

# **Cuadernos de Investigaciones**

## **N° 10**

### **Concepción Sociológica del Derecho**

**Felipe Fucito**



**Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales  
"Ambrosio L. Gioja"**

**1989**

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A.**

---

**ÍNDICE**

Prólogo	3
La sociología del derecho	5
Sociología del derecho y control social	5
Sociólogos y juristas	6
Ciencia del derecho y sociología del derecho	7
La creación del derecho y la dogmática jurídica	14
El papel de la ciencia del derecho	15
La destrucción del derecho y la sociología	17
La sociología del derecho y los problemas del lenguaje jurídico	20
La "integración" como aspecto de la ciencia del derecho y su consideración por la sociología jurídica	22
La costumbre	24
Los conflictos normativos y el sistema de derecho	26
El punto de vista sociológico y la versión realista del derecho	27
Derecho legislado y Common Law	28
Las categorizaciones de la sociología del derecho	29
Algunas definiciones y propuestas de contenido de la sociología del derecho	30
Utilidad de la sociología del derecho	32
Los presupuestos metacientíficos de la sociología del derecho	35
Las posibles sistematizaciones del pensamiento sociológico jurídico	37
Algunas sistematizaciones utilizadas en sociología del derecho	38
La sistematización que se propone	43

## PRÓLOGO

Podría creerse, si se leyeran superficialmente las páginas que siguen, que animó al autor una idea destructiva del derecho, tendiente a inspirar desconfianza en los que a él se acercan por vez primera, y a alejarlos de lo que el derecho debe ser, en aras de lo que es en algunos efímeros momentos.

En rigor, si bien el autor de estas líneas tuvo, (no diré sufrió) la enseñanza dogmática propia de nuestras Facultades de Derecho, está lejos, a pesar de ello, de abrigar semejantes ideas. Notó, al comenzar hace más de dos décadas su práctica jurídica, la gran distancia que existe entre lo que debe ser y lo que es, tanto en la actividad de los que ahora se llaman "operadores del derecho" como en la de todos los que de algún modo pretenden ajustar su conducta a él. Esto podía ser, por supuesto, producto de una experiencia parcial dentro de una sociedad particularmente conflictuada y dirigida a separar lo dicho de lo actuado, lo formal de lo real. Sin embargo, la experiencia de países más estables indicaba en mayor o menor medida similar discrepancia.

Lo cierto es que, sobre la base de esas inquietudes, pensó que la enseñanza del derecho dirigida también a lo que en realidad fuera, y no exclusivamente a lo que debería ser, no alejaría a los hombres del derecho, sino que, por el contrario, podría mostrar su senda. Que el engaño derivado de creer, por omisión de la realidad cotidiana, que la mera declaración de una imputación normativa, supone automática aplicación a la realidad en la generalidad de los casos, era una verdadera fuente de desilusión, menor que la derivada de aquella visión que mostrara las discrepancias, sus posibles fundamentos, y los modos por los que la conducta se ajusta realmente a la norma.

De allí las inquietudes del que, luego de pasar por la ciencia que busca la explicación de las causas de los fenómenos sociales, desemboca nuevamente en el derecho, pero desde una perspectiva generalizadora.

Lo dicho, sin perjuicio de que el autor llegó a las conclusiones señaladas por vías propias, no pasa por novedoso ni mucho menos. La vieja prosapia de muchos de los autores que se mencionan, y que son, por otra parte, de manejo común por los juristas, basta para alejar cualquier absurda pretensión de originalidad. Sin embargo, muchos señalados juristas no son valorados en sus aspectos críticos y en no pocas oportunidades, no son citados en sus comentarios sobre la realidad de la aplicación del derecho, sino en sus aportes exegéticos, o teóricos.

La problemática de lo jurídico, y la determinación de la función que debe cumplir el derecho, pasa también por la confrontación con la que cumple, o la que deja de cumplir, más allá de las creencias de los que, desde su óptica "jurística normológica" (para decirlo con las palabras de Goldschmidt) señalan lo normativo con prescindencia de lo que a menudo como prácticos ven, y, desde la cátedra, con olvido de que sus alumnos verán otra realidad a poco de dejar los claustros, si no antes.

Como se señala en el texto, más que una idea disvaliosa sobre el derecho, animan estas páginas la necesidad de revalorizarlo a partir de la descripción de lo que ocurre en realidad, primer paso para tratar de comprender los motivos de la ya señalada discrepancia entre mundo formal y mundo real, entre ideología jurídica y realidad social.

Algunos autores como Reale, Hall y el anteriormente citado, concientes del problema del peso de lo real en cualquier concepción amplia del derecho, acuden a la tridimensionalidad en la definición del mismo. Estiman que las experiencias y los valores resultan tan importantes para entender a las normas como las imputaciones normativas mismas. El objetivo de este trabajo es la dimensión social del derecho, pues se considera problemático mezclar los métodos del jurista y los del filósofo con los del sociólogo, y porque se estima que los otros tienen suficiente desarrollo, frente a la insuficiencia de los avances de éste en el campo indicado. Podría ser que no se tratara más que de someter al "ácido cínico", según términos de Holmes, muchas de las ideas que, aunque sostenidas honestamente, tienen efectos disfuncionales en la vida social, efectos que pasan por no querer ver que se sabe poco de los mecanismos de la evasión institucionalizada de las normas jurídicas, y esto no puede ocultarse por medio de afirmaciones dogmáticas sobre el carácter antijurídico de las conductas desajustadas.

No es necesario (aunque algunas veces es conveniente) acercarse al derecho como el "hombre malo" de Holmes para llegar al significado real del derecho en la vida social. Pero sí es necesario acercarse con la menor cantidad de condicionamientos sobre la intangibilidad y el carácter metasocial del derecho, actitud básica para cualquiera que trate de interpretar un hecho social con un encuadre sociológico.

Si, como escribió Levi Bruhl, las reglas jurídicas de un país son un espejo de sus aspiraciones, es bueno que algunos se ocupen de observar cómo se cumplen en la práctica aquellas aspiraciones inscriptas en la ley. Esta visión, ajena a muchos juristas, permite determinar si aspiraciones elevadas corresponden a realizaciones de igual dimensión o si es el modo de ocultar la pobreza del ajuste de las conductas al derecho, cuando prevalecen criterios informales más arraigados- y opuestos a los inscriptos en la ley. En uno u otro caso, es por lo menos interesante repasar lo que se ha escrito sobre las posibles causas del fenómeno en la teoría sociológica general y en la sociológico jurídica, con el fin de valorizar a ésta en el marco de la interpretación del derecho como hecho social.

Muchas de las ideas sociológicas generales en que se fundan las páginas siguientes fueron expuestas y elaboradas en un trabajo anterior (Las dimensiones de la teoría social]), y a éste necesariamente remitimos, ya que no es posible intentar una sociología del derecho sin alguna exposición de los puntos de vista de teoría social implicados en ella, objetivo intentado en esa obra precedente.

La presente publicación en los Cuadernos de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, corresponde al capítulo preliminar de la investigación sobre los orígenes y el desarrollo de la Sociología del Derecho, en curso de realización. Al Instituto, a su Director Juan C. Agulla y a los investigadores del mismo, el agradecimiento y reconocimiento del autor por haberlo facilitado.

Felipe Fucito

---

## LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

1.1.1. El nombre "sociología jurídica" comienza a utilizarse a fines del siglo XIX, habiendo sido, aparentemente, el primero en utilizarlo D. Anzilotti en su libro "La filosofía del derecho y la sociología"<sup>1</sup>. Sin embargo, como título específico de obras aparece luego de la primera década del presente siglo, en la de Erlich (1912) y Nardi Greco (1927). En la tradición anglosajona el término sociología del derecho se complementa con otras denominaciones tales como "derecho y sociedad" o "derecho y ciencias sociales".

1.1.2. Para expresarlo con términos muy generales, el problema central de la disciplina es tratar de discernir cuáles son los influjos recíprocos entre el ordenamiento jurídico y la realidad social, entendido el primero como un conjunto de normas que existe en un medio social que lo aplica, o deja de aplicarlo, de acuerdo con variables circunstancias determinadas por otros tipos de normas (usos, costumbres, normas religiosas o éticas, normas morales). Relaciona además las normas jurídicas y sus circunstancias de aplicación con variables sociológicas como el tipo de estratificación social, el sistema político real (no el derivado de consideraciones jurídico-formales exclusivamente), los intereses económicos de determinados grupos o la situación económica en la que actúan los operadores judiciales y extrajudiciales del derecho, entre otros, jueces y juristas.

1.1.3. En sentido general, la sociología del derecho tiende a considerar al derecho como un "fenómeno social", esto es, como un objeto de estudio de la ciencia social encuadrable en el "hecho social" identificado por Durkheim<sup>2</sup>, y por lo tanto, en relación con otros hechos sociales tales como los antes mencionados, y todos los que pudieran ser identificados en cualquier sociedad.

### ***Sociología del derecho y control social.***

1.2.1. Puede estimarse que la sociología del derecho es parte, dentro de la sociología general, de una sociología del control social. Si éste es un conjunto de modelos normativos que permiten a los miembros de la sociedad resolver o mitigar una parte de los conflictos que existen en la misma (se parte de la idea según la cual la resolución total de los conflictos sociales, correspondiente a un estado de equilibrio eunómico, es por definición ajeno a la vida misma), hay tantas clases de control social como escalas de valores encamadas en normas, puedan existir. De este modo, hay un control social religioso y mágico, moral, jurídico, ético, a través de las costumbres (y de los prejuicios), de las normas que rigen la práctica económica, a través de la opinión pública; todos ellos coexisten, no son tipos históricos, ya que si bien puede registrarse la aparición del fenómeno jurídico como norma escrita con alguna aproximación, no es posible identificar cuándo aparece el "derecho" en el sentido que le da la sociología del derecho, desvinculado del Estado. Tampoco puede suponerse la inexistencia de los otros tipos de control social en las sociedades modernas.

1.2.2. El control social puede extenderse, como lo hace Gurvitch, hasta todo sistema de ideas e ideales, de modo tal que existiría un control social derivado del arte, el conocimiento y la educación, y aún dentro de cada clase, diversas subclases. Así, por ejemplo, en el conocimiento (en sentido de saber), puede predominar un conocimiento perceptivo, en otro uno técnico, o místico, o científico, o filosófico, y ello permitiría derivar distintos tipos de control social.<sup>3</sup> Sin embargo, por este camino puede confundirse la sociología del control social con la sociología general misma, considerada sociología cultural o sociología del espíritu

---

<sup>1</sup> Según la referencia que hace Poviña. en "Cursos de sociología". 11. 545.

<sup>2</sup> Sobre estos conceptos, remitimos a los tratados de sociología y también a nuestra obra "Las dimensiones de la teoría social", Norte, 1988, 1, Cap. IV.

<sup>3</sup> Gurvitch. El control social, en "La sociología del siglo XX". pág. 265

humano. Preferimos referir el control social a cualquier sistema normativo (y no todas las ideas ni todos los conocimientos lo son), y decir que dentro de este campo de la sociología (que estudia normas jurídicas, morales, éticas, religiosas, mágicas, costumbres, usos) pueden incluirse diversos conjuntos de ideas (por ejemplo determinada concepción filosófica o científica) bajo condición de que su uso se encuentre prescripto y de algún modo sancionado el apartarse de él.

Dentro de ese capítulo, la sociología del derecho pretende relacionar los sistemas de normas jurídicas —a cuya definición nos referimos más abajo—, con los otros sistemas de normas existentes y que las condicionan, o a las cuales condicionan.

1.2.3. No es necesario en este lugar un detenido análisis de lo que es la costumbre, o su distinción de otros tipos de normas que configuran el control social, ya que esta tarea ha sido realizada tanto por la sociología general como por la antropología. Bastará con recordar que se trata de un conjunto de hechos sociales, un modo efectivo de conducta practicado por un número preponderante de los integrantes de una comunidad determinada<sup>4</sup>, hechos sociales de cuya observación se infieren las normas que lo constituyen. La costumbre no es inmodificable, sino que a pesar de su carácter obligatorio, varía aun en las sociedades aparentemente más conservadoras; se diferencian de los usos sociales en la variabilidad mayor de éstos, propios de las sociedades de mayor individualización<sup>5</sup>. Según Ruth Benedict, cada cultura, cada era, explota unas pocas de un gran número de posibilidades, ya que los cambios pueden ser muy intranquilizadores e implicar grandes pérdidas; no obstante es inevitable que así ocurra, y los cambios son el eje de la historia<sup>6</sup>. En cada época el derecho trata de reflejar la vocación por ese cambio, o el miedo a ese cambio, pero en todos los casos es reflejo de la cultura. Y esta cultura solo puede ser entendida funcionalmente en sus distintos aspectos, dentro de los cuales participan la costumbre y el derecho, insusceptibles de ser interpretados aisladamente si se busca un significado del papel que representan ambos en el conjunto social.

### **Sociólogos y juristas.**

1.3.1. Es conocido el histórico enfrentamiento entre sociólogos del derecho y juristas tradicionales, oposición sólo dejada de lado en los autores que han confundido los papeles de uno y otro, marginando la idea de que las tareas desarrolladas sobre el objeto derecho" son distintas. Puede decirse, con Bobbio, que el jurista es al sociólogo lo que el gramático al lingüista, o con Kelsen que en un caso se está frente a una ciencia normativa, y en el otro frente a una ciencia explicativa, o con Hart que uno (el jurista) posee el punto de vista interno frente al derecho, y el otro (sociólogo) un punto de vista externo. Todo esto es cierto, como lo es que el jurista (por lo menos el tradicional) se ocupa preferentemente de la validez de la norma, y el sociólogo de la eficacia de la misma, y también que el primero parte de la norma, y trata de llegar a la conducta, y el segundo parte de la conducta, y trata de llegar a la norma.

1.3.2. El punto de vista de la sociología jurídica, que no es sino uno de los variados con que puede enfocarse al derecho, interesa no sólo en los momentos en que los rápidos cambios sociales producen una brecha entre derecho y sociedad, sino también en aquéllos en que existe un cierto ajuste entre esas normas establecidas, y las conductas efectivamente realizadas por las personas a quienes se refiere. La intuición sobre la necesaria correlación entre derecho y realidad social ha existido desde antiguo, como para que Gurvitch le atribuyera a Aristóteles haber desarrollado incipientemente la vinculación entre ambos (no obstante su integración de la sociología del derecho con la metafísica dogmática).

1.3.3. No obstante, la relación es difícil de estimar y de ponderar con precisión, y ello puede ser considerado un problema derivado de una cuestión heredada por la sociología del derecho: la imprecisión que afecta no sólo al término derecho, sino al término sociedad, desde que tanto la ciencia del derecho como la sociología no acaban de coincidir sobre sus conceptos básicos.

<sup>4</sup> Cueto Rúa, El Common Law, pág. 45.

<sup>5</sup> V. Cuviller, Manual de sociología. pág. 257 y sgs.

<sup>6</sup> El hombre y la cultura, pág. 76/83.

Pound enfocaba parcialmente este problema al sostener que lo que la sociología del derecho fuera dependería de lo que se entendiera por el término derecho<sup>7</sup>. Si bien es cierto que la perspectiva de la definición de derecho es importante, otro tanto cabe decir del punto de vista en la definición de los caracteres básicos de la vida social. Si no hay acuerdo sobre lo que debe tratar la ciencia del derecho, tampoco lo hay sobre cuál es el objeto de la sociología.

Este aspecto del problema liga estrechamente el grado de madurez de la sociología del derecho al de la sociología de la que deriva conceptual y metodológicamente, y al de la ciencia del derecho, de la cual toma la primera parte de sus materiales de análisis (ley, jurisprudencia, doctrina jurídica), y pone en primer plano el problema ideológico presente en toda ciencia pero de máxima incidencia en las sociales, que afecta por igual al derecho y a la sociología. Los puntos de vista extra científicos de sociólogos y juristas difieren, como difieren sus intereses, y aquí puede comenzar la búsqueda de algunas divergencias históricas aparentemente insuperables.

1.3.4. Significativamente, y quizá sobre la base de ideologías comunes, las discrepancias sobre el objetivo específico de la sociología del derecho no se encuentra entre los sociólogos del derecho (entendiendo por éstos tanto los teóricos sociales que se han ocupado del fenómeno jurídico, como los juristas con orientación sociológica que lo han abordado) sino entre éstos en conjunto y los juristas formalistas. Más allá de esta gran división existen, por supuesto, divergencias entre la sociología del derecho de distintas épocas, pero estas discrepancias aparecen como menores frente a la posición de muchos juristas antiguos y modernos que niegan campo de acción a la sociología, y que abarcan una amplia gama desde los que simplemente la desconocen, hasta los que le atribuyen reducidos campos o tareas ajenas, pero en un caso u otro, subordinados al derecho.

### ***Ciencia del derecho y sociología del derecho.***

1.4.1. Deberemos comenzar, entonces, por señalar las discrepancias y oposiciones que han existido entre la visión tradicional del derecho y las posiciones que ya desde antiguo aparecen como "sociologizantes", aunque no se llamaran de esa manera sino "históricas" o dirigidas al "espíritu" de las leyes.

1.4.2. Afirmamos más arriba que si bien la denominación de nuestra disciplina tiene un siglo escaso, los problemas básicos fueron identificados mucho antes. Sin necesidad de remontarnos a Aristóteles, existen dos figuras modernas, Montesquieu desde la teoría política y Savigny, desde la jurídica, que señalaron algunos aspectos básicos de la rama que nos ocupa. Y es precisamente en estos comienzos que deberemos buscar el tardío desarrollo de las concepciones, aparte de la identificación de los problemas básicos. No es casual que las grandes polémicas en torno al derecho hayan tenido, desde el siglo pasado, el tema de la codificación como centro, esto es, el derecho positivo y su significado. Y más allá de las ideas de Savigny y su circunstancial oposición a la codificación alemana, la demora de la sociología del derecho en afirmarse provino, según estimamos, del triunfo de una ciencia del derecho de corte dogmático, y la consiguiente resistencia a todo lo que mentara un derecho "vivo" o flexible. En esto el normativismo de Kelsen, y su victoria en la polémica que sostuvo con Erhlich fue un elemento adicional en el desprestigio de las posiciones sociológicas del derecho, por lo menos en los países del llamado "sistema continental", hasta bien avanzado el siglo presente.

1.4.3. El impulso codificador, desde mediados del siglo XVIII, se vio incentivado por los Estados nacionales y la centralización burocrática, frente a la vigencia y aplicación de los fueros provinciales y el derecho común. Las doctrinas racionalistas fueron el origen filosófico de estas concepciones que pretendían fijar el derecho con certeza, y englobarlo en leyes claras y concretas, que pudieran prever todas las soluciones. De este modo la ciencia del derecho se

---

7 Sociología y jurisprudencia, en la "La sociología del Siglo XX" p. 271

configuró como una ciencia dogmática; según escribe Elías Díaz, la norma para el jurista es un dogma, en el sentido del profundo respeto que le inspira<sup>8</sup>. Y el indiscutido fundamento de este respeto es la seguridad jurídica, la certeza del derecho constituida en valor fundamental de la sociedad democrático-burguesa, basada en principios cuya vigencia hizo posible el mundo capitalista moderno: no puede existir contrato, sin respeto a la palabra empeñada, pero sancionada por el Código Civil que lo declara "ley para las partes": la costumbre no es suficiente, o no lo parece. Tampoco puede haber transacciones sin la seguridad de obtener el resarcimiento en caso de incumplimiento (seguridad más supuesta que real), y del mismo modo se supone necesario un derecho penal claro y concreto en sus tipos, que permita por anticipado a las personas conocer las conductas prohibidas para ajustar su actuar a los patrones normativos aprobados, o de lo contrario atenerse a las inexorables consecuencias de su conducta. Desde ya que esta "inexorabilidad" no es más que una expresión de deseos, en cualquier sistema jurídico.

Frente a ello, las disquisiciones de corte sociológico-jurídico podían parecer disolventes y contrarias a los principios rectores del actuar social, al sugerir que no toda norma válida es eficaz (o peor aún, que muchas normas válidas no son cumplidas por la mayoría), que tampoco las conductas son linealmente determinadas por el derecho, aunque lo aparenten, por la presencia de un derecho "libre", "no oficial" que se justifica a la luz de otros sistemas normativos (no jurídicos en sentido formal). Todo ello debería ser catalogado de "conductas ajenas al derecho", no aprobadas, o antijurídicas si fueran contrarias a la conducta prescripta, y en todo caso posiblemente peligrosas para la idea que debe tenerse sobre la función del derecho como instrumento de control social.

1.4.4. Podría estimarse que partir hoy de la posición de Kelsen para un análisis del concepto de sociología del derecho es volver a etapas anteriores de la relación entre derecho y sociología, en virtud de la importancia cada vez mayor que se le atribuye a las fuentes extra legislativas frente a las tradicionales de las normas jurídicas, en un marco que parece no tener mucho espacio para los dogmas del positivismo jurídico.

Sin embargo, como trataremos en futuras publicaciones de analizar la teoría desde un punto de vista histórico, no estará fuera de contexto partir de un autor cuya precisión e importancia en la teoría jurídica a partir de su formulación de la ciencia del derecho —aquella que "prescribía describir", según las acertadas palabras de Bobbio— produjo el enfrentamiento con iusnaturalistas y sociólogos y fue criticado por ambos grupos, no siempre con razón.

1.4.5. Desde otro punto de vista, y no obstante los avances de las perspectivas sociológicas, no está tan lejos el tiempo de la dogmática jurídica como teoría imperial del derecho, ni son tan brillantes los avances de la sociología del derecho como algunos entusiastas suponen. Creo que en muchas oportunidades es necesario volver nuevamente al abecedario de esta ciencia, para afirmarla en oposición a los teóricos del derecho que tanto desde la teoría general como desde algunas ramas en particular, la desconocen y la menosprecian.

1.4.6. En casi todos los países de los que puede recibirse información jurídica existen juristas con orientación sociológica en las diversas ramas usuales del derecho. Pero esto no debe llamar a engaño sobre la superación de una dogmática jurídica, sino que debe rescatarse la posibilidad de clarificar los roles de sociólogos y juristas, de modo que la interdisciplina sea posible, con respeto por ambos, que es precisamente lo que se negó en los comienzos.

Parto, pues, de la clásica posición de Kelsen en la Teoría General del Derecho y del Estado, con el convencimiento que tal postura es compartida hoy por muchos juristas, incluso más que el autor mismo a la luz de trabajos posteriores. Es sabido que no existe acuerdo pleno en muchos de los puntos tratados por Kelsen, y su posición respecto de la sociología no es una excepción. Sin embargo, de la lectura de la obra mencionada parece surgir una visión manifiestamente adversa, no sólo frente a los excesos de la llamada "jurisprudencia sociológica" (Holmes, Cardozo), y a los errores atribuidos a Erhlich, sino también a la constitución de una sociología del derecho independiente. Parece sólo rescatar la posición

---

<sup>8</sup> Sociología y filosofía del derecho, pág. 70.

sociológico jurídica de Max Weber, que, no obstante su trascendencia en el campo sociológico general, es uno de los autores destacados del período analítico que menos margen para la acción de una sociología del derecho reconoce, por la dependencia que, al igual que Kelsen, atribuye a esta disciplina respecto del derecho. Señalo al respecto la crítica de Gurvitch a Max Weber, por las excesivas concesiones que hace a favor de las ciencias dogmáticas normativas, que supone aceptar una "suspensión en el aire" de los sistemas normativos jurídicos<sup>9</sup>. Volveremos sobre este tema oportunamente.

1.4.7. Al criticar la posición sociológica de Erhlich (para el cual es enteramente obvio que cada hombre vive en innumerables relaciones jurídicas, y que cumple los mandatos de modo voluntario, sin que la coacción les pase por la cabeza), Kelsen argumenta que si bien es cierto que los individuos sometidos al orden jurídico no ajustan únicamente su conducta a este orden porque quieren evitar sanciones, esta afirmación no es inconciliable con la que sostiene que la coacción es un elemento esencial del derecho. Lo que ocurre, según Kelsen, es que la doctrina del "orden coactivo", no se refiere a la conducta efectiva de los individuos sometidos al orden jurídico, sino a éste mismo orden, a la circunstancia de establecer sanciones y sólo por este hecho: es decir, por constituir una "técnica social específica" que lo distingue de otros órdenes sociales.<sup>10</sup>

En este aspecto no puede haber discrepancias, y la crítica según la cual el derecho es un fenómeno social y que como tal no puede ser estudiado abstrayéndolo de la sociedad, a menos que se convierta en un "estéril y vacío formalismo", peca no de sociológica, sino de sociologista. El tema de la validez del derecho no excluye que pueda en otro lugar, con otro método, estudiarse la realidad social del mismo, pero esta posibilidad no invalida que se concrete un estudio del primer tipo, y que tenga utilidad.

1.4.8. Como bien señala Bobbio, no tiene ningún sentido reprochar a la teoría pura del derecho el ser formal, si es cierto que su propósito es el de describir, y sólo el de describir, los elementos formales de la realidad jurídica, prescindiendo conscientemente del contenido. La teoría pura del derecho no es una investigación formalista, sino pura y simplemente formal<sup>11</sup>.

Pero a continuación de párrafo anteriormente citado, Kelsen agrega: "Si un individuo se abstiene —contra su impulso instintivo— del homicidio, del adulterio o del robo, porque cree en Dios y se siente ligado por los Diez Mandamientos, no porque tema el castigo que ciertas normas jurídicas enlazan a esos delitos, las normas jurídicas resultan, por lo que a él toca, completamente superfluas. No teniendo eficacia ni siquiera las podemos considerar, desde un punto de vista psicológico social, como existentes en relación con tal persona. Si caracterizamos la conducta humana desde el punto de vista de sus motivos, el comportamiento de tal individuo no sería un fenómeno jurídico, sino religioso, y su estudio no correspondería a la sociología del derecho, sino a la de la religión".<sup>12</sup> Si ignoramos que lo que distingue al derecho es el hecho de que regula la conducta humana por medio de una técnica específica, y lo definimos simplemente como orden y organización, y no como orden (o organización) coercitivo, perderemos la posibilidad de diferenciarlo de otros fenómenos sociales e identificaremos al derecho con la sociedad, y la sociología jurídica con la sociología general, sostiene. Este es el error que atribuye a muchos sociólogos juristas, y especialmente a Erhlich.

Al fundar la crítica a este autor, cita párrafos que sostienen que el derecho es la norma o complejo de normas de acuerdo con los cuales los hombres efectivamente se conducen, y que es una organización, es decir, una norma que asigna a todos y a cada uno de los miembros de la asociación su posición dentro de la comunidad, ya sea de dominación o de sujeción. Kelsen argumenta que esta definición del derecho como organización no es del derecho sino de la sociedad. Si no se distingue que "la asignación de posiciones" lo hace el derecho por medio de una técnica específica (el acto coactivo) no podemos diferenciar el orden jurídico de otros órdenes sociales.

<sup>9</sup> La teoría del derecho y sus críticos, en Contribución a la Teoría del derecho, pág. 134.

<sup>10</sup> Kelsen, Teoría general del Derecho y del Estado, pág. 29/30.

<sup>11</sup> La teoría del derecho y sus críticos, en Contribución a la Teoría del derecho, pág. 134.

<sup>12</sup> Kelsen, op. cit. pág. 30.

1.4.9. Puede admitirse con Bobbio que es posible detectar una evolución posterior de este pensamiento, sobre la base de críticas sociológicas admitidas, de modo que en definitiva Kelsen moderó su rigidez inicial. Sin embargo, por el hecho de que muchos juristas —y jueces— aceptan la tesis que surge de las ideas antes transcriptas, merece un análisis algo mayor.

Desde ya que no puede discutirse la posibilidad de definir al derecho por su carácter de orden coactivo, ni pedir que la ciencia del derecho estudie obligatoriamente "conductas" efectivamente realizadas por los hombres, y no normas. Pero otra cosa es la posibilidad de realizar una sociología del derecho que no incluya la distorsiva imagen del derecho atribuida a Erlich, sino que, al lado del concepto de derecho históricamente aceptado por la ciencia del derecho, incorpore los fenómenos que junto con las normas jurídicas influyen en las motivaciones de los hombres para regir sus conductas. La sociología del derecho no puede definirse a partir de condicionamientos férreos sobre los fenómenos que va a considerar, presupuestos por otras ciencias sociales.

1.4.10. Cuesta ver a Kelsen en otra posición que la de opositor a la sociología del derecho creada como ciencia independiente, a la luz de la obra considerada. No obstante su valorización del análisis sociológico, pretende una dependencia respecto del concepto de derecho por él afirmado que no tiene por qué ser reconocida más que como el concepto elaborado por la ciencia del derecho sobre este "orden coactivo".

Al comentar y criticar la posición de Holmes y Cardozo, Kelsen rechaza la idea de que el derecho sea la predicción de la conducta futura de los tribunales y sostiene que decir a una persona "es improbable que lo castiguen" no equivale a decirle: "Usted no estaba obligado a abstenerse de matar"<sup>13</sup>. "La existencia del deber es la necesidad legal, no la probabilidad fáctica de una sanción". De ello concluye que la información jurídica sería dada por el abogado en el segundo caso, no en el primero<sup>14</sup>.

Si esto es aceptable para la ciencia del derecho, debe preguntarse por qué debería también serlo para la sociología del derecho. Si no obstante la presencia de la norma jurídica que dispone que en tal supuesto deberá ser sanción, el tribunal no aplica dicha norma (por falta de habilidad, corrupción o cualquier otro motivo), por qué causa no debería ser estudiado este hecho social, vinculado al derecho y con otros sistemas normativos, por la sociología jurídica?

Kelsen, preocupado por fundar la ciencia del derecho sobre bases firmes, fue más allá de lo que requería esa necesidad, en detrimento de la sociología jurídica. "A fin de predecir lo que los tribunales habrán de hacer, la jurisprudencia sociológica<sup>15</sup> tendría que estudiar la conducta "real" de estos con la mira de obtener reglas "reales" que efectivamente determinan su comportamiento. Parece enteramente posible, a priori, que estas reglas generales abstraídas por la sociología de la conducta real de los tribunales, sean muy diferentes de las normas generales creadas por la legislación y la costumbre... Puede suceder que, de acuerdo con las reglas reales establecidas por la sociología, los tribunales revelen un comportamiento totalmente distinto del que deberían observar de acuerdo con las reglas "escritas sobre el papel", que la jurisprudencia normativa representa". Sin embargo, observa Kelsen, este no es el caso, porque la jurisprudencia normativa (o ciencia del derecho) afirma la validez de una norma, o lo que es lo mismo, su existencia, únicamente cuando el precepto pertenece a un orden jurídico que, considerado en su totalidad, es eficaz, o sea cuando las normas de éste son, en la mayoría de los casos, obedecidas por los sometidos al propio orden... Los preceptos que la jurisprudencia normativa considera válidos, son normas ordinariamente obedecidas o aplicadas..."<sup>16</sup>. Por lo tanto, la pertenencia de un precepto a un orden jurídico eficaz implica a su vez la probabilidad de que el órgano aplique realmente la sanción. En las condiciones en que, de acuerdo con la jurisprudencia sociológica, los tribunales realmente se conducen de

<sup>13</sup> Kelsen, op. cit. pág. 199.

<sup>14</sup> Kelsen, op. cit. loc. cit.

<sup>15</sup> Suele entenderse que la jurisprudencia sociológica pretendía sustituir a la ciencia del derecho como única disciplina científica para analizar el objeto derecho. Por lo tanto no debe ser confundida con la sociología del derecho, que carece de tal pretensión.

<sup>16</sup> Kelsen, op. cit. pág. 202.

cierta manera y habrán de conducirse probablemente en el futuro, deben los mismos conducirse de igual modo de acuerdo con la jurisprudencia normativa<sup>17</sup>.

1.4.11. Existen varias objeciones que pueden formularse a este razonamiento de Kelsen. En primer lugar la efectividad del "orden jurídico en su totalidad" no es más que una gruesa hipótesis de la sociología del derecho, de escasa utilidad. A ésta le interesa no "la totalidad" sino cada instituto normativo en particular, y cada norma —si cabe— dentro de él. No se trata de argumentar que si el orden jurídico es válido los tribunales se comportarán del modo prescrito por las leyes; salvo que afirmemos (afirmación muy general, y de escaso valor instrumental) que el "orden jurídico" es válido porque una gran cantidad de normas se cumplen por una gran cantidad de personas, o no lo es porque una parte (no sabemos cuántas) no son efectivamente acatadas.

Afirmaciones de este tipo le servirían de poco a la sociología del derecho, cuyos intereses son más minuciosos en cuanto al acatamiento a las normas. ¿Son, por ejemplo, las normas procesales vinculadas a la prueba de testigos cumplidas por los tribunales? ¿Se cumple el principio de inmediación en los Juzgados de determinado fuero? ¿Castigan los jueces la emisión de cheques sin provisión de fondos? Cuántos incumplimientos y por parte de cuántos funcionarios y particulares hacen a un orden jurídico "inválido"? La sociología del derecho considera y acepta que existe un orden jurídico que se aplica generalmente, o puede rechazarlo. En ambos casos se trata de hipótesis de trabajo. Aun reconociendo que difícilmente se optará por la segunda alternativa, en la primera, luego de señalar esa idea, el trabajo comienza por investigar la medida del cumplimiento en el instituto que específicamente interese al investigador, ya que por descontado no podrá abordar el "orden jurídico" en su totalidad y proponerse semejante tarea. Para llegar a comprobar los casos en que se cumple o no se cumple, sus causas y sus consecuencias, tendrá necesariamente presente, como dato (hecho social) los análisis que formulan los juristas sobre estas instituciones.

1.4.12. Kelsen combatía la jurisprudencia sociológica de Holmes y de otros autores del llamado *realismo jurídico*, por su pretensión de ser la única ciencia jurídica posible, y como tal, sustituir a la llamada jurisprudencia normativa, esto es, la que Kelsen proponía. Dicha actitud distingue claramente a estos autores, como veremos, de los sociólogos del derecho, que no pretenden un monopolio ni una exclusión, y que nada tienen que objetar a la construcción de una teoría normativa, salvo la advertencia a muchos operadores del derecho, de que la creencia tan firme en la "existencia normativa" lleva a alejar de la realidad social, en ocasiones de un modo excesivo aun para los que no poseen inclinación sociológica.

Sin embargo, aun reconociendo que la pretensión de la jurisprudencia sociológica era excesivas las críticas de Kelsen también lo fueron por atacar el punto de vista sociológico en lo que podía tener de independiente. "Lo que la jurisprudencia sociológica predice acerca de lo que los tribunales decidirán en el futuro, escribe Kelsen, la jurisprudencia normativa lo presenta como lo que los mismos tribunales tienen el deber de decidir". Si no hay norma preexistente, el tribunal está facultado de acuerdo con la jurisprudencia normativa, para crear nuevo derecho; pero la jurisprudencia normativa no puede establecer de antemano en qué forma un determinado caso concreto será resuelto por el juez. La jurisprudencia sociológica tampoco puede hacerlo por la misma razón que no puede predecir qué leyes serán expedidas por el legislador<sup>18</sup>.

1.4.13. Frente a la posibilidad de eliminar a la ciencia del derecho, Kelsen opone la subsunción del punto de vista sociológico al jurídico. Esto no respeta la realidad ni las posibilidades de la sociología, aunque es cierto que para la época en que Kelsen escribía, no existían investigaciones empíricas que valorizaran el nuevo punto de vista.

En realidad la sociología del derecho podría (de acuerdo con las hipótesis que pudiera probar) afirmar la probabilidad de la forma que resolverá un juez, y ello sin acudir necesariamente al "derecho consuetudinario", sino precisamente a los órdenes que Kelsen excluía de la sociología del derecho, y que resultan imprescindibles en una consideración

<sup>17</sup> Kelsen, op. cit. loc. cit.

<sup>18</sup> Kelsen, op. cit. pág. 205.

sistémica del fenómeno jurídico: normas de todo tipo que prevalecen, o se hallan en conflicto, o modifican, o son modificadas por las normas de derecho positivo o consuetudinario. No debe olvidarse que el derecho es sólo un subsistema del sistema de control social, y que permanece en relación funcional con los restantes, lo que significa no sólo ajuste, sino desajuste posible en el sistema total.

1.4.14. De acuerdo con su criterio de relegar a "sociologías especiales" como la de la religión, a los restantes conjuntos normativos del sistema de control social, Kelsen, deja de lado hechos sociales insusceptibles de ser marginados por la sociología, en cualquiera de sus ramas, no sólo por constituir la realidad social un conjunto de relaciones, sino por la razón más específica dada más arriba: el sistema jurídico de control social significa poco en su aplicación real si no se estudian sus relaciones con los restantes, sean éstos formales o informales. La afirmación de una postura "científica" de la ciencia del derecho (que puede aceptarse o rechazarse de acuerdo con la posición que asuma el jurista), no es más que un dato de la realidad para el sociólogo, no un postulado metodológico. Le servirá, seguramente, para fundar algunas hipótesis sobre la ideología científica de jueces y juristas, pero no para condicionar en un marco de acero sus propias posibilidades.

1.4.15. Otra cosa es decir, como también sostuvo Kelsen, para la época en que escribió su Teoría General del Derecho y del Estado, que la investigación de la causas por las que un orden jurídico es generalmente eficaz constituye un importante problema sociológico que no puede resolverse por el estado de la ciencia<sup>19</sup>. El hecho de que no hubiera existido, como dice, descripción alguna de un ordenamiento jurídico realizado a la luz de la sociología (lo que era cierto) no invalidaba para el futuro esa posibilidad, que con toda claridad dicho autor negaba.

Los límites que se quieren poner entre el derecho como orden social coactivo y el derecho como fenómeno social, pueden eventualmente servir para los objetivos de la ciencia del derecho, pero no para los de la sociología del derecho, cualquiera sea ésta. El fenómeno jurídico no se agota en la descripción del derecho, según han afirmado numerosos autores de nuestra materia, con el agregado de que indicar lo que "debe ser cumplido" y que "en general es eficaz" no aporta luz alguna a los problemas que pretende investigar la sociología. Si se limita tanto el sentido de lo jurídico, seguramente no valdría la pena hacer sociología del derecho, pero si tiene algún valor el hacerlo, es porque la ciencia del derecho (entendida como más arriba se indicó) no da más que descripciones de lo que "debe ser", sus contradicciones lógicas y las posibles soluciones teóricas a los posibles conflictos interpretativos, o a los casos no previstos, con el agregado de lo que algunos tribunales han resuelto en oportunidades concretas. No nos dice en general nada sobre lo que hacen los particulares con ese derecho, con los casos que no llegan a los tribunales —que son la mayoría de los implicados en temas jurídicos—, ni con las instituciones de escasa o nula aplicación (como entre nosotros la factura conformada, el derecho real de uso y habitación, etc.) ni con las soluciones tan ampliamente fundadas en el orden jurídico que podrían considerarse también ajustadas a otros ordenes válidos, que suministran soluciones o criterios más cercanos a los aplicados en concreto por los jueces que el derecho invocado. Un tratado de derecho no nos dice en general porqué una fórmula legislativa toma un sentido diferente con el tiempo, que se aleja de la idea y del pensamiento dominante en la época en que fue sancionada, para llegar a veces a invertir el sentido y decir lo contrario de la inicial interpretación<sup>20</sup>. Esta explicación no puede tener otro fundamento que el de las ideas prevalecientes sobre el derecho en la época de la sanción, y las ideas diversas sobre el mismo derecho en épocas posteriores. Estas opiniones se modifican por la influencia de los restantes órdenes normativos internalizados por los operadores jurídicos; si se trata de un juez, podrá no prestar mucha atención al "verdadero sentido de las palabras de la ley" ni a la opinión concordante del legislador expuesta expresamente. Suele leerse en los tratados de derecho que ni las notas del codificador, ni las exposiciones de motivos, ni el debate legislativo son parte de la ley o del derecho. La sociología del derecho puede entender que dichos fundamentos expresos de un sentido atribuido a la ley (verdadero sentido auténtico) pueden ser expresamente ignorados por el juez en el acto real y concreto

<sup>19</sup> Kelsen, op. cit. pág. 207.

<sup>20</sup> Observación de Levy Bruhi, H. Aspects sociologyques du droit, pág. 23.

de dictar su fallo, con el fin de imponer sus propias opiniones y criterios. Esto aun en el caso que los citados antecedentes sean tan claros que no dejen casi lugar a dudas, o no la dejen en absoluto, sobre los supuestos tenidos en mira al legislar y sobre la solución prevista. Frente a una situación como la antedicha, el juez puede (y de hecho carece de impedimentos en llevarlo a cabo) hacer prevalecer otro sistema normativo, y de este modo interpretar el "verdadero sentido de la norma" en el caso. De este modo —y de muchos otros— las mismas leyes tienen sentidos y contenidos casi infinitos, y es así como tanto el juez del sistema de derecho continental como el del "common law" tienen las manos mucho más libres de lo que la ideología jurídica suele reconocer.

1.4.16. La sociología como ciencia busca la relación y explicación de los hechos sociales, además de su descripción. Para esto es necesario utilizar como objeto "hechos sociales" que en hipótesis aparezcan vinculados, no aislarlos en compartimientos estancos. Una "sociología pura del derecho", si se entiende por tal la que sólo toma normas jurídicas sin relacionarlas con otros órdenes del sistema de control social, tendría muy bajo poder explicativo y posiblemente una nula utilidad.

La explicación se puede obtener relacionando el orden jurídico con aquellos otros que Kelsen relegaba, fundadamente (o sin fundamento, de acuerdo con la posición que se pueda tener en teoría del derecho) pero sin razón alguna para el sociólogo del derecho.

No es necesario negar la posibilidad o la validez de construir una teoría pura del derecho al estilo kelseniano para hacer sociología del derecho; sólo se irata de deslindar los órdenes válidos: no sólo es válido lo jurídico, sino también la religión o las costumbres. Y aun frente al rechazo que pueda producir, no sólo puede considerarse válidos los altos designios de quien se rige y actúa por elevados valores religiosos (o la mayoría de la comunidad, si así dice y practica su vida cotidiana), sino también las costumbres corruptas o degradantes de una comunidad que las hace prevalecer a todo trance sobre el derecho o sobre la religión. Para un científico del derecho las actividades de la mafia serán simplemente antijurídicas; para un sociólogo del derecho, que funda sus ideas en los criterios de legitimidad (y no solo de legalidad), una comunidad con un fiel cumplimiento del "pacto de silencio", antepone sus costumbres al derecho, y el modo como se practica (o se deja de practicar) éste sólo se entiende a través de las arraigadas costumbres que ninguna norma jurídica puede desterrar. Si se trata de censurar, no existe problema en castigar o valorar negativamente a tales comunidades. Si se trata de explicar, el tema es más delicado y complejo, y en esa complejidad radica precisamente el hecho de que es fácil calificar, pero mucho más difícil aplicar las normas jurídicas en un medio hostil, de lo que da buen ejemplo las comunidades beneficiadas o dependientes económicamente del narcotráfico, o las que hacen buen negocio de la actividad mafiosa.

Volvamos al caso del juez, y supongamos que por odio racial condena sistemáticamente a los miembros de la "raza" que desprecia, buscando en cada caso fundamento jurídico formalmente suficiente. Se podrá decir, desde la ciencia del derecho, que se ajusta al orden jurídico y que sus motivaciones inconfesadas son ajenas al derecho. Sea eso correcto o no lo sea, desde la perspectiva jurídica, es en la dilucidación de los fundamentos de su conducta donde comienza el trabajo sociológico atribuible a la sociología especializada del derecho, ya que se trata de una conducta aparente y manifiestamente orientada por el derecho, sin perjuicio de que, por tratarse de hechos sociales que se fundan en prejuicios, pueda sostenerse que la ciencia de[ derecho carece de categorías para analizarlo, o que no es de su incumbencia.

1.4.17. El fenómeno jurídico no se agota en la descripción del derecho positivo válido o genéricamente eficaz. Puede extenderse mucho más allá de ese campo, como lo hace Carbonnier, para el que "fenómeno jurídico" (objeto de la sociología del derecho), son tanto los primarios —llamados así por su generalidad, como la ley o sentencia— como los secundarios —determinados en parte por éstos, ya que la causalidad es fragmentaria, y existen concausas variadas<sup>21</sup>. También existen para este autor juicios fundados en criterios generales de amplia

<sup>21</sup> Carbonnier, Sociología Jurídica, pág. 91/92

interpretación, juicios intuitivos, prácticas *contra legem* institucionalizadas, toleradas o no sancionadas: de nada sirve tildar de antijurídica una generalizada evasión institucionalizada, sin determinar las causas sociales que la justifican y la consideran conducta aceptable socialmente<sup>22</sup>.

1.4.18. Bobbio define la ciencia del derecho como el estudio de los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico<sup>23</sup>. Sin embargo "los procedimientos intelectuales" son datos culturales; hoy se interpreta y concilia de un modo, ayer de otro. Su análisis, en consecuencia, también puede ser propio de la sociología del derecho, y de la historia del derecho. Para deslindar los campos, preferible es decir que lo que constituye la ciencia del derecho se ocupa de la ley, como resultado real. El procedimiento intelectual por el cual el legislador, o este o aquél tratadista ha llegado a concretar su obra, es un dato histórico y cultural, y debería aceptarse como propio de la sociología jurídica.

La definición de Bobbio deriva de considerar al lenguaje jurídico como lenguaje cerrado, en cuyo caso los procedimientos intelectuales estarían prescriptos por el mismo ordenamiento. Cuestionado ese carácter del lenguaje jurídico, como lo hemos hecho, la definición de ciencia del derecho en los términos antes vistos resulta inadecuada. Sobre este tema volveremos un poco más adelante; baste por ahora señalar que para la sociología ningún sistema es cerrado (ni siquiera el del lenguaje jurídico), porque por definición de sistema social, toda unidad que responda a esas características (social) se encuentra en intercambio permanente con otros sistemas mayores o menores.

### **La creación del derecho y la dogmática jurídica.**

1.5.1. Uno de los temas que no presenta unanimidad en la teoría jurídica es si para la teoría pura del derecho existía posibilidad de creación del derecho por los tribunales<sup>24</sup>. Podemos prescindir de este análisis, sin perjuicio de señalar, con Bobbio, que en general son formalistas y normativistas los defensores de la función meramente interpretativa de la jurisprudencia, y los partidarios del llamado "derecho libre" son sociólogos y realistas. Una nota cabría a esta afirmación: no se trata de "defensores" sino más bien de observadores, si no de un "derecho libre", de la libertad de los jueces en su. tarea cotidiana.

Tampoco creemos que se trate de un debate entre "certeza" y "equidad". No es que los sociólogos sean defensores de lo segundo, si se supone (y debe suponerse, pues es la función de esta ciencia) que su función es observar cómo se aplica el derecho. De la observación podría surgir que la discrecionalidad interpretativa practicada por un grupo de jueces no representara la equidad, sino, como sostienen algunos formalistas, la arbitrariedad. Sin perjuicio de ello los sociólogos, tanto como los juristas, no pueden desprenderse de sus valores y tienen hoy más conciencia de su compromiso y de su imposibilidad de tomar partido que antaño. Pero este compromiso, según hemos sostenido, no equivale a ceguera y a vincular estrechamente observación con valoración<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> La aprobación social de la evasión fiscal en Argentina ha sido muchas veces mencionada como una de las causas de la dificultad de su control. Esto ocurre toda vez que la legitimidad legal no coincide con la legitimidad social, o, en otras palabras, cuando los valores presupuestos por la ley no son coincidentes con los valores entendidos, sentidos y aplicados por los particulares alcanzados (presuntamente) por la norma. La eficacia de dichas normas (que se aplican y sancionan cuando es posible detectar al evasor) no obsta a la presencia de un fenómeno jurídico que debe ser estudiado por la sociología con apoyo en la historia social. Al respecto, véanse los interesantes párrafos de Juan Agustín García en "La ciudad indiana" respecto de las fortunas coloniales y su ocultamiento de la voracidad fiscal. También podría realizarse similares aseveraciones sobre la lucha contra el tráfico de drogas en países que dependen del cultivo de los vegetales que las producen para sostener su economía, o la lucha contra la mafia en sociedades para las que cumple funciones positivas en los grupos que la aceptan como legítima.

<sup>23</sup> Contribución... pág. 99.

<sup>24</sup> Conf. Bobbio, La teoría pura del derecho y sus críticos, en Contribución... pág. 139.

<sup>25</sup> Conf. nuestro trabajo "Las dimensiones de la teoría social", cit.

### ***El papel de la ciencia del derecho.***

1.6.1. Los juristas discrepan también sobre el papel que cabe a la ciencia del derecho. Señalemos incidentalmente que la metajurisprudencia (reflexión crítica sobre la ciencia del derecho) puede ser considerada prescriptiva en la posición de Kelsen, a condición que se entienda que "prescribe describir", esto es, que el jurista no debe tener una función política o ideológica, y debe ser indiferente a los valores, como científico. En la actualidad la metajurisprudencia parece tender a estudiar la labor de los juristas tal como es, y con independencia del hecho de que los juristas tengan conciencia de ello. La lógica de la verdad sería reemplazada por la lógica de la opinión<sup>26</sup>, de modo tal que se entendería que no es posible prescindir de tomar posición frente a lo que se observa, y por lo tanto, no puede dejarse de prescribir.

Una metajurisprudencia así concebida sería más útil a la sociología que aquélla que pretende negar la función política del jurista. Pero de todos modos, esa es una función propia de la sociología del derecho, más desarrollada que la metajurisprudencia concebida como indicamos más arriba. Como dato para el sociólogo del derecho, el tratado no nos da mucha información sobre lo que hacen en concreto los jueces, legisladores y particulares, ni sobre los órdenes normativos que rigen las conductas. Podría considerarse, como propuso Kelsen, propio de la sociología de la religión la orientación por un orden normativo religioso de la conducta de particulares y jueces, propio de la sociología de la cultura, o del conocimiento, las sentencias fundadas en prejuicios o ideologías (en el sentido marxista estricto, o amplio). Pero, lo reiteramos una vez más, la sociología no ha crecido por la fragmentación de sus ramas, ni por la especialización minuciosa, sin consideración de los fenómenos sociales como totalidad. Nada se logra marginando los fenómenos jurídicos de otros órdenes normativos que los expresan y modifican. En páginas anteriores hemos dado el ejemplo del juez prejuicioso que falla de acuerdo con los dictados del odio racial; podríamos haber dado el caso opuesto del juez que, con acendrado fervor religioso orienta una sentencia de derecho de familia, formalmente fundada en la ley, en los principios de su religión. La relegación del estudio del caso a la sociología de la religión, o del otro a la sociología de la cultura, hace olvidar que los que así han fallado lo han hecho desde una organización judicial, con potestad jurídica otorgada por la ley, y con pretensión de que su mandato sea obedecido en virtud de esa potestad (legitimidad legal). Esto es tema de la sociología del derecho (y del control social), aunque para entender la conducta de esos jueces deba recurrirse no sólo a la sociología de la religión y de la cultura, sino de la estratificación social (por ejemplo, para determinar la clase social de origen del magistrado, que nos permite conocer mucho de sus convicciones religiosas y prejuicios, así como la de los destinatarios del fallo).

1.6.2. Volvamos a Kelsen. Para él, el derecho existe en la mente de los hombres como un conjunto de normas válidas, y sólo refiriendo tal comportamiento al derecho, concebido como sistema de normas válidas, es decir al derecho tal como lo define la ciencia del derecho, es capaz la jurisprudencia sociológica de distinguir su objeto específico del de la sociología general; y sólo en virtud de esa diferencia es posible distinguir sociológicamente la conducta legal de la conducta ilegal, y establecer una diferencia entre el Estado y una partida de bandoleros<sup>27</sup>.

La distinción entre conducta legal e ilegal es propia de la ciencia del derecho. Pero la sociología se interesa, tomando como dato que es lo que la ley considera jurídico o antijurídico, también por las causas por las cuales algunos hombres llaman "legal" a algunas conductas ilegales, y lo contrario. De este modo, puede inquirir válidamente por qué se llama "partida de bandoleros" a un grupo que no parece ajustar su accionar a esa caracterización legal, o más generalmente, por qué no se cataloga de ese modo a muchos de los que organizadamente infringen la ley. Puede preguntarse (y tratar de contestar) sobre los motivos por los que la ley penal alcanza de modo diferencial a unos y a otros, y qué fundamentos sociales existen para tales diferencia, de las que resultan que aparentemente el orden jurídico

<sup>26</sup> Bobbio, pág. 208.

<sup>27</sup> Kelsen, op. cit. pág. 211

es "parcialmente válido" según estratos, sectores, o actividades a los que alcanzan los que aplican una u otra versión de la ley. Podrían agregarse otros supuestos, tales como los atinentes a las épocas en que se llaman legales o ilegales las conductas, a partir de similares textos legales, o de un ordenamiento jurídico invariado. Podría preguntarse quién define y por qué define de un modo o de otro, y quiénes son los definidos como delincuentes o merecen sanción de algún tipo (sean concubinos, drogadictos, subversivos, o los rótulos que fueren), en distintos momentos, con las consecuencias que estas estigmatizaciones variables tienen socialmente<sup>28</sup>.

1.6.3. A la sociología le parece claro desde época muy temprana que bajo un mismo "orden jurídico válido por ser generalmente eficaz" se ocultan innumerables fenómenos sociales vinculados al que lo aplica, a quién es aplicado, a los que lo eluden, a los momentos específicos en que se resuelve hacerlo cumplir, etc. También reconoce los intereses específicos de legisladores y de partidos políticos en orden a la legislación, de los jueces, que no son una categoría homogénea de autómatas aplicadores de leyes matemáticas, sino personas con intereses y creencias cuya variedad puede ser acreditada, de una clase social de extracción, o de varias, y con objetivos específicos y no siempre concordantes, además de la mayor o menor habilidad que puedan tener para "subsumir hechos en normas jurídicas". Y se deja de lado, el hecho de que el derecho puede ser definido de modos muy distintos del propuesto por la teoría pura.

Lúcidos juristas han reparado desde hace tiempo en que no existe una sola ciencia jurídica, sino que existen tantas cuantas imágenes tiene el jurista de sí mismo y de su propia función en la sociedad<sup>29</sup>. A partir de esta realidad la sociología del derecho podría legítimamente, tomando estas definiciones como datos, tratar de explicar la relación entre sistemas sociales, o estratos e ideologías de los productores de teorías, con las condiciones de producción de esas teorías, investigación de sociología del conocimiento que no es patrimonio de las orientaciones marxistas.

1.6.4. Debe concluirse, por lo expuesto, que la sociología del derecho independizada científicamente de la ciencia del derecho es algo más que un tema accesorio: es el requisito ineludible para que la ciencia que nos ocupa sea posible. Las construcciones de la ciencia del derecho, y sus constructores, son datos (fenómenos jurídicos), del mismo modo que lo son los productores de la sociología jurídica. Si no se afirma este carácter independiente y amplio, no podrá avanzarse ni teórica ni empíricamente.

A partir de nuestro concepto no podrá distinguirse el contenido de lo que se ha llamado "sociología jurídica" (análisis de las normas) de lo que se denominó "sociología del derecho" (análisis de las causas, efectos, ocasiones de aplicación, incluido su desviación). El modo de considerar al derecho como sistema en relación con otras normas (o, si se quiere, como subsistema del sistema de control social), es una forma posible, no necesariamente incompatible, como se ha supuesto, con la consideración evolutiva o dialéctica —pero en todo caso histórica— del derecho. En un caso y en el otro (y ambas han sido las alternativas de la consideración del derecho por las ciencias sociales no jurídicas), se vincula al derecho con otros hechos sociales, concomitantes en el supuesto estructural funcional, histórico causal es en el otro. En ambos casos el derecho no se aísla del contexto social, y ambas consideraciones son útiles y necesarias a la hora de intentar una explicación social del fenómeno jurídico<sup>29bis</sup>.

Nuestras consideraciones previas pretenden un objeto amplio para la ciencia, y es además necesario para abordar el tema de la historia de las concepciones sociojurídicas, que nos ocupará en trabajos sucesivos. Una limitación excesiva de la definición marginaría

---

<sup>28</sup> Mucho de la criminología moderna (que posee un alto componente de sociología jurídica) se ocupa de este tipo de problemas, que habían sido identificados hace varias décadas tanto en Francia (con la obra de Tarde) como en Estados Unidos (con Sutherland y sus seguidores), hasta llegar a las posiciones más críticas que niegan el concepto mismo de desviación. Conf. Taylor y otros, "La nueva criminología", Tamar Pitch, Teoría de la desviación social.

<sup>29</sup> Bobbio, Derecho y Ciencias sociales, en Contribución, pág. 228.

<sup>29bis</sup> En igual sentido coinciden la mayor parte de los sociólogos jurídicos; respecto de una concepción amplia de la sociología jurídica, V. Carbonnier, op. cit. pág. 15.

doctrinas o teorías que merecen un lugar en cuanto apuntan al tema básico: el derecho como fenómeno social, y su relación con otros fenómenos sociales, lo que con lleva la idea de ponerlo en consonancia (o en disonancia) con todo lo que en la vida social constituye una guía manifiesta o encubierta de conductas, normas que deberán ser descritas y explicadas por el sociólogo, cuya función, una vez más será la de explicar racionalmente las conductas racionales, pero también las irracionales, de las personas.

1.6.5. La sociología general estudia roles (conductas) determinadas por ciertas posiciones sociales (estatus), que son necesariamente normativos. El estudio de las relaciones sociales es un estudio de expectativas condicionadas por distintos tipos de normas, congruentes o incongruentes entre sí. El derecho es una parte (y ni siquiera la más importante) de esos conjuntos.

### ***La destrucción del derecho, y la sociología.***

1.7.1. Puede ser útil en este lugar volver sobre el riesgo ya señalado desde antiguo por filósofos y juristas, respecto de la tácita propuesta del sociólogo del derecho de destruir todo derecho en cuanto norma, principio regulador de conductas o valoraciones.

Parece obvio que la ciencia no busca la destrucción de su objeto, aunque su intervención lo modifique. En este caso, la modificación que sobrevendrá podría ser el fin de un prejuicio: el de los juristas que estiman que el derecho, una vez creado, e aplica geoméricamente, a partir de fórmulas nítidas y que es posible el "pequeño milagro" de las fórmulas verbales logradas con esa precisión ineludible<sup>30</sup>. Si muchos juristas han observado que esto no es así, cualquier sociólogo, desde su óptica y a poco que indague en el fenómeno jurídico puede llegar a dudar con rapidez de la anterior afirmación.

La sociología no puede dejar de estudiar normas, aunque es cierta la afirmación según la cual el sociólogo contemporáneo presta menos atención a las normas que los clásicos<sup>31</sup>, y las estudia ya que toda conducta social recurrente es normada. Estudiar las conductas regidas por el derecho es para el sociólogo parte del estudio de sistemas compatibles o incompatibles, pero en todo caso, distintos de los mecanismos matemáticos sugeridos por los dogmáticos. Con razón dice Treves que "a veces se tiene la impresión de que lo que más importa al legislador no es tanto realizar los objetivos explicitados en las leyes, como el aprobar simplemente un texto en el que determinados ideales están proclamados de manera solemne"<sup>32</sup>. Y esta solemnidad de las proclamaciones más allá de las realizaciones es lo que surge primero a la vista del sociólogo.

1.7.2. Considerar esta afirmación como destructiva del derecho es propio de los que se consideran custodios de una concepción tutelar de la sociedad. La sociología, como cualquier ciencia fáctica, trata de mostrar lo que es en realidad; ni destruye las costumbres al estudiarlas, ni siquiera ha podido destruir muchos prejuicios (aunque sería uno de los buenos propósitos que podrían resultar de su divulgación). Respecto del derecho, solo puede incluir en el estudio a los que por medio de las tutelas que se atribuyen, presentan una determinada ideología sobre las normas jurídicas; pero, una vez más, no puede aceptar como un postulado que lo que se dice es el derecho de una sociedad, deba ser aceptado como la realidad misma del derecho. Esto debe ser en todo caso probado, y no puede vincularse a afirmaciones que distinguen entre imputación y causalidad y luego relegan el estudio de ésta a ramas ajenas o distantes al del sociólogo jurídico.

1.7.3. El tema de la destrucción del derecho aparece vinculado al del irracionalismo de algunas posiciones sociologizantes. Vernengo, por ejemplo, llama posturas irracionalistas a las que han hecho mayor señalamiento de las fuentes materiales que de las formales en la creación del derecho, imputa a algunas de estas posturas (por ejemplo la de Holmes) la propugnación de aumentar las facultades judiciales frente a una legislación liberal. En otro punto, señala que las

<sup>30</sup> Así, Soler, S. "Fe en el derecho", pág. 130 y 140, entre otras citas.

<sup>31</sup> Bobbio, Derecho y ciencias sociales, cit. pág. 237.

<sup>32</sup> Introducción a la sociología del derecho, pág. 170.

tendencias irracionistas invocan entidades tales como la tradición, el espíritu del pueblo, la raza, la conciencia política, la voluntad carismática del jefe político, etc.<sup>33</sup> y disimulan orientaciones políticas reaccionarias<sup>34</sup>.

Aunque sea históricamente cierto el fundamento de la posición de Holmes, y aunque también lo sea el irracionismo de muchas posiciones como la de Savigny, las debemos distinguir necesariamente de las que sustenta la sociología del derecho, pues de lo contrario nos encontramos con un puente de fácil acceso para la acusación a las posiciones sociológicas (a las que tanto Holmes como Savigny han aportado) de buscar la destrucción del derecho como ley racional y establecida voluntariamente.

1.7.4. La sociología del derecho no propone la necesidad de existencia de un "deber ser" irracional o costumbrista que deje a los jueces y operadores del derecho en libertad para hacer valer sus impulsos y creencias sobre la patria, la raza, o el verdadero espíritu del pueblo. No se propugna "dejar en libertad al juez" respecto de la norma jurídica, o, dicho de otra manera, no por sostener que en muchos casos el juez hace en realidad lo que quiere, y de hecho hace prevalecer sus ideas o prejuicios sobre la norma, esto sea correcto, valioso, y así debe ser aceptado, permitido o justificado. Lo que trata de lograr la sociología es entender racionalmente una realidad, sea esta racional o irracional.

El que escribe estas líneas, y muchos otros que comparten la tarea y la visión sociológica, desde el punto de vista de sus propias valoraciones considera inadecuada la dictadura de los jueces, y disvalioso que éstos, so pretexto de aplicar la ley, distorsionen términos claros y supuestos comúnmente aceptados. Pero esta creencia ideológica no le permite afirmar, sin pruebas, que si el juez debe aplicar la ley, entonces el juez aplica la ley. El que observa que la práctica concreta de los usuarios del derecho encubre la arbitrariedad y discrecionalidad con un aparente ajuste a la ley, no por ello tiene que coincidir con lo que observa; si al sociólogo de la marginalidad social nadie le imputa sostenerla por estudiarla, menos aún al sociólogo del derecho que ve la distancia entre derecho formal y real puede acusársele de destructor del derecho o de oscurantista; lo único que destruirá (si lo logra, lo que es bien dudoso, atento a la energía de los prejuicios) es la creencia en la operatividad de las llamadas fuentes formales. Si esto puede considerarse una exageración de la importancia de las fuentes materiales, estimo que no debe confundirse, una vez más, explicación con justificación o aceptación: si la realidad muestra comportamientos irracionales u oscurantistas, no es patrimonio de la posición teórica que lo señala, sino de la misma realidad. Si para los estudiosos de la acción social racional (Max Weber) o lógica (Pareto) existían supuestos típicos de estos tipos de acción, quedaban al lado de las llamadas acciones tradicionales o emotivas en el primero, y alógicas en el segundo. La sociología del derecho también trata de explicar este tipo de acciones (y la medida en que están afectadas por el derecho) sea que entienda como Max Weber que el mundo marcha hacia la racionalidad (y que por lo tanto, las conductas de los otros tipos irracionales regirán cada vez menos acciones sociales), o sea que entendamos, de modo pesimista como Pareto, que la distribución de esos tipos de acción no varía históricamente, de modo que hombre ha sido y seguirá siendo predominantemente un ser irrazonable y racionalizador.

1.7.5. Si se pudiera demostrar, a partir de la sociología del derecho, que en la realidad social los jueces, al dictar sus sentencias, y los operadores comunes del derecho (por ejemplo, los contratantes públicos o privados, agentes de la administración, etc.), actúan racionalmente, y toman a la ley como guía insustituible de conducta en los casos previstos, la posición no podría ser ni más ni menos rotulada de racionalista que si concluyera que la mayoría de los operadores, incluso los calificados, actúan por opciones erráticas y caprichosas, y en definitiva hacen lo que les dicta su estado de ánimo.

El hecho de que la sociología plantee estos temas muestra la duda que representa, frente a la experiencia cotidiana, la verdad según la cual la ley sirve de marco ineludible y adecuado para las conductas alcanzadas por ella. Pero tampoco se cree, en esta etapa del desarrollo de la ciencia, que las conductas se motiven siempre o exclusivamente por oscuros

<sup>33</sup> Vernengo, R., Curso de Teoría General del Derecho, pág. 338/339.

<sup>34</sup> op. cit. pág. 415/416.

impulsos de la sangre o de la raza, sino, en términos menos emotivos, que existen condicionantes normativos (esto es, que la conducta se rige por diversos sistemas de prescripciones combinadas), que en consecuencia los operadores están muy lejos de hacerlo que se les ocurre (y más aún, que sus ocurrencias también están normadas, aunque lo ignoren); en suma, que el sistema prevaleciente es algo a descubrir, que puede ser el orden jurídico, pero más probablemente resulte de una combinación entre todos, con distintos resultados según la sociedad de que se trate (lo que significa decir, de su historia, cultura, religión, composición y sistema de estratificación prevaleciente, y demás variables sociológicas relevantes).

A partir de lo expuesto, no puede seriamente sostenerse que la sociología del derecho postule un estado social de anomia, sino que, por el contrario, al elevar la noción de sistema a un nivel superior al jurídico, aparecen con otra dimensión explicativa los fundamentos de las conductas. Y en todos los casos, se entiende que la aclaración de estas realidades —si se logra— más que propender a institucionalizar de un modo fatalista el predominio de los usos, costumbres y prejuicios, tiende a esclarecer a los que probablemente si conocieran algunos de los condicionamientos que ignoran, podrían controlarlos en el peso relativo que tienen en las decisiones que toman.

1.7.6. Debe observarse también que parte de las conclusiones a las que se arriban derivan de una metodología diversa a la de una ciencia normativa. El jurista puede partir de la norma (o del sistema de normas), definir los conceptos, establecer compatibilidades, contradicciones, interpretar coherentemente, y dar respuestas posibles a casos no contemplados expresamente, a la luz de principios previamente definidos. En general, esto constituye el grueso de un tratado de derecho, que también suele establecer (aunque no de un modo significativo para el conjunto) si las conductas se ajustan usualmente a las normas; tenderá más bien a considerar como antijurídica todo apartamiento de la solución legal prescripta y a definir las sanciones jurídicas por incumplimiento.

Un sociólogo del derecho parte, como investigador de la realidad, de la observación de conductas. Aquí surgen caminos más amplios, porque se recorre el que va del hecho a la norma, y no el inverso. Más bien, no sólo del "hecho a la norma", sino del hecho a los distintos tipos de normas, o conjuntos normativos que pueden explicarla. Frente a una conducta alcanzada por el derecho, la pregunta del sociólogo no es si se ajuste o no se ajuste al derecho, sino: ¿a qué sistema normativo se ajuste, si no al derecho? ¿qué norma explica la conducta, y qué compatibilidad existe con la norma jurídica que pretende alcanzarla? ¿es un tipo de norma irracional la que justifica el acto? Nótese que también podría preguntarse si se trata de una "acción social", esto es, con sentido para el actor, en términos weberianos, y en caso negativo, marginar la conducta del campo sociológico.

Este encuadre se separa, según estimo, de una explicación per obscuris, y en todo caso, al contrario de lo que piensa Vernengo, creo que si se pudiera llegar a la conclusión de que algunos jueces dictan sus sentencias en base a un palpito (según la opinión de Llewellyn), se avanzaría bastante en el conocimiento del funcionamiento de los órganos sociales de aplicación del derecho, ya que ello desmitificaría una suposición contraria, limitaría efectivamente la actuación de esos pésimos jueces, y mostraría cómo, bajo la capa de una "organización racionalmente organizada" en la cual todo debe resolverse desapasionadamente y con cálculo preciso —burocracia— actúan personas con características psicológicas atípicas frente al presupuesto organizacional; interesante tarea de investigación sería determinar los canales de ingreso de esas personas, las causas por las que fueron promovidas al cargo que ocupan (seguramente a partir de normas informales mucho mejor cumplidas que las legales), quiénes los sostienen y qué intereses justifican su permanencia, entre otros numerosos supuestos vinculados que cabría analizar. Desde ya que similar análisis puede hacerse con utilidad respecto de los magistrados que desempeñan sus tareas en el mejor nivel. Si se sostuviera que estos temas son irrelevantes para la ciencia del derecho (y no creo que lo sean), son importantes para el que se interesa por los mecanismos de aplicación del derecho, para mejorarlos, no para producir el caos social.

1.7.7. Por lo demás, la interferencia ideológica como obstáculo a la aceptación del mensaje legal ha sido aceptada por el teórico mencionado antes, en cuanto sostiene que si la ley ha

sido sancionada bajo un régimen político de determinada tendencia y refleja su ideología, el juez que no la comparte puede incluso rechazar expresamente el mensaje por serle repugnante las valoraciones e ideologías que le comunican. Ello refleja, una vez más, que la interpretación del mensaje normativo, como captación de sentido de las prescripciones, no pone en juego sólo la inteligencia del órgano<sup>35</sup>. Desde la ideología contraria (que abarca el prejuicio contrario), hasta el capricho o la emoción que mueve la mano del que dicte su fallo, la sociología no intenta explicaciones oscurantistas sino racionales, y este punto debe ser aclarado desde que en publicaciones posteriores nos ocuparemos de autores que, si bien son antecedentes necesarios de la posición que asumimos, han justificado su rechazo a la ley escrita (lo que la moderna sociología no hace) con apelaciones esencialistas o metafísicas, anarquistas o utópicas, aunque en otros casos se verá la apelación a explicaciones causales de carácter social, o simplemente informadas del sentido común que aparentemente puede sugerir muchas hipótesis de no muy compleja prueba.

### **La sociología del derecho y los problemas del lenguaje jurídico.**

1.8.1. Tanto se podría imputar, desde una óptica dogmática y tutelar, o desde otras más moderadas, a la sociología del derecho la pretensión de destruir el carácter de guía de conducta del derecho, como a las posiciones que, desde la misma ciencia del derecho, también han realizado un trabajo de necesario sinceramiento del derecho con su práctica, a partir de los usos del lenguaje. Esta posición lleva directamente a la sociología, y la convierte en insoslayable para la comprensión del derecho en la realidad social.

Si creemos, como opinaba Soler, que el derecho es un lenguaje especializado de palabras técnicas, definidas con precisión, que se incorporan a leyes y demás normas jurídicas escritas, de modo de constituir fórmulas verbales cuyos criterios de aplicación son de una nitidez equivalente a la que poseen los criterios de palabras o expresiones tales como las geométricas, nos alejaremos de entender que la sociología es una necesidad para la interpretación del fenómeno jurídico. Puede construirse una ciencia normativa, pero debe reconocerse que no nos habla de nada que ocurra en situaciones dadas.

La posición de Soler fue suficientemente rebatida entre nosotros por Carrió, de modo que sólo efectuará algunas breves menciones recordatorias<sup>36</sup>. Señalemos primero que la posición del gran penalista argentino sobre la precisión trascendente del derecho romano ("exactitud concisa y perfecta", "lo que ellas —las palabras— designan se presenta con plena claridad a la mirada de la inteligencia") recuerda a los autores que lo consideraban una plasmación del derecho natural. Los muchos criterios valiosos que defiende Soler, en especial vinculados a un concepto de libertad, y a la limitación de la esfera estatal, se asocian a una propuesta que no se presenta como tal, sino como la descripción aparente del derecho, una nueva "prescripción descriptiva", con el agregado de suponer que "negado que el derecho sea norma, no es extraño que se haya impuesto el pensamiento de que es acto", lo que significa para Soler una intención antiliberal<sup>37</sup>.

1.8.2. Respecto de la definición del derecho como norma, ya la hemos tratado. Aquí se agrega la suposición de que si no es norma, es acto, despreciable creencia totalitaria ya que, como norma, sus palabras son de una precisión tal que la interpretación que pueda haber de ellas es poco menos que el desarrollo de un teorema, si no lo mismo.

En la base de esta postura se encuentra la necesidad de afirmar un derecho abstracto de una sociedad democrática y liberal, por oposición al derecho de sociedades totalitarias, antiliberales y estatistas, en la cuales los tipos penales abiertos y las normas de vago contenido no establecían de modo alguno derechos para los ciudadanos, que quedaban sometidos a principios generales definidos políticamente y cuyo contenido se llenaba voluntaria y caprichosamente *ex post factum* como modo de sanción al opositor político. Sin embargo, esta pretensión (lo que conlleva una opción valiosa y justificada), es solo la descripción de un sistema hipotético, y también utópico: lo que el derecho debe ser (rector claro, preciso e

<sup>35</sup> op. cit. pág. 409.

<sup>36</sup> Carrió, Notas sobre derecho y lenguaje, pág. 49 y sgs.

<sup>37</sup> Soler, op. cit. pág. 58, 101, 104.

ineludible de conductas), frente a los que el derecho es, no solo en algunas sociedades totalitarias, sino en todas las sociedades humanas.

En este punto se confunden los planos de un modo evidente: lo que el derecho debe ser de acuerdo con las convicciones democráticas, y lo que no puede ser en ninguna sociedad, sin que el que así piense pueda por ello ser tildado de antidemocrático, totalitario o disolvente. Para terminar con la "crisis del derecho" que denunciaba Soler, un sociólogo del derecho creería más útil ver con escepticismo "la esencia del fenómeno jurídico", se detendría en "algunos accidentes" o "formas transitorias", y no apuntaría a la "naturaleza misma" del derecho<sup>38</sup>. Si se tratara de hacer prender la esperanza fundada, como pedía Soler, puede ser aconsejable librarse de la anécdota jurídica. Pero seguramente no es así cuando se hace sociología, ya que lo que se pretende en un caso es imponer una determinada visión del plano ideal cerrando los ojos a la realidad, menospreciada como accidente, forma transitoria o anécdota jurídica. Sin embargo, el jurista y el juez pretenden también ser técnicos y resolver cuestiones prácticas que surgen de la vida social; es una verdadera curiosidad que las mismas personas que actúan empíricamente en su vida de magistrados, o abogados, se revistan de la solemnidad de filósofos idealistas a la hora de teorizar sobre lo que han hecho y hacen cotidianamente.

La deificación del derecho esencial alejó a la teoría jurídica de la realidad hasta extremos perniciosos para cualquier ciencia del derecho. La fórmula verbal exacta no es una "necesidad del derecho esencial"; parece más bien una quimera. Al defender esta posición, dice Soler que sus críticos han tenido un gran efecto destructor sobre sus afirmaciones, "pero sobre las ruinas del Capitolio, apenas si se ha construido una choza de paja"<sup>39</sup>. En rigor, el tal Capitolio jurídico no constituía una realidad, sino una ficción, y eso es lo que ha señalado parte de la teoría jurídica y confirmado la sociología. Puede lamentarse el fin de un mito, pero no necesariamente ello comporta riesgos para la vida social, si se mantienen y conservan algunos principios en los que no sólo los epígonos de Soler están comprometidos: la seguridad jurídica en todo caso no existía, no obstante la afirmación dogmática, y se trata de buscar el modo de obtenerla, en primer lugar, averiguando las causas por las que se muestra tan falsa la caracterización del derecho como un conjunto normativo preciso, sin lagunas, e insusceptible de ser interpretado indefinidamente. La sociología no puede aceptar, ni siquiera como hipótesis, pues sabe que ninguna norma social tienen ese carácter, que "el derecho es la matemática de las ciencias del espíritu" o de las ciencias humanas<sup>40</sup>. Menos aún, si acude a la mera experiencia social, que "el contenido del concepto jurídico es, pues, exactamente el que el legislador le ha acordado, y en esto, la semejanza entre esta clase de conceptos y los conceptos matemáticos es profunda. Entre el concepto de hipoteca y el de triángulo existe la coincidencia de que ambos están constituidos por un número limitado de elementos puestos"<sup>41</sup>.

1.8.3. Bobbio ha refutado, y creo que con razón, las pretensiones matematizantes de algunos juristas "puros" como Hermann Cohen, en la misma posición que representó Soler entre nosotros. Lo que estos juristas dicen es que el método de la ciencia jurídica es el método lógico y la ciencia del derecho es una lógica del derecho; si es así, escribe Bobbio, no se dice nada nuevo, ya que se trata de un supuesto común con todas las ciencias, que se sirven de la matemática y de la lógica. Pero si se pretendiera decir algo más (que el derecho es matemática, esto es, que se trata de una ciencia formal, y que por lo tanto, es en sí misma un método), no es ya la afirmación anterior según la cual se *sirve* de la matemática, sino la pretensión de que equivale a ella. Esto no es cierto, ya que manifiestamente el derecho así entendido no constituye por sí mismo un lenguaje que pueda ser utilizado para otros estudios. Entre la instrumentalidad de la lógica, que vale para todo tipo posible de investigación científica, y la del derecho que valdría para las ciencias jurídicas particulares, hay distancia: porque la propia teoría general no puede prescindir de la lógica para su desarrollo, y en tal característica no difiere para nada de las disciplinas jurídicas particulares.

<sup>38</sup> op. cit. pág. 118.

<sup>39</sup> op. cit. pág. 131.

<sup>40</sup> Cita de H. Cohen por Soler, op. cit. pág. 159 y 162.

<sup>41</sup> op. cit. pág. 161

1.8.4. Por último, si se pretendiera considerar a la teoría pura como universal y a priori, puede oponerse que se trata en rigor de conceptos derivados de la experiencia. La teoría general parte, según Bobbio, de un concepto de norma jurídica como relación entre un presupuesto (acción de un sujeto) y la consecuencia (sanción del órgano público) que derivan de la experiencia social del hombre: no hay nada a priori ni trascendental en ese estudio, ni nada distinto de lo que ocurre en otras investigaciones: recogida de datos, reagrupación de elementos que presentan características semejantes, atribución de un nombre a esta generalización empírica, etc.<sup>42</sup> "Lo que se llama experiencia jurídica no es una esfera de la realidad que sea de manera absoluta y definitiva, casi por decreto eterno, jurídica, sino que simplemente representa un cierto número de acontecimientos observables a los que se aplica el nombre de *derecho*, y a los que... se podría aplicar también otro nombre". No puede sino coincidirse con esta apreciación.

Por último, si se entiende que es pura porque es avalorativa, toda ciencia tiene que serlo, concluye Bobbio. Habría que anotar que difícilmente se puede lograr plenamente este objetivo, aunque se lo pretenda por pomposas declaraciones.

### **La 'integración' como aspecto de la ciencia del derecho y su consideración por la sociología jurídica**

1.9.1 Descartado que el lenguaje jurídico sea un lenguaje matemático, debe analizarse su consideración como "lenguaje cerrado". Esta idea es sostenida por autores que, como Bobbio, estiman que el jurista se encuentra vinculado por las reglas de transformación prescriptas en determinado ordenamiento jurídico. Así, sostiene que "el lenguaje jurídico, y de modo más preciso el lenguaje de un determinado ordenamiento jurídico sobre el que actúa el jurista intérprete, se puede representar como una lengua cerrada". Esta regla fundamental (según la cual el conjunto de las proposiciones normativas que componen el ordenamiento constituyen un todo cerrado) es la "norma de clausura del ordenamiento jurídico", y sobre su base sólo son proposiciones jurídicas la que están puestas por el legislador con tales formalidades concretas y aquellas otras que están implícitas en la proposiciones puestas, y por tanto, son deducibles de ellas mediante las reglas de transformación consentidas por el propio legislador.

De allí, señala Bobbio, que "no puede ser considerada como parte del sistema legislativo una proposición normativa que no esté puesta por el legislador, ni la que, aun siendo deducible de una puesta por el legislador, venga deducida mediante el uso de reglas de transformación distintas de las lícitas en ese determinado lenguaje jurídico". A esto se circunscribiría la tarea del jurista, a partir de reglas de formación y transformación del lenguaje fijadas de antemano, independientemente de su voluntad<sup>43</sup>.

1.9.2. Para la sociología del derecho, el lenguaje jurídico no es un lenguaje formalizado, ni cerrado, sino un lenguaje natural un tanto menos impreciso, que muchos juristas y jueces usan con la pretensión de que constituye un lenguaje riguroso y "clausurado"<sup>44</sup>. No sólo las figuras jurídicas carecen de perfiles puros e indeformables, y sus términos y conceptos distan de presentar la integración de un número determinado de elementos necesarios, según se señaló antes, sino que el jurista y los restantes operadores acuden a criterios tomados de su propia experiencia y formación, y del contorno cultural, que tamizan a partir de su ideología y de sus intereses concretos puestos en juego al analizar tal o cual instituto jurídico. Carrió ha demostrado suficientemente la vaguedad de términos tales como compraventa o locación, capacidad (que depende de lo que se entienda por demente o sordomudo), domicilio real, etc.<sup>45</sup>. Más allá de estas cuestiones de vaguedad o ambigüedad que hace siempre insuficiente el repertorio terminológico de los juristas, señala bien Carrió que a veces éstos toman conciencia de los problemas indicados, lo que no ocurre cuando están obsesionados por alcanzar una inalcanzable seguridad, o por presentar con fines didácticos nítidos perfiles de las figuras que elaboran.

<sup>42</sup> Bobbio, Filosofía del derecho y teoría general del derecho, en Contribución... cit pág. 85.

<sup>43</sup> Bobbio, Ciencia del derecho y análisis del lenguaje, en Contribución... pág. 193.

<sup>44</sup> Carrió op. cit. pág. 51.

<sup>45</sup> Carrió, op. cit. pág. 51/55

1.9.3. Bobbio desea proponer al lenguaje jurídico como un lenguaje cerrado, y para ello no le obstaculizan las antinomias jurídicas, sino que prefiere sostener que la regla que prohíbe las mismas no forma parte del ordenamiento jurídico<sup>46</sup>. Llegado a este punto, y para sostenerlo, argumenta que la certeza del derecho (que quedaría afectada por la idea antes mantenida, y no por la pretensión contraria: "La regla que prohíbe la antinomia es constitutiva del lenguaje jurídico") es una exigencia ético política que puede satisfacerse solamente proponiendo leyes distintas, más precisas y más rigurosas que las existentes, y no haciendo decir a las, leyes que existen cosas que no se encuentran en ellas.

La consideración de que la certeza del derecho es un problema ético nos remite a otro subsistema normativo del control social, que no es el jurídico. Y si se trata de una cuestión política, esto es, propia del sistema del poder, nos remite a la sociedad que presenta relaciones concretas de subordinación. En ambos casos, la certeza no depende entonces de la apelación a criterios interpretativos, tales como el carácter cerrado del lenguaje jurídico, sino a criterios derivados de la experiencia social, es decir, de los hechos sociales específicos que existen en un lugar y tiempo determinado. Esta exigencia no puede satisfacerse por medio de leyes distintas, porque todas las leyes, por las que características del lenguaje que emplean, serán imprecisas o vagas en mayor o menor medida, aunque su formulador pretenda haber utilizado términos insusceptibles de ser alterados en su alcance. Ya llegará (muy pronto, quizás) el intérprete que le hará decir lo que no dijo, y frente a él, el legislador habrá perdido la partida: ya no puede decir otra cosa.

1.9.4. Este tipo de planteos me hace pensar en la medida que los juristas deben marginar lo social de lo jurídico por medio de limitaciones autoimpuestas que, si cayeran, los llevarían naturalmente a constituir una ciencia social de su propia tarea. Pero esto no es necesario, ya que la ciencia del derecho puede estimar al lenguaje jurídico con ajuste a sus intereses; la sociología, por su parte, no puede eludir las consideraciones precedentes.

Una de las consecuencias de estos puntos, que llevan al considerar el lenguaje, es el de sus usos, y esto permitiría presentar a toda la teoría jurídica como teoría sociológico jurídica<sup>47</sup>. No deseo en este punto ingresar en el arduo campo de la lingüística, pero sí señalar que al margen de ser para algunos juristas fundamental o relevante esta perspectiva, no hay duda que para el sociólogo del derecho es insoslayable que queden incluidos en su consideración de los lenguajes la totalidad de la problemática social y cultural de éstos, en lo atinente a sus usos emotivos, ideológicos y en los deslizamientos para alejar o encerrar algún supuesto del "tipo", obligados por la inevitable multiplicidad de los hechos y la imposible precisión del tipo legal para cubrir todos los casos. En el estiramiento o reducción de la dimensión interpretativa existe mucho más, para el sociólogo del derecho, que en la descripción del caso típico del jurista tradicional.

1.9.5. Lo que se dice del juez y de los restantes operadores calificados del derecho es igualmente aplicable a los usuarios legos del mismo, que para la sociología del derecho tienen una importancia similar, en cuanto constituyen los "otros" en los sistemas de interacción de la sociedad. El derecho no es para la sociología un sistema cerrado para uso y consumo de jueces que elaboran sentencias para un conjunto de juristas, ni de juristas que interpretan códigos, leyes y fallos "clausurados" en un conjunto que integran con elementos permitidos por el mismo ordenamiento, para uso de abogados y jueces, sino un sistema abierto en el cual todos los mencionados y los particulares —usuarios o no del servicio de justicia—, conjuntamente con las personas del derecho público, se encuentran en interacción, se influyen mutuamente y se condicionan por causas extrajurídicas. Debo recordar aquí la sensata observación de Carbonnier, para el cual, del fenómeno jurídico, lo judicial, la jurisprudencia, representa lo "patológico": los casos normales de uso del derecho no llegan a los tribunales; de allí sus

<sup>46</sup> Bobbio, pág. 118/119.

<sup>47</sup> Si "el lenguaje jurídico constituye en si mismo un complicado sistema de significados teñidos fuertemente de emotividad" (Guibourg y otros, Introducción al conocimiento jurídico, I, 107), deberemos reconocer la necesidad del aporte -sociológico para definir esos usos, que son normativos, además del aporte de la pragmática. Y la clarificación de estos usos también entra en el campo de la sociología jurídica.

conclusiones de que lo contencioso deforma la realidad del derecho, y el derecho es infinitamente más amplio que lo contencioso<sup>48</sup>.

La idea de esfera cerrada, dentro de la cual elaboran sus doctrinas los juristas, la sociología la reemplaza por una esfera cribada, dentro de la cual mantenerse incólume es una quimera. Ni siquiera la "ideología democrática" —otro término cuya vaguedad podría dar lugar a innumerables disquisiciones— sea tanto del legislador, del jurista o del juez, aporta solución alguna al problema, pues la presencia de elementos latentes escapan por definición a la percepción de esas personas, y van más allá del carácter presupuesto por él o imaginado por los otros. Lo mismo puede decirse del "autoritarismo", cuya definición no escapa de los sistemas ideológicos.

1.9.6. Decir que el juez "descubre o halla significados" presentes en la ley, no puede tener para la sociología del derecho otro valor que una opinión (esto es, un hecho social derivado de una determinada concepción que el derecho se tiene en un momento histórico). Aunque el jurista imagine que el juez halla significados objetivos, y que él mismo se circunscribe a reglas de transformación fijadas de antemano, nos remite necesariamente a los usos que la comunidad hace del lenguaje, o a los que la subcultura jurídica o judicial hacen del mismo. En ambos casos existe una información que determina las decisiones que concretamente se toman.

Sugerimos que esas decisiones, que muchas veces se justifican y racionalizan en el descubrimiento de significados objetivos, se encuentran condicionadas por ideologías, prejuicios, costumbres, hábitos de pensamiento, etc., y entre ellos se mezcla la información "ley" y "doctrina" tal como las entienden el operador en cuestión, como una variable más del conjunto que lleva a la sentencia.

### **La costumbre.**

1.10.1. En general los teóricos del derecho limitan el peso de la costumbre como fuente del derecho, aunque reconozcan su valor. Es admitida como fuente de derecho, con contenido normativo: se entiende que puede ser un procedimiento para la producción o convalidación de normas, como el legislativo o el contractual. La validez de la norma, derivada de una norma superior consuetudinaria significa que la costumbre ha estatuido la forma de creación de una norma inferior, su contenido, o la derogación de la norma inferior que no sea compatible con los presupuestos de la norma superior consuetudinaria. La diferencia con la creación de normas jurídicas a partir de otras normas jurídicas radicaría en la descentralización de su producción, y en la reducción del control normativo para los órganos productores<sup>49</sup>. Puede, sin embargo, considerarse más discutible el carácter intersticial e marginal de la forma de producción consuetudinaria del derecho en los sistemas centralizados modernos, si por intersticial se considera lo que escapa a la mayoría de las decisiones, y por marginal lo que se realiza subrepticia o excepcionalmente.

Lo que afirma la sociología del derecho es que no sólo la costumbre entendida de tal modo opera en algunos casos, sino en todos, y que no podría ser de otro modo, por la inserción del que maneja información jurídica en la vida real y cotidiana de su comunidad.

1.10.2. Bien dice Carrió que la adjudicación de sentido a una regla motivada por la zona de penumbra del lenguaje no tiene por qué ser arbitraria está guiada por ciertos estándares valorativos, sociales, políticos y económicos<sup>50</sup>. Pero esto ocurre no sólo en esos casos sino en todos. Estos son los criterios que dan fundamento a la decisión.

La palabra *penumbra* no debe confundir al respecto. No se trata de interpretaciones arbitrarias o caprichosas, aunque puede haberlas, sino de criterios que modifican los supuestos, hasta en los casos en que más clara aparece la subsunción del hecho en la norma, y menos equívocos los términos de éstas. Huelga referirse a la versatilidad de los hechos, a las

<sup>48</sup> Carbonnier, op. cit. pág. 98/99.

<sup>49</sup> Vernengo. op. cit. pág. 357/358.

<sup>50</sup> Carrió, op. cit. pág. 57.

innumerables circunstancias que los configuran, y a las infinitas historias que podrían realizarse con tomar algunos datos, omitiendo otros, de la misma sucesión fáctica<sup>51</sup>.

La sociología del derecho nació y se formó como un conjunto de reflexiones que en diversos tiempos y lugares se formularon contra la posición formalista dogmática. Todos los sociólogos del derecho han dicho en alguna parte de su obra que ni el derecho es un sistema cerrado, con plenitud hermética y finitud lógica, con solución para todos los casos, ni la ley se puede expresar jamás con exactitud tajante. Tampoco cabe atribuir al derecho vida propia, ni a los juristas ni jueces la especial capacidad para interpretar las leyes de acuerdo con cánones por aquélla prescripta. Es cierto que muchos teóricos de esta rama, marxistas o no marxistas, no han dicho más que eso.

1.10.3. Si se tuviera que hacer una formulación de este tema de la sociología del derecho, diría que pretende contestar a la pregunta: ¿Qué tipos de condicionamientos normativos reales poseen el juez y el jurista en su actuar específico? ¿Qué sometimiento poseen al orden jurídico, y en qué medida se rigen por él? ¿Qué mecanismos permiten la elaboración jurídica, y cuáles son las causas por las que se presume una rigidez limitativa de la creación sobre bases no jurídicas?

Una primera respuesta a estos interrogantes se tratará de dar a través de los primitivos pensadores de la sociología del derecho, que han planteado en rigor más dudas que aportado soluciones, dudas que- aun hoy tienen vigencia y que no se han superado plenamente ni por el desarrollo de la teoría jurídica ni por el desarrollo de la sociedad. Puede vérselos tan vigentes como si hoy hubieran formulado sus observaciones, ya que en algunos países (como el nuestro) el problema ha pasado poco más que de su formulación, y la respuesta sociológica avanza en la puesta a prueba de hipótesis concretas; esta realidad no puede imputarse más al retraso de la sociología sin agregarle la resistencia de los centro de poder jurídicos a permitirlos. No existe entre nosotros una tradición de la investigación social (la azarosa historia de nuestra sociología académica es buena prueba de ello), y todavía puede rechazarse anticipadamente la validez de cualquier resultado de la investigación social dirigida al derecho, por desconocimiento o prejuicio.

1.10.4. Todavía hoy podemos encontrar en nuestro medio a juristas que creen en el "*cogito, ergo est*" satirizado por Ihering en una pequeña joya de la crítica saludable<sup>52</sup>, según el que los juristas hacen cuentas con sus conceptos —o creen hacerlas— como el matemático con sus magnitudes, de modo que si el total es correcto lógicamente, no hay más de qué preocuparse, ya que se encuentran a salvo de las consecuencias prácticas, que pertenecen al mundo de los otros.

Se ha tenido que volver una y otra vez a la negación estos postulados, desde Carlos Comte, Ihering, Geny, Kantorowicz, Cruet, Pound, Marx, Engels, Stucka, y muchos otros, porque la ideología jurídica vigente (que debe ser sociológicamente explicada, aunque pueden elaborarse hipótesis al respecto), vuelve una y otra vez al planteo inicial, y obliga a reiniciar la respuesta. Creo que entre nosotros no se ha avanzado en estos aspectos, y que la creencia en la "seguridad" derivada del otro planteo no ha permitido ver que encubre la profunda inseguridad de la arbitrariedad cuando no se reconocen los valores, se hace ideología sin saberlo, en el mejor de los casos. Se miente, en el peor. El panorama histórico que seguirá a

---

<sup>51</sup> Mientras escribo estas líneas recuerdo el escrito "Sobre el 'Vathek' de William Beckford" de Borges (Otras Inquisiciones, en Obras Completas, I 729/732) ya que la idea que expone tiene relación con lo señalado en el texto, respecto de la infinitud de la realidad. "Tan compleja es la realidad, tan fragmentaria y tan simplificada la historia, que un observador omnisciente podría redactar un número indefinido, y casi infinito, de biografías de un hombre, que destacan hechos independientes y de las que tendríamos que leer muchas antes de comprender que el protagonista es el mismo...." Idea ésta que se encuentra con frecuencia en el autor citado. Es lamentable que frente a la infinitud de la realidad, muchos jueces no contemplan siquiera algunos de los hechos que tienen a su alcance, y se conformen con una contrahecha reconstrucción de fragmentos, muchas veces mal recogidos por sus subalternos, que no forman ni siquiera una de las hipotéticas biografías de Borges, que en su construcción se encontraban configuradas por algunas series de hechos ocurridos, y no falsificados. ¿Cuántas biografías podrían realizarse si a los hipotéticos 13.000 hechos del cuento le sumáramos las infinitas falsificaciones de los hechos?

<sup>52</sup> Ihering, Jurisprudencia en broma y en serio.

estas consideraciones preliminares mostrará la permanente afirmación, desde distintos países, en distintos momentos, con distintas legislaciones: el derecho hace menos a la sociedad y a la cultura de lo que la sociedad y la cultura hacen al derecho y a su aplicación.

1.10.5. Escribe Carrió que los realistas, aunque exagerados, pusieron ante nuestros ojos hechos muy importantes que la teoría jurídica ha pretendido ignorar. Observo que nuestra práctica judicial y buena parte de la doctrina todavía ignora, e ignora enérgicamente. No creo que hayan sido los excesos de la crítica sociológica los que produjeron el robustecimiento de la posición formalista: más probablemente fueron las permanentes necesidades de la ideología profesional legislativa y judicial las que requerían ese punto de vista. Entre nosotros, no recuerdo época en la que el realismo jurídico haya entrado (no digo haya imperado) en las Facultades de Derecho, para ser luego desplazado. Más bien se observa que la sociología jurídica, aun en versiones mucho más moderadas que la del realismo no ha tenido todavía entrada plena<sup>53</sup>, y si no se desarrolló (tal como algunos juristas imputan), ha sido en parte porque se la ha visto como un instrumento peligroso, que resultaba en sus conclusiones incompatible con afirmaciones dogmáticas sobre el carácter que debía revestir el derecho. Frente a lo que *debe ser*, afirmado vehementemente, lo que es puede resultar molesto, aun si se reflexiona que una mejor comprensión del funcionamiento del derecho en la sociedad puede permitir como resultado utilizable por la política jurídica, la sanción de leyes que puedan resultar aplicables (y no quedar en meras formulaciones), en la presencia de jueces que so pretexto de rigidez no interpreten tan laxamente algunas normas, y en la inexistencia de juristas que utilicen cotidianamente la prensa dialéctico hidráulica o el muro del vértigo de Ihering<sup>54</sup>. Dicho en otros términos, el estudio de la ideología judicial, al ponerla en descubierto, podría señalar a los jueces que ampararan sus prejuicios en la "aplicación de la ley", deliberada o inconcientemente. Y esto sí redundaría en beneficio de una mayor seguridad jurídica, a partir del descubrimiento de las reales causas de su inexistencia.

Sin perjuicio de esto, no puede sino coincidir con Carrió en que la indeterminación del orden jurídico es algo inevitable, y que no puede ser eliminada, por muy dignos que sean los motivos que inspiren las ideas contrarias; la certidumbre absoluta en estas cuestiones, motivada por la falta de completividad del sistema jurídico, es algo que falta a lo que se llama derecho. Es mejor aceptarlo que negarlo, como en todo dato del sistema social.

### **Los conflictos normativos y el sistema de derecho.**

1.11.1. Tomemos otro aspecto para el que la sociología del derecho es relevante: el conflicto. Vernengo, al tratar de los conflictos normativos, estima que la incertidumbre legal puede ser provocada por aquéllos, derivados de inconsistencias internas del sistema. Se entiende por tal, tanto las legislaciones superpuestas, como las normas que rigen a civiles y militares, o las normas nacionales y provinciales. También puede plantearse cuando las partes discrepan o no aceptan la valoración política que toda norma expresa, por no coincidir con las valoraciones subjetivas de las personas a la que la norma debe aplicarse. Esto ocurre en momentos de cambio social, frecuentemente, y más aun en caso de cambio revolucionario.<sup>55</sup>

1.11.2. La sociología del derecho, en este caso, amplía la idea de sistema, de modo tal que trata de medir (si tal palabra no se considerara presuntuosa) la inconsistencia, pero no a partir de conflictos normativos legales o de valoraciones, sino a partir de los conflictos normativos entre leyes y otras normas. La inconsistencia aparece en estos supuestos con mayor claridad en las sociedades modernas, en las cuales la regla es la pluralidad normativa y el conflicto de valoraciones, y no la coherencia entre el sistema normativo legal y los otros sistemas de normas. Las soluciones allí no se encuentran organizadas, de modo tal que se podían considerar estériles, a la luz de la ampliación del mareo normativo, las presunciones de que el conflicto se resuelve por los mecanismos previstos por las leyes: la sentencia *contra legem* se

<sup>53</sup> Por lo menos hasta 1987, año en que se escriben estas líneas.

<sup>54</sup> Ihering, op cit.

<sup>55</sup> Vernengo, op. cit. pág. 314 y sgs.

resolverá apelando a un tribunal superior, sólo a condición de que este tribunal se encuentre formado por personas ajenas a los restantes sistemas normativos, o que se rija sólo por normas jurídicas; ambos supuestos son imposibles por definición de participación en la vida social.

1.11.3. Hay que admitir que muchas causas del formalismo y el dogmatismo derivan de una necesidad de los sistemas sociales modernos (capitalismo, socialismo), de postular la racionalidad de las relaciones sociales. Estas sociedades se autodefinen como cooperativas, y pretenden subsumir el conflicto por medio de un derecho racional. Los intentos antiformalistas parecen pretensiones de volver a sistemas irracionales (y también anárquicamente conflictivos), en su creencia aparente del reemplazo de una justicia formal (ficción de verdadera justicia) por una justicia que, más que verdadera, peca por imprevisible, y en esa medida, de irracional: los casos se resuelven al arbitrio del juez. Esta absurda postulación no es la que busca la sociología del derecho, y no está de más repetirlo otra vez: se trata de descubrir, describir y explicar las reglas reales de conducta. Tras esta búsqueda puede existir no el intento de imponer el conflicto o la sinrazón, sino de obtener con mayor éxito la seguridad jurídica buscada por la otra vertiente del pensamiento jurídico. Descubrir la ideología del juez o los conflictos subyacentes entre normas (expresión de distintos intereses) puede llevar al sinceramiento de las reglas aplicadas.

### ***El punto de vista sociológico y la versión realista del derecho.***

1.12.1. Las consideraciones precedentes no significan una opción por la visión realista del derecho. Si puede llegarse a considerar falso que las normas jurídicas son lo que sostienen los formalistas, la alternativa no es que no existen normas sino decisiones individuales. Como se ha señalado, este dilema es falso<sup>56</sup>, ya que no es necesario ser escéptico ante las reglas para reconocer la falsedad de la primera afirmación. La normatividad jurídica no es negada, es entendida en su aplicación concreta alterada por el juego de los subsistemas normativos del sistema de control social, en conflicto o en armonía, que determinan, junto con ella, las decisiones judiciales, en un marco de condicionamiento cultural y de limitaciones del lenguaje.

1.12.2. Escribe Hart que los diferentes sistemas jurídicos, o el mismo en distintas épocas, pueden ignorar o reconocer la necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas a casos particulares. El formalismo o conceptualismo, al minimizar esta necesidad, pretende congelar el significado de la regla, para lo cual obtiene la certeza a precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición se ignora<sup>57</sup>. De eso se trata, de un prejuicio que pretende encubrir los prejuicios de los que en el futuro interpreten o apliquen el derecho.

La exageración del carácter indeterminado de las reglas jurídicas —vicio del realismo— oculta la realidad subyacente al derecho: no se trata, por ello, sólo de un problema de lenguaje, sino de intereses y de ideología. No es indeterminación, sino determinación por otros condicionantes. Por supuesto que debe aceptarse como correcta la crítica que puede hacerse del escepticismo, sobre la base que en realidad existen reglas y decisiones: este no es el problema, sino que las reglas no son todas ni principalmente jurídicas<sup>58</sup>.

1.12.3. Sostener que las decisiones judiciales se dictan mediante un esfuerzo genuino en ajustarse a reglas concientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores, o justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso sea generalmente reconocida<sup>59</sup>, no tiene en cuenta varios elementos: la ideología del juez, las funciones latentes de la justificación de la decisión por medio de una regla (y no

<sup>56</sup> Carrió op. cit. pág. 70/71.

<sup>57</sup> Hart, El concepto del derecho, pág. 161/162. Las observaciones de Hart sobre el "paraíso de los conceptos" recuerda muy cercanamente a Ihering.

<sup>58</sup> Hart, op. cit. pág. 170. Véase la crítica de este autor a Llewellyn. en pág. 172/173, que puede compartirse sin contradicción con el punto de vista sociológico antes señalado.

<sup>59</sup> Hart. pág. 145.

por otra, que siendo extrajurídica haya permitido la elección de la regla jurídica que se dice aplicable al caso), la ideología y los prejuicios del conjunto social prevaleciente en el sistema, que hacen "generalmente reconocida" esa relevancia.

A diferencia de las conclusiones de Carrió, según el cual hay normas jurídicas y ellas desempeñan un papel indispensable en la práctica cotidiana del derecho, pero no determinan toda la conducta porque tienen una textura abierta o presentan una zona de penumbra, dentro de la cual el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad, prefiero decir que las leyes no determinan toda la conducta porque no son ni el único ni el más importante sistema normativo por el cual las personas (los jueces incluidos) guían su conducta las decisiones "bajo su responsabilidad" suelen ser bajo la cobertura de otro sistema de normas que suministra los elementos para tomarlas. El estudiar estos sistemas normativos no nos lleva a la incertidumbre, y de allí al escepticismo: nos lleva a la predicción de la conducta de jueces y particulares con un mayor grado de aproximación que el supuesto por criterios sobre el carácter inequívoco de las construcciones jurídicas. El análisis del lenguaje (en sus aspectos de la semiótica y la pragmática) es necesario pero no suficiente para este objetivo.

No creemos, a la inversa de Hart, que las reglas tengan además de una zona de penumbra un área de incuestionable aplicación<sup>60</sup>. La penumbra, que es la preocupación central de los sociólogos del derecho, *puede ser total* en la medida que se desconozcan los mecanismos por los cuales una conducta está regida desde el punto de vista normativo: si no sabemos quién es el juez, de qué clase social proviene, que religión profesa —si profesa alguna—, cuál es su ética y su moral, cuáles son las costumbres de su medio, cuales las opiniones que respeta, y si no extendemos esa información a la totalidad del sistema de justicia, no habrá "área de incuestionable aplicación": todo será de acuerdo con el tipo de las normas extrajurídicas que existan, y que desconocemos.

1.12.4. Los mecanismos utilizados para la interpretación de la ley dan suficiente fuerza a la posición sociológica y constituyen una fuente de investigaciones. Al decir de un teórico general ya citado, los procedimientos que utilizan los órganos judiciales para lograr *alguna objetividad* en la interpretación de las normas generales, son en parte retóricos y de antigua tradición: la analogía, el argumento a *fortiori*, que si bien son considerados propios de la lógica del razonamiento jurídico, no son formas deductivas lógicamente válidas, sino de "tópicos retóricos, relativamente formalizados, que los juristas utilizan tradicionalmente". Los esquemas deductivos estrictos, en cambio, no suelen ser utilizados expresamente en el discurso jurídico, continúa, aunque sea posible reconstruirlos. "La lógica, sin embargo, como repertorio de esquemas válidos, es una autoridad frecuentemente mencionada por los jueces y los escritores de derecho, con el mero valor de un tópico retórico"<sup>61</sup>. Que los métodos de interpretación son procedimientos retóricos (y políticos) conforme a lo sostenido por Vernengo y también por Cossio, justificantes de la decisión judicial por medio de un procedimiento supuestamente imparcial y válido, a juicio de los grupos profesionales, académicos y jurídicos, remite directamente a los intereses de esos sectores (incluso la defensa de su propio modo de vida, y de sus medios de vida), y de los grupos o categorías que representan. Esta remisión a los criterios interpretativos, admitido que puedan utilizarse indiscriminadamente, según sea la orientación política que expresa o tácitamente quiera imprimir el juez a las normas que estatuya<sup>62</sup>, podría entenderse como una remisión a posiciones irracionalistas, cuando en rigor es un presupuesto sociológico y de reconocimiento necesario para cualquier teoría del derecho que no pretenda estar fundada en esencialidades.

### **Derecho legislado y Common Law**

1.13.1. Otra consecuencia puede extraerse de lo dicho. En general, se consideró históricamente que entre el derecho continental y la tradición anglosajona existía un abismo difícil de llenar, en cuanto a la idea de derecho propia de uno y otro sistema. Cossio, en su

<sup>60</sup> El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral, cit. por Carrió, op. cit. pág. 79.

<sup>61</sup> Vernengo, op. cit. pág. 411.

<sup>62</sup> Vernengo, op. cit. pág. 417.

prefacio a la obra de Cueto Rúa dedicada al *Common Law*<sup>63</sup> señaló con precisión la falsedad de esta caracterización. Pretextos (o prejuicios) informaban (e informan) ideas como las de la ajenidad del trabajo del jurista y del juez anglosajón respecto del continental, la pobreza y el pragmatismo de aquéllos, frente a la profundidad de éstos. Y es precisamente la sentencia y su formación la que muestra que el trabajo de uno y otro juez no difiere significativamente, idea que se confirma cuando se trata de descubrir el papel del derecho en el sistema de derecho codificado, que más allá de las declamaciones de los panjuristas<sup>64</sup>, no se aplica ni se practica si no existe ese basamento que significa la convicción por la práctica social de que debe ser cumplido y acatado.

1.13.2. Por lo demás, ya en esa tradición "ajena", sobre la que volveremos en fases siguientes de este trabajo, también existe una vertiente formalista que sostiene que el juez no crea derecho, sino lo descubre, formalismo jurisprudencial para el que un precedente siempre es hallado, y existe en cualquier sentencia dictada. En ambas tradiciones existen formalistas y realistas; lo que Kelsen es a Erhlich, Blackstone es a Frank.

1.13.3. El derecho es básicamente un elemento del sistema de control social que cumple funciones similares en las sociedades modernas. Las limitaciones por causa de los restantes elementos del sistema de control (o subsistemas, si se tiene en cuenta la relativa autonomía de cada uno de ellos) son también comunes. También son compartidas las ideologías que en uno u otro sistema suponen la rigidez de las normas escritas, y las ficciones sobre el derecho.

### **Las categorizaciones de la sociología del derecho**

1.14.1. Aceptada la posibilidad y la necesidad de la sociología del derecho, y establecidos algunos parámetros de su relación con la ciencia del derecho, es ahora necesario tratar de determinar sobre qué categorías debe ser construida: si sobre las jurídicas o sobre las sociológicas. Parece a los juristas, natural optar por las primeras, y así sugerir una sociología jurídica paralela a cada rama del derecho: sociología del derecho civil, penal, constitucional, político, rural, etc.

1.14.2. La construcción de la sociología jurídica ha avanzado por encima de estas categorías que en algunos casos no han pasado de un título. Para Bobbio, al lado de cada rama del derecho, con motivo de los nuevos puntos de vista sociologizantes, se ha abierto una disciplina del comportamiento humano que "la sigue como su propia sombra": al derecho constitucional, la ciencia o sociología política; al administrativo, la ciencia de la administración o la sociología de las organizaciones; al penal, la sociología del comportamiento desviado; al derecho del trabajo y de la empresa, la sociología industrial y del trabajo; al derecho internacional, las relaciones internacionales<sup>65</sup>. Estas afirmaciones requieren algunas precisiones, ya que el proceso no ha sido lineal, y tampoco se ha dado un paralelismo entre las ramas del derecho y de la sociología; más bien este ha sido un resultado espontáneo de ciencias de evolución independiente, casi de espaldas una a la otra.

1.14.3. Algunas ramas de la sociología se desarrollaron sobre la base de ciencias anteriores; la criminología fue una transición entre el derecho penal y la sociología criminal<sup>66</sup>, sin perjuicio de su pretensión de constituir una ciencia independiente, sobre la cual no abrimos polémica en este lugar. La ciencia política, por su parte, pretende una independencia del mismo tipo, pero más allá de este aspecto, marcó un paso entre el derecho político y la sociología política. Más aún, puede coincidir con Duverger en que la distinción entre sociología política y la ciencia política es difícil, sino imposible<sup>67</sup>.

1.14.4. La ciencia de la administración, que se desarrolló sin vinculación alguna con el

<sup>63</sup> Cueto Rúa, *El Common Law*, cit. pág. 11.

<sup>64</sup> Expresión que Carbonnier aplica a los que "ven derecho en todas partes". V. *Derecho flexible*, pág. 33.

<sup>65</sup> Bobbio, *Derecho y ciencias sociales*, en *Contribución...* cit. pág. 235

<sup>66</sup> En el mismo sentido, Carbonnier, *Sociología jurídica*, pág. 22.

<sup>67</sup> Así, Duverger, *Sociología política*, pág. 30.

derecho, tuvo un alcance que no conocieron los aspectos jurídicos vinculados con la administración pública y privada, y se formó paralelamente a la sociología de la organización, que no es estrictamente jurídica, pero que afecta a institutos de importancia fundamental para la regulación jurídica: desde la administración del Estado (incluyendo el importante capítulo de la administración de justicia), hasta las organizaciones privadas, todas ellas sujetos fundamentales de las relaciones jurídicas.

1.14.5. Desde el otro lado, algunas sociologías especiales no jurídicas, no han generado ramas a partir del derecho, como la sociología rural y la industrial, que abarcan incluso los aspectos jurídicos involucrados. Existen, además, subdivisiones de la sociología del derecho que no corresponden a ramas del derecho, sino a subdivisiones de éstas. Tal el caso del derecho civil, que no da lugar a una sociología del mismo nombre, sino a otras de variado desarrollo: la sociología de la familia parece ser la más avanzada, aunque de una autonomía ambigua, ya que ha sido conquistada a partir de la sociología general, no de la jurídica<sup>68</sup>, no obstante su central consideración de las normas jurídicas que rigen las relaciones familiares. De las otras, se ha desarrollado en menor magnitud la de la responsabilidad civil, las sucesiones, los derechos reales, en especial la propiedad.

1.14.6. En la rama del derecho procesal, se ha hablado de una "sociología judicial", aunque en rigor los estudios sobre jueces y otras figuras procesales son propias de la sociología de las organizaciones, por actuar dentro de ese marco, y otro tanto ocurre con la "sociología legislativa" que tiene la misma inserción.

El desarrollo dispar y desigual que se ha mencionado muestra que en todo caso se ha obtenido conocimiento a partir de la sociología, y el derecho ha aportado parte de la información necesaria, pero no la sistematización propia de la ciencia jurídica, que muchas veces no coincide con las necesidades propias de la explicación de los fenómenos sociales, por constituir una ciencia normativa.

El caso indicado de la sociología judicial es claro: el juez, el fiscal, el testigo, el perito, son figuras del proceso. Sin embargo, desde el punto de vista de la sociología organizacional, tienen que ser considerados en un contexto sistemático equivalente al de cualquier organización administrativa estatal, junto con los restantes roles del conjunto, por ejemplo, los empleados judiciales, y del macrosistema (los representantes de partidos políticos o grupos de presión, entre otros). Hemos elegido voluntariamente a dos grupos que representan, el uno, una gran cantidad de personas de valor casi inexistente para el proceso descrito en los Códigos Procesales (salvo algunas disposiciones, y los reglamentos internos), y el otro de peso absolutamente negado por la administración judicial, que se autodefine como marginada de la política e inmune a sus presiones. A la sociología del derecho no le interesa tanto distinguir a partir de las categorías jurídicas que importan al derecho (tal como la independencia del poder judicial, la separación de los poderes, o el control y dirección del proceso por parte del juez), sino indicar los puntos de aproximación entre todas las estructuras burocráticas organizacionales, lo que da lugar, por ejemplo, a la comunidad entre el papel del juez y el del gerente de una empresa de servicios, o el peso apabullante de los empleados públicos en la estructura administrativa o judicial, más allá de la consideración privilegiada que la ley hace del juez como figura lectora del proceso<sup>69</sup>.

### ***Algunas definiciones y propuestas de contenido de la sociología del derecho***

1.15.1. Señalada nuestra opción por las categorías sociológicas, pasemos al objetivo específico de la sociología del derecho<sup>70</sup>. La evolución que Treves apunta sobre su propio pensamiento es

---

68 Carbonnier, Sociología jurídica, pág. 24.

69 Sobre estos temas, véase del autor La administración de justicia, sus aspectos sociológicos, La demora judicial y los sistemas de comunicación burocráticos, y El criterio de racionalidad en la administración de justicia, y obras allí citadas.

70 Al igual que Carbonnier y Treves, entendemos que no existe distinción útil entre sociología del derecho y sociología jurídica, debiendo considerarse ambas expresiones como equivalentes. Carbonnier. Sociología jurídica, pág. 15, Treves, Sociología del diritto, pág. 5.

un buen indicador de las dificultades que se encuentran en este tema<sup>71</sup>. En 1966 propuso como objetivo "estudiar las relaciones entre la estructura jurídica estática y acentuadamente antigua y el contexto social en continua transformación, conocer cómo el derecho actúa efectivamente en la sociedad, controlar las actitudes del público frente a la situación jurídica del presente, y calcular y prever cuáles pueden ser las consecuencias de determinadas reformas legislativas". Luego, sobre la base de la idea genérica de las relaciones entre derecho y sociedad, especialmente en su *Introducción*, propugna una sociología del derecho empírica, con mengua de la tradicional sociología jurídica teórica<sup>72</sup>. Por último, en su *Sociología del Derecho* de 1987 sostiene que ésta desarrolla dos órdenes de investigaciones: individualizar el derecho que vive libremente en la sociedad, y fuera de los esquemas jurídicos formales, y buscar la posición y función del derecho a través del estudio de la sociedad vista en su integridad<sup>73</sup>.

Con excepción de la posición empirista, que no tuvo suficientemente en cuenta la importancia de la teoría en el desarrollo de la investigación, pero que en su momento significó un llamado de atención hacia la excesiva especulación teórica que requería de confirmaciones dadas por la investigación social (poco desarrollada hasta la década del sesenta en esta área), las restantes consideraciones de Treves pueden formar parte del objetivo permanente de la sociología del derecho. La evaluación del llamado *derecho libre* fue uno de los primeros desarrollos de los autores que pueden considerarse. Estas mismas opiniones sobre el *derecho no estatal*, que regía relaciones y que surgía como una oposición al derecho escrito, estaban también vinculadas con el problema del desfase entre derecho y realidad social: un derecho muy atrasado no se cumplía, un derecho muy adelantado, o trasplantado sin prestar atención a las condiciones sociales del país de recepción, tampoco.

1.15.2. Si bien este tipo de estudios teóricos ocuparon todo el comienzo y el desarrollo de la sociología del derecho hasta la mitad del siglo XX, ocurrió en esta rama un fenómeno similar al que existió en la sociología general: el influjo de la investigación empírica fue desplazando a la vieja sociología teórica del derecho, por medio de hipótesis específicas del campo sociológico jurídico que debían ser probadas. En menor escala, pudo darse un fenómeno similar al que Merton y Wright Mills habían denunciado al tratar de la sociología empírica: sin marco teórico, el empirismo abstracto peca de insuficiencia y dispersión<sup>74</sup>.

1.15.3. La existencia de una etapa teórica (que arranca en el siglo pasado, por lo menos en época de la codificación), de gran especulación, produjo la reacción dirigida a la búsqueda de soluciones concretas y particulares a los temas sociológicos jurídicos. La tercera etapa, producto de una madurez intelectual, es la culminación de ambas, y a ella se tiende actualmente. Para algunos, sin embargo, esta tercera etapa no debería consistir en una investigación objetiva sustentada en un marco teórico adecuado, sino en una sociología crítica del derecho, en la cual el científico social dedicado a estos temas, sin renunciar al papel de investigador, analice los problemas verdaderamente importantes que subyacen en la sociedad, tales como la medida en que el derecho resuelve los conflictos sociales o constituye un instrumento al servicio de determinados intereses implantados, o la vigencia de los derechos humanos y su defensa efectiva, o bien, también como ejemplo, la medida en que la ley penal constituye y margina a determinados sectores de la población. Se trataría de una concepción derivada de los presupuestos de la sociología crítica originada y desarrollada en las sociedades capitalistas<sup>75</sup>. Sobre su desarrollo volveremos más adelante.

1.15.4. Si pasamos una breve revista a algunas definiciones y contenidos de la sociología del

---

<sup>71</sup> En la búsqueda de una definición de la sociología del derecho, Comunicación al II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata, 1987, pág. 583 y sgs.

<sup>72</sup> Treves, comunicación citada, pág. 586, e *Introducción a la Sociología del Derecho*, pág. 121/122, en la cual hace referencia a su posición empirista de 1966, atenuada para esa época (1977).

<sup>73</sup> Treves, "En la búsqueda..." cit., pág. 587.

<sup>74</sup> Merton, R. *Teoría y estructura, sociales*, C. Wright Mills, *La imaginación sociológica*.

<sup>75</sup> Sobre sociología crítica, remitimos a los *Tratados de sociología*, y también a nuestro trabajo 'Las dimensiones de la teoría social', cit. Respecto de esta enfoque en la sociología jurídica. V. Selznick, P. "The Sociology of law" y la opinión de Elías Díaz en op. cit. pág. 179/180.

derecho, observaremos la recurrencia de los temas incluidos, a la que hicimos referencia en páginas anteriores. La extensa definición de Gurvitch sustancialmente considera a la sociología del derecho como la parte de la sociología del espíritu humano que estudia la realidad plena del derecho, comenzando por sus expresiones externamente observables en las conductas colectivas efectivas (organizaciones cristalizadas, prácticas y tradiciones) y en su base material (estructura espacial y densidad demográfica de las instituciones jurídicas). La sociología del derecho interpreta estas conductas y manifestaciones materiales del derecho de acuerdo a los sentidos internos que las inspiran y a los que transforman. A partir del derecho organizado se remite a las reglas flexibles y al derecho espontáneo, y desde estos, a los valores e ideas jurídicas que expresan. Por último, a las creencias colectivas que aspiran a esos valores y que se manifiestan en hechos normativos, fuentes de validez<sup>76</sup>.

1.15.5. Recasens Siches sostiene que si el derecho es resultado de un complejo de factores sociales, y como hecho social, actúa como fuerza configurante de las conductas, la sociología del derecho tiene dos grandes temas: 1) El estudio del modo en que el derecho (como hecho social) representa el producto de procesos sociales. 2) El examen de los efectos positivos o negativos que el derecho ya producido causa en la sociedad<sup>77</sup>.

1.15.6. Elías Díaz considera dos grandes capítulos: 1) La interrelación entre derecho y sociedad. Y 2) Las interrelaciones entre valores jurídicos (sistema de legitimidad) y sociedad. El primero se ocuparía de la comprobación del derecho realmente vivido en la sociedad, diferenciando entre el derecho vigente, formalmente válido, y el derecho eficaz, realmente vivido, entre los que se suponen (y observan) desajustes. Se entiende por derecho eficaz al aplicado por los tribunales, y también al utilizado espontáneamente en la sociedad o en sectores de ella, Se trataría de responder a la cuestión de por qué un derecho válido no es eficaz, y por qué unas normas eficaces no son válidas. También estudiaría el sustrato sociológico de un sistema jurídico (las fuerzas reales que lo determinan) y las influencias del derecho sobre la realidad social.

En el segundo gran capítulo se comprobarían los valores jurídicos aceptados en una sociedad o los valores compartidos por clases o sectores, esto es, cuál es la ideología jurídica o el sistema de legitimidad realmente aceptado por la sociedad frente al impuesto por la normativa jurídica positiva. Se debería ocupar este capítulo del sustrato sociológico de los valores jurídicos, y la influencia de los valores jurídicos en la realidad social<sup>78</sup>.

1.15.7. Estas posiciones, y otras que no citamos aquí<sup>79</sup>, apuntan a lo que Carbonnier expresó en su "teorema" de la sociología del derecho: "El derecho es más amplio que el conjunto de las fuentes formales del derecho", del cual deriva un "lema": el derecho es mayor que las reglas de derecho<sup>80</sup>, afirmación básica de la sociología jurídica que encontramos reiteradamente bajo distintas enunciaciones, en la base de todos los que, desde la sociología o desde el derecho, se han ocupado de la relación entre ese tipo de normas y la vida social.

### **Utilidad de la sociología del derecho**

1.16.1. Un autor que rescata la utilidad de la sociología, aunque sea sólo por su reiterado intento de incorporarla a su teoría, sostiene categóricamente que la sociología jurídica no sirve al jurista, y que debe elaborarse una *jurística sociológica*, para la cual hay que buscar las categorías sociales que contemplan el material estimativo del valor justicia<sup>81</sup>. Sin abrir juicio sobre esta idea de Goldschmidt, que parte de la teoría integrativista que reconoce en el objeto del derecho tres dimensiones, resulta más adecuado al desarrollo de la sociología jurídica

<sup>76</sup> Gurvitch, Sociología del Derecho, pág. 67/68.

<sup>77</sup> Recasens Siches, Sociología, Cap. XXXI, pág. 546/7.

<sup>78</sup> E. Díaz, op. cit. pág. 201/208.

<sup>79</sup> Para el análisis de otras concepciones, V. E. Díaz, op. cit. pág. 189 y sgs., Lautmann, R. Sociología y jurisprudencia, cit. pág. 17 y sgs.

<sup>80</sup> Carbonnier, Sociología jurídica, cit. pág. 91/92.

<sup>81</sup> Goldschmidt, W. Introducción Filosófica al Derecho, pág. 29.

autónoma, ajustar esta exposición a la idea de que el conocimiento sociológico, como ciencia independiente del derecho, puede aportar al jurista sin introducir los elementos sociales en la concepción jurídica al estilo de la comente tridimensionalista. Si la declinación trialista puede ser útil o no serlo al pretender confrontar al derecho con la realidad social y con un sistema de valores, es una cuestión; pero también puede hacerse con categorías sociológicas, y así como hemos preferido rechazar las teorías normativistas que no dejan campo para la sociología, también preferimos separarnos de las que pretenden incorporar la sociología al derecho de un modo que metodológicamente puede ser objetable.

1.16.2. La sociología del derecho puede brindar información útil a la ciencia del derecho en casi todos los temas. Lautmann, al referirse al aporte a la actividad de los juristas y jueces señala en primer lugar la información sobre los estados sociales, con el fin de aplicar una decisión a la realidad social que pueda ser efectiva, si aspira a ser algo más que una observación perjudiciada y superficial<sup>82</sup>. Esto es más claro cuando por carecerse de una norma específica, debe crearse la solución a partir de principios generales (programa de decisión informal, en la terminología de ese autor), esto es, concepciones morales, éticas o costumbres cuyo conocimiento debería hacerse a partir de teorías sociológicas específicas. Es el caso de los juicios de familia, que se resuelven usualmente sobre la base de las concepciones que los jueces tienen sobre los temas debatidos, más que por normas jurídicas específicas.

1.16.3. Al objetivo de la teoría jurídica de exponer el derecho desde el punto de vista normativo (para conocimiento de los técnicos en derecho) parecería no corresponder una tarea sociológica, salvo si se exponen las consecuencias sociales y los presupuestos del derecho, en cuyo caso la perspectiva aparece con claridad.

Como el derecho es expresión de político, el jurista y el juez necesitan conocer no sólo la realidad social a la que corresponden las propuestas de derecho, sino los fundamentos políticos de las soluciones. La valorización política no puede hacerse exclusivamente sobre la base de opiniones (o por lo menos, no debería hacerse), sino a partir de informaciones suministradas por la sociología política (respecto del sistema concreto de poder que impera en esa sociedad) o la sociología general (por ejemplo, en lo atinente a la estructura de la sociedad –estratificación social).

1.16.4. De la ciencia del derecho se esperan propuestas político-jurídicas para los órganos de creación del derecho. Toda política jurídica requiere de información básica sobre el ámbito social para cuyos problemas ofrece soluciones, y este cuadro de necesidades básicas del grupo, así como la determinación sobre la influencia que la reforma legislativa puede tener en las conductas, no debería estar fundada en suposiciones, o en la limitada experiencia que, como abogado o como juez, pueda tener el jurista. Estos no pueden conocer este tipo de cuestiones pues excede su marco de conocimiento y de técnica; el aporte puede ser hecho por la sociología.

Un caso, entre nosotros, del no cumplimiento de estos principios, fue visto en ocasión de la sanción de la ley de divorcio vincular en Argentina. Las opiniones del debate legislativo, rara vez —o en ninguna ocasión— se fundaron en comprobaciones sociológicas, sino en opiniones personales, experiencias de bufete, y hasta en consideraciones acerca del éxito del propio matrimonio del legislador opinante. No existieron estudios de campo, ni encuestas respecto de la aceptación, rechazo, o necesidad de la reforma, ni se apeló a la experiencia comprobada de países con antecedentes similares (como España). La sociología de la familia poseía material suficiente y recursos adecuados para dar algunas ideas respecto de estos temas, y la sociología en general dispone de elementos técnicos que pueden dar respuestas precisas a interrogantes que se contestaron de acuerdo a estados de ánimo o banderías políticas.

1.16.5. La sociología brinda apoyo al jurista en todas las actividades organizacionales que de ordinario realiza; ya no puede marginarse de su diario operar como miembro de

---

<sup>82</sup> Lautmann, Sociología y jurisprudencia, pág. 21.

organizaciones académicas, jurídicas o administrativas, el resultado que obtiene. El desconocimiento de las ideas desarrolladas para la sociología de las organizaciones significa, para el juez, algo más que una situación accidental respecto de la conducción de su grupo de trabajo; representa no poder llevar a cabo su objetivo de administrar justicia de un modo efectivo<sup>83</sup>.

1.16.6. No es esta, sin embargo, la única utilidad que puede prestar la sociología al juez. Podemos agregar

a) El conocimiento de la situación de hecho sobre bases más firmes que las suposiciones. Muchos elementos de la situación de hecho sometida al juez, pueden constituir casos sociológicos típicos, cuyas características se encuentran codificadas suficientemente como para servir de guía e inspiración de probables cursos de acción: carrera criminal, matrimonio desquiciado, hijo abandonado, marginalidad social, etc. Del mismo modo son relevantes las situaciones no explicitadas de las relaciones sometidas a jurisdicción: la dependencia concreta (que puede ser inexistente, en determinados casos), supuesta en la relación laboral o locativa de inmuebles, puede integrar criterios en un sentido o en otro, más allá de los prejuicios propios del juez.

b) La valoración de las consecuencias del fallo, permite no conformarse con fallos adecuados al derecho material, sino que, como afirma Lautmann, la preocupación debe ser por dictar una solución socialmente exitosa, aceptable para los interesados, y susceptible de ser cumplida. Para conocer los efectos del fallo a dictar, el conocimiento sociológico es necesario.

c) De la misma manera, puede ayudar a neutralizar la presencia de consecuencias negativas típicas de la actividad judicial. El conocimiento por el juez de la selectividad detectada en el castigo del delito, por los tribunales, o la definición conspicua de los miembros de determinada clase como criminales, más que los de otras, señalado hace largo tiempo en sociología criminal, las consecuencias de la rotulación o estigma criminoso, las consecuencias nefastas de la reclusión de los menores y de la inevitable carrera delictiva que la circunstancial represión no detiene, son elementos que, de conocerse y aceptarse más que formalmente, podrían inducir a conductas preventivas adecuadas al objetivo de control del delito. Una conciencia de estos hechos podría convertir al juez en algo más que en pasivo administrador de penas y reclusiones.

d) Determinados contenidos de las normas aluden a regularidades sociales cuya conceptualización es propia de la sociología, no de la ciencia del derecho, tales como costumbres, usos comerciales concretos, modos usuales de relación entre cónyuges o padres e hijos (que determinan el contenido de los roles y estatus, y los consiguientes derechos y obligaciones). Así, por ejemplo, la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, el "buen padre de familia" o la "moderada corrección" de los hijos sólo puede determinarse a partir de circunstancias sociales concretas y variables en el tiempo, que el juez muchas veces supone sobre la base de su propia experiencia.

e) En el caso de conflicto entre normas jurídicas y normas subculturales de las partes, la sociología presta invaluable colaboración. La persona que es sometida a proceso, o que peticiona, o que es demandada, puede ser de clase o estamento bajo, o extranjero (lo que en muchos países puede considerarse términos equivalentes). En estos casos, las normas jurídicas, que se suponen aplicables formalmente a todas las personas, pueden ser contradictorias con las internalizadas por ellas. El juez puede conocer a partir del proceso de socialización que ha producido determinado comportamiento —delictivo o no delictivo— si se trata de conductas desviadas respecto del medio social propio del agente, o no lo son. Esto es particularmente útil en el caso de relaciones maritales, consumo de drogas —propias o comunes en determinadas culturas—, comportamientos presuntamente injuriosos. Todo ello sin perjuicio de que el juez pueda decidir que las conductas son violatorias del orden público y no deben ser toleradas a pesar de ser conformes con las prácticas subculturales del grupo en cuestión.

f) La sociología ayuda a la reflexión sobre la propia tarea judicial. El juez es —o deber ser— un

---

<sup>83</sup> Fucito, F. La administración de justicia: sus aspectos sociológicos, cit.

intelectual que, excediendo el marco del derecho, fuera capaz de una reflexión más extensa y profunda sobre la sociedad en la que actúa, y sobre las consecuencias de su actuar. La sociología, que en un aspecto es conciencia crítica de la sociedad, brinda la posibilidad de no encerrarse en determinada óptica dogmática, en favor de un enfoque pluralista y relativo útil para el que debe analizar intereses y puntos de vista contrapuestos y contradictorios, pero surgidos del medio social que también puede gestar la tarea propia del magistrado. Un capítulo no pequeño de este aspecto es el conocimiento y manejo de la propia ideología, de un modo eficiente y no supuesto en la norma aplicada.

g) La crítica de las normas jurídicas que aplica o deje aplicar, muchas veces realizada por los jueces, sólo puede efectuarse con conocimiento cuando se incluye los supuestos de creación de las normas, sus consecuencias funcionales o disfuncionales y las posibles consecuencias de una alternativa legal. También en este caso, la sociología es base de información necesaria

### **Los presupuestos metacientíficos de la sociología del derecho**

1.17.1. Ha quedado claro que la sociología del derecho, tal como la entendemos, no pretende abordar *todo el derecho* desde su perspectiva; busca pensar el derecho desde afuera, como se ha sostenido, desde la sociedad, a partir de sus relaciones con otras guías de conducta. En última instancia, lo que pretende es saber por qué los hombres cumplen con las normas que se dan como jurídicas, o por qué no cumplen. con ellas de dónde surgen estas normas, cuánto existe de deliberado en su creación y cuánto es producto de una práctica tradicional: en qué medida estas tradiciones alteran la aplicación de una norma, y, en fin, qué distancia existe entre el derecho declamado y el derecho cumplido, entre el mundo formal y el mundo real.

Estos temas han inquietado desde antiguo a los pensadores desde dentro y desde fuera de la sociología, pero no se ha intentado sistemáticamente una sociología del conocimiento jurídico. La antigüedad misma de la inquietud se asimila a la que ha existido sobre todos los fenómenos sociales.

1.17.2. A partir de allí, debemos observar que aún en las posiciones más pretenciosas sobre la autonomía de la ciencia social, debe aceptarse la presencia de presupuestos no explicitados, o por lo menos ajenos al campo científico. Existen algunas definiciones previas que hacen a la cosmovisión del pensador, y que se justifican así mismas: no se prueban científicamente ni el fundamento de la vida social en la cooperación, ni el fundamento en el conflicto. Estas consideraciones son previas a cualquier trabajo sociológico, e ineludible tener alguna idea sobre estos aspectos, con fundamento filosófico o religioso.

Estimamos, según sostuvimos en otro trabajo<sup>84</sup> que estos aspectos otorgan criterios primeros para la clasificación de las concepciones teóricas en la sociología, y lo hacen también en la sociología del derecho. Esto se observa en la obra de muchos de los sociólogos teóricos precursores y fundadores de la ciencia, que se han ocupado de la sociología del derecho, y también en los juristas que han intentado mirar el derecho desde fuera, como fenómeno.

1.17.3. Más adelante señalaremos cuáles criterios se tomarán como rectores en el análisis teórico, a partir de principios teóricos considerados inspiradores de cada línea de pensamiento en la cooperación y el conflicto. Podemos, sin embargo, anticipar algunas ideas sobre la relación entre cooperación y conflicto y las posiciones que se asumen sobre el derecho desde la sociología, que mostrarán cómo las primeras influyen sobre las segundas.

En primer lugar, si se cree (por los motivos que sean, en general por decisión adoptada en virtud de una posición previamente asumida) que la sociedad es cooperación e integración, se tenderá a ver al derecho como el elemento que tiene la función de aportar al ajuste y evitar la disfuncionalidad. Esta concepción del derecho como restablecedora del equilibrio es, desde ya, básicamente conservadora, como lo es en general el análisis funcional (con la posible excepción de Merton, discutible, por cierto). Puede considerarse al derecho tanto el elemento de ajuste, como el que evita los desajustes por medio de la sanción de la perturbación del

---

<sup>84</sup> Las dimensiones de la teoría social, op. cit. Prefacio y Cap. I.

equilibrio (condena penal o civil), o el elemento del sistema que integra a los restantes en un todo armonioso "dando a cada uno lo suyo".

1.17.4. Si partimos de la idea opuesta, propia de la sociología del conflicto, podemos llegar a una concepción diversa del derecho. Ya no será un elemento de ajuste, sino "la estructura misma del conflicto", como la llama Torneo<sup>85</sup>. Si la sociedad es la perpetuación de la lucha de clases, el derecho es el mecanismo que la explica, justifica y mantiene. Será, por definición, un permanente motivador de la desigualdad social, una expresión instrumental del poder de los explotadores. Algunos criminólogos críticos han partido de este punto de vista; H. Becker, por ejemplo, considera que los grupos sociales son los que crean la desviación al crear las reglas jurídicas cuya infracción constituye la desviación. Así se "genera" al delincuente, y se puede sostener que el desviado es producido por la norma que tipifica la conducta y que sólo existe en la medida de la rotulación, señalamiento o estigmatización. Esta inversión del problema permite, en el autor comentado, tratar del "falsamente acusado" (actor cuya conducta obediente al sistema es percibida como desviada) como categoría más significativa que la del "desviado secreto" (trasgresor a quién nadie señala como tal)<sup>86</sup>.

Si lo expresamos en términos todavía más claros, un sistema que establece la propiedad privada, crea la clase de los desposeídos, la marginación consiguiente, y el castigo por los delitos que se ven llevados a cometer los que se encuentran en esa condición. El delincuente es producido por la sociedad y por el derecho que de este modo, lejos de integrar o poseer funciones positivas, es agente del conflicto y de la desigualdad.

1.17.5. Estas consideraciones —parciales por igual— muestran que la posición que se tenga sobre el derecho desde la sociología general no depende de ninguna investigación empírica sino de un preconcepción de origen filosófico, o, si se quiere, de una ideología entendida como una *concepción del mundo*, más que una *falsa representación* de la realidad. En un caso o en el otro, es ajeno a la sociología del derecho misma, y a la ciencia del derecho, por más que los autores traten de no derivar sus ensayos de las ideas tenidas previamente.

Debe reconocerse la inevitabilidad aparente de que esa opción previa sea anterior al análisis de los supuestos concretos de aplicación de la norma y esto, que en derecho es común (no obstante llamarse ciencia), no lo es menos en sociología.

1.17.6. La opción cooperación-conflicto, como base de la sociedad, es previa no sólo a las teorías sociológicas sino también a las sociológico jurídicas, y es notable cómo entre Bredemeier y Tomeo (podría decirse también entre Parsons y Vold) las opciones parecen de tal modo tajantes, que no admiten superación.

Desde ya entendemos, en consonancia con lo sostenido en anteriores oportunidades<sup>87</sup> que se trata de una falsa antinomia, porque el derecho de una sociedad engloba a un número muy elevado de normas, más sus interpretaciones (indeterminadas en número, por lo menos desde el punto de vista práctico), que sufren el influjo de los restantes subsistemas de control social a que nos hemos referido anteriormente. Así considerado en su versión intermedia (podría optarse por la más reducida referida exclusivamente a las normas sancionadas, o la más amplia de los teóricos del *derecho libre* extremados, como Duguit), contiene normas que ajustan e integran el sistema y normas que lo desajustan y generan conflictos; normas cuya aplicación genera confianza social, y que si faltaran producirían graves alteraciones de la sociedad tal como existe (llámese equilibrio social, si se quiere, con las reservas propias con la que debe utilizarse este concepto), y otras normas cuya presencia puede considerarse agente de desajuste, frustración o conflicto. Todavía puede sostenerse que algunas normas tienen un efecto ambiguo. Así por ejemplo, las antiguas normas sobre derecho de familia (como las que mantenían la indisolubilidad del vínculo matrimonial), ¿eran integrativas o generaban conflicto? Podría aplicarse en este caso el principio de "unidad servida por la función" desarrollada por

<sup>85</sup> Tomeo, *Il diritto come struttura del conflitto*, Milano, Y. También nuestro comentario sobre esta obra en *Revista de Sociología del derecho* N 4.

<sup>86</sup> Becker, *Los extraños*. Sociología de la desviación, pág. 29 y sgs.

<sup>87</sup> V. citas notas 83 y 85.

Merton en su crítica a los postulados del análisis funcional<sup>88</sup>: integraban y sostenían a los que poseían normas del sistema de control social religiosos coherentes con los fundamentos de esas normas jurídicas, pero frente a los participantes de otros subsistemas de control social (por ejemplo, las costumbres que legitiman toda unión duradera y pública sin mengua de la reputación de la mujer) generaba conflicto en la medida que estos grupos no valoraban la vigencia de un vínculo socialmente inexistente (el primer matrimonio disuelto en los hechos).

Frente a los grupos sociales (o categorías, para expresarlo con propiedad) que poseían criterios ajenos al matrimonio concebido según las normas religiosas católicas, el mantenimiento de la indisolubilidad del vínculo era profundamente disfuncional, ya que impedía y frustraba la legitimidad legal de uniones que ya poseían legitimidad social.

Otros ejemplos sobre este aspecto ambiguo de la funcionalidad o conflictividad de las normas jurídicas son las distintas posiciones sobre la dimensión de la actividad del Estado ajena a sus funciones tradicionales, referidas a la seguridad, la administración general, etc. ¿Para quién son funcionales las normas que otorgan el monopolio estatal de correos, de ferrocarriles o teléfonos? Sólo para aquellos grupos cuyo sistema normativo incluye las funciones positivas que pudieran tener para la integración de un sistema tales privilegios. Por el contrario, son disfuncionales y conflictivas para los grupos que sostienen las ventajas integrativas del supuesto contrario, y señalan el conflicto derivado de una mala administración de tales servicios por parte del Estado.

En estos casos las normas en cuestión son funcionales para un subsistema y disfuncionales y conflictivas para otro, y sólo podrían considerarse funcionales o disfuncionales para toda la sociedad por apelación al falso postulado de la unidad funcional, o por negación de los grupos e intereses que representan la idea contraria.

1.17.7. De acuerdo con la idea que sustentamos, entonces, puede considerarse a las normas más o menos generadoras de conflicto o integradoras, según el subsistema que abarque, y la ideología de los miembros de cada subsistema, que no cabe postular pareja en una sociedad compleja. Sin perjuicio de esto, podría afirmarse que no existe sociedad que no posea en todo momento de su existencia normas de uno u otro tipo, lo que podría merecer también una forzada explicación funcional del cambio (a través del saldo líquido de funciones y de disfunciones<sup>89</sup>) que permitiría pasar de un utópico estado de equilibrio  $S_1$  a otro no menos utópico  $S_2$ . Sin llegar a esas especulaciones, en todo momento de la vida social puede presumirse que el derecho no es totalmente funcional ni totalmente conflictivo, sino que en conjunto es ambas cosas a la vez.

### ***Las posibles sistematizaciones del pensamiento sociológico jurídico***

1.18.1. Realizaremos ahora una breve referencia al algunas sistematizaciones que se han realizado en la historia del pensamiento sociológico jurídico para interpretar la obra de los teóricos que posee esta disciplina.

Señalábamos en otro lugar, al tratar de la sistematización de las líneas de pensamiento social, que la falta de unidad entre las distintas concepciones posibilitaron la proliferación de criterios sistematizadores de los cuales indicamos diez, que fueron empleados de acuerdo con las distintas necesidades, lugares y épocas en que los que los teóricos habían operado.

1.18.2. Los criterios empleados en sociología general, eran, brevemente resumidos:

- 1) La ordenación de acuerdo con épocas históricas de aparición de las teorías.
- 2) La distinción entre escuelas basadas en los tipos de solución teórica dada a problemas básicos.
- 3) La distinción de las teorías según países o regiones en que vivieron sus productores.
- 4) La sistematización a partir de las ciencias en que se han inspirado.
- 5) La sistematización a partir de un principio teórico inspirador.

<sup>88</sup> Teoría y estructura sociales, pág. 35 y sgs y 61.

<sup>89</sup> Merton, op. cit. pág. 61.

- 6) La combinación entre línea histórica de aparición de las teorías y el tipo de solución histórica dado a los problemas básicos.
- 7) La sistematización de períodos según una sucesión definida en términos de síntesis teórica preponderante en cada uno de ellos.
- 8) La vinculación del pensamiento sociológico con la transición de la comunidad feudal a las sociedades nacionales.
- 9) El señalamiento de los autores que en conjunto reúnen una tradición y marcan etapas fundamentales del pensamiento social.
- 10) La realización del análisis temático de cada sociología especial.

A estos se suma el utilizado por nosotros, según se funden en la cooperación o el conflicto como base de la convivencia social, y dentro de cada una de ellas, por líneas de solución teórica dada a los problemas básicos de la disciplina<sup>90</sup>.

### **Algunas sistematizaciones utilizadas en sociología del derecho**

1.18.3. Si intentáramos realizar algo parecido con la sociología del derecho nos encontraríamos con la aguda orfandad y abandono de esta rama de la sociología general. Y ello aunque en realidad la sociología del derecho es por lo menos tan antigua como la otra —aunque es dudoso que lo sea más, como ha sostenido Legaz y Lacambra<sup>91</sup>—. No puede sino coincidirse con Gurvitch y con Díaz sobre el peso que la doble resistencia que a la sociología del derecho hacen desde distintos ángulos el derecho y la sociología, que ha retardado la formulación de teorías específicas, y hasta la sistematización o aplicación de las teorías sociológicas generales del derecho<sup>92</sup>.

Dentro de las consecuencias de ese retardo se encuentra una falta evidente de criterio sistematizador en la mayoría de los autores que tratan de la historia —sino breve, raleada— de la sociología del derecho, no obstante la relevancia que aquéllos tienen. De los criterios antes expuestos, existe un predominio, entre los escasos historiadores de la sociología del derecho, del primero de los citados (ordenación cronológica) y el tercero (ordenación según países o regiones), con alguna sistematización incompleta a partir de las ciencias en que se han inspirado (cuarto criterio) y de la síntesis teórica preponderante en cada uno (séptimo criterio). En general, con excepción de Treves, se trata de exposiciones que no poseen un grado elevado de sistematización, aunque presentan una buena información sobre los autores que tratan.

1.18.4. La más importante fue durante décadas la realizada por Gurvitch, que dedica un capítulo extenso de su *Sociología del derecho* a estudiar a precursores y fundadores, y en el que combina varios de los criterios anteriores<sup>93</sup>. Parte de la base de la fragmentaria consideración por parte de los teóricos respecto de uno u otro tema de la materia (origen del derecho, relación entre realidad social del derecho y de otros fenómenos sociales, tipología de los grupos), y los divide en tres grupos: a) Aristóteles, Hobbes, Spinoza y Montesquieu, que presentan los problemas básicos, limitándose el primero a describir diferentes clases de derecho en su relación con el orden social eficiente, con la solidaridad social y los grupos particulares, e incluidos los dos que siguen a pesar de corresponder a una filosofía del derecho societaria-naturalista y no a una sociología del derecho, ya que aplican la mecánica al estudio de los fenómenos sociales. En cuanto a Montesquieu, es el que por vez primera libera a la sociología del derecho de toda metafísica y de toda tendencia dogmática, y la aproxima al estudio del derecho comparado<sup>94</sup>.

1.18.5. En un segundo grupo de precursores incluye Gurvitch a Grocio, Altusio, Saint Simon, Fichte, la escuela histórica del derecho, y a Leibniz, Proudhon y Gierke, por enfocar el tema del derecho sobre la base de los grupos particulares y combinaciones de grupos que lo generan,

<sup>90</sup> Las dimensiones de la teoría. social, parr. 1.2.2.

<sup>91</sup> Concepto y función de la sociología jurídica, cit. por Díaz, Elías, op. cit. pág. 135.

<sup>92</sup> Conf. Gurvitch, op. cit. pág. 1, Díaz, op. cit. pág. 135/6 y 146.

<sup>93</sup> Gurvitch, op. cit. pág. 75 y sgs.

<sup>94</sup> Pág. 85.

de modo que distinguen tantos tipos de derecho social como de grupos. De esta forma liberan al derecho del Estado, que deja de ser un grupo jerarquizado frente a los otros.

El tercer grupo comprende a los que se ocupan de la génesis del derecho, que pretenden estudiar por medio de análisis de las sociedades antiguas: Sumner Maine, Fustel de Coulanges, Kovalewski, y también Ihering, en cuanto a sus estudios sobre el derecho romano. Forman parte de este grupo también los etnólogos: especialmente Frazer, Boas, Malinowski, Radcliffe Brown, Mauss, Levy-Bruhl. Separa, por último, a los precursores en el campo de la sociología criminal: Lombroso, Garófalo, Ferri, Tarde.

1.18.6. Los fundadores son estudiados de acuerdo con su ubicación geográfica. En Francia, Durkheim, Duguit, Emmanuel Levy y Hauriou. En Alemania Max Weber, en Austria Ehrlich, en Estados Unidos Holmes, Pound, Cardozo y los realistas jurídicos (Llewellyn, Arnold). Ello a pesar del parentesco teórico entre algunas teorías consideradas por separado (por ejemplo, entre Ehrlich y Hauriou)<sup>95</sup>.

1.18.7. En otro de los trabajos de la década del cuarenta, Roscoe Pound, que escribe para la obra colectiva "Sociología del Siglo XX", realiza una extensa reseña bibliográfica tanto de la sociología del derecho (que el autor indicado estima ciencia teórica), como de la jurisprudencia sociológica (que entiende es una ciencia práctica), criterio que no compartimos<sup>96</sup>. El trabajo, de gran valor en cuanto a la información que suministra, carece de un criterio sistematizador que presida la exposición, además del cronológico.

Comienza por Montesquieu —cuya obra es considerada la primera tentativa para elaborar una sociología del derecho, según cita que realiza de Ehrlich, y del cual estima no existe un solo problema de sociología jurídica para el que no haya una sugestión valiosa en el Espíritu de las Leyes.

1.18.8. El fundador para Pound es Comte, al contrario de la opinión de Gurvitch, para el cual, de modo concordante con Ehrlich, el fundador de la sociología fue hostil a toda derecho, y por lo tanto excluye la posibilidad de una sociología del derecho<sup>97</sup>. Para Pound la hostilidad de Comte se limitaba a las leyes, y no se extendía al derecho, de donde la "inutilidad de toda legislación" defendida en sus obras no equivale a la inutilidad de todo derecho sostenida por sus sucesores. Sin perjuicio de volver sobre el tema más adelante, debe observarse que también la desaparición de todo derecho es, por motivos muy diversos, la posición final de Marx.

Pound se ocupa brevemente de Spencer, Sumner Maine, Ward y Durkheim, señalando los aportes sucesivos a la ciencia, al igual que los de Ross y Max Weber. En segundo lugar considera a Ehrlich, Horvath, Timashev y al mismo Gurvitch. En tercer lugar, a la Escuela histórica del derecho, Ihering, Duguit y Houriou, analizando de paso a Kelsen y a Stammler, que no deberían tener un lugar equivalente en un análisis sistemático de la sociología del derecho, que no se propusieron realizar. Continúa analizando otros autores, e incluso sus propias obras, sin mayor precisión sobre los criterios de inclusión: von Gierke, Tarde, y los autores americanos.

1.18.9. Entre los trabajos más modernos, la *Sociología y filosofía del derecho* de Elías Díaz incluye unas "notas para, la historia de la sociología del derecho". Allí no se establecen criterios rectores, pero se analiza a Aristóteles, Montesquieu, Comte, Marx, Durkheim y Max Weber en la primera parte, pasándose luego a las contribuciones realizadas desde el derecho, comprensivas a su vez de temas tales como la oposición de juristas y filósofos a la sociología del derecho, precedentes de la ciencia que nos ocupa en la metodología finalista y en la historia del derecho, empirismo y sociologismo en el pensamiento anglosajón, para concluir en la obra de Gurvitch.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> Pág. 161.

<sup>96</sup> Sociología del S. XX, Cap. XI pág. 274 y sgs.

<sup>97</sup> Pound, pág. 277. Gurvitch, pág. 17.

<sup>98</sup> Díaz, Elías, op. cit. pág. 129/152.

1.18.10. Es posiblemente Renato Treves el autor que ha presentado hasta ahora la sistematización más completa y significativa para el estudio de la sociología del derecho y de sus antecedentes históricos, ya que ha partido de la quinta alternativa de la señalada al comienzo de este párrafo: la utilización de un principio teórico inspirador en cada escuela o conjunto de autores.

Los criterios utilizados en la Introducción a la Sociología del derecho son varios y pueden sintetizarse como sigue:

A) Doctrinas de tipo teórico general referidas a la sociología del derecho.

a) Teorías de la cooperación:

1) Que consideran al derecho como variable dependiente de la sociedad.

2) Que consideran al derecho como variable independiente de la sociedad.

b) Teorías del conflicto que consideran al derecho a la vez como variable dependiente e independiente, según las distintas clases sociales consideradas.

B) Sociología del derecho de los investigadores empíricos.

a) De los juristas (sociología del derecho) :

1) Que se opusieron al formalismo legal.

2) Que se opusieron al formalismo conceptual.

3) Que se opusieron al formalismo jurisprudencial.

b) De los sociólogos (sociología del derecho)<sup>99</sup>.

1.18.11. A través del esquema anterior presenta numerosas teorías, separadas a su vez según sus propios principios, dentro de los generales antes señalados. Entre los precursores que consideran al derecho como variable dependiente de la sociedad se cuentan los teóricos de la Escuela histórica del derecho y Charles Comte con su Tratado de Legislación publicado en 1836. Entre los que consideran al derecho como independiente de los datos sociales, coloca las escuelas del derecho natural, y el utilitarismo de Bentham.

Los fundadores, dentro de la primera rama, son Saint Simon, Augusto Comte (no obstante sus diatribas contra el derecho, ya que Treves coincide básicamente con la posición de Pound), Spencer, Durkheim y Tonnies. Dentro de la segunda rama, el fundador es Max Weber, a quien considera opuesto a las teorías sociológicas del derecho, pero no a la sociología del derecho.

1.18.12. Al tratar de la sociología del derecho como variable independiente de la sociedad, continúa con el análisis de las teorías de Horvath, Timacheff, Geiger, y más adelante, Parsons, Evan, Bredemeier, Friedman y Luhmann. En lo que hace a la sociología del conflicto, su presupuesto básico de la escisión de la sociedad en clases antagónicas obliga a atribuir un papel al derecho en el que no cabe opción entre dependencia o independencia de la sociedad: es dependiente respecto de la clase explotada, que está oprimida por la otra y que carece del uso de la fuerza del Estado, y es independiente respecto de la clase explotadora que dispone de esa fuerza. De ello deriva la necesidad de identificación entre derecho y Estado en Marx, Engels y sus sucesores. La evolución de esta línea de pensamiento deriva en dos líneas teóricas: la que hace prevalecer el elemento económico social, y la que hace prevalecer el elemento jurídico<sup>100</sup>. La primera corresponde a los primeros tiempos de la Unión Soviética (Stucka, Pasukanis), y sufre la represión stalinista y la rehabilitación posterior a 1956. La otra corresponde al auge stalinista, y al refuerzo del concepto de Estado productor de normas (Vysinskij). rechazado a partir del acceso al poder por Khrushchev.

1.18.13. Respecto de la sociología del derecho de los investigadores empíricos, entre los juristas opositores al formalismo legal coloca a Geny, quien propone la investigación de los fenómenos sociales para satisfacer las necesidades de la vida jurídica, y también a Duguit, Hauriou, Cruet, Ripert y Savatier. Enfrentados al formalismo conceptual, Ihering, Heck,

<sup>99</sup> Treves, Introducción a la Sociología del Derecho, Cap. 1 a 8.

<sup>100</sup> Treves, Introducción, pág. 111).

Rümelin y Ehrlich. En oposición la formalismo jurisprudencial, toda la tradición norteamericana y anglosajona en general, desde Holmes, Pound y Cardozo, a Llewellyn y Frank.

Los sociólogos empiristas reúnen la mayor parte de las investigaciones de la época contemporánea, marginada ya de los aspectos históricos que aquí nos interesa destacar.

1.18.14. De esta sistematización compleja, puede objetarse la no muy clara distinción entre derecho como "variable dependiente" o "variable independiente" de la sociedad. Si autores como Max Weber y Parsons son incluidos entre los segundos, esta independencia de la sociedad (a partir de generar las normas jurídicas un sistema coactivo autónomo, aplicado por el Estado), no sería diversa a la consideración de Durkheim, para el cual el derecho (y todo hecho social) es externo y coactivo. Pero Durkheim es colocado entre los que consideran al derecho como variable dependiente de dos sistemas de solidaridad (mecánica —derecho represivo— y orgánica —derecho restitutivo). Aquí la dependencia es clara, pero no justifica la negativa de ese carácter a Max Weber, para el cual la legitimidad legal parte de un tipo de sociedad (racional, capitalista) en la que es posible, del mismo modo que la legitimidad tradicional del derecho es consecuencia de otro tipo de sociedad y de sistemas de ideas políticas y religiosas. La costumbre es un sistema normativo amparado por el largo uso (tradición, hábito, imitación); el derecho tiene una validez garantizada por la coerción física y la autoridad del Estado, pero la transición entre un sistema tradicional y otro legal es fluida, según el autor citado, tan fluida como el paso de una sociedad tradicional a una sociedad racional en la cual reemplaza (en realidad complementa) el sistema de control social anterior.

1.18.15. Respecto de Talcott Parsons, Treves lo ubica como cooperativista entre los que sostienen la independencia entre Derecho y sociedad, porque el derecho es para él un sistema de normas coactivas que determinan la estructura y el funcionamiento de la organización de la sociedad. La función del derecho es integrativa (integra los elementos potenciales del conflicto y lubrica las relaciones sociales). Sólo con la anuencia de un sistema de normas el sistema de interacción social puede funcionar sin degenerar en conflictos abiertos o latentes<sup>101</sup>. El sistema jurídico está conectado con el político; el derecho se funda en la coerción y en la fuerza física, y la amenaza del uso de la misma es característica de la organización política (Estado)<sup>102</sup>. En este caso, la caracterización del derecho como conjunto de normas coactivas es similar al de Max Weber. La función es integrativa, pero en definitiva se trata de un subsistema social, no de un sistema independiente del sistema social. Por qué entonces sostener que para Parsons se trata de una variable independiente, cuando los cuatro problemas que el derecho debe resolver son:

1) La legitimación del sistema (sentido del valor o del significado), lo que significa averiguar si el derecho es obedecido porque es querido por alguna autoridad —sin más—.- o por su fundamento en un valor religioso o derecho natural. Esto significa remitirlo a la sociedad y a la cultura, que define los valores respectivos. 2) Interpretación de la norma, o significado de la misma en un contexto particular (que es necesariamente social). 3) A quién se aplican y por qué se aplican las sanciones (también se trata de una cuestión dependiente de otros subsistemas sociales). 4) Jurisdicción: quién aplica las normas y porqué las aplica (cabe la misma consideración).

1.18.16. Todos estos problemas dependen de la sociedad, y a ellos apunta cualquier investigación del papel del derecho. Por ello entendemos que para todos los autores considerados el derecho depende de la sociedad, si por esto se entiende algún otro subsistema además del integrativo (en Parsons), o los condicionantes siempre sociales de la legitimidad (en Max Weber).

1.18.17. Respecto de Marx, considerado un autor que establece la dependencia del derecho respecto de la clase dominante y la independencia frente a la dominada (por carecer de

<sup>101</sup> El derecho y el control social. Cit. por Treves. Introd. pág. 89.

<sup>102</sup> Treves, Introducción, pág. 90/92.

coerción), podría decirse que de acuerdo con su doctrina, los hombres entran en relaciones necesarias con motivo de la producción social de su vida, y estas relaciones son independientes de su voluntad, correspondiendo a una determinada fase del desarrollo de las fuerzas productivas materiales, según se expresa en el Prefacio a la Contribución a la Crítica de la Economía Política. Esta dependencia es conjunta para todos los que ocupan posiciones en el sistema productivo. Si la superestructura jurídica se levanta sobre la estructura económica de la sociedad, no se ve cómo puede ser independiente para una u otra clase: es dependiente de la estructura, y ésta se forma por el conjunto de relaciones de producción en las que están involucradas ambas clases<sup>102bis</sup>.

Las ideas se explican por la práctica material, ya que la conciencia es un producto social, y la estructura social y el Estado surgen continuamente del proceso vital de individuos determinados, según expresa la Ideología Alemana. La independencia del derecho no se ve, si se repara en que las relaciones de producción efectivas entre los individuos se han de expresar necesariamente como relaciones políticas y legales. Asumen según Marx una existencia independiente, y se aceptan como fuerzas misteriosas a las que los juristas atribuyen validez especial, sólo porque por la división del trabajo, han de rendir culto a dichos conceptos y ver en ellos, y no en las relaciones de producción, la verdadera base de las relaciones de propiedad efectiva<sup>103</sup>.

1.18.18. Es decir que las relaciones de producción, y la división del trabajo, producen juristas, que se ven necesitados de adorar los conceptos que crean se trata, en suma de una parte de la ideología. No puede verse, entonces, mayor dependencia de todos los participantes respecto de la sociedad, por lo menos según los textos de Marx, y sin perjuicio de las interpretaciones divergentes de los seguidores.

1.18.19. En rigor, sólo podrían pertenecer a una teoría de la independencia del derecho respecto de lo social los iusnaturalistas extremados, y algún grupo de formalistas que sólo quisiera ver la norma jurídica como una construcción lógica, independiente de los intereses que le han dado vida. Respecto de los primeros, porque si el derecho proviene de Dios, o de la naturaleza, y está inscripto en la mente de los hombres, y si se considera que toda disposición que no ajuste a esos principios dogmáticamente fijados no es derecho, puede sostenerse que el derecho es independiente de la sociedad. Por otra parte, si el derecho es un conjunto de normas válidas, que pueden y deben analizarse exclusivamente en relación con otras normas también válidas, dicho análisis aparece independizado de la sociedad que lo genera. Pero estas posiciones son ajenas a la sociología jurídica. Recordemos que Hauriou, no obstante su iusnaturalismo sostiene que la fundación de las instituciones tiene carácter jurídico, y que las instituciones son sustancialmente el centro y la fuente de juridicidad; en esta medida entra el citado autor en la sociología del derecho.

De allí entonces que quepa formular aquí reparo a la clasificación utilizada por Treves en su Introducción, y estimar que si bien el criterio que funda en la cooperación o el conflicto como base de la sociedad puede resultar útil, el de la dependencia o independencia del derecho respecto de la sociedad no lo es porque ningún sociólogo o jurista que haya presentado inquietudes sociológicas, ha podido asumir la actitud de la independencia y sostenerla dentro de la sociología jurídica.

1.18.20. En la Sociología del Derecho de 1987 Treves prefiere otra sistematización. Allí dedica diversos capítulos a los precursores, a la contribución de las doctrinas sociológicas, de las doctrinas políticas, de la ciencia jurídica y a los fundadores.

Entre los fundadores considera a Vico, Montesquieu, Savigny, Bentham, Carlos Comte, y a diversos autores italianos. Entre los que contribuyeron desde las doctrinas sociológicas, Saint Simon, Augusto Comte, Spencer, Sumner Maine, Tonnies, Durkheim, Gumplowicz y Oppenheimer. En la contribución de las doctrinas política incluye a Marx, Engels, Lasalle,

<sup>102bis</sup> Prefacio a la Contribución a la Crítica de la Economía Política. pág. 8,9.

<sup>103</sup> Ideología Alemana, pág. 19/25 y 430/431.

Menger, Renner, Lenin, Stucka y Pasukanis. En la contribución de la ciencia jurídica a Ihering, Kirchmann, Kantorowicz, Ehrlich, Geny, Duguit, Hauriou, Von Gierke, Holmes y Pound.

Por último, entre los fundadores expone a Max Weber, Gurvitch, y Geiger. La única alusión a la clasificación entre dependencia e independencia de la sociedad, como criterio distintivo de teorías sociológico jurídicas, se observa al comparar la teoría de Bentham con la de Carlos Comte.<sup>104</sup>

1.18.21. De los autores nacionales, señaló la breve reseña de Poviña, que bajo el título de Historia de la sociología del Derecho en sus Cursos de Sociología, estudia a precursores y fundadores de la ciencia<sup>105</sup>. Incluye entre los primeros a la corriente del derecho natural, que arranca en Aristóteles y luego se diversifica en tendencias que llama clásica (Pufendorf, Locke, Rousseau), historicismo (Savigny) y el positivismo (Ihering, Gumpowicz). En cuanto a los fundadores, sigue la exposición de Gurvitch.

1.18.22. No pueden dejar de mencionarse, a pesar de no formar parte de una obra sociológica, los capítulos dedicados a la "Historia del pensamiento jurídico occidental" incluidos en la Introducción al Derecho de Aftalión, García Olano y Vilanova<sup>106</sup>. Allí, bajo el rótulo de "Escuelas modernas", se trata la jurisprudencia de Intereses (Ihering, Heck, Rumelin), el solidarismo (Duguit), la escuela de Geny, la alemana de Kantorowicz y Ehrlich, y más adelante el "sociologismo norteamericano" (Holmes, Pound y el realismo norteamericano). No obstante enmarcarse en un estudio teórico general, que incluye doctrinas filosóficas a la par que sociológicas —por lo que no existe un método propio de la sociología en la reseña de las teorías— se destaca la precisión y concisión del análisis de los autores mencionados.

### ***La sistematización que se propone***

1.19.1. Uno de los sentidos de historiar la sociología del derecho es obtener resultados de los cuales pueda seguir algún rédito actual. Y ese beneficio consiste, a mi juicio, en la vigencia de las distintas observaciones que en distintos tiempos y lugares se efectuaron sobre la efectividad del derecho y sus posibles causas, desde la afirmación dogmática partir de la coacción estatal, —fuera de nuestro campo— hasta el escepticismo absoluto, fundado, ora en la fuerza impeditiva de la historia y la costumbre, ora en impredecibilidad de la conducta humana más allá de los estrechos límites que el derecho jamás puede traspasar.

1.19.2. En sociología del derecho cada nueva escuela no destruye el trabajo de su antecesora, sino que realiza una contribución de mayor o menor valor para el estudio científico del derecho. Así, por ejemplo, la escuela histórica de Savigny ha pasado, pero el método histórico ha quedado. Bien dice Pound en el prólogo a la Sociología del Derecho de Ehrlich en su versión inglesa, que la ciencia del derecho moderno nació en el siglo XVII, luego del divorcio entre la jurisprudencia y la teología, realizada en el siglo anterior. En el siglo XIX los problemas de la ciencia del derecho eran determinar analítica, histórica o filosóficamente la naturaleza de la ley. En el siglo XX los problemas parecen ser no lo que el derecho es, sino lo que el derecho hace, cómo lo hace, qué es lo que puede hacer, cómo lo puede hacer<sup>107</sup>.

1.19.3. Lo que puede tener de interesante el trabajo de historiaren tal sentido, es que nada de esa historia de la sociología, de más de un siglo, puede considerarse totalmente superado. La polémica Kelsen-Ehrlich está planteada de modo que todavía hoy puede tomarse partido por uno u otro, La sociología del conocimiento que Kantorowicz planteaba sin llamar así, no se hizo todavía en lo concerniente a los fenómenos vinculados a la producción del derecho. La libre investigación científica de Geny, quedó sólo en la propuesta, que todavía hoy puede realizarse. Todos los temas están planteados, y se avanza con excesiva lentitud, lo que justifica inquirir

<sup>104</sup> Treves, Sociología del diritto, pág. 24.

<sup>105</sup> Cursos de Sociología. II, 545.

<sup>106</sup> Aftalión, García Olano y Vilanova, Introducción al Derecho, Cap. 21. 22 y 23. Pág. 722 y sgs.

<sup>107</sup> Ehrlich, E. Sociology of Law, pág. 29.

además por qué se produce este hecho, respecto de lo que hemos intentado alguna hipótesis en páginas anteriores.

1.19.4. La necesidad de fundar una sociología del derecho actual en los precedentes históricos parece tan importante como la que movió a Bobbio a escribir respecto de la filosofía del derecho<sup>108</sup>. La sociología del derecho requiere de la historia de su propia teoría, aunque pretende hoy ser empírica, tal como lo fue la sociología general a partir de los años treinta, con los trabajos de Thomas y Znaniecki, los Lynd, Mayo, Stouffer, etc. Pero aunque desde la década del sesenta existen numerosas investigaciones sobre normas y valores, operadores del derecho, actitudes frente a la administración judicial, etc., se ha olvidado en parte la fundada opinión de Merton y de Becker sobre las falencias de la investigación empírica que carece de base teórica<sup>109</sup>.

Treves, que había sostenido la opinión de que la sociología teórica del derecho (doctrinaria) era vieja y superada, por oposición a la de investigaciones empíricas realizadas sobre hechos particulares que interesan a la sociedad contemporánea, en 1966, diez años después reconoce la presencia renacida de una sociología del derecho teórica, pero piensa que la investigación empírica sectorial ocupa aun un puesto de primer plano. En 1987, sostiene que la sociología del derecho empírica no es una sociología nueva, sino un momento más de una historia única. Esto responde, probablemente, al nuevo incentivo por los estudios teóricos, pero ahora no desvinculados de una posible experimentación sino como resultado de una etapa de maduración teórica que en estos estudios va pareja con la comprobación o falsificación de hipótesis, frente a las afirmaciones generales o de carácter dogmático que cubren buena parte de los primeros períodos.<sup>110</sup>

1.19.5. De los numerosos temas de investigación de la sociología jurídica, señalamos por su interés una recreación, en un área específica, del tema "determinismo" o "libre albedrío"; por otra parte, una discusión sobre "determinismo legal" o "determinismo normativo no legal", que lleva al tema de la ideología en el marco de la ley y su aplicación. En otra línea, los estudios organizacionales de la administración judicial, que aplican a ella el actual nivel de análisis sistémico de estos grupos secundarios, y específicamente los sistemas de comunicación y de poder real (no necesariamente coincidentes con los formales). Otros temas son el ejercicio de las profesiones jurídicas (incluyendo la de jueces y funcionarios, ordinariamente velados a todo intento de investigación), el uso cotidiano de las instituciones de derecho por particulares, que remite a la práctica normativa en materia contractual, familiar, del ejercicio del derecho de propiedad, los derechos verdaderos contra la administración pública (no sólo los formalmente disponibles), los estudios de estratificación social y administración judicial (quiénes acceden a los tribunales, y el resultado que obtienen). La lista, desde ya, es de gran amplitud, pues se trata de vincular la práctica social con las normas jurídicas que pretenden alcanzarlas, y en la sociedad moderna no existe prácticamente ámbito social que no pretenda ser alcanzado por el derecho. Hasta la intimidad puede serlo, no obstante la norma constitucional, ya que son variados y volubles los criterios que informan el concepto de "acciones privadas de los hombres" y "ofensa al orden y a la moral pública".

1.19.6. Las consideraciones anteriores servirán de base para realizar una sistematización que partirá de los mismos presupuestos utilizados en la anterior obra "Las dimensiones de la teoría social": el estudio de las tendencias y las hipótesis (porque en muchos casos no existe más que eso), las teorías presuntas (a veces simples prejuicios), y de las observaciones corroboradas (mínimo campo de la sociología del derecho hasta hace pocas décadas), se realizará a partir de las concepciones básicas que las informan.

<sup>108</sup> Bobbio, op. cit. pág. 100 .

<sup>109</sup> Si bien antes la teoría social no confirmada por observaciones comprobadas carecía de fundamento, la búsqueda de hechos que no se guíe por la teoría carece de objetivo, y la acumulación de los mismos, sin sintetización teórica, carece de sentido" (Becker y Boskoff, *Modern Sociological Theory in Continuity and Change*, pág. 41). Merton, *Teoría y estructura sociales*, cit.

<sup>110</sup> Treves, obras citadas. *Sociología del derecho* (1966), pág. 12, *Introducción a la Sociología del derecho* (1977), pág. 121/122 y *En la búsqueda de una definición de la Sociología del derecho*, pág. 587.

Se pretende distinguir entre sociólogos del derecho y juristas con orientación sociológica, determinando para todos el criterio preteórico: en la línea de la cooperación los precursores y fundadores (positivistas, evolucionistas, organicistas positivistas, conductistas, organicistas historicistas, formalistas, funcionalistas y anticientificistas). En la línea del conflicto, los precursores y los críticos marxistas y no marxistas, dejando un espacio intermedio para la sociología del conocimiento jurídico.

\*\*\*