende como la prestación continuada que un determinado organismo da a la conservación y al desarrollo, según el ritmo de nacimiento, crecimiento y muerte de un organismo considerado en su totalidad.<sup>4</sup> De manera específica para el campo jurídico, cuando se utiliza el concepto de función, como dice Recaséns, "no se trata de inquirir sobre los más altos valores que deben ser realizados por el Derecho. Se trata de otra cosa; se trata de averiguar cuales son los tipos generales de necesidades humanas sociales, que todo Derecho intenta satisfacer, por el mero hecho de su existencia real e independientemente de su mayor o menor justicia".<sup>5</sup> Puede concretarse el concepto de función, señalando que al hablar de ella se trata de obtener respuesta a la pregunta: ¿para qué sirve el derecho? Aceptada la existencia de éste, se pregunta sobre cuales son las necesidades humanas que está destinado a cumplir.

Necesariamente pues, el concepto de función implica una idea de dinamismo. Esto significa que se ve al derecho desde un punto de vista diferente de aquél con que se le observa cuando se le observa como un conjunto de estructuras y normas. Las estructuras son conceptos estáticos, "conjuntos de modos referenciales de unidades relativamente estables".<sup>6</sup> En cambio, cuando se habla de funciones, se ven esas estructuras y normas en movimiento en el proceso de su aplicación, en la forma en que determinan, orientan, canalizan la conducta de los seres humanos.

## 2. Las Funciones del Derecho:

El propósito del presente estudio es responder a una de las preguntas más importantes que pueden hacerse sobre lo jurídico

4 BOBBIO, Norberto: "L'Analisi Funzionale del Distrito", reproducción de su libro *Intorno all'Analisi funzionale del Diritto*, hecha en RESTA, Eligio, editor: *Diritto e Trasformazioni Sociali* (Laterza, Roma, 1978) p. 177.

5 "Las Funciones del Derecho" en *Anuario de Filosofía del Derecho* Comunicaciones al IV Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. (Madrid, 1974) Tomo XVII, 1973. 1974, p. 114.

6 PARSONS, Talcott: *The Present Position and Prospects of Systematic Theories in Sociology*, citado por DAHRENDORF, Ralf: *Sociedad y Libertad*, (Tecnológico Buenos Aires, 1966) p. 72.

Para qué sirve el derecho?, o, lo que es lo mismo: ¿Cuáles son las funciones que desempeña el derecho?

Es necesario advertir, en primer término, que el número de funciones que desempeña el derecho varía según los autores. En nuestro país, por ejemplo, Jorge Romero habla de once funciones: solución de conflictos, integración de la sociedad, mantenimiento del orden, facilitación de la acción cooperativa, fijación de expectativas legítimas, conferimiento de legitimidad, fortalecimiento del proceso de socialización, legitimación de la autoridad establecida, uniformización de conductas, institucionalización del cambio social, modulación de los usos sociales y las costumbres.<sup>7</sup> James Davis incluye entre las funciones del derecho, "una función incidental de recreación", para referirse a la inevitable atracción que ejerce sobre las multitudes el trámite de algunos procesos importantes, lo que hace del juicio oral una figura de extraordinario interés para los dramaturgos.<sup>8</sup>

Por otra parte, cabe hacer con Julien Freund una distinción básica entre funciones *polemógenas e irenológicas*. Certeramente apunta este autor francés que las normas de derecho pueden producir conflictos o crear la paz y que todas las funciones del derecho deben iluminarse con ese criterio. Se dan funciones polemógenas cuando se produce cualquier "factor que pueda suscitar o favorecer un conflicto o contribuir a su advenimiento o, más aún, servir de motivo para antagonismos" y considera que las segundas son "aquéllas que facilitan la concordia entre los hombres, tanto en el interior de una unidad política como entre los Estados independientes".<sup>9</sup>

Cuando se habla del derecho las funciones polemógenas pueden llamarse más bien *disfunciones*, puesto que se dan cuando ocurren situaciones de desfase, donde, por no corresponder las

7 "Algunas Anotaciones sobre la Sociología del Derecho", en *Revista de Ciencias Jurídicas*. N° 26, mayo-agosto 1975 (Universidad de Costa Rica, C. U. Rodrigo Facio, 1975) p. 279-288.

8 "El Derecho en Acción", en DAVIS, James; FOSTER, Henry; JEFFERY, Ray; DAVIS, Eugene: *Society and the Law* (Free Press of Glencoe New York, 1962) p. 70.

9 "La Droit comme motif et solution de conflits". Comunicación al IV Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Publicado en *Archiv für und Sozial Philosophie*, (Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1974).

normas jurídicas a la realidad social que pretenden regir, producen efectos distintos de los buscados.<sup>10</sup> Representan el divorcio de la relación entre la sociedad y derecho e indican la necesidad de sustituir las normas, las estructuras o el sistema. Sin ignorarlas sin olvidar que el derecho puede servir para lograr propósitos distintos de los buscados, creo que el estudio de las funciones del derecho debe concentrarse en aquéllas que realiza con un carácter constructivo, sea en las que Freund llama funciones irenológicas. Desde luego, éste es un juicio estimativo pero tales juicios forman elementos esenciales de la naturaleza de lo jurídico.

Cabe finalmente, como en forma muy pertinente, lo ha dicho Norberto Bobbio, que cada una de las funciones puede ser analizada desde el punto de vista de la sociedad y desde el punto de vista del individuo, que constituyen los polos extremos de toda teoría social.<sup>11</sup>

Dentro de esos condicionamientos, creo que hay cuatro funciones básicas que sirve el derecho: a) Integración de aspiraciones sociales; b) Estructuración de la acción social; c) Control Social y ch) Solución de Conflictos.

### 3. Integración de aspiraciones sociales:

Las conductas que las normas jurídicas señalan como obligatorias no tienen ese carácter de una manera necesaria sino que son una forma de comportamiento entre varias posibles. La elección de cuales conductas adquieren la compulsión jurídica no es arbitraria sino el resultado de un proceso de valoración efectuado por los creadores de las normas. Este proceso puede estar referido a valores de un orden general —como la justicia, el orden, la seguridad y la paz— que ya han sido mencionados con las finalidades de lo jurídico, o dirigirse en una forma más concreta, a aspiraciones e interpretaciones específicas de cual sea la mejor manera de aplicar dichos valores a diversas situaciones, sino a servir de expresiones de una ideología. Es esta una primera

10 Para un ejemplo de esa situación véase "Una situación de Desfase", capítulo VI de mi libro *El funcionamiento del Sistema Jurídico* (Juricentro, San José, 1979). Se sostiene en dicho estudio que eso es lo que ocurre con las normas del Código de Trabajo que regulan los conflictos colectivos de trabajo.

11 DOBBIO, N., op. cit., p. 178.

función que cumple el derecho: servir de medio de expresión a las aspiraciones o intereses de la sociedad para la cual rige, sea ésta un estado en particular o la comunidad internacional.

En algunas normas jurídicas, como en las normas programáticas tan frecuentes en las Constituciones Políticas de los países latinoamericanos, la finalidad ideológica es evidente. V. g.: el artículo 50 de la Constitución Política que señala: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza". Igual puede decirse de algunas normas de Derecho Internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando en su inicio proclama "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción".<sup>12</sup> Véase que de dichos postulados, el costarricense está dirigido al Estado, sea a la comunidad, mientras que en el internacional, si bien se refiere a una aspiración social, ésta es el reconocimiento de derechos individuales, por lo cual los puntos de vista colectivo e individual aparecen mezclados.

Pero, desde luego, no en todas las normas de un sistema se pone en tan clara evidencia el sustrato ideológico que la anima, aun cuando no puede negarse que éste existe. Si se toma por ejemplo, el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles, aparecerá bien claro que éste se limita a señalar los requisitos para el establecimiento de acciones civiles ante los tribunales de justicia. Por tratarse de una regla técnica, lo más que puede decirse es que representa parte de un esfuerzo por establecer reglas fijas para los procesos civiles y permitir el buen funcionamiento de los tribunales. Reglas de este tipo son las que permiten a cier-

12 La Declaración fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, en noviembre de 1948. He utilizado el texto que aparece en ASOCIACION COSTARRICENSE DE NACIONES UNIDAS: *La Declaración Universal de Derechos Humanos* (Juricentro, San José, 1979) p. 211.

tos abogados sostener que su labor es puramente técnica y no tiene ninguna implicación política. El elemento ideológico se pone en evidencia sólo, en la medida en que se examinan no las normas aisladas sino el contexto completo del sistema jurídico. En dichos casos aparecerá en plena evidencia. Cabría señalar igualmente que el predominio ideológico en las normas y acciones estatales se ve más claramente en los gobiernos revolucionarios, aquéllos que pretenden sustituir una ideología dominante por otra. La aspiración de ordenar todo el sistema jurídico dentro del sistema liberalista, se veía más claramente en los siglos XVII y XVIII cuando el liberalismo era una ideología revolucionaria<sup>13</sup>, que en el siglo XX, después de que un predominio secular ha convertido algunos de sus rasgos ideológicos en características universalmente aceptadas.

No es pues de extrañar que sean aquéllos que más denodadamente combaten contra el sistema, quienes acentúen la función ideológica del derecho. Marx y Engels, en el Manifiesto Comunista se refieren directamente a ella, en los siguientes términos: "las leyes, la moral, la religión, son para él (el proletariado) meros prejuicios burgueses, detrás de los cuales se ocultan otros tantos intereses de la burguesía".<sup>14</sup> Con fundamento en Marx, Lenín, Imre Szabó dice que "las relaciones de derecho son relaciones sociales ideológicas".<sup>15</sup>

Por otra parte las consecuencias que puedan derivarse de un determinado elemento ideológico pueden diferir entre distintas sociedades, como ha puesto en evidencia Rogelio Pérez Perdomo al examinar las consecuencias de la ideología liberal al ser aplicadas a la Venezuela del siglo XIX.<sup>16</sup>

Son expresiones de esta función ideológica, el valor que se añalan dentro del derecho a "los intereses", autores como Ihering,<sup>17</sup>

13 TIGAR, Michael, y LEVY, Madelaine: *El Derecho y el Ascenso del Capitalismo* (Siglo XXI, México, 1978).

14 *Manifiesto del Partido Comunista*. Se ha utilizado una versión publicada por Editores Mexicanos Unidos, México, 1978.

15 *Les Fondements de la Theorie du Droit* (Akademiai Kiado, Budapest, 1973) p. 24.

16 *El Formalismo Jurídico y sus Funciones Sociales en el Siglo XIX Venezolano* (Monte Avila, Caracas, 1978). Igualmente *El Funcionamiento*, op. cit., p. 58-60.

17 IHERING, Rodolfo: *La Lucha por el Derecho* (Perrot, Buenos Aires, 1958).

Heck,<sup>18</sup> y Pound.<sup>19</sup> Igualmente corresponde dentro de esa función, el carácter de expresión de símbolos que Cassirer le asigna a todos los fenómenos culturales, que ve en ese carácter simbólico un punto de unidad de la especie humana.<sup>20</sup> Aun cuando Cassirer no se refiriere concretamente al derecho sino a otras manifestaciones culturales, como la ciencia, el arte, la historia y el lenguaje, sus lineamientos básicos reflejan la expresión de aspiraciones que se le ha señalado al derecho. En ambos casos, ya se hable de intereses o de símbolos, la connotación ideológica es la misma. Se tiene interés o se erige en símbolo aquellas aspiraciones que lucen especialmente atractivas y cuya realización se estima necesaria.

Es necesario aceptar, por otra parte, dado que la sociedad global no es más que una abstracción, que los intereses y aspiraciones de los distintos grupos o clases que la forman, pueden y están en muchas oportunidades, contrapuestos. Ello hace que la integración que puede darse entre los intereses distintos de los componentes de la sociedad sea un equilibrio precario.<sup>21</sup> Al derecho corresponde, según Bredemeier, la función de servir de "mecanismo integrativo", encargado de articular los fines promovidos por el sistema político, la división de trabajo originada en el sistema económico, y los patrones de conducta que son resultado de la organización social.<sup>22</sup> Esa función integrativa, ese ajuste de intereses contrapuestos, es sin duda alguna el efecto práctico de la función ideológica desempeñada por el derecho.

Cae esta función del derecho dentro del mantenimiento de la integridad e institucionalización del sistema de valores sociales, que Talcott Parsons coloca como primer función del sistema so-

18 HECK, Phillip: *La Jurisprudencia de Intereses*.

19 Los intereses, que divide en individuales, públicos y sociales, constituyen un elemento esencial en la consideración filosófica sobre el derecho que hace Roscoe Pound. Como ejemplo véase *An Introduction to the Philosophy of Law* (Yale Univ Press, New Haven, 1965, p. 42-71).

20 CASSIER, Ernst: *An essay on man* (Yale Univ. Press, New Haven, 1972).

21 Sobre el concepto de "sociedad integrada", véase GERMANI, Gino: *Sociología de la Modernización* (Paidós, Buenos Aires, 1971) p. 60. Sobre una crítica de dicho concepto DAHRENDORF, Ralf: *Sociedad y Libertad* (Technos, Buenos Aires, 1966) p. 108-123.

22 "Law as an Integrative Mechanism" en AUBERT, Vilhelm, editor: *Sociology of Law* (Penguin Books, Baltimore, 1969) p. 52-67.

cial.<sup>23</sup> De acuerdo con dicho autor el proceso de mantenimiento significa la estabilización contra las presiones que surgen tanto de las fuentes culturales de cambio como de las tensiones que surgen en el sistema mismo. El mantenimiento de modelos más o menos establece frente a dichas fuentes de cambio permiten la perdurabilidad del sistema social. Parte de esa tarea se expresa a través del balance que establece el derecho entre las distintas aspiraciones.

La importancia de dicha función puede apreciarse en los casos en que ella no opera positivamente. En la medida en que el sistema jurídico exprese sólo los intereses de un grupo dominante, con abandono y desmedro de los otros componentes de la sociedad, será muy difícil que logre estabilidad. El divorcio entre gobernantes y gobernados sobre las aspiraciones que deben realizarse por medio del sistema jurídico tendrá como resultado el cuestionamiento, crítica y combate en contra de las instituciones en forma que haga posible su destrucción o reforma.

#### 4. Estructuración de la Acción Social:

Definidas, expresadas, balanceadas y articuladas las aspiraciones sociales, el derecho sirve para que la acción social destinada a realizarlas, se lleve a cabo en una forma racional y efectiva. Para ese efecto establece órganos y competencias, señala ámbitos de poder, determina procedimientos y formas de elección, legitima a los titulares del poder público para hacer más fácil que los gobernados les presten obediencia, y presenta modelos o paradigmas de comportamiento. La acción social en una sociedad que careciera de organización, si ella fuera posible, sería difusa, contradictoria, vacilante. Gracias al derecho, adquiere "una limitación o cauce para su desarrollo", como dice Gierke.<sup>24</sup> De ahí que el derecho tenga una función creadora de poder, según señala Herman Heller;<sup>25</sup> convierte una situación transitoria de mando en un

23 PARSONS, Talcott y SMEISER, Neil: *Economy and Society* (Free Press, New York, 1965) p. 16-17.

24 Sobre Gierke, véase LISSARRAGUE, Salvador: *Introducción a los Temas Centrales de la Filosofía del Derecho* (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948) p. 79.

25 HELLER, Herman: *Teoría del Estado* (Fondo de Cultura Económica, México, 1955) p. 199-234.

status político relativamente permanente, al otorgarle una base más firme para la aceptación por los ciudadanos.

Max Weber es quien mejor ha descrito esa función del derecho. Dice en forma muy clara: "Todas las esferas de la acción comunitaria están sin excepción profundamente influidas por las formas de dominación. Esta y la forma en que se ejerce es, en muchísimos casos, lo único que permite convertir una acción comunitaria amorfa en una asociación racional. En otros casos, la estructura de dominación y su desenvolvimiento es lo que constituye la acción comunitaria y la que determina unívocamente su dirección hacia un fin".<sup>26</sup> Para Weber existen tres tipos básicos de dominación: *tradicional*, que es la que se funda "en el sentido de ordenación y poderes heredados de tiempos lejanos";<sup>27</sup> *carismática*, que existe cuando se funda en la cualidad "de una personalidad, por cuya virtud se la considera en posesión de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas, o como enviado del dios, o como ejemplar, y, en consecuencia, como jefe, caudillo o líder".<sup>28</sup> Si bien ambas formas de dominación pueden servir de fundamento a un régimen jurídico, en forma separada, coloca Weber la *dominación legal*, que se fundamenta "en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y en los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad".<sup>29</sup> Lo esencial de este tipo de dominación es que "se obedece no a la persona en virtud de su derecho propio sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quien y en que medida se deba obedecer".<sup>30</sup> Las ventajas de este último tipo de dominación —la existencia de una burocracia profesional, disciplinada, cuyas actuaciones son regulares y, por ende, previsibles— sobre otro tipo de organización, ponen bien a las claras, la función que cumple el derecho de despersonalizar las relaciones de dominación y hacer posibles, por su generalidad, mayores garantías de que la acción social se realice de una manera mucho más eficiente y racional.

26 *Economía y Sociedad* (Fondo de Cultura Económica, México, 1969), tomo II, p. 695.

27 *Ibid*, tomo I, p. 180

28 *Ibid*, tomo I, p. 193.

29 *Ibid*, tomo I, p. 172.

30 *Ibid*, tomo II, p. 707.

Al Derecho Constitucional y al Administrativo es a la que corresponde darle organización jurídica a la sociedad global transformándola en Estado. Correctamente ha podido decir Lawrence Friedmann, que una constitución es "un plan de distribución del poder y la riqueza de una sociedad".<sup>31</sup> Igualmente esas ramas del Derecho, se ocupan del individuo al reconocer una serie de derechos individuales y sociales, que constituyen limitaciones a la acción de los poderes cuya estructuración determinan.<sup>32</sup> Pero, no le corresponde a esas ramas jurídicas la exclusividad de esa función. De acuerdo con Miguel Reale, es posible considerar casi toda la Ciencia Jurídica como un sistema de modelos, de estructuras diseñadas para hacer efectivos determinados comportamientos. Dichos modelos, los define ese autor como "estructuras volitivas, de sentido normativo, de los hechos sociales".<sup>33</sup> Su construcción se lleva a cabo mediante un análisis objetivo de los hechos sociales, con base en los cuales proclama "un paradigma de comportamientos normalmente previsible sancionando su ignorancia, su incumplimiento".<sup>34</sup> Boris Kozmichy ha hecho recientemente un análisis de varios de los paradigmas o modelos del derecho privado, tanto dentro del sistema continental europeo y latinoamericano, como en el derecho común norteamericano, demostrando con esos modelos de comportamiento individual, el papel de esta función dentro del derecho privado.<sup>35</sup>

En el Derecho Internacional Público, las normas destinadas a la creación de organizaciones —como la Carta de la Organización de Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos— son típicas formas de estructuración de la acción social. Igual carácter tienen las normas que pretenden estructurar o dirigir por canales pre-establecidos la actividad de los estados, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

31 *A History of American Law* (Simon and Schuster, New York, 1971) p. 197.

32 BURGOA, Ignacio: *Las Garantías Individuales* (Porrúa, México, 1977) p. 197.

33 *O Direito como Experiencia* (Edicao Saraiva, Sao Paulo, 1968) p. 163.

34 *Ibid*, p. 165.

35 "Fairness in Anglo and Latin American Commercial Adjudication", *Boston College International and Comparative Law Review*, volume 2, Nº 2, pp. 21-267. "The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law". *Louisiana Law Review*, Volume 40, Falla 1979, número 1, p. 3-47.

Cabe igualmente englobar dentro de esta función, la teoría de la institución. De innegable fundamento sociológico, esa teoría adquiere su relevancia jurídica en la obra de los institucionalistas franceses, como Maurice Hauriou y Georges Renard<sup>36</sup>, e italianos como Santi Romano. De acuerdo con éste último, "entendemos por institución todo ente o cuerpo social", pero, al mismo tiempo, "la institución es un ordenamiento jurídico, más o menos completa. Los caracteres esenciales del derecho... coinciden con los de la institución. No hay duda de que ésta es un ordenamiento... Que el ordenamiento sea siempre y con carácter necesario un ordenamiento jurídico, resulta evidente si se toma en cuenta que el fin característico del derecho es precisamente el de la organización social".<sup>37</sup>

Por otra parte, la relación entre el derecho y el desarrollo es también un reconocimiento de esta función del derecho. Si se le ve en algunos casos como una función obstaculizadora del desarrollo, como lo hace Eduardo Movoá<sup>38</sup>, es porque se pone el acento en las posibilidades de que no funcione correctamente. Pero es más frecuente que se apunte la condición del derecho de servir como "ingeniería social", para utilizar la expresión de Roscoe Pound,<sup>39</sup> y desde un punto de vista positivo, tal y como lo hacen Manfred Rehbinder y Boris Kozolchyk.<sup>40</sup> Puede igualmente estudiarse el efecto que tiene el derecho sobre la sociedad o el que produce el cambio social sobre el derecho.<sup>41</sup> Pero, en

36 RESANCES, Luis: *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX* (Porruá, México, 1963) p. 121-130.

37 ROMANO, Santi: *El Ordenamiento Jurídico* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963) p. 121-131.

38 *El Derecho como obstáculo al Cambio Social* (Siglo XXI, México, 1975).

39 "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence". 25 *Harvard Law Review* p. 489 (1912). *An Introduction...*, op. cit., p. 47.

40 REHBINDER, Manfred: "La Funzioni Sociali del Diritto", en RESTA, Eligio, ed: *Diritto...* op. cit., p. 163-175. KOZOLCHYK, Boris: En busca de una Teoría del Derecho en el Desarrollo Económico: el Proyecto de Reforma Jurídica USAID-ROCAP". *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 19, Junio 1972. p. 5-122.

41 MERRYMAN, John Henry; CLARK, David; FRIEDMAN, Lawrence: *Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin American* (Stanford Studies in Law and Development, Stanford, 1979). TOHARIA, José Juan: *Cambio Social y Vida Jurídica en España* (Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974). GUTIERREZ, C. J.: *El Funcionamiento...*, op. cit.

todo caso al examinar esta relación se tiene como presupuesto necesario, el que el derecho cumple una función de estructurar la acción social.

Desde luego, esa estructuración se realiza con el propósito de cumplir las aspiraciones de los distintos grupos que integran la sociedad o, en forma específica, de aquellos que ejercen el poder. Se hace por algo y para algo; cual sea la finalidad buscada determinará la preferencia por ciertas formas de organización y el abandono de otras. Como ejemplo de esa relación, puede citarse el comentario de Jurgen Habermas a la teoría de la legitimidad de Max Weber, para señalar el fundamento ideológico que tiene ésta.<sup>42</sup>

### 5. El Control Social:

No basta con estructurar la acción social. Es necesario además asegurar su cumplimiento por las personas encargadas de realizarla. Para ello, el derecho declara legítimas, jurídicamente respetables, las conductas que busca hacer efectivas y define comportamientos opuestos como desviantes y merecedoras de castigo. Sirve entonces como medio de control social, tarea ésta que puede definirse como "cualquier forma en la cual la sociedad humana ejerce una influencia modificadora sobre ella misma o sobre una parte de ella".<sup>43</sup>

No es pues de extrañar que haya una extensa lista de autores que en una forma más o menos precisa se hayan ocupado de esta función. Entre los iusnaturalistas de la Escuela Clásica es Thomas Hobbes, quien le pone énfasis al carácter obligatorio y forzoso de la juridicidad.<sup>44</sup> Si bien Emanuel Kant, considera que la definición del derecho debe hacerse a partir de la libertad,

42 *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. (Amorrortu editores, Buenos Aires, 1975).

43 CAIRNS, H: *Legal Systems*, Citado por STONE, Julius: *Social Dimensions of Law and Justice* (Maitland Publications, Sidney, 1966) p. 743.

44 "El derecho en general no es un consejo sino un mandato, no un mandato dirigido a cualquier hombre a cualquier hombre, sino sólo de aquél cuyo mandato es dirigido a alguien que previamente se ha obligado a obedecerle. Y con referencia al derecho civil, sólo hay que agregar el nombre de la persona que ha el mandato, que es la *persona civitatis*, la persona de la Comunidad". HOBBS Thomas: *Leviathan*, parte II, capítulo XXVI, "Del Derecho Civil.



conoce sin embargo, la importancia de las obligaciones jurídicas.<sup>45</sup> La obligatoriedad es la base de la definición de John Austin,<sup>46</sup> y adquiere importancia en el siglo XX, gracias a la obra de Hans Kelsen<sup>47</sup> y Max Weber.<sup>48</sup> No es pues de extrañar que Roscoe Pound, la convierta en el eje de su explicación de las funciones del derecho.<sup>49</sup> De la tesis de Pound se deriva el enfoque que, desde una base puramente sociológica, da Talcott Parsons del derecho.<sup>50</sup>

Hay que apuntar que el derecho no constituye la única forma de ejercicio del control social. La presión externa fue señalada

45 "La ley jurídica general: obra externamente de tal modo que el libre ejercicio de su arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley general es, pues, una ley que me impone una vinculatoriedad... la coacción es conforme al Derecho. Por tanto, de acuerdo con el principio de contradicción, el Derecho se halla unido en sí la facultad de ejercer coacción sobre aquél que la viola". KANT, Emmanuel: *Introducción a la Metafísica de las Costumbres*. He utilizado la traducción de Felipe González Vicén publicada bajo el título: *Introducción a la Teoría del Derecho* (Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1954).

46 "Una ley es un mandato que obliga a una persona o personas". *The Province of Jurisprudence determined* (Humanities Press, New York, 1965), p. 24.

47 "Es función de todo orden social, de toda sociedad —ya que la sociedad no es sino un orden social— provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos... Un orden social que trata de provocar la conducta deseada, mediante el establecimiento de esas medidas de coacción recibe el nombre de orden coactivo... el derecho es un orden coactivo... la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario". *Teoría General del Derecho y del Estado* (Imprenta Universitaria, México, 1949). Trad. Eduardo García Máynez, p. 15-20.

48 "Un orden debe llamarse: a) ... b) Derecho: cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión". *Economía y Sociedad*, op. cit., tomo I, p. 27.

49 "Me satisface pensar en el derecho como una institución social destinada a satisfacer necesidades sociales... Para los propósitos presentes, me parece ver en la historia del derecho, el registro de un reconocimiento cada vez más amplio y satisfactorio de las necesidades, demandas o deseos, a través del control social; un más comprensivo y más eficiente aseguramiento de los intereses sociales... *Introduction...*, pp. cit., p. 47.

50 "El derecho debe ser tratado como un mecanismo generalizado de control social que opera potencialmente en todos los sectores sociales". "The Law and Social Control". He utilizado la traducción al italiano que aparece en RESTA, Eligio: *Diritto...* op. cit. pl. 136.

por Durkheim como característica básica del hecho social.<sup>51</sup> Ortega y Gasset vio igualmente, con claridad esa característica.<sup>52</sup> Pero, lo que distingue el derecho de las otras formas de control social, es tener mayores y mejores mecanismos para la prevención y castigo de la conducta desviante. Se da una definición precisa de cual es la conducta que se debe cumplir, lo que se hace muy frecuentemente en una norma escrita. Al mismo tiempo, se estipulan sanciones, las medidas que se tomarán en caso de que los sujetos se comporten en una forma diferente de la prescrita. Se logra así una mayor certeza sobre la imperatividad del cumplimiento y se conduce a las personas a la realización de los fines sociales, mediante el respeto a la ley.

El control social jurídico encuentra su máxima expresión en el Derecho Penal. La actividad ejercida por las autoridades para prevenir y castigar el delito, el catálogo de tipos y las diversas penas que se establecen en contra de ellos, la existencia de cárceles y policías, de medios de investigación y de sistemas de seguridad, reforma y castigo, representan la forma extrema que utiliza la sociedad para impedir que se produzcan las conductas desviantes que se consideran más peligrosas para la convivencia social.

Los deberes garantizados por sanciones existen no sólo en el derecho penal sino en todas las ramas del derecho. Hay, sin embargo, una excepción muy importante que se da en el Derecho Internacional, donde las normas que establecen deberes de los estados carecen de sanción. El problema que ello presenta a los autores que definen el derecho por su categoría de coercitividad, se agudiza de manera especial en el caso de Hans Kelsen, quien, a su condición de gran teórico del derecho, une brillantes méritos

51 "Un hecho social se reconoce por el poder de coacción externa que ejerce o es susceptible de ejercer sobre los individuos; y la presencia de ese poder se reconoce a su vez, sea en la existencia de una sanción determinada, sea en la resistencia que el hecho opone a toda empresa individual que tienda a hacerle violencia". *La Sociología y las Reglas del Método Sociológico* (Editorial Cultura, Santiago de Chile, 1937). p. 43.

52 "El uso, pues se me parece como la amenaza presente en mi espíritu de una eventual violencia, coacción o sanción que los demás van a ejecutar contra mí... He aquí pues otro atributo del hecho social: la violencia o amenaza de violencia, que no procede de un ningún sujeto determinado, que, an es bien, todo sujeto determinado encuentra ante sí, bajo el aspecto de violencia, actual o presumible, de los demás hacia él". *El Hombre y la Gente*. (Revista de Occidente, Madrid, 1957) p. 235.

de internacionalista.<sup>53</sup> En forma independiente de la discusión teórica sobre la juridicidad o efectividad del derecho internacional, cabe reconocer que el control social que la comunidad internacional puede realizar la conducta de los estados es mucho menor que el que puede lograr un orden jurídico nacional respecto a los sujetos jurídicos que le están obligados. En el primero, dada la condición de soberanos que ostentan los estados, apenas si es posible hablar de *un orden jurídico de coordinación*, mientras que en el segundo se está ante *un orden jurídico de imposición*. El grado de control social que puede lograrse en el primero es obviamente inferior al que se da en el segundo.

Para diferenciar el control social que ejerce del derecho del que cumplen otros órdenes sociales, puede usarse la distinción que hace Ortega y Gasset, entre usos "débiles y difusos" y usos "fuertes y rígidos". "Ejemplos de los "usos débiles y difusos" son los que vagamente se han llamado siempre 'usos y costumbres'... Ejemplos de los 'usos fuertes y rígidos' son —aparte de los usos económicos— el derecho y el Estado, dentro del cual aparece esa cosa terrible, pero inexorable e inexcusable, que es la política".<sup>54</sup> En un sentido coincidente, Julius Stone habla de que los controles sociales pueden ser clasificados en: (1) directos o indirectos; (2) conscientes e inconscientes en el lado de los controlados; 3) personales o impersonales del lado de los que ejercen los controles. Controles directos son los basados en la influencia personal, ejercida en relaciones cara a cara, y en los cuales las personas sujetas a control adquieren conciencia de dicha influencia. En cambio, los controles indirectos son aquellos en que la conducta es influenciada mediante el control del entorno natural, social o cultural de las personas. Los controles directos son usualmente personales respecto a quienes los ejercen y conscientes respecto a las personas sujetas a ellos. Los controles indirectos pueden ser personales o impersonales de parte de quienes los ejercen, pero lo más corriente es que las personas sujetas a control no adquieran clara conciencia de su ejercicio. El derecho penal tradicional y su administración son los ejemplos más típicos del control directo, consciente y personal. En cambio, el control del gasto privado en tiempo de gue-

<sup>53</sup> Para una ilustrativa discusión de ese problema por Kelsen, veáse su *Teoría General...*, op. cit., p. 341-410.

<sup>54</sup> *El hombre y la Gente*, op. cit., p. 253.

rra, mediante la venta de bonos patrióticos, en lugar de impuesto al gasto suntuario, es un control de tipo indirecto. Los controles directos funcionan más eficientemente en los grupos pequeños, como la familia, el vecindario, los clubes sociales, los partidos políticos y las asociaciones profesionales. En cambio, los controles indirectos se ejercen sobre la sociedad global, mediante la acción de los medios de comunicación colectiva.<sup>55</sup>

La integración de las aspiraciones sociales y el control social presentan claras y al mismo tiempo, problemáticas relaciones. No hay duda que se declaran desviantes aquellas conductas que contradicen la ideología predominante, que atentan contra el grado de integración de aspiraciones que se ha logrado en una determinada sociedad. El crítico, el disidente, el herético no sólo son objeto de repulsa y aislamiento por la sociedad; en algún momento se les hará objeto de una sanción jurídica. Sin embargo, cuando sea ese momento, estará determinado por el grado de apertura de cada sociedad. Una organización totalitaria considerará jurídicamente lesivo toda expresión que se separe de la línea ideológica oficial. Una sociedad libre tendrá como aceptable y vigorizado el pluralismo ideológico y no reprimirá ninguna expresión de pensamiento, reservando la sanción jurídica para aquellas acciones, no manifestaciones de ideas, que tiendan a desconocer las autoridades constituidas.

Por otra parte, un fenómeno característico de nuestra época —el crecimiento del papel del derecho en la formación del Estado moderno— puede ser explicado como la conjunción de tres funciones: un elemento ideológico, las aspiraciones sociales y en especial de los grupos económicamente débiles de que el Estado solucione sus problemas; un propósito de estructurar la acción social de una manera más efectiva para un aprovechamiento mejor de los recursos, y, finalmente, la dotación de dichos propósitos de la mejor garantía existente en la sociedad para efectividad, el control social jurídico.

En la misma línea de pensamiento, la planificación en mandatos del Estado, tanto en su aspecto imperativo como en los puramente indicativos, puede verse tanto como una estructuración de la acción social como un medio de control social. Planificar es

<sup>55</sup> STONE, J.: *Social Dimensions...*, op. cit., p. 750-787.

señalar metas y caminos para alcanzarlas. Pero, es también impedir las conductas desviantes e influenciar el comportamiento de los miembros de esa sociedad. Los grados o tipos de planificación corresponden al tipo de organización de la sociedad pero todos ellos están dirigidos a lograr comportamiento humano. Sus aspectos jurídicos requieren la combinación de las dos funciones mencionadas.<sup>56</sup>

#### 6. Solución de conflictos:

La cuarta de las funciones positivas del derecho es la de servir de medio de solución de conflictos. Es esta la función que ha merecido mayor atención de quienes han reflexionado sobre lo jurídico. Las menciones al derecho que aparecen en el inicio de la Grecia clásica es de ella de quien hablan: en la descripción del escudo que para Aquiles forja Hefestos, a solicitud de Tetis; Homero en la *Iliada* quiso pintar los aspectos más importantes de la vida griega; describe un matrimonio, una cosecha, una batalla entre dos ciudades rivales, e incluye, en forma destacada, una controversia judicial.<sup>57</sup> Por otra parte, Hesíodo, el segundo de los grandes poetas griegos, dedica un largo poema, "Los Trabajos y los Días", a expresar las consecuencias sufridas por la pérdida de un juicio contra su hermano, pérdida que atribuye a mal comportamiento de los jueces.<sup>58</sup> Cabe recordar igualmente que Aristóteles

56 MYRDAL, Gunther: *El Estado del Futuro* (Fondo de Cultura Económica, México, 1961).

57 *Iliada*, Canto XVIII: Los hombres de esta ciudad se hallaban congregados en el foro, ya que se había suscitado una disputa entre dos varones sobre la cuantía que era preciso abonar por un homicidio; uno declaraba ante el pueblo que ya lo había satisfecho, y el otro negaba que la hubiese recibido. Los dos querían concluir el pleito presentando testigos, con lo que el pueblo estaba dividido en dos bandos, que aplaudían sucesivamente a cada uno de los litigantes. Aquietaban los heraldos a la multitud, y los ancianos, sentados sobre pulimentadas piedras en sagrado círculo, tenían en sus manos los cetros de los heraldos de potente voz y se levantaban uno detrás de otro para declarar el juicio que habían hecho. En suma, los talentos de oro que había que dar a quien mejor mostrase la verdad y la justicia, estaban en el centro".

58 "Preferible es el camino que conduce hacia el otro lado, hacia la justicia. La justicia es más poderosa y triunfa sobre la injusticia y hasta el insensato comprende ésto luego que ha sufrido, porque de inmediato el dios de los juramentos corre tras los juicios inicuos y clama la justicia que se arrastra conducida por los hombres devoradores de presentes, que deciden los juicios con errando criterio; y vuelve llorando a la ciudad y a las moradas de los pueblos (vestida de niebla y llevando la desdicha a los hombres), a aquéllos que ha-

hizo en sus Eticas referencias importantes al papel de los jueces.<sup>59</sup>

Esos ejemplos de la cultura griega, primera fuente del pensamiento occidental, revelan que desde muy temprano en las civilizaciones se le ha reconocido al derecho la función de servir de medio de solución de conflictos y se han creado instituciones jurídicas destinadas a esa tarea específica. La más importante de ellas ha sido siempre la actividad judicial. Las sociedades humanas han reconocido por muchos siglos la conveniencia de que, para la solución de los conflictos que se presenten en su seno, existan funcionarios especializados que se presenten en su seno, en la discordia, puedan oír los argumentos y examinar las pruebas de los involucrados en la controversia y, declarar el derecho de cada uno. Esa tarea puede llevarse a cabo, de conformidad con criterios muy diferentes. Max Weber los clasifica en criterios *formales* y *materiales*, según se ajusten al seguimiento de reglas procesales que orientan el resultado o busquen resolver el fondo de la controversia, y criterios *irracionales*, inspirados en expresiones de la voluntad divina, demostraciones mágicas o intuiciones individuales del jugador, y *racionales* determinados por normas expresas, procedimientos lógicos u opiniones autorizadas de los juristas.<sup>60</sup> Con base en esas dos parejas de criterios lleva a cabo una clasificación de sistemas judiciales, según se adopten cualquiera de las posibles combinaciones de ellos. Pero, todos tienen la misma función de encauzar los conflictos que se presentan entre las partes para lograr una solución pacífica.

La importancia que tiene la solución judicial de conflictos dentro de un sistema jurídico interno es evidente y se expresa

brian desterrado y no la habrían distribuido con equidad. Pero aquéllos que juzgan correctamente a los extranjeros, y a sus conciudadanos y no se extralimitan con la justicia, ven prosperar su ciudad y progresar los pueblos que la habitan". Versos 214 a 230. Traducción de Fotios Malieros.

59 "He aquí por qué siempre que hay contienda se busca el amparo del juez. Ir al juez es ir a la justicia; porque el juez nos representa la justicia viva y personificada. Se busca el juez que ocupe el medio entre las partes; y a veces se da a los jueces el nombre de mediadores, como si estuviéramos seguros de haber encontrado la justicia una vez que hemos hallado el justo medio. Lo justo, pues, es un medio, que el mismo juez lo es "Etica a Nicómaco, Capítulo IV.

60 WEBER, M: *Economía y Sociedad*, op. cit., tomo I, p. 603-621.

en una multitud de indicadores: la organización de los tribunales como un poder independiente dentro de los sistemas constitucionales de los países democráticos; la escogencia de sus oponentes y en especial de sus máximas autoridades con base en criterios técnicos —el requisito de ser abogados, por ejemplo— y no por medio de procesos de elección popular, como se hace con los jefes de los otros poderes del Estado; el empeño de dotar a sus representantes de un boato y majestad especiales en sus vestiduras y edificaciones, que contribuya a inspirar respeto a los demás componentes de la sociedad; las especiales garantías de que se rodea el ejercicio de sus funciones; las frecuentes apelaciones a la imparcialidad de los jueces, los altos valores del derecho que se cumplen a través de su actividad y el mérito que tiene ésta para asegurar la convivencia entre los distintos sectores sociales y sus representantes. Todas esas manifestaciones señalan la importancia concedida a la acción judicial por las sociedades humanas, antiguas y modernas.

Pero, desde luego, ello no significa que la actividad judicial sea la única forma en que el derecho cumple su función de servir de medio de solución de conflictos. Existen procedimientos a cargo de entidades administrativas, del poder legislativo y, hay también mecanismos de orden privado. Entre ellos es posible mencionar, en primer término *el arbitraje*, en el cual las partes eligen a una o varias personas con conocimientos de derecho (árbitros jure), en la materia en que se da la controversia (árbitros arbitradores), para que resuelvan la controversia, sin sujetarse a los procedimientos formales característicos de la actividad judicial. Está luego *la transacción*, donde las partes realizan una negociación directa y cede cada una de ellas, parte de sus derechos, para celebrar un acuerdo que ponga fin a la controversia. Pueden mencionarse finalmente, los *buenos oficios* y la *mediación*; entre ambos lo que existe es una diferencia de grado, puesto que tienen de común representar la intervención de un tercero en un conflicto, pero con carencia total de una formalización de demandas y procedimientos. Se interviene por propia iniciativa o a petición de partes, para lograr que éstas reanuden negociaciones rotas o inicien conversaciones (buenos oficios), o se llegue hasta presentar posibles fórmulas de solución para buscar el avenimiento entre las partes (mediación). Todos estos medios, en cuanto son realizados por organismos jurídicos o en cuanto sus resultados son reconocidos

por el derecho pueden ser considerados como expresiones de la función de solución de conflictos que tiene el derecho.

La comparación entre ellos sugiere su adecuación a diferentes situaciones. La actividad jurisdiccional ha mostrado, a través de los siglos, su eficacia como medio de solución de los conflictos que se plantean entre los individuos, y especialmente cuando las controversias buscan obtener la declaración de un derecho. Ello señala ciertos límites a la acción del juzgador: debe partir de la tesis de que existe un derecho atribuible a una de las partes y que, por medio de las alegaciones de ellas y las probanzas que invoquen en sustento de su tesis, es posible hacer una determinación exacta de lo que corresponde a cada una de ellas. Desde el punto de vista de los involucrados en la controversia, recurrir a la vía judicial significa la posibilidad de ganar totalmente su tesis, perderla en una forma parcial, o perderla de manera total, sin posibilidad de futuras insistencias en los derechos alegados. Pero, cuando no existe esa claridad respecto al derecho alegado por las partes, cuando debe hablarse de un conflicto de intereses, donde la legitimidad del sostenido por cada una de ellas tiene distintas razones de validez, la posibilidad de una solución judicial muestra todas sus limitaciones. Un buen ejemplo, es la mala experiencia costarricense con la solución judicial de los conflictos colectivos de trabajo; a fin de introducir un elemento de confianza en las instituciones creadas en el Código de Trabajo de 1943, y considerando que tenían una simple diferencia numérica con los conflictos individuales, se le encomendó a los jueces de trabajo, la solución de los conflictos colectivos. Los casi treinta años de funcionamiento del sistema han demostrado su ineffectividad, su condición polemógena, su poca efectividad como medio de solución de conflictos. Frente a ella, la negociación llevada a cabo ante autoridades administrativas del Ministerio de Trabajo, ha demostrado tener mayor flexibilidad, y mejores posibilidades de éxito, al no estar dirigida a lograr una declaración de derecho sino una conciliación de intereses.<sup>61</sup>

Una situación similar se presenta en el campo internacional. A principios del siglo XX se vió en la creación de tribunales internacionales, el medio más seguro y efectivo para lograr una

61 GUTIERREZ, C. J.: *El Funcionamiento...* op. cit., p. 330-337.

solución más rápida, eficiente y, por sobre todo, pacífica, de los conflictos internacionales.<sup>62</sup> Pero no se trataba más que de una ilusa analogía con el derecho interno de cada uno de los estados. La diferencia que debe hacerse entre conflictos políticos y jurídicos, en el campo internacional; los primeros que involucran conflictos de intereses, no sujetos a reglas pre establecidas y los segundos, en los cuales el problema surge alrededor de la interpretación, ámbito de aplicación o sentido de normas claramente establecidas, y la posibilidad que tiene cada estado por su condición de soberano, de enmarcar sus tesis en una u otra categoría, señalan la limitación básica de todos los tribunales internacionales. De ahí que, muy lejos de las ilusiones que se tejieran alrededor de su creación, hoy se les vea como una actividad con muy limitadas posibilidades de utilización y aun menores de éxito.

En conclusión, puede sostenerse que por su carácter formal y lo cuidadosamente detallado en sus procedimientos, la actividad judicial tiene muy limitadas posibilidades de producir soluciones cuando, por el interés que defienden en la controversia, las partes no pueden aceptar una solución tajante y excluyendo como la que se produce en el fallo de un juez.

Por otra parte, cabe señalar que además de las instituciones jurídicas dedicadas a la solución de los conflictos, hay una serie de tareas que se cumplen en el derecho con un carácter preventivo, sea con el propósito de evitar que se den conflictos. Caben dentro de esta categoría la asesoría dada a las empresas o personas, por sus consejeros legales para que puedan evitar dificultades y problemas en sus negocios. Igualmente, tiene ese carácter, los actos destinados a dotar a ciertos documentos legales de garantías especiales de autenticidad, de modo que constituyan prueba indubitable de los acuerdos o hechos a los que se refieren; v. g., toda la tarea notarial. La fijación de los derechos y relaciones entre las partes de una manera detallada y específica, por medio del contrato en los sistemas jurídicos internos, o por medio de los tratados, en las relaciones internacionales, participan igualmente de esa función preventiva de conflictos, que ayuda a com-

62 HUDSON, Manley: *International Tribunals, Past and Future* (Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, Washington, 1944). GUTIERREZ, Carlos José: *La Corte de Justicia Centroamericana* (juricentro, San José, 1978).

prender su verdadero propósito. Este no es el interés económico involucrado, el cual puede hacerse efectivo sin rodearlo de toda formalidad, sino el que la transacción no pueda ser atacada o disputada luego.

Con su simple existencia, el derecho presupone la normalidad del conflicto, la convicción de que habrá de presentarse, y señala diversos medios para solucionarlo. Puede considerarse entonces que desde sus orígenes da por aceptada la tesis de los sociológicos contemporáneos sobre la naturaleza conflictiva de las relaciones sociales.<sup>63</sup> Pero, hay que reconocer que además de los jurídicos, hay otros mecanismos sociales de solución de conflictos. Las obras de los antropólogos jurídicos están dedicadas en buena parte a estudiar los medios de solución de conflictos en las comunidades primitivas, que mantienen sus propios sistemas informales, pese a formar parte de estados que cuentan con un sistema jurídico formal.<sup>64</sup> En sociedades industrializadas contemporáneas como el Japón, se ha puesto en evidencia como los distintos sectores sociales prefieren la negociación directa o la mediación informal al uso de un litigio judicial, con base en instituciones importadas de los países europeos.<sup>65</sup> Igualmente, Stewart Mc Caulay ha estudiado las relaciones entre las grandes corporaciones norteamericanas y la falta de utilización por ellas de los formalismos jurídicos para sus relaciones normales y para la solución de las disputas o conflictos que pueden presentarse, mostrando la mayor importancia que tiene la continuidad de los negocios, cosa que ocurre igualmente en las relaciones entre dueños de la tierra y arrendatarios de algunas regiones costarricenses.<sup>66</sup>

El elemento ideológico juega un papel importante en la solución de conflictos jurídicos. La neutralidad absoluta es un ideal inalcanzable y la función judicial, por ejemplo, en la medida en

63 DAHRENFORD, Ralf: *Sociedad y libertad* (Tecnos, Madrid, 1966), p. 57-208. COSER, Lewis: *The Functions of Social Conflict* (Free Press, New York, 1956).

64 NADER, Laura, editora: *Law in Culture and Society* (Aldine Pub, Chicago, 1969) p. 24-91; 282-303. COLIETER, Jane: *Law and Social Change in Zinacantan* (Stanford Univ. Press, Stanford, 1973).

65 KAWASUMA, Tayekoshy: "Dispute Resolution in Japan", en AUBERT, Vilhelm: *Sociology of Law*, op. cit. p. 182-193.

66 "Non Contractual Relations in Business", en AUBERT, V., op. cit. 194-209.

que es ejercida por hombres, estará siempre afectada por la ideología predominante entre los jueces.<sup>67</sup>

Por otra parte, si se acepta la normalidad del conflicto, no hay duda de que al estructurar la acción social deben necesariamente contemplarse medios de solución de conflictos, puesto que de lo contrario, éstos se constituirán en obstáculos insuperables para cualquier sistema que se crea.

La vinculación entre el control social y la solución de conflictos hacen que el primero se considere como una forma de evitar que se produzcan conflictos dentro de las sociedades, al eliminar algunas de las contradicciones internas, o pueda, igualmente, estimarse el segundo como un medio de control, destinado tanto a lograr la unidad social y hacer efectivo su funcionamiento, como a eliminar los individuos o grupos desviantes, que obstaculizan la acción de los titulares del poder público y el ejercicio de éste.

## COMENTARIOS SOBRE LA OBLIGACION TRIBUTARIA SUS INFRACCIONES Y SANCIONES

*Lic. Armando Alberto Guardia Sasso*

---

67 FRANK, Jerome: *Courts on Trial* (Atheneum, New York, 1971). TREVES, Renato: *El Juez y la Sociedad* (Edicusa, Madrid, 1974). TOHARIA, José Juan: *El Juez Español* (Tecnos, Madrid, 1975). NOVOA, Eduardo: "Justicia de Clase?" en *Mensaje*, marzo y abril de 1970. GUTIERREZ, Carlos José: "Los Jueces de Costa Rica". *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 22, Setiembre 1973, p. 71-113.