

## SOBRE LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO

---

El derecho, como fenómeno específico del ya a su vez autode-terminado conjunto de los procesos sociales, se presenta, en el actual campo de comprensión sintética, con estigmas que lo caracterizan de un modo preciso e inconfundible.

No obstante afirmación tan categórica, flota en el ambiente general una falta sorprendente de seguridad científica para definir este instituto social, al cual encontramos realmente «malabareado» por filósofos y periodistas, por juristas y procuradores, por sabios y «dilettanti» y por oradores y políticos.

El concepto, en cierto modo filosófico del derecho, no nos interesa por ahora, en cuanto sea el fruto de una especulación o el resultado de una aspiración más o menos bien intencionada y sólo quisiéramos fijar aquí, previamente, el concepto que corresponda, tomando a la filosofía en su acepción más limitada, es decir, como la expresión sintética de una realidad absolutamente comprobable y no como el significado personal de un deseo o de una teoría apriorística.

En esta corriente de definiciones, creo que el profesor Trimborn, de la Universidad de Bonn, ha sido el más acertado intérprete del ambiente científico actual, al precisar, que «derecho, es el contenido de aquellas reglas sociales que en la conciencia de los miembros de un agregado humano se presentan con carácter de necesarias, sea para el mantenimiento de la vida de la comunidad, sea para el respeto de la norma misma (noción del orden), y en las cuales la ausencia de esta motivación psíquica se halla regularmente substituída por la amenaza (siempre latente), de la realización de un acto de fuerza por parte del

poder público que, a veces, puede también ser ejecutado en forma de defensa propia (p. e. : la venganza) por algún organismo particular en representación autorizada de ese poder » (1).

Esta definición abarca y agota, indudablemente, todos los aspectos de la vida real, y concreta en términos precisos y científicamente ponderados los distintos aspectos que se han podido observar en la evolución y en la comparación del fenómeno jurídico.

Aceptando dentro de este marco la comprensión de dicho instituto, debemos preguntarnos si en los estudios sociológicos nos está permitido hacer diferenciaciones con respecto a los procedimientos metodológicos que nos llevarán al conocimiento y a la investigación concreta de las múltiples instituciones que revisten el carácter apuntado.

La institución jurídica se nos presenta desde luego — entiendo decir bajo el aspecto de su investigación retrospectiva — como existente en sociedades contemporáneas y también en las pasadas. En cuanto a las primeras, nada corresponde agregar, por cuanto la observación directa, con toda su cohorte de métodos auxiliares, nos ofrece los más amplios medios de conocerla.

Empero el pasado, con sus diferentes etapas, nos pone frente a situaciones en las cuales cabe indudablemente discutir y ponderar el criterio metodológico a aplicar.

El inmediato pasado, si es que así podemos calificar a todo aquello que la historia nos ha transmitido y enseñado, resulta también claro campo en el cual los sistemas de investigación se pueden aplicar con facilidad. El método histórico es irrefutable para este ya largo período de humana evolución. Pueden, sí, discutirse sus diversos aspectos, pueden fallar algunos de sus variadísimos procedimientos metodológicos, pero la verdad histórica es sólo una al final.

Si nos alejamos, empero, en curioso vuelo de intelectual interés al más allá de lo históricamente comprobable, si nos remontamos con nuestro bien justificado y desinteresado deseo de escudriñar lo ignoto, al pasado humano prehistórico, aparecerá, como

(1) *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, tomo 43, cuaderno III, página 419, de febrero de 1928. Stuttgart, editor Enke.

lógica oposición fiscalizadora, la posibilidad científica del error, desde el momento en que las pruebas inmediatas e históricas no podrán estar a nuestro alcance para confirmar nuestras conclusiones.

El estudio del derecho en los tiempos prehistóricos nos lleva, por lo pronto, a considerar la teoría de ciertos estudiosos del derecho de los pueblos naturales (1), quienes han creído encontrar en ellos una expresión refleja y especular de la organización humana primitiva (en el concepto evolutivo).

Es indudablemente atrayente el fundamento de esta doctrina.

Parte ella, en principio, de la suposición de que la organización social y las instituciones jurídicas de los pueblos naturales (2) nos presentan un estado de evolución, si no idéntico, por lo menos análogo a aquél, por el cual debieron atravesar las sociedades humanas que hoy llamamos civilizadas en una faz prehistórica de su desarrollo.

Creemos que es realmente imposible negar rotundamente la conclusión general de estos investigadores, porque, faltándonos los elementos concretos en qué fundar nuestra refutación, así como a ellos les faltan también los necesarios para su sostén, llevamos en nuestra contra la indudable « posibilidad » científica de una eventual y también probable evolución analógica.

Sea que creamos en un poligenismo humano, sea que fundemos nuestras opiniones sobre la tesis de una creación monogénica, debemos aceptar como posible la evolución humana heterogénica.

Es posible que en el supuesto de una formación poligénica, los diversos núcleos humanos hayan evolucionado en diversa forma, unos con más celeridad hacia la infinita meta del progreso, otros con mayor lentitud en seguimiento de igual fin (pues pensamos que, en esto, Comte no se ha equivocado).

Esta posibilidad es tanto más aceptable si consideramos las formidables diferencias del ambiente físico en los cuales puedan

(1) Según la feliz expresión de Ratzel.

(2) No creo necesario, dado el ambiente de los lectores de esta publicación, exponer las apreciaciones etnológicas puras que corresponden a esta expresión.

haberse desarrollado esos núcleos (Atlántida, Sud América, Lemuria, Meseta de Pamir, Siberia, Cuenca Mediterránea, etc.).

Y, por lo demás, también estos mismos factores exteriores pueden perfectamente haber condicionado una evolución igualmente variada de los diversos grupos de un supuesto centro monogénico diseminado y radiados en las múltiples migraciones habidas a través de los distintos ambientes apuntados.

Si obramos, pues, de acuerdo a los dictados de la ciencia positiva y nos libramos de concepciones apriorísticas, tenemos que aceptar, como un hecho perfectamente posible la igualmente posible evolución variada y escalonada de los diferentes núcleos humanos, en atención, en primer lugar, a esos diferentes medios ambientes enumerados, sea que supongamos una creación mono o poligenética.

No es una novedad para nadie la enorme importancia del ambiente geográfico y climatérico sobre los fenómenos económicos en sus diferentes aspectos de producción, transformación, distribución y consumo de los bienes materiales, y no lo es menos, a su vez la igualmente importantísima que estos procesos ya sociales ejercen sobre los demás de la organización humana y, especialmente, sobre el jurídico, como últimamente lo han reafirmado de los más grandes etnólogos de la actualidad (1).

El ambiente físico, en general, condicionando a los elementos de carácter económico, ha influido, pues, enormemente, y en especial a través del positivo valor social de éstos, sobre las formas de la organización humana y los tipos de sus instituciones jurídicas, todo lo cual hace perfectamente posible que podamos también, en principio, aceptar una evolución humana diferente, según el distinto ambiente de los variados núcleos de humana concentración y transformación.

Podemos, en consecuencia, suponer que ciertos núcleos humanos (ya pueblos) hayan evolucionado en forma más acelerada en pos de la civilización, y que otros pueblos en situaciones (como las apuntadas) más desfavorables, hayan retardado su marcha.

(1) *Gesellschaft und Wirtschaft der Völker*, por W. Schmidt y W. Koppers. Regensburg, 1924.

Vemos, pues, que no es necesario llegar a las bastante abandonadas ideas de los pueblos « regresivos » para explicar el por qué de la existencia de los pueblos naturales actuales y que, si convenimos en la posibilidad científica de una evolución variada y parcialmente retardada (cosa que también puede calificarse para la otra parte como de « adelantada »), tendremos que aceptar también la igualmente positiva y admisible tesis que cree interpretar el pasado prehistórico de los pueblos civilizados por la actualidad histórica de los naturales.

Esta equiparación puede, indudablemente, llevarnos a conclusiones parciales falaces, pero como principio normativo tiene un gran valor filosófico.

Para el estado actual de la ciencia no es, por cierto, tan grande el interés de conocer exactamente el pasado humano, como el de buscar una sistematización a la actualidad. Y es precisamente este resultado filosófico el que se entrevé, como fruto inmediato de la investigación del derecho de los pueblos naturales.

La sistematización filosófica de la evolución jurídica es el resultado más importante de este plan de estudios, como lo demuestra, casi a diario, el incansable etnólogo-jurista, profesor Thurnwald de Halle (1) y por eso nos permitimos llamar la atención sobre esta orientación científica, eminentemente alemana, a todos aquellos a quienes hemos oído opinar con escepticismo al referirnos a la investigación etnológica del fenómeno jurídico.

No puedo realmente pasar por alto esta oportunidad sin recalcar que el gran y malogrado maestro, profesor Joseph Kohler, de Berlín, el más profundo y más erudito de los estudiosos de esta rama de la investigación científica que ha existido hasta la fecha, fué el fundador, organizador y encausador de estos estudios. A nueve años recién de su muerte, encontramos a una pléyade de concienzudos investigadores que implican toda una promesa para el próximo futuro de nuestra investigación.

(1) Especialmente en *Ein systematischer Versuch über die Anfänge des Staates*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, página 376, año 1920, tomo 37.

Y especialmente en Sud América, en el corazón de sus selvas tropicales, se hallan ocultos los elementos que pueden servir de clave para la resolución de muchos e importantes problemas de la investigación etnológica del derecho, por lo que tampoco debo silenciar un párrafo de mi amigo, el doctor Adam, de Berlín (1) quien, en una de sus últimas cartas, me recordaba que es aquí y de nosotros de donde y quienes la ciencia espera las más importantes investigaciones monográficas que confirmarán o destruirán una serie de explicaciones y de teorías muy en boga en el ambiente europeo y norteamericano.

Sin pretender en modo alguno entrar al amplísimo estudio de las causas de los fenómenos sociales, debo agregar aquí dos palabras sobre el factor religioso, en cuanto constituye el opuesto del físico (ambiente) que hemos mencionado. Y así como dejamos considerado que el ambiente físico, en calidad de factor, es determinante primordial de diferenciaciones entre los diversos pueblos (2), así debemos también recalcar que las creencias religiosas encarnan el factor de la nivelación y de la homogeneidad.

La creencia religiosa, en sí, ha obrado, por su precisa uniformidad — como fruto puro de la psiquis humana — en un modo idéntico dentro de todos los ambientes (3) igualando instituciones, no obstante el diferente medio.

De lo expuesto resulta que el fenómeno jurídico debe ser estudiado, tanto en los agregados humanos de quienes se ocupa la historia, como en aquellos cuyo conocimiento nos es revelado por la etnología.

En otras palabras, y tomando por tema del estudio al derecho y no al agregado humano en sí, debemos convenir que la investigación del derecho puede ser una investigación histórica y una investigación etnológica.

(1) Sucesor de Kohler en la dirección de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*.

(2) TYLOR, *Environnement and Race*, London, 1927, HUNTINGTON, *The human habitat*, New York, 1927, etc.

(3) W JAKOB, *Las creencias religiosas y la vida sexual*, etc., en *Revista de la Facultad de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires*, números 1 y 2.

La creación de ambos procedimientos corresponde al mundo científico de los juristas.

No quiero ocuparme aquí de la investigación histórica del derecho, ni exponer las ideas fundamentales de su creador; pero sí debo, en atención a la mayor actualidad del tema y más preciso objeto de este análisis, apuntar unas breves notas sobre la investigación etnológica del derecho a través de los conceptos de su fundador : el maestro Kohler (1).

Ante todo es conveniente, para evitar confusiones, que concretemos que la historia del derecho no es la investigación histórica del mismo fenómeno, así como tampoco es la etnología jurídica, cosa igual a la investigación etnológica del derecho.

Tanto la historia como la etnología jurídicas son ciencias, ramas de otras más generales, que pueden atribuirse con tanto derecho a la ciencia histórica general como a la jurídica sistemática.

No nos interesa, en esta exposición, atribuir a una ni a otra el contenido de ellas, pues sólo es nuestro tema « la investigación del derecho », como parte metodológica integrante de los estudios jurídico-sociales.

Sólo nos interesa, precisamente, el derecho y los medios y el campo de su conocimiento.

Para investigar el fenómeno jurídico, debemos, pues, concretar el estudio al examen de él en los diferentes ambientes humanos, valiéndonos de los procedimientos generales (hasta tanto no descubramos otros específicos) que estudian a la humanidad en su conjunto.

Y así, tendremos que investigar el derecho en los núcleos humanos, de cuyo conocimiento se ocupa la historia mediante la investigación histórica del derecho, y en aquéllos que estudia la etnología mediante la investigación etnológica del mismo.

Estas dos formas fundamentales de investigación ¿deben ser presididas por principios metodológicos distintos o idénticos ?

(1) Téngase presente que la « investigación etnológica del derecho », de Kohler, está muy distante de la « Jurisprudencia etnológica », de Post.

En tiempos de Post (1), no se trataba solamente de este relativamente modesto problema procedimental, sino que el gran juez de Bremen llegó a afirmar que, su « Jurisprudencia etnológica » era opuesta a la « historia del derecho », en cuanto aquélla era ciencia normativa filosófica y ésta meramente cronológica.

Para Post, la « jurisprudencia etnológica », era una verdadera filosofía del derecho, que buscaba los conceptos generadores de toda la evolución universal.

Kohler, empero, ha descubierto toda y la verdadera importancia de la « investigación etnológica del derecho » dándole un aspecto metodológico y disciplinado tan formidable, que sólo por él se ha podido llegar a la « sistematización » que están consolidando sus discípulos.

El gran polígrafo, luego de saborear el estudio de las diversas ramas del derecho, comprendió el profundo significado de un estudio del mismo por medio de la investigación etnológica, y justamente alarmado por las generalizaciones prematuras a que había llevado la exuberante y vertiginosa escuela de Post, bregó, con su tenacidad típica, por la intensificación de los previos estudios monográficos y analíticos, pregonó la investigación aguzada y metódica, dió un aún no igualado ejemplo de dedicación a la ordenación y al detalle y fundó, de este modo, la escuela que merece llevar su nombre de la investigación etnológica del derecho.

Con estos procedimientos, Kohler preparó los elementos necesarios para la verdadera filosofía del derecho que desgarrará ahora sus ancestrales vínculos con la especulación, para entrar en vías de podernos dar el conocimiento de los principios fundamentales que determinan el valor social del derecho y presiden su evolución.

Trimborn, en su trabajo citado, ha analizado los procedimientos metodológicos de la investigación etnológica del derecho, a cuyo respecto hemos publicado ya algunas notas que nos excusan de volver a tratarlos aquí (2), no obstante lo cual, no podemos dejar de repetir que la tesis de Graebner ha influido

(1) 1867-1894 (período de su mayor producción).

(2) *Revista de la Facultad de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires*, tomo VII, página 665.



demasiado en él, en algunos puntos, para los cuales aceptamos que el gran etnólogo no da al fenómeno jurídico el significado que los juristas le atribuyen.

También, y en esas mismas notas, hemos analizado las cuestiones relativas a la « uniformidad del espíritu humano » y a la « uniformidad de la evolución jurídica », tratando de rebatir el concepto de la diferenciación primitiva para adoptar el de la falta de especificidad humana originaria, por lo cual damos, pues, por aclarada nuestra posición en los siguientes términos :

« Cuanto más rudimentarios los caracteres de un tipo de seres cualquiera, tanto más iguales serán las características de los tipos del mismo género, y de esta ley biológica no puede desligarse el hombre como ser vivo, debiendo, en consecuencia, aceptarse como más adecuada la teoría que supone una mayor uniformidad entre los seres humanos a medida que se aproximan a sus etapas más primitivas.

« La ausencia de especificidad humana en el individuo primitivo, tiene que llegar a ser absoluta en los orígenes ideales o más remotos de su existencia. »

Post, con su premisa del evolucionismo, ha errado indudablemente, pecando de demasiado generalizador, e influenciado, indudablemente, por la corriente organicista de su época ; pero no se equivocó, a mi juicio, al pretender para la investigación etnológica del derecho primitivo, en los términos de la ciencia por él creada, un sistema metodológico diferenciado.

No pretendemos conocer el derecho primitivo a base de inducciones, ni queremos atribuir a la evolución del derecho primitivo, un camino determinado por los conceptos que hayamos podido formarnos de aquel mundo prehistórico.

Pero nadie nos podrá negar que, para conocer hechos sucedidos antes de la tradición histórica, o por lo menos para interpretar la condición en que debieron haber ocurrido, tendremos que apelar a todas luces a procedimientos metodológicos que no son los de la investigación histórica.

Si pretendiéramos, como Trimborn, interpretar o actualizar lo sucedido antes del conocimiento histórico, por medio del método histórico cultural, chocaríamos con la imposibilidad matemática de querer « comprobar hechos sin hechos ».

Es entonces necesario convenir que la investigación histórica no puede extenderse, en el sentido metodológico, a la investigación del derecho primitivo.

Para éste deberemos apelar a procedimientos diferentes o, por lo menos, independizarnos de las fórmulas para llegar con el espíritu libre de trabas a la verdadera y amplia investigación etnológica del derecho.

Sólo deseo aquí apuntar un aspecto determinado para provocar el análisis de los demás.

Tomemos como ejemplo « la solidaridad social del agregado humano ».

Heos aquí ante un hecho históricamente comprobado para todas las sociedades humanas que hemos conocido.

¿Podemos, acaso, desprender esta característica, del concepto de los sociedades humanas prehistóricas? Si lo aceptamos también para éstas ¿no tenemos, en consecuencia, que derivar de ella una serie de normas de vida que forman parte de la misma?

Además: la sistemática actual ¿no nos proporciona, acaso, el esquema de evoluciones que tienen todo el aspecto de leyes? ¿No deben, acaso, aplicarse ellas también a la humanidad primitiva en consonancia con las características de humanidad, una de las cuales hemos denominado « la solidaridad social del agregado humano »?

¿Podemos, acaso, negar que existan leyes que presiden la evolución de la organización social y de las instituciones jurídicas?

Lo que sucede en realidad es, que el paso lógico del conocimiento de las leyes particulares al de las generales es mucho más lento para el intelecto humano en materia social que en materia física y, por ello, se ha dudado siempre de la posibilidad de su existencia; pero ya llegará el tiempo en que podamos determinarlas en ese sentido y, para favorecer y fomentar tales investigaciones, sólo deseo que estas líneas se tomen como el deseo íntimo de una orientación hacia tales estudios, teniendo presente que todas las cuestiones de métodos son relativas a los períodos de humana evolución a los cuales se aplican y que todos ellos son buenos cuando con criterio y honradez científica se busca la verdad.

W. JAKOB.