

RENATO TREVES

slh

Título original: *Introduzione alla Sociologia del Diritto.*
© 1977 Giulio Einaudi, Editore, Turín.

INTRODUCCION A LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Versión española
y
nota preliminar
de

MANUEL ATIENZA



© 1978, TAURUS EDICIONES, S. A.
Velázquez, 76, 4º MADRID-1
ISBN: 84-306-1159-2
Depósito legal: M. 29.430 - 1978
Impreso en Closas-Orcoyen, S. L. Martínez Paje, 5. Madrid-29
PRINTED IN SPAIN

PREFACIO A LA TRADUCCION ESPAÑOLA

La presente traducción española está bastante mejorada en relación con la edición italiana, no sólo porque he remediado algunas inexactitudes y corregido varios errores en el texto y en las notas, sino también porque he hecho varios añadidos, entre ellos las páginas sobre «El humanismo socialista de R. Mondolfo».

Me alegra el pensar que, con esta traducción, continúo estando idealmente presente en el mundo cultural español, en cuyas iniciativas y actividades participé personalmente en el decenio 1938-1948, cuando, para huir de las persecuciones del fascismo racista, me trasladé a la Argentina, país en el que me encontré con los intelectuales españoles exiliados por causa de la guerra civil que habían encontrado refugio en las entonces libres tierras de América. Fue un encuentro importante para mí, no sólo en el plano de la amistad y de las aspiraciones comunes, sino también en el de los estudios filosóficos. No puedo olvidar que la toma de contacto con los intelectuales que habían recibido la influencia del pensamiento de Ortega y Gasset y de la filosofía alemana de la cultura, me fue útil para encontrar nuevas bases aptas para sostener y desarrollar el problematicismo y el historicismo en el que se inspira este libro y en el que se han inspirado algunos de mis trabajos anteriores.

Es significativo el hecho de que esta traducción, así como otras traducciones españolas de mis trabajos, haya sido realizada por la iniciativa y el interés de Elías Díaz, un catedrático de filosofía del derecho de la nueva España que, en el período de la dictadura franquista, en su país, defendió los valores de la libertad y de la democracia, y que, oponiéndose a las concepciones metafísicas del iusnaturalismo entonces dominante, afirmó la exigencia de orientar nuestros estudios hacia las nuevas corrientes del pensamiento europeo, que encontraban su expresión en el análisis del lenguaje jurídico y en las investigaciones sociológicas del derecho.

Agradezco a Elías Díaz su interés, pero también y especialmente a su discípulo Manuel Atienza, que ha realizado el trabajo de traducción y ha escrito la «Nota preliminar»: una nota útil y clara que sólo podía ser escrita por un especialista de nuestra disciplina. Y Manuel Atienza es un especialista al que aprecio mucho por sus trabajos, entre ellos sus óptimos estudios sobre el pensamiento jurídico actual en Argentina.

Renato TREVES

Milán, abril de 1978

NOTA PRELIMINAR

Esta Introducción a la sociología del derecho, de Renato Treves, sin duda uno de los autores que más han contribuido al desarrollo de esta disciplina tras la segunda guerra mundial¹, significa un gran esfuerzo dirigido a exponer y sintetizar las aportaciones de esta nueva ciencia en el campo de la teoría y en el de las investigaciones empíricas.

Se trata de un texto particularmente claro, pero quizás no esté de más mostrar cuáles son las claves fundamentales para su interpretación y cuáles algunas de las consecuencias que pueden extraerse del mismo. Las consideraciones siguientes tienen, pues, únicamente, el sentido de facilitar a los estudiantes (parte del público al que se dirige la obra) la labor de comprensión de la misma.

Los presupuestos metodológicos (antidogmáticos y críticos) de que arranca Treves le llevan a desechar la posibilidad de dar una definición escolástica de la sociología del derecho, limitándose a indicar como objeto central de estudio de la misma las relaciones existentes entre derecho y sociedad. Por otra parte, Treves resalta el carácter necesariamente convencional que tienen las clasificaciones y que, sin embargo, se justifican por razones didácticas, expositivas, históricas, etc. Así ocurre con una serie de divisiones en que se articula esta obra, a saber: concepciones teóricas e investigaciones empíricas; consideración del derecho como variable dependiente o como variable independiente con respecto a la sociedad; sociología del derecho de los sociólogos y sociología del derecho de los juristas².

¹ Para un estudio de la obra de Treves, véase Elías Díaz, Escrito preliminar, en R. TREVES, *El juez y la sociedad*, trad. cast. de F. J. Laporta y A. Zaragoza, revisada y anotada por L. Mosquera, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974. Este trabajo, revisado, está incorporado al libro de Elías Díaz, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Ed. Civitas, Madrid, 1977 (cap. II).

² Una exposición de la metodología seguida por Treves puede encontrarse en la parte final de este libro (*observaciones conclusivas*), cuya lectura resulta también aconsejable con carácter preliminar.

El primer par de conceptos sirve para diferenciar las dos partes en que se divide la obra: 1) derecho y sociedad en el pensamiento de los juristas y de los sociólogos, 2) derecho y sociedad en las investigaciones empíricas. La justificación de esta clasificación es fundamentalmente histórica, es decir, tiene lugar sobre todo en un eje diacrónico: la sociología del derecho tuvo en sus orígenes un tratamiento fundamentalmente teórico hasta que se constituye como ciencia empírica tras la segunda guerra mundial. Pero de esta constatación no se deriva, por parte de Treves, una tendencia a infravalorar la importancia de la teoría sociológica, sino que, por el contrario, una de las preocupaciones que afloran en el libro es la de buscar cómo pueden articularse el plano de la teoría con el de las investigaciones empíricas (véase, por ejemplo, el cap. VIII).

La segunda división (o subdivisión) tiene lugar dentro de las concepciones teóricas de los sociólogos y de los juristas y habría que situarla en un plano predominantemente sincrónico.

En efecto, entre los modernos precursores de la sociología del derecho nos encontramos con una concepción del derecho como variable independiente con respecto a la sociedad, tesis mantenida por los representantes de la escuela moderna de derecho natural y por Bentham, a la cual se oponen las concepciones de la escuela histórica del derecho y de C. Comte, que entienden, por el contrario, al derecho como una variable dependiente con respecto a la sociedad.

También han sido partidarios de esta «tesis de la dependencia» (llamémosla así para abreviar) los padres fundadores de la sociología: Saint-Simon, A. Comte o Spencer, y en la siguiente generación, sociólogos como Tönnies o Durkheim (que a diferencia de los anteriores resuelven la sociología general en sociología del derecho) y juristas como Ehrlich, von Gierke, Duguit, Hauriou, Santi Romano y —con posterioridad— Gurvitch.

La «tesis de la independencia» ha sido mantenida por Max Weber, lo cual permite mostrar las afinidades de este autor con Bentham, Austin o Kelsen. La teoría de la racionalización de Weber y su concepción de la sociedad como un sistema capaz de resolver, en su propio desarrollo, todo posible conflicto (concepción de la sociedad que está en la línea de A. Comte, Spencer o Durkheim) dio origen a la concepción funcionalista de la sociología sostenida tanto por autores europeos —Horváth, Timacheff, Geiger— como americanos —T. Parsons, Evan, Bredemeier, Friedman—. El funcionalismo se ha desarrollado también, en torno a la problemática del derecho y el cambio social, a partir de autores como Lubmann, Rebbinzer, Schelsky, Maihofer, Auber o van Loon.

Finalmente, frente a la teoría funcionalista de la sociedad se sitúa la concepción de la sociedad como conflicto de Marx y Engels. Para esta teoría, el derecho es una variable dependiente por lo que se

refiere a la parte de la sociedad que detenta el poder; pero es una variable independiente con respecto a la parte de la sociedad que no tiene el poder.

Dentro de esta última concepción, Treves diferencia entre la línea interpretativa que a partir de Lenin desarrollan los juristas soviéticos: bien en el sentido de hacer prevalecer el elemento económico-social (Stucka o Pasukanis) o bien el elemento jurídico-normativo (Vysinskij), y la interpretación del marxismo como humanismo de R. Mondolfo.

Podría pensarse que no se justifica, en el contexto de una obra de introducción a la sociología del derecho, la atención dedicada a un autor como Mondolfo, que no se ha preocupado expresamente de los problemas del derecho y del Estado. Sin embargo, la incorporación de este capítulo a la edición castellana tiene una gran relevancia porque aclara la orientación filosófica y política de Treves (estrechamente vinculada al humanismo socialista de Mondolfo) y porque la interpretación de Mondolfo pone de manifiesto las conexiones del pensamiento marxista, hacia atrás, con los teóricos de la revolución francesa, y hacia adelante, con sociólogos y juristas como Tönnies, Mannheim y Renner. En definitiva, con ello cobran pleno sentido las afirmaciones finales de Treves, en las que señala al sociólogo del derecho la tarea de conciliar «las exigencias de la ciencia con las de la valoración, y por ello, al mismo tiempo, las exigencias de la razón con las de la libertad».

Por lo que se refiere a la segunda parte del libro (investigaciones empíricas), aquí la división fundamental se establece entre la sociología del derecho de los juristas y la sociología del derecho de los sociólogos. En el primer apartado se incluyen las concepciones de los juristas que han protagonizado la llamada «revuelta contra el formalismo», tanto legal (el caso de Geny) como conceptual (Ihering, Kantorowicz o Ehrlich) o jurisprudencial (Holmes, Roscoe Pound y el realismo americano), partidarios de una sociología en el derecho realizada para fines prácticos de la legislación y de la jurisprudencia. Mientras que el segundo apartado recoge las aportaciones de sociólogos partidarios de considerar a la sociología del derecho como sociología particular (se trata de una sociología del derecho) y encaminada hacia fines teóricos y cognoscitivos; aquí habría que incluir también las concepciones de juristas como Kelsen o Hart, en la medida en que tienden a configurar a la sociología del derecho como una ciencia autónoma y separada de la ciencia jurídica tradicional.

Precisamente, en relación con esta cuestión, Treves defiende la necesidad de un trabajo interdisciplinar entre sociólogos y juristas (la interdisciplinariedad en las ciencias sociales también está planteada en la obra de Mondolfo), mostrándose partidario de una colaboración

entre juristas y sociólogos realizada en plano de igualdad, y por tanto, de una sociología del derecho más que de una sociología en el derecho.

En los últimos capítulos del libro, después de mostrar cuáles son los métodos y los problemas de la investigación empírica en sus diversas fases, Treves da cuenta con cierto detalle de las investigaciones más importantes realizadas tanto sobre las normas como sobre los valores y sobre los operadores jurídicos (jueces, abogados, funcionarios de policía, etc.). En este punto, es de resaltar el perfecto conocimiento de Treves acerca de los pocos trabajos valiosos de sociología del derecho realizados en nuestro país, y la importancia concedida a las investigaciones de sociología judicial, a las que, por otra parte, Treves ha hecho importantes contribuciones.

Quizá convenga advertir acerca del carácter sumamente complejo (a pesar de su aparente simplicidad) de las divisiones analizadas. Por ejemplo, los términos de cada división no están conectados en todos los casos de la misma manera. Ni, por consiguiente, es la misma la función (o finalidad) de tales dicotomías, aparte de la propiamente organizativa de la obra. Así, en la primera de las divisiones, ambos términos, teoría y empirie, parecen (o están destinados a) estar más que en relación de oposición, en relación de complementariedad. En el segundo caso la relación parece ser de oposición, aunque sea una oposición capaz de resolverse en una síntesis superior: la concepción de la sociedad como conflicto. Y, finalmente, en el tercer caso la relación sería más bien de exclusión o de incompatibilidad: la sociología del derecho frente a la sociología en el derecho.

La cuestión podría complicarse aún más si advertimos que cada una de estas divisiones se entrecruza en ocasiones con las otras. O si pensamos, por ejemplo, que, a fin de cuentas, todas estas divisiones quizás no sean puramente convencionales, puesto que se trata de dicotomías reales (reales en la medida en que tenga realidad la historia de la sociología del derecho), y por tanto, hasta un cierto punto, necesarias.

Desde otro punto de vista, creo que el interés didáctico y pedagógico de la obra es doble. De un lado, por su claridad expositiva y magnífica documentación, que hace de ella un valioso instrumento de investigación y docencia, contribuyendo de paso a aproximar estas dos facetas que no deberían darse (ni probablemente suelen darse) por separado. De otro lado, porque el destacar cuestiones tales como la importancia de las investigaciones empíricas, los nexos existentes entre investigaciones empíricas y teoría sociológica o la necesidad de que juristas y sociólogos realicen un trabajo de carácter interdisciplinar, puede tener una serie de repercusiones importantes en este plano. Señalaré únicamente un par de ellas.

En primer lugar, resulta muy clara la necesidad de institucionalizar la sociología del derecho como disciplina académica (y como

disciplina a cursar en los estudios jurídicos). La carencia de la misma en las universidades españolas es un hecho vergonzoso y sólo explicable por razones ideológicas que habría que pensar pertenecen ya al pasado³. Por supuesto que esto no debe obstaculizar, sino por el contrario favorecer la existencia de un tratamiento más sociológico en las disciplinas jurídicas tradicionales. De lo que se trata, en última instancia, es de promover una apertura del derecho hacia las ciencias sociales en general y hacia la sociología en particular.

En segundo lugar, la sociología del derecho, en la medida en que no se resuelve únicamente en investigaciones empíricas ni tampoco, claro está, en teoría sociológica, permite comprender que el problema de la enseñanza del derecho (y también el de la ciencia jurídica) no estriba simplemente en lograr una mayor aproximación hacia la práctica, hacia el derecho vivo. La enseñanza del derecho en nuestras facultades está también necesitada, y de manera muy fundamental, de una teoría jurídica rigurosa, no dogmática... (teoría, al fin y al cabo), y en la elaboración de esta nueva teoría, la sociología deberá cumplir una función relevante.

MANUEL ATIENZA

PREFACIO

La sociología del derecho es una disciplina que puede considerarse nueva, aunque no sea nuevo su nombre. Sus investigaciones comenzaron a realizarse de manera consistente en los Estados Unidos poco después del final de la guerra, y se han desarrollado en los años sucesivos con intensidad creciente en los países capitalistas, así como en los países socialistas. En estos dos últimos decenios, la sociología del derecho se ha convertido en materia de enseñanza universitaria en muchos de estos países, y las exigencias de la enseñanza han puesto en claro numerosos problemas de carácter expositivo y sistemático que se han resuelto de distinta manera según los ambientes culturales en los que la propia enseñanza se venía impartiendo. En algunos países, y especialmente en América, por evitar, al menos en parte, las dificultades que presentan estos problemas y por seguir también un método didáctico bastante difundido, se han publicado antologías que recogen y ordenan con criterios diversos el material de mayor interés para la formación cultural y técnica del sociólogo del derecho. En otros países, como en Francia y en Alemania, se ha preferido, sin embargo, publicar trabajos originales de carácter expositivo y orgánico.

Los primeros cursos de enseñanza de sociología del derecho en Italia se instituyeron y asignaron por encargo en la Universidad de Catania y de Milán, respectivamente, en los años académicos 1968-69 y 1969-70. En esos años intenté trazar una breve exposición sistemática de la materia redactando la voz «Sociología del Derecho» para el Novissimo digesto italiano, voz publicada precisamente en 1969. Tomando como base aquella voz, en ese mismo año y en el siguiente publiqué varias ediciones a ciclostil para uso de los estudiantes. Después del año 1969-70, varias universidades, además de las indicadas, han activado la enseñanza de la sociología del derecho, pero, excepción hecha de algunas tentativas no muy exitosas, no se ha publicado todavía un texto que, teniendo en cuenta las exi-

³ Sobre los intentos de institucionalización de la sociología del derecho en España, véase Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1.^a ed., 1971, pp. 170 y ss.

INTRODUCCION A LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

gencias del ambiente y de la cultura de Italia, dé una idea orgánica de la materia, de las corrientes de pensamiento que la han generado, de los principales temas tratados, de la metodología seguida y de los objetivos alcanzados en el plano de la teoría y en el de la investigación.

Con el libro que aquí presento, me propongo llenar esta laguna. Después de las tentativas hechas en torno a 1969, he procurado sacar provecho de las experiencias didácticas y científicas de los años sucesivos y he echado mano también de ideas contenidas y de contribuciones aportadas en dos debates: uno sobre la naturaleza y los temas de la sociología del derecho, aparecido en 1974 en los dos primeros fascículos de la revista Sociologia del diritto, y el otro incluido en un volumen titulado L'insegnamento sociologico del diritto, publicado en Milán por Edizioni di Comunità en 1976 y preparado por Vincenzo Ferrari y por mí. He llegado así a presentar en este libro una exposición de la sociología del derecho que espero sea útil, no sólo para quienes se inician en el estudio de esta disciplina, sino también para los que, ya introducidos en este estudio, desean darse cuenta de las relaciones que median entre las diversas direcciones y los diversos problemas teóricos y prácticos de dicha disciplina.

En esta Introducción a la sociología del derecho, mi discurso se inspira en aquellos principios de historicismo y de problematicismo en los que se inspiran también mis trabajos anteriores de filosofía jurídica y política, principios que me inducen a no atribuir a las soluciones alcanzadas ningún valor definitivo, a considerarlas como etapas de un trabajo que no puede nunca considerarse enteramente terminado, de un trabajo que debe ser necesariamente reemprendido y sometido a crítica y a revisión.

Milán, noviembre de 1976.

PRIMERA PARTE

DERECHO Y SOCIEDAD EN EL PENSAMIENTO DE LOS JURISTAS Y DE LOS SOCIOLOGOS

CAPITULO PRIMERO

EL PROBLEMA DE LA RELACION ENTRE DERECHO Y SOCIEDAD Y SUS SOLUCIONES CONTRAPUESTAS

1. LOS PRECURSORES Y LA ALTERNATIVA ENTRE INDEPENDENCIA Y DEPENDENCIA

Las expresiones equivalentes «sociología del derecho» y «sociología jurídica», ya usadas por los estudiosos hacia el final del siglo pasado, aparecen al inicio de este siglo como título de obras que exponen una nueva disciplina: *Sociologia giuridica*, de Carlo Nardi-Greco, publicada en 1927, y *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, de Eugen Ehrlich, publicada en 1913¹.

Aunque la denominación y la fecha de nacimiento de la sociología del derecho son relativamente recientes, el problema fundamental del que se ocupa, que es el de la relación entre derecho y sociedad², es un problema que ha venido estudiándose desde los tiempos antiguos. Con razón pudo observar Georges Gurvitch que Aristóteles, «no obstante haber integrado la sociología del derecho en su metafísica dogmática, tuvo la intuición del problema fundamental de esta disciplina»³.

En el presente capítulo, en el que me propongo explicar cómo en las doctrinas de los precursores de nuestra disciplina, de cara al problema de la relación entre derecho y sociedad, se perfila la alternativa entre la concepción que considera al derecho como variable

¹ C. NARDI-GRECO, *Sociologia giuridica*, Torino, 1907; E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München y Leipzig, 1913; trad. it. de A. Febbrajo, *I fondamenti della sociología del diritto*, Milano, 1976. Sobre la equivalencia de las dos expresiones, cfr. mis «Considerazioni conclusive», en *Sociologia del diritto*, I, 1974, p. 302.

² Al tener como problema fundamental esta relación, nuestra disciplina es designada por los estudiosos anglosajones con la expresión «derecho y sociedad» (Law and Society) antes que con la expresión «sociología del derecho» o «sociología jurídica», que es como viene designada por los estudiosos del continente europeo.

³ G. GURVITCH, *Sociology of Law*, New York, 1942; trad. cast. de A. Romero Vera, *Sociología del Derecho*, Rosario (Argentina), 1945.

dependiente con respecto a la sociedad y la concepción que lo considera como variable independiente, no me remonto, como lo ha hecho Gurvitch, muy atrás en el tiempo. Tomo como punto de partida el período que precede inmediatamente el surgimiento de la sociología, y centro la atención no tanto sobre Charles de Secondat, barón de Montesquieu (que, según algunos autores⁴, sería el verdadero precursor de la sociología del derecho), como en general sobre las doctrinas de la escuela moderna del derecho natural, a la que, por otra parte, pertenece Montesquieu.

2. LA ESCUELA MODERNA DE DERECHO NATURAL

Si se observa bien, las doctrinas de esta escuela tienen como objeto esencial el problema de las relaciones entre derecho y sociedad y pueden considerarse como precursoras de la sociología del derecho, en cuanto que proponen soluciones a este problema que revelan características análogas a las de algunas corrientes de pensamiento sociológico-jurídico desarrolladas en tiempos más recientes.

Para darse cuenta de este hecho es suficiente pensar que estas doctrinas trazan sustancialmente una historia de tales relaciones considerando algunos momentos de esta historia que constituyen los temas comunes y recurrentes de todas sus investigaciones. Ante todo, el tema del momento inicial, el momento del estado de naturaleza, que representa la situación originaria del género humano en la cual los individuos no están todavía sometidos a ningún vínculo de ley o de gobierno, situación que puede ser descrita de las maneras más diversas: desde la que, partiendo del presupuesto de la naturaleza egoísta del hombre y de su voluntad de dominar y de dañar, entiende el estado de naturaleza «como un estado de guerra, y no simplemente de guerra, sino de guerra de todos contra todos»⁵, hasta la que, partiendo del presupuesto de la sociabilidad de la naturaleza humana, entiende el estado de naturaleza como «un estado de perfecta libertad para regular las acciones propias y para disponer de los propios bienes y de la propia persona como mejor se considere, dentro de los límites de la ley de la naturaleza»⁶. Además,

⁴ E. EHRLICH, «Montesquieu and Sociological Jurisprudence», en *Harvard Law Review*, 1916, pp. 582-83; R. POUND, *Sociologie du droit*, en G. GURVITCH y W. MOORE (ed. preparada por), *La sociologie au XX^e siècle*, París, 1947, páginas 307-8 [trad. castellana, *Sociología del siglo XX*, Barcelona, 1970]; GURVITCH, «La sociologie juridique de Montesquieu», en *Revue de Métaphysique et de Morale*, XLVI, 1939, pp. 612-26.

⁵ T. HOBBES, *De cive*, París, 1642; trad. italiana, *Elementi filosofici sul cittadino*, en *Opere politiche*, vol. I, ed. preparada por N. Bobbio Torino, 1959², cap. I, 12, p. 90.

⁶ J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, 1960; trad. italiana,

el tema del surgimiento del derecho en la sociedad, esto es, del paso del estado de naturaleza al estado civil mediante un contrato que puede entenderse de modos diversos: o como contrato entre personas individuales que se obligan a un recíproco respeto y establecen con normas precisas las facultades y obligaciones recíprocas (*pactum unionis*, contrato social propiamente dicho), o como contrato entre quienes se someten a un hombre o conjunto de hombres a los que resulta transferido el poder, y el hombre o los hombres que asumen o ejercitan ese poder (*pactum subjectionis*, contrato político). Finalmente, el tema de los derechos innatos, de los derechos subjetivos, que el hombre posee por naturaleza sin que deban ser justificados o legitimados por la *rectitud objetiva*, esto es, por su conformidad a la ley natural derivada de la ley eterna, tal como sosténían los iusnaturalistas de la etapa anterior.

Además de por haberse ocupado de la manera antedicha del problema general de las relaciones entre derecho y sociedad, las doctrinas del derecho natural se presentan como precursoras de la sociología del derecho también por la forma como han entendido la sociedad y por los métodos que han utilizado en sus investigaciones. Esto resulta confirmado no sólo por afirmaciones genéricas como la de Solari, según la cual la escuela del derecho natural en los siglos XVI-XVIII puede «también considerarse como la filosofía social de la época o, si se quiere, la sociología en su primera fase de formación»⁷, sino también por observaciones específicas. Puede mencionarse la de Ferdinand Tönnies, que atribuye a Thomas Hobbes el mérito de haber elaborado un sistema que constituye el modelo más adecuado para explicar el tipo de sociedad fundado sobre la voluntad refleja y racionalizadora, y de haber así desarrollado una sociología de la sociedad y una teoría del derecho natural societario que debería haber sido completada, como veremos, por una sociología de la comunidad y una teoría del derecho natural comunitario⁸. Hay que mencionar también las observaciones que se pueden hacer en relación con el método seguido por los iusnaturalistas para desarrollar sus concepciones del estado de naturaleza, métodos que en cierto modo sirven de precedente a los utilizados por los sociólogos. Es conocido, por ejemplo, que Hobbes, a pesar de haber

⁷ Due trattati sul governo, editado por L. Pareyson, Torino, 1948; segundo tratado, cap. II, p. 235.

⁸ G. SOLARI, «Il concetto di società in Kant», en *Rivista di filosofia*, 1934, pp. 26-27; cfr. también G. CARLE, *La filosofia del diritto nello stato moderno*, Torino, 1903, pp. 441 ss.

⁹ F. TÖNNIES, *Thomas Hobbes. Leben und Lehre*, Stuttgart, 1925³, *passim*, y espec. prefacio; id., *Einführung in die Soziologie*, Stuttgart, 1931, p. 154 [trad. cast. de V. Llorens, *Principios de Sociología*, México, 1942]. Sobre el tema, cfr. también mi artículo «Ferdinand Tönnies e la teoria della comunità», en *Quaderni di Sociologia*, 1963, pp. 12, 21-22.

seguido en su obra un método de tipo matemático, para dar una explicación de su concepción del estado de naturaleza, se sirvió de algunas observaciones sobre el comportamiento del hombre en sociedad tomadas de la psicología y de la experiencia de la vida común, y se refirió también, por analogía, a la situación en la que se encontraban algunos pueblos salvajes de la América de su tiempo. John Locke, por otra parte, para explicar su concepción del estado de naturaleza, bastante distinta de la de Hobbes, se sirvió de argumentos análogos, haciendo, entre otras, referencia explícita a la situación en la que se encontraban las poblaciones primitivas del Perú y del Brasil. Y del mismo modo, también Jean-Jacques Rousseau, al desarrollar su doctrina del derecho natural, se sirvió, como observa Emile Durkheim, de instrumentos de carácter sociológico: «1) observaciones de los animales, que son el ejemplo de lo que puede ser una vida mental, abstracción hecha de cualquier influencia social; 2) observaciones de los salvajes...; 3) una especie de dialéctica que tiene el alcance de unir deductivamente a las instituciones sociales futuras (por ejemplo al lenguaje) todos los elementos mentales que parecen estar lógicamente implícitos en ellas»⁹.

Más aún que por el método usado en el estudio de las relaciones entre derecho y sociedad, las doctrinas de los iusnaturalistas pueden interesar a los modernos sociólogos del derecho por la solución implícitamente propuesta a este problema, esto es, la solución que considera al derecho como un sistema independiente que surge de la sociedad, pero que después se impone y prima sobre la propia sociedad. Para darse cuenta del hecho de que la moderna escuela del derecho natural propuso esta solución, basta con pensar que las doctrinas de dicha escuela concuerdan en considerar que el derecho es un conjunto de normas emanadas del poder soberano constituido y legitimado por un contrato y en afirmar que tales normas cumplen en la sociedad una función que está determinada sustancialmente por las mismas razones que han determinado el surgimiento de ese poder y la estipulación de ese contrato: según Hobbes, la función de garantizar la seguridad y la paz, o más precisamente, como él dice, la paz interna y «la defensa común»¹⁰; según Locke, la función de tutelar los derechos naturales de libertad, vida y propiedad¹¹; y según Rousseau, la de constituir una asociación que «defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y mediante la cual cada uno, al unirse a todos, no obedece por esto más que a sí mismo y quede tan libre como al principio»¹².

⁹ E. DURKHEIM, *Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie*, Paris, 1953, p. 118.

¹⁰ HOBBES, *Elementi*, cit., cap. V, p. 150.

¹¹ LOCKE, *Due trattati*, cit., segundo tratado, cap. IX, pp. 334 ss.

¹² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, 1762;

3. F. K. VON SAVIGNY Y LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

A la moderna escuela del derecho natural de la que he hablado hasta ahora, escuela que sentó las bases teóricas para ese culto a la ley que caracteriza al pensamiento jurídico iluminista¹³, se opuso, como es sabido, a comienzos del siglo pasado, la escuela histórica alemana. Y bien se puede decir que Friedrich Karl von Savigny, el fundador de esta escuela, contribuyó válidamente a poner las bases de una concepción de las relaciones entre derecho y sociedad que es la opuesta a la desarrollada por los iusnaturalistas, esto es, la concepción que no considera al derecho como un conjunto de normas impuestas a la sociedad por un poder soberano, sino que lo considera como un sistema dependiente con respecto a la sociedad, y, con mayor precisión, como un conjunto de reglas producidas espontáneamente por la sociedad.

Para hacerse una idea de esta concepción, puede examinarse el conocido ensayo de Savigny *Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia*, que constituye sustancialmente el programa de la escuela fundada por él. En este ensayo, escrito para rechazar la propuesta hecha por Anton Friedrich Justus Thibaut de realizar un código civil general para Alemania¹⁴, propuesta que se inspiraba en la concepción de la escuela de derecho natural para la que la legislación debía considerarse como la fuente suprema y exclusiva del derecho, Savigny expone en realidad sintéticamente su concepción, que algunos años más tarde, en la época del positivismo y del evolucionismo, habría de despertar el interés de numerosos juristas y filósofos del derecho abiertos hacia la sociología¹⁵.

Según esta concepción, explica Savigny, el derecho es un hecho de formación espontánea y natural que vive en la conciencia popular y reviste el carácter particular del pueblo al que pertenece, de la misma manera que el lenguaje, las costumbres, la constitución. El derecho está indisolublemente ligado a todos estos diversos ele-

trad. it, *Il contratto sociale*, editado por A. Bruno Bari, 1948; libro I, capítulo VI, p. 64.

¹³ J. RAY, «La Révolution française et la pensée juridique: l'idée du règne de la loi», en *Revue philosophique*, 64, 1939, pp. 364-93.

¹⁴ A. F. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814¹); F. K. VON SAVIGNY, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814¹). Los dos ensayos han sido ahora publicados en el vol. *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit*, editado por J. Stern, Darmstadt, 1959; trad. castellana de J. Díaz García, introducción de J. Stern, *La codificación*, Madrid, 1970.

¹⁵ B. BRUGI, «I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea», en *Il circolo giuridico di Palermo*, XIV, 1883, pp. 151-67; I. VANNI, «I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva», en *Rivista di filosofia scientifica*, IV, diciembre de 1885.

mentos que encuentran su unidad «en la común creencia del pueblo, en el igual sentimiento de íntimas necesidades que excluye toda idea de un origen accidental y arbitrario». Con mayor precisión, según Savigny, en la época primitiva, el derecho se manifiesta «a través de actos simbólicos» que pueden considerarse «como la verdadera gramática del derecho» de esa época, y a este propósito es digno de señalarse el hecho «de que la tarea principal de los antiguos jurisconsultos romanos consistía en conservar y aplicar esos mismos actos». En las etapas sucesivas, con el crecimiento de la cultura, las actividades del pueblo se diferencian cada vez más y el trabajo, hecho primeramente en común, se divide en ramas distintas entre las que se va distinguiendo precisamente la de los juristas. Así, por obra suya, dice Savigny, «el derecho perfecciona el propio lenguaje y toma una dirección científica. Mientras que antes vivía en la conciencia de todo el pueblo, ahora cae bajo la competencia específica de los juristas, que, mediante esta particular función, representan al pueblo. La existencia del derecho, desde este momento, se hace así cada vez más artificiosa y complicada en cuanto que tiene una doble vida, esto es, en cuanto que por un lado vive como parte integrante de toda la vida del pueblo, y por otro lado, sin dejar de vivir en la vida del pueblo, vive también en el ámbito de una ciencia especial confiada a las manos de los juristas. La confluencia de este doble principio de vitalidad explica, en fin, todas las manifestaciones sucesivas del derecho y permite comprender cómo esa gran masa de manifestaciones particulares puede haber nacido de manera totalmente espontánea de las costumbres, sin ninguna participación del arbitrio o de cualquier designio preestablecido». Por razones de brevedad, añade Savigny, se puede, pues, distinguir en la vida del derecho un «elemento político» que representa su dependencia respecto de la vida social del pueblo y un «elemento técnico» que representa su vida separada y científica. Según los tiempos y las situaciones de hecho, puede prevalecer en un pueblo uno u otro elemento, y el derecho puede ser así en el mismo pueblo, en épocas diversas, derecho natural (en el sentido de derecho popular) o derecho científico, pero tanto en un caso como en el otro, bien prevalezcan las costumbres y las creencias populares o bien la ciencia del derecho, lo que crea el derecho es siempre «una fuerza interior que actúa tácitamente, pero nunca el arbitrio de un legislador»¹⁶.

¹⁶ SAVIGNY, Von Beruf..., cit., en *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit*, cit., pp. 76-80 [trad. castellana, pp. 54 y ss.].

4. J. BENTHAM Y EL UTILITARISMO

Wolfgang Friedmann, en el prefacio a su libro *Law in a Changing Society*, habla del «contraste entre los que opinan que el derecho debe esencialmente seguir y no guiar... y los que creen que el derecho debe ser un factor determinante en la creación de normas nuevas», y después de haber observado que este contraste constituye «un tema recurrente en la historia del pensamiento jurídico», afirma que dicho contraste se encuentra «eficazmente expresado» en los puntos de vista opuestos de Savigny y de Jeremy Bentham¹⁷.

Para darse cuenta de estos opuestos puntos de vista basta con hacer una breve confrontación entre el pensamiento de ambos autores. Mientras que Savigny sostiene que el derecho es un fenómeno de formación espontánea y natural al que es extraño, o casi, la obra del legislador, Bentham sostiene, por el contrario, que el derecho es un mandato, o mejor un conjunto de mandatos emanados del legislador investido de esta función por el poder soberano del Estado. Mientras que Savigny se opuso a la idea de la codificación y a la propuesta específica de promulgar un código civil para Alemania, Bentham demostró, por el contrario, expresamente su fe en la posibilidad de una codificación universal, y después de haber propuesto una reorganización sistemática del derecho inglés en sus diferentes ramas, proyectó una reforma radical mediante una codificación completa que debería sistematizar el derecho en tres partes: derecho civil, derecho penal y derecho constitucional. Es conocido, por otra parte, el hecho de que a partir de 1811, esto es, el año en el que escribe al presidente Madison para sugerirle un proyecto de renovación integral del sistema jurídico de los Estados Unidos, y durante una década, Bentham entró en contacto con gobernantes y hombres políticos de los más diversos países, desde el zar Alejandro de Rusia a los jefes de los movimientos revolucionarios de España y de Portugal, ofreciéndoles, verdaderamente sin mucho éxito, sus proyectos de reforma legislativa y poniendo a disposición de aquéllos su propia experiencia y actividad.

Resulta superfluo decir, después de esta confrontación, que la doctrina de Bentham puede constituir, juntamente con la de los iusnaturalistas, un ejemplo de las concepciones que entienden el derecho como un sistema independiente respecto al sistema social y, con mayor precisión, como un instrumento del que se sirve el poder soberano del Estado para conservar o transformar, según los casos, el orden social existente. Pero este acercamiento a los iusnaturalistas tiene sus límites en cuanto que Bentham rechaza el fundamento metafísico del derecho al que aquéllos hacen referencia, califica de meras ficciones a los conceptos de ley natural, de contrato social,

¹⁷ W. FRIEDMANN, *Law in a Changing Society*, London, 1959, p. 3.

de recta razón, y sustituye tales conceptos, no verificables experimentalmente, por un principio a su juicio verificable experimentalmente: el principio de la utilidad, según el cual el fin de la legislación debe ser esencialmente el de procurar la máxima felicidad para el mayor número posible de individuos. De hecho, la utilidad, según él, no es otra cosa que el interés de un individuo en aumentar la suma total de su propia felicidad y el interés de la comunidad en aumentar la suma total de la felicidad de los individuos que la componen¹⁸.

Al separarse de los iusnaturalistas justamente allí donde éstos daban un fundamento metafísico a su doctrina, y al procurar sustituir este fundamento metafísico por un principio verificable experimentalmente, Bentham, hay que reconocerlo, dio, con respecto a los propios iusnaturalistas, un paso ulterior que lo aproxima más a las posiciones de la sociología del derecho, que, en cuanto sociología, es en gran parte una ciencia empírica. Y la importancia del paso dado en este sentido ha sido aclarada por Friedmann en una página en la que, hablando de los méritos de Bentham, recuerda entre otros que este autor «refiere y subordina los derechos de cada individuo a la felicidad de la gran mayoría de los individuos que viven en una comunidad y que tienen todos los mismos derechos; hace residir el fin del derecho en objetivos sociales prácticos y no ya en posiciones abstractas; sienta las bases de una nueva tendencia relativista en la ciencia del derecho que más tarde será llamada jurisprudencia sociológica, tendencia que vuelve a unir el derecho a objetivos sociales definidos y a un equilibrio de intereses»¹⁹.

Cuando se consideran en su conjunto los argumentos elaborados por Bentham en sus obras jurídicas, no es posible no conmoverse por el interés que demuestra por muchos de los que hoy son los problemas más característicos de la sociología del derecho. Cabe mencionar sus estudios sobre la organización judicial (número de tribunales, distribución del total del trabajo, ubicación territorial), sobre la profesión de los jueces (elecciones, promociones graduales, inamovilidad, continuidad de estipendio en caso de destitución), sobre las funciones de los abogados, de los procuradores, de los miembros del jurado, de los jurados, etc. Hay que mencionar además el *Panopticon*, su célebre proyecto de un nuevo sistema penitenciario para custodiar a los detenidos con mayor seguridad y economía, para asegurar su buena conducta, para proveer a su inserción en la sociedad después de haber sufrido la pena; proyecto rico en interesantes consideraciones sociológicas sobre la distinción de sexos y clases entre los reclusos, sobre su vida de grupo, sobre el

¹⁸ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, en *Works*, Edinburgh, 1843, vol. I, pp. 1-2.

¹⁹ W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, London, 1953³, p. 219.

tiempo libre, etc. Recuerdo aún sus investigaciones sobre la prueba judicial y sobre los criterios para juzgar la validez de la misma, así como sus investigaciones sobre las causas que conducen a la promulgación de las leyes, sobre los efectos que éstas producen en la sociedad y sobre los medios que se deben utilizar para hacer que la gente las conozca y volverlas comprensibles y aceptables. Recuerdo, en fin, sus análisis sobre los sofismas, esto es, sobre las falsas opiniones que se expresan con frecuencia para oponerse o para favorecer la creación de las leyes²⁰, análisis que ponen en evidencia los intereses y los prejuicios que llevan a recurrir a estos medios fraudulentos de persuasión, y análisis que de esta manera son el precedente de las modernas tentativas de aplicación de la sociología del conocimiento al campo del derecho.

5. C. COMTE Y EL TRATADO DE LA LEGISLACIÓN

Al igual que el utilitarismo de Bentham, desde fuera de las doctrinas de la escuela del derecho natural, proporciona un ejemplo de una concepción que considera al derecho como un sistema independiente con respecto a la sociedad, la obra jurídica de Charles Comte, desde fuera de la doctrina de la escuela histórica alemana, proporciona un ejemplo de una concepción que, de manera análoga a esa escuela, pero arrancando de presupuestos filosóficos distintos, considera al derecho como un sistema dependiente de la sociedad²¹.

Este autor, contemporáneo y amigo de Bentham²², considerado generalmente como uno de los más significativos precursores de la sociología del derecho²³, en las primeras páginas de su obra principal, *Traité de législation*, intenta explicar que el derecho es siempre reductible a hechos observables y verificables, tal como resulta del análisis que desarrolla en torno a los elementos esenciales que constituyen el fenómeno del cambio en los pueblos primitivos y tal como resulta también de las numerosas observaciones que hace en torno a los hechos específicos que componen las más diversas ins-

²⁰ J. BENTHAM, *The Book of Fallacies*, en *Works*, cit., vol. II, pp. 474-87.

²¹ Sobre los puntos de contacto entre la doctrina de C. Comte y la de la escuela histórica alemana, cfr. V. E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), nueva ed. con introducción de V. Frosini, Palermo, 1969, vol. I, pp. 238, 246.

²² En torno a 1821, Charles Comte, durante su exilio en Suiza, conoce a Étienne Dumont, el discípulo y traductor de Bentham, y posteriormente en Inglaterra, entre 1823 y 1825, conoce al propio Bentham. Sobre la importancia, por él reconocida, de la enseñanza de estos autores, cfr. C. COMTE, *Traité de législation*, Bruxelles, 1837³, p. 6.

²³ F. LÓPEZ DE OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto*, Milano, 1944, página 61; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, 1970, vol. III, página 191.

tituciones del derecho privado, del derecho público y del derecho internacional. Partiendo de estas premisas, Comte afirma después que la ciencia de la legislación, al tener la tarea de descubrir «las leyes generales según las cuales los pueblos prosperan, decaen o permanecen estacionarios», no debe limitarse a estudiar las normas separadas de los hechos, sino que debe estudiar los hechos y las normas inherentes a los hechos. Con bastante frecuencia se cree, explica Comte, que «una ley es una orden escrita dada por un gobierno, redactada y publicada con ciertas formas determinadas. Estas cosas forman parte, de hecho, algunas veces de una ley, pero no constituyen nunca una ley completa. Una ley es un poder que determina ciertas formas de actuar y de proceder, pero este poder es muy raramente un ser simple. Se compone casi siempre de una multiplicidad de fuerzas que confluyen en un objetivo común y que es necesario examinar separadamente si se quiere tener una idea del conjunto.» Entre las fuerzas que componen una ley y los elementos que en general hay que examinar para entender su significado, Comte enumera: «las fuerzas que actúan sobre un gobierno y que lo empujan a ordenar ciertos comportamientos o a prohibir otros»; la influencia ejercida por una parte de la población sobre la otra por medio del ejemplo y de la opinión pública; «las necesidades, las pasiones, las ideas o los prejuicios de las diversas fracciones de que se compone una población»; las opiniones religiosas, que «contribuyen a menudo a determinar un cierto tipo de acciones», y, en fin, las diversas condiciones naturales, físicas y geográficas en las que «los hombres se encuentran situados y que determinan su manera de vivir, sus ideas, sus costumbres y sus relaciones recíprocas»²⁴.

Más que de estas consideraciones en torno a las leyes, la idea de que el derecho es un sistema dependiente de la sociedad resulta clara de lo que Comte dice a propósito de los legisladores. «La mayor parte de los autores que han escrito sobre las leyes han atribuido a los legisladores —dice, en efecto, Comte— un papel immense; hacen de ellos algo parecido a los espíritus divinos, los califican de padres de las naciones, de fundadores de los estados, los colocan por encima de la humanidad», pero cuando «se examina de cerca la obra de los legisladores, se advierte que casi siempre estos hombres se han limitado o a describir los hechos materiales producidos por las leyes existentes, o a poner de manifiesto los cambios que el tiempo y la experiencia han aportado en cuanto a la forma de juzgar y de sentir de una parte más o menos considerable de la población». «Estoy dispuesto a creer —añade— que los legisladores más renombrados de la antigüedad, a los que se atri-

buye el mérito de haber creado las leyes que llevan su nombre, no han hecho otra cosa que describir los fenómenos ya existentes, mientras que lo que se ha creído que era nuevo en sus sistemas, no ha sido en el fondo más que la expresión de una revolución ya manifestada en las costumbres y en los espíritus»²⁵.

En relación con la ciencia de las leyes y en general con las ciencias morales y políticas fundadas sobre observaciones y hechos, Comte hace después observaciones que tienen un considerable interés para la moderna sociología del derecho. Esta ciencia, dice, «no da ni preceptos ni consejos, no prescribe nada, se limita a exponer las causas, la naturaleza y las consecuencias de cada fenómeno y no tiene otra fuerza que la que concierne a la verdad. Pero necesita evitar creer que por esto sea impotente; el efecto que produce es tanto más irresistible cuanto más se dirige a la convicción. Cuando los científicos descubren la potencia de ciertas máquinas o la eficacia de ciertos remedios, no es necesario, para hacerlas adoptar, hablar de deberes o hacer uso de la fuerza; es suficiente demostrar el valor de sus efectos. De la misma forma, en la moral y en la legislación, los mejores medios para hacer adoptar un buen procedimiento o hacer abandonar uno malo consisten en mostrar claramente las causas y los efectos del uno y del otro»²⁶.

²⁴ COMTE, *Traité de législation*, cit., pp. 74-75.

²⁵ COMTE, *Traité de législation*, cit., p. 76.
²⁶ Ibid., p. 17.

CAPITULO SEGUNDO

EL DERECHO COMO PRODUCTO DE LA SOCIEDAD

1. LOS FUNDADORES DE LA SOCIOLOGÍA Y EL DERECHO

En el capítulo anterior hemos considerado las doctrinas sobre las relaciones entre derecho y sociedad tal como han sido desarrolladas por los iusnaturalistas y por algunos juristas que viven en el período anterior e inmediatamente posterior a la revolución francesa, esto es, en un período en el que, en la cultura dominante, los problemas jurídico-políticos ocupaban una posición preeminente en comparación con los problemas económico-sociales.

Con la revolución industrial, en pleno desarrollo hacia la mitad del siglo pasado, el eje de los intereses se desplaza claramente del campo jurídico-político al económico-social. Y una de las consecuencias de este alejamiento es el mayor relieve atribuido a las ciencias sociales, así como la afirmación de la sociología como ciencia surgida casi diría como antítesis de las ciencias jurídicas, esto es, como ciencia encaminada al estudio de los contenidos y de los hechos y no ya de las formas y de las construcciones abstractas.

En este capítulo hablaré de las doctrinas sobre la relación entre derecho y sociedad desarrolladas por los fundadores de la sociología, doctrinas en las que, a pesar de las notables diferencias que dividen a sus autores desde el punto de vista ideológico, se pueden observar tendencias comunes. En primer lugar, la tendencia a considerar como elemento que caracteriza a la sociedad moderna la estructura industrial surgida del progreso científico, y a aspirar a un orden ideal que favorezca la actividad productiva y que asegure «la coexistencia del orden con el progreso». En segundo lugar, la tendencia a considerar al derecho como un producto de la sociedad, como un instrumento de la sociedad que debe tomarse de las manos de los hombres de leyes para confiarlo en las de los técnicos, productores e industriales.

2. C.-H. DE SAINT-SIMON Y LA SOCIEDAD INDUSTRIAL

Claude-Henri de Saint-Simon, que ha sido considerado por algunos estudiosos¹ como el verdadero fundador de la ciencia que después se llamaría sociología, ha trazado en su vasta obra las grandes líneas de una filosofía de la historia en la que sostiene que la sociedad, vista en su conjunto, se desarrolla a través de la sucesión de dos épocas orgánicas y una época crítica: las épocas orgánicas, dice, son aquellas en las que la vida se despliega armónicamente, sostenida por un sistema de ideas bien construidas y universalmente aceptadas que hacen referencia a los más diversos aspectos de la organización social; la época crítica es, por el contrario, aquella en la que las ideas anteriormente mantenidas resultan atacadas, contestadas y rechazadas, en la que el orden social se tambalea y derrumba y en la que los componentes del propio orden se debaten en contradicciones y en divergencias de todo tipo.

Si se quiere tener una idea de la concepción que este autor tiene del derecho, se debe tener presente esta doctrina general del desarrollo de la sociedad y se debe fijar la atención no tanto en las páginas dedicadas al estudio de la época orgánica ya terminada, esto es, de la representada por el sistema teológico, feudal y militar de la Edad Media, como en las páginas en las que desarrolla su análisis de la época crítica, época que ha tenido su inicio con la revolución francesa y que, a su parecer, no había aún terminado, para dar lugar al advenimiento de la sociedad industrial.

En este análisis explica, efectivamente, que la época así denominada es la época caracterizada por el dominio de los metafísicos, esto es, de los teóricos del derecho natural, y de los hombres de leyes (*légistes*), que han inspirado y dirigido la revolución y que también en los años sucesivos han continuado dominando la sociedad «en todas sus partes y en todas sus relaciones políticas» sin demostrar ninguna capacidad para hacer salir a la propia sociedad de la situación crítica en la que se encontraba para orientarla hacia una época orgánica. Aun reconociendo a estos hombres el mérito de haber contribuido a derribar «el régimen militar» y de haber «sustraido a los jueces arbitrales las disputas que surgen entre los ciudadanos», no se puede olvidar el hecho de que con la revolución francesa su función se ha terminado y que han llegado a constituir en la época posterior un grupo improductivo «que vive a expensas de la industria, que los alimenta, los aloja y los viste gratuitamente»².

¹ E. DURKHEIM, *Le socialisme*, Paris, 1927, pp. 148-50; G. GURVITCH, *Avant-propos a C.-H. DE SAINT-SIMON*, *La physiologie sociale*, en *Oeuvres choisies*, Paris, 1965, pp. 1-2.

² SAINT-SIMON, *L'industrie* (1817¹), en *Oeuvres de Claude-Henri de Saint-Simon*, reimpresión facsímil, Paris, 1966, tomo II, vol. III, pp. 115-116.

«Los hombres de leyes y los metafísicos —dice— se ocupan más de las formas que del contenido, más de las palabras que de las cosas, más de los principios que de los hechos, no están en absoluto habituados a dirigir su atención y sus trabajos hacia un punto único, fijo y determinado: fuera de todo esto, debe resultar, y resulta de hecho, que su espíritu se pierde frecuentemente en el laberinto de las ideas abstractas, y de todo esto deriva la conclusión siguiente: mientras sean los hombres de leyes y los metafísicos quienes dirijan los asuntos públicos, la revolución no alcanzará nunca su fin»³.

Para poner término a la revolución y a la época crítica por ella inaugurada, y para dar inicio a una nueva época orgánica que se inspire en un nuevo orden de creencias que vaya al encuentro de las exigencias de la clase más pobre y necesitada, se necesita, pues, según Saint-Simon, sustituir el sistema jurídico tradicional por un sistema diferente que excluya de la dirección de la sociedad a los ociosos, incluyendo aquí a los metafísicos y a los hombres de leyes, y poniendo en su lugar a los productores, que él llama también industriales, indicando con esta expresión no sólo a los empresarios, sino también a los trabajadores. En una sociedad así dirigida, «todos los pensamientos y todos los esfuerzos» estarán de hecho encaminados a un mismo objetivo, esto es, a la organización más favorable de la industria, a la industria entendida en el sentido más general, que abarca todos los tipos de trabajo útil, tanto la teoría como las aplicaciones, los trabajos intelectuales como los manuales⁴. La sociedad misma deberá organizarse como una gran industria, sustituyendo, por ejemplo, un parlamento de tipo político por un parlamento de tipo industrial compuesto por tres cámaras: la de la invención, que prepara una serie de proyectos aptos para estimular la producción; la del examen, que verifica la posibilidad de la realización de los proyectos, y la de la ejecución, que toma las decisiones para la realización efectiva de los mismos. Y en una sociedad organizada y dirigida de la forma indicada, el gobierno no deberá ya mandar, sino administrar; no deberá, lo que es más, tener una función dirigente, y deberá limitarse a ser «el agente, el encargado de los asuntos de la sociedad»⁵.

Creo que estos pocos datos son suficientes para darse cuenta de lo que he dicho al comienzo, esto es, de que para Saint-Simon la doctrina del derecho está estrechamente conectada y depende sustancialmente de la doctrina general de la sociedad. Una última prueba

³ ID., *Du système industriel* (1821¹), en *Oeuvres*, cit., tomo III, vol. V, páginas 35-36 [trad. cast. de A. Méndez, con prólogo de Carlos Moya, *El sistema industrial*, Madrid, 1975, pp. 23 y 24].

⁴ SAINT-SIMON, *L'industrie*, cit., tomo I, vol. II, p. 165.

⁵ Ibid., tomo II, vol. III, p. 36.

de esta conexión y dependencia se puede encontrar, me parece, en la famosa «parábola», de la que resulta claro que para él la estructura jurídico-política no constituye el elemento esencial, sino únicamente un aspecto subordinado y dependiente de la sociedad contemplada en su conjunto. Supongamos, dice en esa parábola, que Francia pierda súbitamente algunos miles de hombres que realizan las funciones de primer plano en los campos de la ciencia y de la industria, del arte y de las profesiones. Si ocurriera esta desgracia, Francia se convertiría inmediatamente en un cuerpo sin alma y caería por debajo del nivel de las otras naciones, porque habría perdido la mayor parte de sus fuerzas productivas y no estaría ciertamente en condiciones de proceder rápidamente a su sustitución. Supongamos, por el contrario, que Francia pierda de manera imprevista algunos millares de hombres que ocupan los puestos más elevados de la estructura jurídica y política del Estado: los miembros de la corte, los componentes del gobierno, los dirigentes de la administración pública, los altos cargos de la jerarquía eclesiástica. Si ocurriera esta desgracia veríamos dolorosamente heridos nuestros sentimientos humanos, pero la prosperidad de Francia no correría ningún peligro y ningún daño le sería ocasionado a su poder político y económico, en cuanto que se trataría de una pérdida de fuerzas improductivas y de elementos que, por la función que realizan, son fácilmente sustituibles por otros⁶.

La concepción del derecho o mejor de la estructura jurídico-política del Estado como simple producto de la sociedad industrial, tal como resulta implícita en esta parábola, que pone también en evidencia el contraste entre los productores y los ociosos, donde incluye a los metafísicos y a los hombres de leyes, no constituye, sin embargo, está bien decirlo, el punto de llegada del pensamiento de Saint-Simon. Para él, cuando la sociedad industrial haya hecho tambalearse a las estructuras jurídico-políticas del Estado construido en la última época crítica, y la sociedad misma, al apoderarse del poder, haya dado vida a un nuevo Estado, este Estado, expresión de la nueva época orgánica, resolverá definitivamente la cuestión social, porque en él no tendrán ya puesto los ociosos y serán los industriales, los productores, los que dirijan la política y ejerzan la función legislativa, serán ellos y sólo ellos quienes deberán organizar «la administración de los asuntos nacionales... de la manera más conveniente para asegurar la prosperidad de la agricultura, del comercio y de la manufactura»⁷.

⁶ SAINT-SIMON, *L'organisateur* (1819¹), en *Oeuvres*, cit., tomo II, vol. IV, páginas 17-26.

⁷ ID., *Du système industriel*, cit., tomo III, vol. V, p. 39 [trad. cast., p. 28]. Afirmaciones como éstas pueden llevar a considerar a Saint-Simon como «un des précurseurs les plus caractéristiques de ceux de nos contemporains qui envisagent principalement le droit comme un instrument au service du Plan» (R. MASTRE-

Para Saint-Simon, y especialmente para sus discípulos, los sansimonianos, que no ocultaban su aversión por la ideología liberal y democrática de la era revolucionaria, el nuevo Estado autoritario⁸ se organiza sobre una sólida jerarquía no ya militar, sino industrial. Todo régimen social deberá fundar la legitimidad de su propio poder sobre el principio de la capacidad y deberá confiar el mismo a una clase política dirigente constituida, como ellos decían, por los hombres dotados de mejores cualidades artísticas, científicas y técnicas. En la futura época orgánica, añaden los sansimonianos, la educación deberá ser el medio más potente de dirección de la sociedad, y la legislación, íntimamente ligada a la educación, constituirá su complemento⁹. La educación tiene de hecho el objetivo de armonizar las voluntades individuales con los fines generales de la sociedad y de proporcionar a los que la componen los conocimientos específicos necesarios para que puedan realizar los diversos trabajos y ejercitar las diversas funciones exigidas por la misma sociedad. La legislación, por su parte, tiene el objetivo de regular el orden social, ocupándose de los «hechos excepcionales, esto es, de los hechos anómicos», que pueden ser progresivos o regresivos, morales o inmorales, merecedores de elogio o de reprobación, y asumiendo de cara a los mismos hechos una actitud que puede ser punitiva o remunerativa, que desate el temor o que genere la esperanza, que obstruye el vicio o que induzca a la virtud¹⁰. Y siendo de tal importancia la tarea de la legislación, de no menor importancia será también en la nueva época orgánica la función del legislador, el cual será, «por consiguiente, el hombre que ama y conoce de la mejor manera el orden social y por consecuencia el fin de la asociación, el hombre que es el más capaz de dirigir la sociedad hacia el cumplimiento de su propio destino»¹¹.

3. A. COMTE Y LA FILOSOFÍA POSITIVA

Las concepciones de Saint-Simon y de la escuela sansimoniana sobre la sociedad industrial y sobre las relaciones entre esta sociedad y el derecho ejercieron, indudablemente, una notable influencia sobre el pensamiento de Auguste Comte, que entre 1817 y 1820 fue

⁸ POL, «Le droit comme instrument du développement et de la production dans la pensée de Saint-Simon», en *Économies et sociétés*. *Cahiers de l'ISEA*, IV, número 4, abril de 1970, p. 672.

⁹ G. IGGERS, «Le Saint-simonisme et la pensée autoritaire», en *Économies et sociétés*. *Cahiers de l'ISEA*, IV, núm. 4, abril de 1970, pp. 673-91.

¹⁰ C. BOUGLÈ y E. HALÉVY (compiladores), *Doctrine de Saint-Simon. Exposition*, nueva ed., París, 1924, pp. 402-3 (1829¹).

¹¹ *Ibid.*, p. 99.

discípulo y colaborador directo de Saint-Simon y que muy pronto se separó del maestro, manifestando su disconformidad sobre el hecho de que, a su parecer, el advenimiento de la sociedad industrial no podía tener lugar por medio de una simple acción política, sino que debía ser preparada y precedida por una profunda revolución intelectual y moral. «Se pueden cambiar las instituciones —decía a este propósito Comte en un escrito juvenil— solamente después de haber cambiado las opiniones. Todo régimen social está fundado sobre un sistema filosófico... El nuevo régimen podrá ser instaurado solamente después de que haya sido concebido, producido, adoptado un nuevo sistema de ideas morales y políticas. Es necesario, pues, comenzar a organizar este sistema y hacerlo penetrar en los espíritus antes de aplicarlo a las instituciones... La única revolución que nos compete es una revolución filosófica, un cambio de sistema en las ideas; la revolución política, o sea, el cambio en las instituciones, solamente puede venir después»¹².

A la realización de la revolución filosófica y del cambio del sistema, en los términos en los que hablaba en ese escrito juvenil, contribuyó después Comte eficazmente en su *Cours de philosophie positive*, construido y desarrollado sobre la base de la ley fundamental descubierta por él, ley según la cual «cada una de nuestras concepciones principales y cada sector de nuestros conocimientos pasa sucesivamente a través de tres estados teóricos diferentes: el estado teológico o ficticio, el estado metafísico o abstracto, el estado científico o positivo»¹³. Sobre la base de esta ley, explica Comte cómo el paso al estado positivo no sobreviene contemporáneamente en todos los campos del saber, sino que se cumple primero en las ciencias que estudian fenómenos «más generales, más simples, más abstractos y más alejados de la humanidad», y después en las ciencias que estudian fenómenos «más particulares, más complicados, más concretos y más directamente provistos de interés para el hombre»¹⁴. Explica además que el desarrollo de la ciencia en la edad moderna ha seguido un orden de sucesión que va de la astronomía a la física, de la física a la química, de la química a la biología, y que únicamente los hechos sociales faltan aún por convertirse en objeto de una ciencia positiva, autónoma, a la que le dio en un primer momento el nombre de física social y luego el de sociología. Para completar el sistema de nuestros conocimientos, «falta por llevar a cabo —dice en la primera lección del *Cours*— el sistema de las ciencias de observación fundando la física social. Tal es hoy

¹² A. COMTE, *Ecrits de jeunesse. 1816-28*, ed. preparada por P. E. Berrédo Carneiro y P. Arnaud, Paris-La Haye, 1970, pp. 72-73.

¹³ ID., *Cours de philosophie positive*, 3.^a ed., preparada por E. Littré, Paris, 1869; lección I, vol. I, pp. 8-10.

¹⁴ COMTE, *Cours*, cit., lección II, vol. I, *passim*.

—añade—, desde varios puntos de vista de capital importancia, la necesidad más grande y urgente de nuestro conocimiento; tal es, me atrevo a decir, el fin principal de este curso, su fin específico»¹⁵.

Si se quiere ver cómo considera Comte el derecho en su *Cours*, que abarca todo el saber, no se puede hacer otra cosa que examinar las lecciones contenidas en los últimos tres tomos, lecciones en las que se ocupa específicamente de la física social, llamada también después sociología.

En estas lecciones se puede, por ejemplo, constatar que en la parte dedicada a la estática social el autor examina los mismos problemas que han sido examinados tradicionalmente por los teóricos del derecho, sin tomar sin embargo en consideración las normas jurídicas y limitándose a observar los hechos, las instituciones sociales. Me refiero ante todo al problema fundamental de asegurar el orden, de promover el consenso y de realizar la armonía entre el todo y las partes a través de la división de las tareas y del reparto de las funciones. Me refiero también al análisis de los elementos y de las instituciones que componen el sistema social, entre ellos: la familia, que es la unidad social básica fundada sobre el principio de la subordinación de los sexos y de la edad, y la «sociedad general», formada «por familias y no por individuos» y dirigida a promover y a realizar la cooperación intelectual. Y esta sociedad, dice Comte, viene a parar a su vez en un gobierno que dispone la «separación de funciones» y la «combinación de los esfuerzos» y funda su poder y por consiguiente también su autoridad sobre la aprobación espontánea o refleja, implícita o explícita de la sociedad que debe examinar, y, en última instancia, sobre la solidaridad social.

En la parte dedicada a la dinámica social, Comte considera, en fin, al derecho de manera más específica, aunque le contemple siempre indisolublemente ligado y casi confundido con la sociedad global. Según la ley fundamental de los tres estadios, no sólo nuestras concepciones y nuestros conocimientos, sino también la sociedad global y las sociedades particulares, se desarrollan a través de tres tipos sucesivos de organización que se manifiestan en tres épocas sucesivas: la época teológica y militar, la época metafísica y jurídica y la época positiva e industrial. Y en el análisis de las características de la edad metafísica y en el examen del paso de esta edad a la positiva, se puede decir que Comte desarrolla y concluye, en cierto sentido, su sociología del derecho.

En relación con las características de la edad metafísica, Comte comienza observando que esta edad se aproxima a la teológica en cuanto que explica los fenómenos por «causas» antes que por «leyes constantes e invariables», pero se aleja de ésta en cuanto que hace coincidir estas causas con entidades abstractas y verbales y no con

¹⁵ *Ibid.*, lección I, vol. I, pp. 20-22.

seres trascendentes y sobrehumanos. Observa además que en la edad metafísica los hombres de leyes ocupan el puesto de los teólogos, y cómo de clase subordinada secundaria llegan a ser, junto con los metafísicos, clase dirigente¹⁶. De esta forma se proponen transformar la situación precedente y crear por medio de la legislación un orden social nuevo. Pero a pesar de la posición preeminente que éstos ocupan, no se puede decir que hayan tenido éxito en su intento. Trabajando sobre abstracciones irreales y ficticias y sirviéndose solamente «de la elocuencia, esto es, de la facultad de persuasión»¹⁷, los hombres de leyes no han podido de hecho hacer otra cosa que legitimar el despotismo regio y hacer coexistir, en un equilibrio mecánico e inestable, las libres actividades individuales sobre el fundamento de una igualdad abstracta y antinatural que sólo podía ser mantenida con la coacción externa.

En la edad positiva que deberá seguir a la metafísica y deberá dar lugar a la reorganización del sistema industrial sobre la base de trabajos teóricos generales, según Comte, la clase dirigente no deberá ser ya la de los hombres de leyes y los metafísicos, sino la de los científicos y los técnicos habituados a usar en sus trabajos y en sus investigaciones los métodos de la observación y de la experimentación. Y con este paso de la dirección de la sociedad de manos de los hombres de leyes a manos de los científicos y los técnicos, deberán verificarse importantes cambios en la consideración del derecho. «La palabra derecho —dice Comte— deberá ser eliminada del verdadero lenguaje político, así como la palabra causa del verdadero lenguaje filosófico. De estas dos nociones teológicas-metaphísicas, la una es ahora inmoral y anárquica, así como la otra es irracional y sofística.» Y no sólo la palabra derecho, sino también la ideología que está en la base de la misma deberá ser eliminada. Esto es, deberá desaparecer aquella ideología individualista y liberal dominante en la edad precedente, que ha encontrado en la declaración de los derechos del hombre su expresión más significativa. En la edad positiva, afirma Comte, «la idea del derecho desaparece irremisiblemente. Todos tienen deberes para con todos, pero nadie tiene derechos propiamente dichos. Las justas garantías individuales resultan solamente de esta reciprocidad universal de obligaciones que reproduce el equivalente moral de los anteriores derechos sin los graves peligros políticos que derivan de éstos. En otros términos, nadie tiene otro derecho que el de cumplir su propio deber. Únicamente así, la política podrá por fin estar realmente subordinada

¹⁶ Sobre esta aproximación de los juristas a los metafísicos que deriva de Saint-Simon, cfr. A. COMTE, *Système de politique positive*, Paris, 1890, vol. II, páginas 526-27, y también *Cours*, cit., lección LV, vol. V.

¹⁷ COMTE, *Système*, cit., vol. IV, Apéndice general, p. 70.

a la moral», y por consiguiente podrá también ponerse al servicio de toda la humanidad¹⁸.

Estas afirmaciones de Comte que hemos recogido textualmente, y que explican que haya podido ser considerado por muchos como un adversario del derecho, no deben, sin embargo, sobrevalorarse. Efectivamente, no se debe olvidar que nuestro autor, así como Saint-Simon, se mostró hostil al derecho entendido de la manera como lo entendían los iusnaturalistas de la edad metafísica, esto es, al derecho subjetivo, a los derechos del hombre, y se mostró también hostil al derecho tal como lo entendían sus contemporáneos los hombres de leyes, esto es, como un conjunto de normas construidas y emanadas sobre la base de principios generales abstractos privados de contacto con la sociedad real, pero no se mostró en absoluto contrario a un derecho considerado de manera distinta, y mucho menos al derecho en general, al derecho como tal. En la edad positiva, esto es, en la edad en la que la sociedad industrial estará dirigida por los científicos y los técnicos, el derecho, para Comte, a pesar de sus importantes declaraciones en sentido contrario, en realidad no desaparece, sino que «reaparece profundamente renovado»¹⁹. Subordinado a la política y a la moral, se presenta como un ordenamiento objetivo que pone límites a los derechos individuales sobre la base de reglas establecidas por la sociedad a la que los individuos pertenecen. Los hombres, dice Comte, no deben concebirse como «seres separados, sino como órganos diversos de un único gran ser». «El individuo debe participar, directa o indirectamente, en todas las existencias contemporáneas y generaciones precedentes.» Cada ciudadano debe considerarse como «un funcionario público que desempeña, bien o mal, su oficio de manera espontánea y sistemática»²⁰.

En la edad positiva, en la que el derecho está, como se ve, subordinado a la política y a la moral y el individuo a la colectividad, podrá también resolverse la cuestión social. Dicha cuestión, que Saint-Simon había hecho residir en el contraste entre los ociosos y los industriales, o mejor los productores, sin distinguir en estos últimos los empresarios de los trabajadores, y que Comte, con mayor razón hace sin embargo residir en el contraste entre estos dos diversos órdenes de productores, no podrá de hecho encontrar, según este autor, solución en «disposiciones anárquicas» y en «insensatos sermones utópicos», sino en la influencia que pueda ejercer una específica doctrina moral: una «moral que imponga deberes, dice,

¹⁸ COMTE, *Système*, cit., vol. I, p. 361, y también vol. II, p. 103.

¹⁹ G. SOLARI, «Positivismo giurídico e político di A. Comte», en E. MORSELLI, *La nostra inquietudine e altri scritti*, Milano, 1941, pp. 233-67; ahora en SOLARI, *La filosofia politica*, ed. preparada por L. Firpo, Bari, 1974, vol. II, página 328, y también V. VENTAMIN, «La philosophie du droit d'Auguste Comte», en *Archives de philosophie du droit*, 1952, pp. 184 ss.

²⁰ COMTE, *Système*, cit., vol. I, p. 363.

✓

no solamente a los obreros, sino también a los patronos, obligando a estos últimos a un permanente cuidado hacia sus asociados subalternos»; una moral que se oponga a la «tendencia de los altos funcionarios industriales a utilizar su influencia política para atribuirse importantes monopolios en detrimento de la gente», y se oponga también a la predisposición «a abusar del inevitable poder de los capitales para hacer prevalecer casi siempre las propuestas de los patronos sobre las de los trabajadores»²¹.

4. H. SPENCER Y EL EVOLUCIONISMO

La doctrina de Herbert Spencer, el fundador de la sociología inglesa, presenta notables puntos de contacto con las doctrinas de los autores franceses hasta aquí examinados. Como estos autores, Spencer considera de hecho a la sociedad moderna en términos de la sociedad industrial y desarrolla una concepción funcional de esta sociedad en el sentido de que para él, como para aquellos autores, cualquier conflicto posible puede siempre resolverse dentro del espíritu del orden y el progreso. Como para Saint-Simon y Comte, también para Spencer el problema de las relaciones entre derecho y sociedad es un problema que se resuelve en el sentido de entender el derecho como un producto de la sociedad, como una variable dependiente con respecto a la sociedad. Pero a pesar de estos puntos de contacto, es necesario también reconocer que la doctrina de Spencer se distingue de la de los autores indicados por algunas precisas razones: ante todo porque sigue una orientación de carácter individualista y liberal netamente contraria a las exigencias anti-individualistas estatalistas y autoritarias sentidas por esos autores; además por una actitud menos explícitamente polémica hacia los que consideran al derecho como una variable independiente en relación con la sociedad, esto es, hacia los así llamados metafísicos y los hombres de leyes.

Para darse cuenta de la orientación individualista y liberal de la que he hablado y para hacerse una idea general de la sociología del derecho de Spencer, tal como puede especificarse extrayéndola del ámbito de la sociología general a la que está indisolublemente conectada, es necesario tener presente dos órdenes diversos de hechos. Es necesario pensar, en primer lugar, en el hecho de que para este autor todo el mundo inorgánico, orgánico y superorgánico (tal como él denominaba al mundo social) está gobernado por

²¹ COMTE, *Cours*, cit., lección LVII, vol. VI, *passim*, y especialmente páginas 361-65. Sobre este tema, cfr. D. FISICHELLA, *Il potere nella società industriale. Saint-Simon e Comte*, Napoli, 1965, especialmente cap. IV, páginas 150 ss.

la ley del paso de la homogeneidad indefinida e incoherente a la heterogeneidad definida y coherente; está gobernado, en otros términos, por la ley de la evolución que Spencer había descubierto y elaborado antes de la publicación de *On the Origin of the Species*, de Darwin, y que, después de la publicación de esta obra, había podido precisar mejor, explicando entre otras cosas que el paso de lo homogéneo a lo heterogéneo tiene lugar a través de la lucha por la existencia y del proceso de selección natural. Es necesario pensar, en segundo lugar, en el hecho de que para Spencer esta ley de la evolución sigue tendencias que son distintas cuando se aplica al mundo orgánico y cuando se aplica por el contrario al mundo superorgánico al que pertenece el derecho. Mientras que las partes de un animal que pertenece al mundo orgánico, dice, «forman un todo concreto», las partes de una sociedad que pertenecen al mundo superorgánico forman «un todo discreto». «Mientras que las unidades vivientes que componen el primero están aglutinadas en estrecho contacto, las unidades vivientes que componen el segundo están libres, sin contacto y más o menos dispersas.» Mientras que «en el organismo viviente la conciencia está concentrada en una pequeña parte del cuerpo», en el organismo social «está, por el contrario, esparcida a través de todo el agregado», y esto explica por qué el fin a alcanzar no debe ser el bien del agregado, sino el de las unidades singulares. «La sociedad existe para el bien de sus miembros —dice Spencer—, y no los miembros para el bien de la sociedad.» «Por esto, se debe recordar siempre —añade— que por muy grandes que puedan ser los esfuerzos hechos para la prosperidad del cuerpo político, los derechos del cuerpo político no son todavía nada por sí mismos, pero llegan a ser algo en cuanto que comprenden los derechos de los individuos singulares que lo componen»²².

Después de estas indicaciones sobre la ley de la evolución, que en el mundo superorgánico revela tendencias netamente individualistas, para dar una idea de la sociología del derecho de Spencer, creo que conviene aludir ante todo a la concepción del derecho desarrollada pocos años antes por otro estudioso inglés también defensor del evolucionismo, Henry J. S. Maine, y ver después hasta qué punto se acerca a esta concepción la de nuestro autor.

Tratando de determinar la génesis y el desarrollo de las instituciones jurídicas en el conjunto de la organización social, Maine puso de manifiesto en numerosos trabajos de historia del derecho y de etnología jurídica, y sobre todo en su libro *Ancient Law*, que «en la infancia de la humanidad no se contempla ni se concibe ningún tipo de legislación», y formuló su teoría según la cual «el movi-

²² H. SPENCER, *Principles of Sociology*, London, 1876-79 [trad. castellana, *Principios de sociología*, Madrid, 1883].

miento de la sociedad sería el movimiento del *status* al *contrato*. *Status*, dice, indica la condición propia de las sociedades primitivas, es decir, la condición en la que «todas las relaciones personales se reducen a relaciones de familia» y en la que los individuos no son libres, en cuanto que su posición está determinada por el solo hecho de su nacimiento y no es posible cambiarla con un acto personal de voluntad. *Contrato* indica, por el contrario, la condición característica de las sociedades progresivas y complejas en las que los individuos independientes y separados del propio grupo llegan a formar parte de una asociación voluntaria en la que pueden ocupar libremente su propia posición y determinar sus propias relaciones jurídicas²³.

Así como para Maine el derecho se desarrolla pasando del *status* al *contrato*, para Spencer el derecho se desarrolla pasando del tipo de sociedad militar organizada en régimen de *status* al tipo de sociedad industrial organizada en un régimen de contrato.

Al considerar que la lucha por la existencia que Darwin había puesto como base de la selección natural era «una de las vías indispensables de la evolución»²⁴, y al poner de manifiesto que en la vida de la humanidad esta lucha ha encontrado su expresión específica en la guerra, Spencer atribuye ante todo a la misma el mérito de haber cumplido una función civilizadora para la propia humanidad. La guerra, dice, empujó de hecho a los hombres a salir del estado de primigenia homogeneidad de la horda y de la relativa igualdad de la sociedad simple, formó las primeras diferenciaciones en el organismo social especializando órganos y funciones y paso a paso creó toda la estructura política de las sociedades de tipo militar organizadas en base al principio del autoritarismo, de la jerarquía, de la rígida disciplina impuesta por el poder soberano a los miembros subordinados. Pero este tipo de sociedad, que ha tenido entre otros méritos el de estimular el conocimiento, enderezándolo a muchos descubrimientos y conquistas técnicas, hoy, según este autor, no puede ya procurar ninguna ventaja y no hace más que acarrear males cada vez mayores. Por eso, a ésta debe sucederle la sociedad industrial, fundada no ya sobre el principio de *status*, sino sobre el del contrato. En dicha sociedad, explica, «no es ya necesaria una acción colectiva que subordine las acciones individuales uniéndolas en un esfuerzo común. Al contrario, la acción colectiva que aún subsiste tiene como objetivo la protección de las acciones individuales contra cualquier ingobernabilidad que se haya hecho necesaria para la limitación recíproca de los derechos individuales». La sociedad industrial, añade, «no admite otro órgano apropiado para

²³ H. S. MAINE, *Ancient Law*, London, 1954, cap. V; especialmente, páginas 99-100 (1861).

²⁴ SPENCER, *Principios de sociología*, cit., vol. II.

desarrollar la acción colectiva necesaria que el de representante cuya función es la de expresar la voluntad común. Y la función de este órgano de gobierno que generalmente se hace consistir en la administración de justicia y más particularmente en la de velar porque cada ciudadano no reciba ni mayor ni menor provecho que el que le procura su actividad»²⁵.

Es fácil comprender que al haber hecho residir la evolución del fenómeno jurídico en el simple paso de la sociedad militar a la sociedad industrial, sin considerar la posibilidad de una fase intermedia que Saint-Simon llamaba período crítico, y Comte estadio metafísico, Spencer se separa de estos autores en su actitud menos polémica hacia los metafísicos y los hombres de leyes. Y esta actitud menos polémica no se debe solamente al hecho de que no haya considerado la fase intermedia en la que dominan precisamente los metafísicos y los hombres de leyes, sino que se debe también y especialmente al hecho de que no ha sentido hacia estos últimos la aversión de carácter ideológico que sentían, por el contrario, Saint-Simon y Comte. Su orientación política, individualista y liberal, lo situaba, de hecho, en posiciones no lejanas de aquellas en las que se encontraban los más conocidos ideólogos de la revolución francesa. Y está bien recordar a este propósito que esta orientación implícita en las tendencias del evolucionismo superorgánico de las que hemos hablado aparece más claramente en los escritos en los que Spencer trata específicamente el problema político y la cuestión social tomando posiciones contra los socialistas y los comunistas, que estaban preparando, como él decía, «la esclavitud del futuro». El régimen auspiciado por los socialistas y los comunistas comporta de hecho, observa, la cooperación forzosa propia de las sociedades militares, y conduce por ello a la «restauración del *status quo* bajo señores individuales, sino bajo la comunidad como señor». En aquel régimen, añade, «no siendo ya señores de sí mismos y sin poder utilizar de la mejor manera sus recursos, los individuos serán propiedad del Estado, que les mantendrá solamente para dirigir su trabajo»²⁶.

Con estos pocos datos sobre Saint-Simon, Comte y Spencer, creo haber dado una idea de las tendencias que conciben el derecho como un producto de la sociedad y que reducen prácticamente la sociología del derecho a una teoría general de la sociedad de tipo funcional, tal como se presentó, en el período originario, ante las mentes de los fundadores clásicos de la sociología. Me he limitado, sin embargo, a considerar el derecho en su conjunto y no ya en sus

²⁵ SPENCER, *Principios de sociología*, cit., vol. II.

²⁶ SPENCER, *Principios de sociología*, *ibid.*, y también ID., *The Man versus the State*, London, 1884, cap. II.

aspectos e instituciones particulares, de muchas de las cuales se ocuparon específicamente nuestros tres autores.

Para dar una idea también de este tema traeré aquí, a título de ejemplo, algunos puntos de la doctrina de Spencer. Hay que mencionar, ante todo, las páginas en las que Spencer explica que «el derecho es una forma cristalizada de costumbres que tiene origen en la voluntad expresa o presunta de los antepasados, sobre todo en la de los muertos sin distinción y secundariamente en la de los muertos singularmente distinguídos»²⁷. Cabe mencionar también los capítulos en los que nuestro autor se ocupa de la evolución de la familia y de la condición jurídica de las mujeres y de los hijos, aquellos en los que se ocupa de la evolución desde la propiedad común a la individual, aquellos en los que estudia la evolución de las organizaciones políticas, que por obra de los regímenes militares habrían pasado de una fase de integración a una fase de diferenciación y que por obra de los sucesivos regímenes de tipo industrial deberían pasar de esta fase de diferenciación a una fase en la que la misma diferenciación resulte atenuada y cancelada. Debe mencionarse, en fin, el capítulo sobre las profesiones jurídicas, capítulo que versa sobre uno de los temas que hoy han tenido los más amplios desarrollos en la investigación empírica. En este punto es interesante poner de relieve cómo Spencer, después de haber observado que dichas profesiones estaban originariamente mezcladas y confundidas con las sacerdotiales y que poco a poco se van separando de éstas, llegando a una completa secularización, analiza las diferenciaciones que se han verificado en las mismas, por ejemplo cómo, además de a la separación entre jueces y abogados, se ha llegado a la separación entre los que están directamente encargados de tratar las causas en los tribunales y los que lo están indirectamente en cuanto que preparan el proceso, recogen las pruebas, citan a los testigos. Spencer hace después varias observaciones sobre problemas ampliamente estudiados y debatidos hoy: el rol de los procuradores legales y el de los abogados, la creación de sus respectivos órdenes profesionales, las reglas de admisión en dichos órdenes, el control sobre la actividad de los inscritos, los periódicos de las asociaciones profesionales y su objetivo de mantenerse unidos consolidando el agregado asociativo²⁸.

²⁷ SPENCER, *Principios de sociología*, cit., vol. II.

²⁸ SPENCER, *Principios de sociología*, cit., *ibid.*

CAPITULO TERCERO

FORMAS DE SOCIEDAD Y FORMAS DE DERECHO

1. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO COMO SOCIOLOGÍA GENERAL

Después de haber examinado las doctrinas que los fundadores de la sociología desarrollaron en torno a las relaciones entre sociedad y derecho, interesa considerar ahora las doctrinas que sobre estas relaciones, o mejor sobre las relaciones entre formas de sociedad y formas de derecho, desarrollaron dos autores que pertenecen a la siguiente generación: Ferdinand Tönnies y Emile Durkheim.

Se trata de dos autores que deseo examinar conjuntamente en este mismo capítulo, porque, a pesar de las diferencias de formación cultural y de orientación filosófica, revelan notables afinidades de pensamiento: en primer lugar, porque ambos han desarrollado una concepción sociológica empeñada en el estudio del problema fundamental de su tiempo, es decir, la insuficiencia del individualismo y la exigencia de la solidaridad y del socialismo; en segundo lugar, porque ambos, al intentar resolver este problema, han distinguido dos formas distintas de sociedad y han advertido el vínculo que une indisolublemente las diversas formas de sociedad a las diversas formas de derecho. Y esto explica por qué en una introducción a la sociología del derecho se puede también decir que en cierto modo estos dos autores no solamente han resuelto la sociología del derecho en una sociología general de tipo funcional, sino que han realizado también la operación inversa, resolviendo la sociología general en la sociología del derecho.

Tönnies y Durkheim, el primero más centrado en los problemas de la filosofía social y el segundo en los problemas de la verdadera y propia sociología, han escrito mucho de derecho y de sociología del derecho, pero no hablaré aquí, obviamente, de todos sus escritos sobre el tema. Me limitaré a considerar únicamente sus ideas sobre formas de sociedad y formas de derecho, tal como se encuen-

tran expuestas en algunos de estos escritos y sobre todo en la obra principal de uno y otro autor.

2. F. TÖNNIES Y LA TEORÍA DE LA COMUNIDAD Y DE LA SOCIEDAD

La obra principal de Tönnies es, como es sabido, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, que fue publicada por primera vez en 1887 y después en ediciones sucesivas hasta la última, la octava, publicada en 1935, es decir, en el año que precede al de la muerte del autor¹. Y si se examina esta obra se puede ante todo constatar que el problema que está en la base de dicha obra es sustancialmente el problema fundamental antes indicado, es decir, el de la insuficiencia del individualismo y la exigencia de la solidaridad o del socialismo, en otros términos, como dice el autor, el problema del antagonismo «entre las doctrinas de tipo individualista y de tipo socialista»². Se puede constatar, además, que la vía seguida para resolver este problema es la que lleva a distinguir dos tipos de relaciones sociales a las que corresponden dos tipos distintos de derecho; de un lado, las relaciones sociales que dan lugar a la comunidad (*Gemeinschaft*) entendida como «vida real y orgánica», y de otro las que dan lugar a la sociedad (*Gesellschaft*) entendida como «formación ideal y mecánica»³.

En el primer libro de su obra, Tönnies expone, en el plano sociológico, en primer lugar la teoría de la comunidad y después la de la sociedad.

La teoría de la comunidad parte del presupuesto «de la perfecta unidad de las voluntades humanas como estado originario o natural que se ha conservado a pesar y a través de su separación empírica, adoptando múltiples formas según la naturaleza necesaria determinada por las relaciones entre individuos diversamente condicionados»⁴. Esta considera ante todo las relaciones derivadas de la descendencia y del sexo, es decir, las relaciones entre madres e hijos, entre hombre y mujer como cónyuges y entre hermano y hermana, para considerar después las relaciones más lejanas de la comunidad de sangre, de lugar y de espíritu que tienen su expresión respectivamente en el parentesco, «que tiene la casa como su sede y por así decirlo como su cuerpo»; en la vecindad, «que es el carácter general de la convivencia en la aldea», y en la amistad, «producida

¹ De esta última edición se ha publicado la traducción italiana con una introducción mía y con la traducción de los prefacios de todas las ediciones precedentes; cfr. F. TÖNNIES, *Comunità e società*, Milano, 1963 [trad. castellana, *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, 1947].

² *Ibid.*, p. 9.

³ *Ibid.*, p. 45.

⁴ *Ibid.*, p. 51.

de la manera más espontánea por la identidad y la semejanza de las profesiones o del arte»⁵. Según Tönnies, la comprensión (el *consensus*) «es un modo asociativo de sentir común y recíproco, que constituye la voluntad propia de una comunidad», y por ello es también «la fuerza y simpatía social que mantiene unidos a los hombres como miembros de un todo»⁶. La vida de la comunidad implica posesión y disfrute de los bienes comunes, amigos y enemigos comunes, voluntad de protección y de defensa recíproca. Esta no puede ser entendida con exactitud sin un profundo estudio de la casa, de la comuna rural y de la ciudad. Tönnies analiza los diferentes tipos de casas (la casa aislada, la casa aldeana, la casa urbana) y efectúa después un amplio examen de la relación entre ciudad y campo y un atento análisis de la comunidad de la aldea, que «constituye en su relación necesaria con la tierra una única economía doméstica indivisa», y de la ciudad que está más separada de la tradición y de los vínculos de parentesco y de vecindad, pero que tiene también un carácter comunitario y que cuando alcanza una cierta grandeza termina por «cerrarse en sí misma como un todo económico y extendiendo hacia el exterior su economía y su esfera de poder hasta el límite de lo posible»⁷.

«La teoría de la sociedad arranca de la constitución de un círculo de hombres que, como en la comunidad, viven y habitan pacíficamente uno al lado del otro, pero que no están ya esencialmente unidos, sino esencialmente separados»⁸. Según Tönnies, en la sociedad no existe ninguna unidad superior a los individuos y cada individuo está por su propia cuenta y en estado de tensión de cara a los otros; no existe ningún bien común y cada individuo goza de sus propios bienes excluyendo a los otros. En la sociedad las relaciones entre los individuos son esencialmente relaciones de cambio que encuentran su expresión típica en el contrato. El contrato es considerado como «la resultante de dos voluntades individuales divergentes que se cruzan en un punto», y es analizado en sus elementos y en su fundamento natural que se sintetiza en la fórmula «*pacta sunt servanda*». La teoría de la sociedad desarrollada por Tönnies trata, pues, numerosos y diversos temas: los intercambios y los contratos, la industria y el comercio, el capital, el tráfico de las mercancías, la fuerza de trabajo, las clases. Se cierra con una mirada sobre la situación actual, de donde resulta clara la orientación del autor, lleno de simpatía y de comprensión para las exigencias de la clase trabajadora. Un examen de los actos que están en la base de la estructura esencial de la sociedad capitalista lo lleva

de hecho a las siguientes observaciones: «La clase trabajadora es semilibre... y formalmente capaz de actos arbitrarios; a diferencia de una hipotética clase de esclavos, que entrarían en el proceso formalmente sólo como instrumento y substrato. Por el contrario, la clase capitalista es completamente libre y materialmente capaz de actos arbitrarios. Por eso los que pertenecen a ella deben también considerarse como los constituyentes voluntarios, entusiastas, materiales, de la sociedad; los componentes de la masa contrapuesta, por el contrario, pueden considerarse como sujetos semivoluntarios y sólamente formales»⁹.

Después de haber considerado desde un punto de vista sociológico la teoría de la sociedad y de la comunidad, en el segundo libro Tönnies pasa a considerar estos dos conceptos desde el punto de vista psicológico, analizando los dos tipos de voluntad individual que están en su base: la voluntad esencial y la voluntad arbitraria; la primera, espontánea, que emana «de los cálidos impulsos del corazón»; la segunda, refleja, que «procede del frío intelecto». Tönnies cierra este segundo libro con la siguiente observación: «La conexión de las formas de la vida (social) y de la voluntad (individual) conduce a su unidad en la especie del derecho. El derecho no brota de pensamientos o de opiniones en torno a la justicia; antes bien, es la vida la que crea a un tiempo estas dos expresiones de la realidad, que con frecuencia están entre sí en relación de causalidad recíproca»¹⁰.

Esta observación es importante porque explica cómo para Tönnies la sociología general desemboca y se resuelve en la sociología del derecho y a su vez la sociología del derecho depende de la sociología general y se resuelve en ésta. Una confirmación de esto viene dada por el hecho de que el tercer libro se titula *Los presupuestos sociológicos del derecho natural* y pone sustancialmente las bases para una sociología del derecho construida sobre la distinción fundamental de comunidad y sociedad, distinción que da lugar a dos series de conceptos jurídicos opuestos: de un lado, el sujeto individual, la posesión inmobiliaria, el suelo, el derecho de familia; de otro, la persona, el patrimonio, el dinero, el derecho de las obligaciones. A estas dos series de conceptos jurídicos opuestos corresponden dos sistemas opuestos de derecho: el del *status* y el del «contrato», de los que habla Henry J. S. Maine en *Ancient Law*, explicando cómo todo el movimiento progresivo de la sociedad se ha caracterizado por la disolución gradual de los vínculos familiares que están en la base del sistema del *status* y por el desarrollo, en su lugar, de obligaciones individuales que están en la base del sistema del contrato. Se puede decir que sobre estas opues-

⁵ *Ibid.*, pp. 57-58.

⁶ *Ibid.*, p. 62.

⁷ *Ibid.*, pp. 76-82.

⁸ *Ibid.*, p. 83.

⁹ *Ibid.*, pp. 123-24.
¹⁰ *Ibid.*, p. 112.

tas series de conceptos y sobre esta doctrina del paso del *status* al contrato se asienta toda la sociología jurídica de Tönnies, en la que vienen descritos con particular riqueza los dos diversos órdenes de fenómenos y de instituciones, fundados, respectivamente, sobre la voluntad esencial y común que responde a las exigencias de la vida vegetativa y sobre la voluntad arbitraria común que tiende a realizar el intercambio de bienes y de valores entre los individuos particulares. Los resultados alcanzados vienen expuestos sintéticamente en el apéndice de este libro, en un pasaje en el que, después de haber ilustrado los dos diferentes ordenamientos sociales, fundados respectivamente sobre el consenso y sobre la convención, Tönnies define las dos formas diferentes de derecho natural. De un lado, el derecho comunitario, «al estar radicado en la vida familiar y al tomar su contenido más significativo de los hechos de la posesión inmobiliaria, tiene sus propias formas determinadas esencialmente por la costumbre», que «recibe su consagración y su transfiguración de la religión». Por otro lado, el derecho societario «tiene sus propios presupuestos naturales en el ordenamiento convencional del comercio» y «llega a ser válido y regularmente eficaz solamente en virtud de la voluntad arbitraria soberana y del poder del Estado». Al lado de estas dos diferentes formas del derecho natural se sitúan dos formas distintas de moral: de un lado, la comunitaria, «expresión y órgano de las representaciones y de las fuerzas religiosas..., en conexión necesaria con las condiciones y con la realidad del espíritu familiar y de la costumbre»; de otro, la societaria, «producto e instrumento de la opinión pública, inmediatamente dirigida hacia todas las relaciones de la sociedad contractual general y de las aspiraciones políticas»¹¹.

No se puede olvidar que los motivos principales de la sociología del derecho contenidos en el libro tercero, y especialmente en el apéndice de dicho libro, han sido retomados y desarrollados por Tönnies en obras sucesivas. Hay que mencionar especialmente el libro cuarto de *Einführung in die Soziologie*, en el que habla de las normas sociales y sobre todo de las normas jurídicas, y en el que al hacer esto demuestra más claramente que en las obras precedentes su preferencia por la comunidad frente a la sociedad. Entre las normas jurídicas, distingue de hecho las normas del derecho natural y comunitario de las normas del derecho natural societario y afirma que las primeras son superiores a las segundas porque están fundadas sobre el altruismo y no sobre el egoísmo, y sobre el principio de la unión del derecho con la moral y no sobre el de su separación. A su modo de ver, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos es evidente la tendencia a pasar de la concepción societaria a la comunitaria: por eso aprueba las críticas de Gierke

¹¹ *Ibid.*, pp. 285-86.

al primer proyecto de código civil alemán, precisamente porque este proyecto estaba demasiado ligado a los principios contractualistas e individualistas y demasiado alejado de las exigencias éticas y del espíritu de la comunidad¹².

A esta opinión de que, ya en su obra principal y todavía más en *Einführung*, Tönnies, a pesar de sus propósitos de objetividad científica¹³, demuestra su preferencia por la comunidad frente a la sociedad, se puede quizás objetar que en las líneas de desarrollo social trazadas por el mismo Tönnies la sociedad aparece como una fase sucesiva y por eso en cierto sentido más progresiva que la comunidad. Pero a esta objeción es fácil responder observando que si bien es cierto que la sociedad de tipo capitalista, fundada sobre la industria y el comercio, sucede en el tiempo a la comunidad de tipo familiar, fundada sobre la economía agrícola, también es cierto que esta misma sociedad, de la que no se desconocen sus méritos, está ya en crisis y llegando a un punto de ruptura bajo la presión creciente del movimiento obrero, que al reaccionar contra el ordenamiento jurídico abstracto y contra los principios y los métodos del liberalismo económico, reafirma sustancialmente nuevas exigencias comunitarias. Y una de las características del socialismo de Tönnies reside precisamente en su tentativa de integrar y corregir las estructuras de la sociedad industrial, a las que reconoce su importancia, con las de la comunidad, de cuyo espíritu se siente particularmente cerca. Hijo de campesinos y descendiente de familia campesina desde muchas generaciones, se puede decir realmente que Tönnies tenía por naturaleza el sentido de la comunidad y había llegado al socialismo empujado por un sentimiento espontáneo de simpatía por la clase trabajadora, que es la que conserva mayormente el espíritu de la comunidad y posee un sentido más vivo y más sincero de la moral y de la justicia social. Esto explica que con frecuencia haya insistido en su obra principal y en sus obras sucesivas sobre la importancia del espíritu comunitario y sobre la exigencia moral que debe inspirar el movimiento obrero, y que no haya economizado sus críticas contra el marxismo por su espíritu societario y por haber «puesto por separado las exigencias morales, en contraste con una paciente y confiada resignación en los efectos graduales de los procesos económicos y del ascenso natural y necesario de la clase trabajadora»¹⁴.

¹² TÖNNIES, *Einführung*, cit., pp. 227 ss.

¹³ TÖNNIES, «Wege und Ziele der Soziologie», en *Verhandlungen des ersten deutschen Soziologentages*, Tübingen, 1911, pp. 26-27.

¹⁴ TÖNNIES, *Einführung*, cit., p. 226.

3. E. DURKHEIM: SOLIDARIDAD MECÁNICA Y SOLIDARIDAD ORGÁNICA

Después de estas indicaciones sobre el pensamiento sociológico y jurídico de Tönnies, se puede pasar a examinar el de Durkheim, centrándose la atención sobre la primera de sus obras importantes: *La division du travail social*, aparecida en 1893, algunos años después de la publicación de la obra de Tönnies *Gemeinschaft und Gesellschaft*, que Durkheim conocía y había incluso recensionado¹⁵.

En el examen de la obra de Durkheim seguiré la misma vía seguida en el análisis de la obra de Tönnies, aludiendo ante todo al problema que está en la base de la obra indicada y observando después cómo ha intentado resolverlo el autor; esto es, señalando cómo ha distinguido a tal fin dos formas distintas de sociedad, a las que corresponden dos formas distintas de derecho.

Para darse cuenta del problema que está en la base de la *Division du travail social* se puede leer el prefacio a la primera edición, en el que el autor dice claramente que el problema que «dio origen» a su libro es el problema fundamental de su tiempo del que ya hemos hablado, esto es, el problema que «concerne a las relaciones de la personalidad individual y de la solidaridad social» y que lleva a plantear la siguiente cuestión: «¿Cómo ocurre que, a pesar de hacerse más autónomo, el individuo depende más estrechamente de la sociedad? ¿Cómo puede, al mismo tiempo, individualizarse cada vez más y estar cada vez más vinculado por lazos de solidaridad?»¹⁶.

Es interesante constatar que, para resolver este problema y para dar una respuesta a estas cuestiones, Durkheim comienza partiendo del presupuesto de la indisoluble unión de la sociedad con el derecho. «La vida social —dice—, dondequiera que tenga una existencia duradera, tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a

¹⁵ En su recensión al libro de Tönnies en la *Revue philosophique* de 1889 (pp. 416-22), DURKHEIM aprobó la distinción entre comunidad y sociedad, pero desaprobó el método seguido por el autor y la concepción de la sociedad como algo artificial y no natural. Más tarde se podría observar que la teoría de las formas de solidaridad mecánica y orgánica desarrollada pocos años después por el propio Durkheim, teoría de la que hablaremos en seguida, presentaba analogías, al menos externas, con la teoría de Tönnies. Pero, ¿puede esta observación llevar a hablar de una influencia de Tönnies sobre Durkheim? Los más de los estudiosos tienden a excluirla. Comoquiera que fuera, Tönnies tenía razón al resentirse del hecho de que el sociólogo francés no lo hubiera citado en su libro *De la division du travail social*. Sobre el tema, cfr. CAHNMAN, «Tönnies und Durkheim: eine dokumentarische Gegenüberstellung», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LVI, 1970, páginas 190-208.

¹⁶ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893; trad. italiana, *La divisione del lavoro sociale*, introducción de A. Pizzorno, Milano, 1962, p. 8.

organizarse: el derecho no es otra cosa que esta misma organización en lo que tiene de más estable y de más preciso. La vida general de la sociedad no puede extenderse a ningún campo sin que la vida jurídica la siga en el mismo tiempo y en las mismas relaciones¹⁷. Después de haber afirmado de esta forma la unión de la sociedad con el derecho y de haber remachado esta afirmación diciendo que el derecho es el «símbolo visible» de la solidaridad social, Durkheim explica que para analizar las diversas formas de esta solidaridad no se puede hacer otra cosa que analizar, como decimos, las dos diversas especies de derecho: la constituida por reglas provistas de sanciones represivas que implican la reprobación de la sociedad en su conjunto y que exigen, por tanto, la expiación, y la constituida por reglas provistas de sanciones restitutivas que expresan la exigencia de restablecer las cosas en su condición originaria y que exigen, por el contrario, una simple reparación. A estas dos diversas formas de derecho corresponden de hecho dos tipos distintos de solidaridad social y dos tipos diversos de estructura de la sociedad: de un lado, la solidaridad mecánica, que implica una semejanza entre los individuos y que «es posible únicamente en la medida en que la personalidad individual resulta absorbida por la personalidad colectiva»; de otro, la solidaridad orgánica, que implica una diferencia entre los individuos, que deriva de la división social y que «es posible únicamente si cada uno tiene un campo propio de acción y, en consecuencia, una personalidad»; por un lado, la estructura de las sociedades primitivas, constituida por «una repetición de sentimientos semejantes y homogéneos»; por otro, la estructura de las sociedades evolucionadas, fundadas sobre la división del trabajo y constituidas «por un sistema de órganos diferentes, cada uno de los cuales tiene una función específica y que están formados ellos mismos por partes diferentes»¹⁸.

Se puede decir que toda la doctrina jurídica de Durkheim se apoya sobre esta distinción de las dos categorías de derecho, a las que corresponden dos diversos tipos de solidaridad social y de estructura de la sociedad. A la primera categoría pertenece esencialmente el derecho penal, sobre el que el autor desarrolla algunas interesantes consideraciones. Observa, por ejemplo, que el delito «es un acto contrario a los estados fuertes y definidos de la conciencia común» y afirma que la pena consiste «esencialmente en una reacción pasional de intensidad gradual que la sociedad ejerce mediante un cuerpo constituido, sobre aquellos de sus miembros que han violado ciertas reglas de conducta». Explica después esta afirmación poniendo de relieve la exigencia de conciliar las dos teorías contrarias, «la que ve en la pena una expiación y la que hace de

¹⁷ Ibid., p. 86.

¹⁸ DURKHEIM, *La divisione*, cit., pp. 143-46.

ella un arma de defensa social», exigencia que se funda sobre el hecho de que la pena es expiatoria para poder producir efectos útiles a la sociedad y es útil a la sociedad en cuanto es precisamente expiatoria. A la segunda categoría de derecho constituida por reglas provistas de sanción restitutiva pertenecen, además del derecho de familia, tanto los derechos que se refieren a las relaciones negativas de adhesión y que comprenden todos los derechos reales, como los derechos que se refieren a las relaciones positivas o de cooperación y que comprenden el derecho de las obligaciones, el derecho procesal y el derecho administrativo y constitucional. Es interesante recordar, a este propósito, que para Durkheim «el derecho procesal debería considerarse solamente como una variedad del derecho administrativo», y que a su modo de ver, los diferentes derechos que comprende y considera en su clasificación no pueden distinguirse en base a la distinción tradicional de derecho público y derecho privado. Tal distinción es realmente, dice, inconsistente en cuanto que «todos los derechos son privados en el sentido de que siempre y en cualquier parte que sea hay individuos presentes y activos; pero, sobre todo, todo derecho es público en el sentido de que constituye una función social y de que todos los individuos son, aunque a título diferente, funcionarios de la sociedad»¹⁹.

La distinción propuesta por Durkheim entre el derecho con sanción represiva y el derecho con sanción restitutiva, que él llama también derecho cooperativo, no se encuentra, pues, solamente en la base de la estática social, sino que se encuentra también en la base de la dinámica. Separándose netamente de las concepciones iusnaturalistas y contractualistas, este autor sostiene en efecto que en épocas remotas, y considerados los pueblos primitivos en los que la uniformidad social está muy extendida y la división del trabajo es apenas rudimentaria, el derecho represivo prevalece y domina en amplia medida sobre el derecho restitutivo o cooperativo, que reviste proporciones extremadamente limitadas. Pero en las épocas más recientes y en la sociedad más evolucionada, en la que las diferencias sociales se hacen cada vez más profundas y la división del trabajo se extiende y se consolida, se manifiesta el fenómeno inverso, esto es, que el derecho restitutivo o cooperativo prevalece y domina en amplia medida sobre el derecho represivo. Y para darse cuenta de esta evolución, según Durkheim, es suficiente con pensar en el ordenamiento jurídico que rige la sociedad en la que vivimos. «Basta con echar una mirada sobre nuestros códigos —dice— para constatar el espacio reducido que ocupa el derecho represivo en relación al derecho cooperativo. ¿Qué significa el primero en comparación con el vasto sistema formado por el derecho de familia,

el derecho contractual, el derecho mercantil, etc.? El conjunto de las relaciones sometidas a la reglamentación penal representa solamente la más pequeña fracción de la vida general, y en consecuencia los vínculos que nos ligan a la sociedad y que derivan de la comunidad de creencias y de sentimientos son mucho menos numerosos que los que resultan de la división del trabajo»²⁰.

Creo haber indicado con estas breves observaciones las líneas esenciales de la sociología del derecho de Durkheim, tal como surgen del examen de su libro sobre la división del trabajo. Y creo que es oportuno añadir que se trata de una doctrina que, a pesar del mayor interés demostrado por el fenómeno jurídico, está bastante próxima al pensamiento de Comte, totalmente empeñado en el estudio del problema del *consensus*, y está por el contrario bastante alejada del de Spencer, aunque un observador superficial podría observar que la distinción hecha por Spencer entre sociedad militar, fundada sobre el *status*, y sociedad industrial, fundada sobre el contrato, tiene puntos de contacto con la distinción hecha por Durkheim entre formas de sociabilidad mecánica fundadas sobre la semejanza y formas de sociabilidad orgánica fundadas sobre la diferencia y la división del trabajo. Y para hacer desaparecer cualquier duda al respecto, es suficiente con pensar en las críticas que el mismo Durkheim ha dirigido a las concepciones individualistas y contractualistas de Spencer, críticas en las que explica, entre otras cosas, cómo el elemento contractual, que tiene evidentemente una función de primer plano en la sociedad moderna, no es ya el resultado del libre acuerdo entre individuos, sino que está siempre determinado o condicionado por las estructuras de la sociedad misma y en general por el contexto social y por la conciencia colectiva²¹.

Estas críticas contra el individualismo y el contractualismo de Spencer explican también que haya sido muy diferente de la de Spencer la posición que Durkheim asumió de cara a la cuestión social. Esta diversidad está ya clara, en efecto, en el libro sobre la división del trabajo, en el que el autor une dicha cuestión al problema del consenso y más precisamente al problema de socializar, por un lado, al individuo y de evitar, por el otro, que en el propio individuo se manifieste la insatisfacción y la anomía. Y esta diversidad aparece aún más clara en las obras sucesivas, como en el curso sobre el socialismo, en el que Durkheim, a diferencia de Spencer, demuestra su simpatía hacia esta dirección del pensamiento político, aunque entienda el socialismo de una manera particular y piense en un socialismo que rechace los medios violentos y la lucha de

¹⁹ DURKHEIM, *La divisione*, cit., p. 161.

²⁰ Ibid., pp. 209-34, y también ID., *Leçons de sociologie. Physique des moeurs et du droit*, París, 1950, pp. 63, 80-84 [trad. cast., *Lecciones de sociología*, Buenos Aires, 1966].

clases y que proceda esencialmente a la organización y a la moralización, un socialismo que se empeñe no tanto en los problemas de la transformación o de la supresión de la institución de la propiedad, como en los de la creación y el funcionamiento de los grupos profesionales, de los grupos intermedios, que también denomina grupos secundarios²².

Sobre estas ideas en torno a la creación y al funcionamiento de los grupos secundarios, ideas que constituyen un importante aspecto característico de su pensamiento jurídico-político, Durkheim vuelve después en otros escritos y especialmente en su última obra publicada después de su muerte: *Leçons de sociologie. Physique des moeurs et du droit*, obra que junto con la de la división del trabajo social constituye una de las mayores contribuciones a la sociología del derecho. En estas lecciones, que contienen consideraciones y datos de cierta relevancia sobre el fenómeno de los homicidios, amplios estudios sobre el origen, la evolución y la efectiva realidad de la institución de la propiedad, cuidadosos análisis sobre el desarrollo del derecho contractual, etc., se encuentra en efecto también y en primer lugar algunas importantes consideraciones sobre las organizaciones corporativas y los grupos profesionales y sobre la función que deberían desempeñar en la organización del Estado auspiciada por el autor. Se puede recordar a este propósito que según Durkheim «la función del Estado no es la de reasumir, expresar el pensamiento irreflexivo de las masas, sino la de superponer a este pensamiento irreflexivo un pensamiento más mediato que no puede dejar de ser sustancialmente distinto». Se puede recordar, además, que según nuestro autor no se puede dejar de sentir la exigencia de insertar órganos secundarios y precisamente los grupos profesionales y corporativos que funcionan como órganos intermedios entre el Estado y los individuos. «Estos órganos —dice— han parecido necesarios para impedir que el Estado tiranice a los individuos, y hoy vemos que son igualmente indispensables para impedir que los individuos absorban al Estado»²³.

De esta exposición del pensamiento sociológico jurídico de estos dos autores resultan evidentes las afinidades y las diferencias, y no viene al caso detenerse a hacer un análisis de las mismas, análisis que me llevaría a repeticiones inútiles. A tal propósito haré, pues, sólo dos observaciones. La primera observación se refiere al método seguido por los dos autores. Para resolver el problema que está en la base de su obra, Tönnies distingue ante todo dos formas de sociedad, y después de haber hecho esta distinción advierte que a

²² E. DURKHEIM, *Le socialisme. Sa définition, ses débuts et la doctrine saintsimonienne*, París, 1926, y también R. ARON, *Las etapas del pensamiento sociológico* (2 tomos), Buenos Aires, 1970, tomo II, pp. 23-37 y 89-102.

²³ DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, cit., pp. 111-27.

estas formas de sociedad les corresponden dos formas de derecho. Desarrolla así su sociología del derecho después de haber desarrollado la sociología general. Para resolver un problema análogo, Durkheim, en su obra; parte, por el contrario, del presupuesto del ligamen indisoluble entre sociedad y derecho y distingue después contemporáneamente dos formas de sociedad y dos formas de derecho, desarrollando así su sociología del derecho no ya sucesivamente, sino contemporáneamente a su sociología general. La segunda observación se refiere al hecho de que Tönnies habla de derecho natural comunitario y de derecho natural societario y Durkheim habla, por el contrario, de derecho positivo con sanción represiva y de derecho positivo con sanción restitutiva. Pero la diferencia entre las concepciones de los dos autores es más aparente que real. Para Tönnies, los dos tipos de derecho natural de los que habla son sustancialmente, como lo reconoce, tipos ideales o conceptos ideales típicos en el sentido empleado por Max Weber, y para Durkheim las dos formas del derecho positivo de que habla no son más que modelos, esquemas clasificatorios. Pero esto no excluye, y lo hemos visto, que tanto para Tönnies como para Durkheim estos tipos ideales, estos modelos, estos esquemas clasificatorios, no tienen solamente un carácter descriptivo o cognoscitivo, sino también un carácter prescriptivo o valorativo.

CAPITULO CUARTO

LAS TEORIAS SOCIOLOGICAS DEL DERECHO

Hemos visto cómo, al igual que Savigny, los precursores y los fundadores de la sociología positivista y evolucionista, en claro contraste con las doctrinas del iusnaturalismo iluminista, concibieron el derecho como un producto de la sociedad. Se ha visto también cómo esta concepción fue retomada y desarrollada por dos sociólogos de la generación sucesiva: Tönnies y Durkheim. Interesa ahora recordar que los juristas pertenecientes a esa misma generación no sólo han aclarado los puntos de contacto entre Savigny y el positivismo y el evolucionismo sociológico¹, sino que desarrollaron también teorías jurídicas estrechamente ligadas a la sociología positivista y evolucionista. Me refiero a las teorías del derecho que entienden precisamente el derecho como un producto de la sociedad y que generalmente toman posición contra el principio de la estatalidad del derecho y a favor de las tesis del pluralismo jurídico, teorías que se pueden calificar como teorías sociológicas del derecho y que a veces, como en el caso de Ehrlich, se califican específicamente como sociología del derecho.

Me limitaré a dar, a este propósito, algunos ejemplos particularmente significativos. Hablaré así de dos autores de lengua alemana: Eugen Ehrlich y Otto von Gierke; de dos autores de lengua francesa: Léon Duguit y Maurice Hauriou, y del jurista italiano Santi Romano. Hablaré además de Georges Gurvitch, que en tiempos más recientes ha desarrollado un amplio análisis de las teorías que entienden el derecho de la manera antes indicada y ha sostenido la tesis del pluralismo y del antiestatalismo en un completo y orgánico tratado de sociología del derecho.

¹ Cfr. p. 25, nota 15.

1. E. EHRLICH Y O. GIERKE: DERECHO, GRUPOS SOCIALES Y ASOCIACIONES

Para dar una idea de la doctrina de Ehrlich conviene ante todo recordar que este autor en 1903, oponiéndose al principio de la aplicación mecánica del mandato del legislador, había hablado de una libre investigación del derecho y de una ciencia del derecho libre² antes aun de que Hermann Kantorowicz en 1906 publicara el programa del movimiento del derecho libre, del que Ehrlich fue después un defensor convencido³. En ese programa, Kantorowicz afirma, entre otras cosas, que al lado del derecho estatal se presenta «como igual por lo menos en potencia y en influencia» el derecho libre, producto de la obra jurídica de los miembros de la sociedad, de las sentencias de los jueces y de la ciencia del derecho; el derecho libre que no ha concluido aún su proceso de formación y que vive independientemente del derecho del Estado y es más bien «el terreno del que nace el derecho del Estado»⁴. Y a través del movimiento que sostén ese programa es fácil darse cuenta de que no sólo se podía propugnar la apertura de la ciencia del derecho hacia la sociología para fines prácticos, como hace Kantorowicz⁵, sino que también se podía superar los límites del propio movimiento y llegar a desarrollar y a exponer una verdadera y propia sociología del derecho, como hace Ehrlich, que, como veremos, fue el autor de uno de los primeros libros que se titula con esta denominación.

Si se lee el breve y lapidario prefacio a este libro, puede uno fácilmente darse cuenta de que Ehrlich considera esencialmente al derecho como un producto, una variable dependiente de la sociedad. «Tanto en el tiempo presente como en cualquier otra época —dice—, el centro de gravedad del desarrollo del derecho no se encuentra

² E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903.

³ El programa del movimiento se expuso en el ensayo de H. U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, ed. preparada por R. Majetti, Milano-Palermo-Nápoli, 1908, ensayo que el autor publicó en Heidelberg en 1906 bajo el seudónimo de GNAEUS FLAVIUS y con el título *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [trad. cast., «La lucha por el derecho», en el vol. *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, 1949]. Sobre este libro y sobre este autor, cfr. los escritos de N. Bobbio, A. H. Campbell y A. L. Goodhart, que preceden a la edición italiana de H. U. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto*, Torino, 1962 [trad. cast., *La definición del derecho*, Madrid, 1964]. Sobre el movimiento del derecho libre y bibliografía al respecto, cfr. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.^a ed., nueva reimpresión, París, 1954, vol. II, pp. 74-90, 379-403 (1899¹) [trad. cast., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925, pp. 520 y ss.].

⁴ KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, cit., pp. 77, 80.

⁵ Id., «Rechtswissenschaft und Soziologie», en *Verhandlungen des ersten deutschen Soziologentages*, Tübingen, 1911. Sobre el tema, cfr. también páginas 126-127.

en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma»⁶. Y la sociología del derecho que se apoya sobre el principio fundamental afirmado en ese prefacio y que es, según él, la verdadera teoría científica del derecho, debe entenderse esencialmente como una ciencia empírica y más precisamente como una ciencia que nos ilumina en torno a la naturaleza del derecho y de las instituciones, como una ciencia cognoscitiva y no práctica, que tiene como tarea principal la de conocer y describir lo concreto, no lo abstracto; los hechos, no las palabras⁷. La sociología del derecho, que, como él observa, encuentra sus precedentes en las doctrinas de Savigny y de los juristas de la escuela histórica, no debe, pues, ocuparse solamente de las normas legislativas y de las decisiones judiciales, sino también de los ordenamientos sociales que preceden a los ordenamientos jurídicos, y de esta manera debe arrancar de una concepción del derecho bastante más amplia de la que arranca la dogmática jurídica que no es la verdadera y propia ciencia del derecho. «Equivocadamente se cree hoy por muchos —afirma Ehrlich en un artículo en el que sintetiza su pensamiento— que todo el derecho es producto del Estado con sus leyes. La mayor parte del derecho tiene su origen inmediato en la sociedad en cuanto es ordenamiento interno de las relaciones sociales, del matrimonio, de la familia y de las corporaciones, de la posesión, de los contratos, de la sucesión, y nunca se ha visto reducido a normas jurídicas.» Es por eso falso «cuanto cree la mayoría: que instituciones sociales como el matrimonio, la familia, la corporación, la posesión, el contrato, la sucesión, han sido introducidos mediante leyes. Con las leyes no se crea más que instituciones estatales, pero la mayor parte de las disposiciones jurídicas no se originan en la ley, sino en el derecho judicial de los juristas; ellos, pues, preceden a la ley, no son su consecuencia... Las disposiciones que regulan el matrimonio y la familia presuponen la existencia del matrimonio y de la familia; las que regulan la posesión no habrían podido desarrollarse sin un cierto ordenamiento de la posesión, ni las relativas a los contratos antes de que se hubieran determinado los correspondientes contratos». En suma, es necesario reconocer que la norma jurídica «está condicionada por la sociedad. Aquella no puede surgir si no hubieran aparecido ya en la sociedad las instituciones a las que se reconduce», y es «aplicable en tanto y hasta que permanezca su presupuesto social»⁸.

Para comprender mejor el significado de los pasajes referidos y para tener también una idea más precisa de la concepción del

derecho de nuestro autor, puede ser útil aludir a lo que dice en su obra más importante en torno a la naturaleza del derecho, las relaciones entre derecho y Estado y los hechos que determinan el surgimiento y el desarrollo de las normas jurídicas.

Según Ehrlich, el derecho, por su naturaleza, es, como hemos visto, ordenamiento interno de las relaciones sociales o mejor organización de los grupos sociales, esto es, un conjunto de reglas que determinan la posición y la función de los miembros singulares del grupo y más precisamente la condición de supraordenación o de subordinación de los mismos y las tareas específicas que les competen en el ámbito del grupo. Y no se debe olvidar que este conjunto de reglas que surgen en el grupo y no se le imponen al grupo se encuentran generalmente amparadas por otros conjuntos de reglas que desempeñan la misma función de organizar la vida interna del grupo. Entre estas reglas, Ehrlich recuerda las de la moral, la religión, la costumbre, la moda, etc., y explica que la diferencia específica entre estas reglas y las del derecho reside en la diversa «intensidad de sentimiento» que las reglas del derecho provocan y en las diversas «emociones» que suscitan en el mismo momento en el que se reacciona frente a su transgresión. Resulta superfluo advertir que cuando Ehrlich afirma que el derecho es organización de grupos sociales, no se refiere solamente a grupos limitados que viven los unos al lado de los otros, sino que se refiere también y especialmente a la organización de grupos cada vez más amplios que surgen de su unión hasta llegar al grupo más amplio de todos, es decir, al Estado. Y el Estado, desde cualquier punto de vista, y particularmente desde el punto de vista del derecho, es, según Ehrlich, un simple órgano de la sociedad, porque, a su juicio, es la voluntad de la sociedad, y solamente la voluntad de la sociedad, la que debe ejercer el Estado y contra la que el Estado no puede actuar, y es la fuerza de la sociedad, y solamente la fuerza de la sociedad, la que puede proporcionar a los instrumentos coactivos del Estado el apoyo necesario para hacer eficaces las normas emanadas por él.

Además de por estas indicaciones sobre la naturaleza del derecho y sus relaciones entre derecho y Estado, la dependencia del uno y del otro de la sociedad, dependencia que caracteriza a la concepción de Ehrlich, resulta también clara de cuanto dice nuestro autor en torno a los hechos del derecho que determinan el surgimiento y el desarrollo de las normas jurídicas. Se trata esencialmente de hechos sociales y es interesante recordar los principales: la costumbre que no se confunde con el derecho consuetudinario y que, como simple regularidad fáctica de ciertos comportamientos representa el hecho del derecho originario, la base de los primeros grupos sociales; el dominio del hombre sobre el hombre, que da lugar a dos grupos

⁶ EHRLICH, *I fondamenti*, cit., p. 3.

⁷ *Ibid.*, I, especialmente pp. 8, 32.

⁸ E. EHRLICH, «La sociología del diritto», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, I, 1922, pp. 102, 104-5, 107.

diversos, el de los dominadores y el de los dominados; el dominio del hombre sobre las cosas, que da lugar a la efectiva distribución de la posesión en la sociedad y a la consolidación de un ordenamiento jurídico en el cual la posesión coincide con la propiedad; las declaraciones de voluntad en sus formas particulares del contrato y del testamento, formas surgidas relativamente tarde en estrecha conexión con el ordenamiento de la posesión en la sociedad y con fines esencialmente económicos. Además de normas producidas y determinadas por los hechos indicados, normas que Ehrlich califica como normas de organización, el derecho comprende también, según él, normas de decisión que no tienen la función de dar una estructura al grupo, sino la de llenar las lagunas, resolver los conflictos y defender a la propia estructura de los peligros de violación que la amenazan; normas de decisión que no están, pues, dirigidas «a los hombres que actúan en la vida social, sino a los hombres que juzgan a los que actúan». Y también en el análisis de estas normas y en el estudio de la actividad práctica que las dan vida, resulta claro que para Ehrlich el derecho debe responder siempre y solamente a las exigencias de la sociedad y satisfacer las necesidades de la misma⁹.

En el primer capítulo de su obra más importante, Ehrlich observa que hay que reconocer a Gierke el «mérito imperecedero» de haber descubierto que el derecho es un ordenamiento que se encuentra en el interior «de las formaciones que él designa como asociaciones» (*Genossenschaften*)¹⁰, y me parece que, debiendo dar una idea de las doctrinas que consideran el derecho como un producto de la sociedad, no se puede dejar de recordar entre las contribuciones en lengua alemana la aportada por este historiador y estudioso del derecho germánico. El enseña, efectivamente, que el derecho debe entenderse como «una manifestación de la vida común de los hombres», esto es, un producto de la asociación, la cual tiene una vida propia, una conciencia jurídica propia y tiene también una fuerza interior independiente de la fuerza exterior del Estado y que precede a éste. Toda asociación, esté o no organizada, tiene, según Gierke, la capacidad de producir su derecho; así, al lado del Estado y del derecho estatal, los pueblos han podido a veces unirse en asociaciones más amplias, produciendo el derecho internacional; a veces han podido subdividirse en asociaciones menores o en grupos restringidos, produciendo el derecho de las comunidades religiosas, de los órdenes profesionales, etc. También cuando una estructura organizativa se superpone a una asociación subyacente, esta

⁹ EHRLICH, *I fondamenti*, cit., *passim*, y también la presentación de A. Febbrajo. Sobre el tema, cfr. también M. REHBINDER, *Die Bergündung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, 1967.

¹⁰ EHRLICH, *I fondamenti*, cit., p. 30.

asociación no cesa de producir su propio derecho. El derecho consuetudinario también en el interior de un grupo organizado es siempre el producto de la convicción común de los hombres que componen el grupo, independientemente de la organización en la que están insertos¹¹.

2. L. DUGUIT: EL DERECHO COMO REGLA DE LA VIDA SOCIAL

Así como Ehrlich y Gierke están vinculados sustancialmente a las enseñanzas de Savigny, y en las obras de las que hemos hablado han revelado puntos de contacto con las doctrinas de algunos sociólogos alemanes, por ejemplo con las de Tönnies¹², así también Duguit y Hauriou, de cuyas obras hablaré ahora, están vinculados esencialmente a las enseñanzas de la sociología francesa, y partiendo de esas enseñanzas consideraron, como los juristas alemanes antes indicados, al derecho como un producto de la sociedad.

Duguit, jurista y profesor de derecho, empeñado en aplicar en su propio campo de estudio los métodos y los criterios de la filosofía positiva, consideró a la ciencia jurídica como una ciencia social que, como cualquier otra ciencia social, debe fundarse sobre la observación objetiva de los hechos y sobre razonamientos experimentales concernientes a hechos, y afirmó que para el estudio del fenómeno jurídico es necesario dirigir la atención ante todo hacia uno de los problemas más importantes de las ciencias sociales, el problema de la solidaridad social.

Remontándose a Comte, que había puesto las bases de este problema, y sobre todo y más explícitamente a Durkheim¹³, del que fue alumno y después colega en la Universidad de Burdeos, Duguit comienza afirmando que «en todas las formas de agrupación humana existe una sola realidad, la persona humana, esto es, la conciencia y la voluntad del individuo», y añade que «esta individualidad aparece aquí tanto más viva y activa cuanto más coherente, completo y comprensivo es el grupo social». «Los hombres —dice— viven en sociedad y quieren vivir en sociedad: 1) porque tienen conciencia de necesidades comunes que no pueden satisfacer sino por medio de la vida en común (solidaridad por semejanza); 2) porque tienen conciencia de tener aptitudes y necesidades diversas y de no poder asegurarse la satisfacción de estas necesidades diversas sino

¹¹ Cfr. especialmente O. von GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868-81 [trad. cast. de R. Atara, *La escuela histórica del derecho* (con trabajos del propio Gierke, Savigny, Eichhorn y Stammel), 1908].

¹² A. FEBBRAJO, «Presentazione» a EHRLICH, *I fondamenti*, cit., p. XLV.

¹³ L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901, página 23, nota.

por medio de un intercambio de servicios, debido a la diversidad de las aptitudes particulares (solidaridad por la división del trabajo)¹⁴; 3) de la constatación del hecho de que los hombres son seres individuales y sociales al mismo tiempo y de que la individualidad y la sociabilidad no están en oposición entre sí, sino que se integran recíprocamente, Duguit cree poder deducir la regla general de conducta que está en la base de la vida social y que puede sintetizarse en la fórmula siguiente: «No hacer nada que disminuya la solidaridad social por semejanza y la solidaridad social por la división del trabajo; hacer todo lo que materialmente pueda hacer el individuo para acrecentar la solidaridad social en sus diversas formas»¹⁵.

Habiendo demostrado este interés por la solidaridad social y por la búsqueda de la regla de conducta que se encuentra contenida en ella y deriva de ella, es fácil explicar cómo Duguit llega a declarar querer adherirse a las doctrinas sociológicas que consideran a la moral y al derecho como «una formación espontánea, un producto natural del desarrollo social»¹⁶, y cómo, movido por intereses predominantemente jurídicos, intenta distinguir en el ámbito de la fórmula antes indicada la regla de la moral de la del derecho. Dice así que la regla de la moral es aquella regla «cuya noción no ha penetrado aún completamente en el espíritu de todos hasta hacer que todos reconozcan en su observancia una condición esencial de la solidaridad social», y añade que la regla de la moral llega a ser regla del derecho sólo cuando alcanza a ser «más claramente comprendida por un mayor número de individuos»¹⁷ y cuando en un mayor número de individuos se asienta la convicción de la necesidad de esta regla y por lo tanto también de la necesidad de que la misma regla esté «socialmente sancionada»¹⁸.

De estas consideraciones, de las que resulta que la regla del derecho es la condición necesaria para la existencia de la sociedad y es al mismo tiempo un producto, como él dice, «continuo y espontáneo» de la sociedad¹⁹, nuestro autor se ve empujado después a afirmar que la ley positiva no es sustancialmente otra cosa que «la constatación por parte de los gobernantes de una regla de derecho objetivo»²⁰ ya existente y a explicar que, a fin de que tal ley sea efectivamente emanada, se añade al acto intelectual que produce esta constatación un acto de voluntad que demuestra por parte de los gobernantes el propósito de aplicarla y de «hacerla obligatoria».

¹⁴ DUGUIT, *L'État*, cit., p. 80.

¹⁵ *Ibid.*, p. 91.

¹⁶ *Ibid.*, p. 92.

¹⁷ *Ibid.*, p. 102.

¹⁸ L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, Paris, 1926, p. 46.

¹⁹ *Ibid.*, p. 58.

²⁰ *Ibid.*, *L'État*, cit., p. 502.

Prosiguiendo con el mismo tema, Duguit llega a observar que los gobernantes en el ejercicio de la función legislativa no se limitan a constatar la existencia de una regla de derecho y a querer su aplicación y obligatoriedad, sino que proveen también a la construcción de «un sistema para asegurar en la medida de lo posible la obediencia a la propia ley». Este sistema constituye —explica— la parte constructiva de la legislación que se distingue de la parte normativa, esto es, de la parte que constata la existencia de la regla de derecho y quiere su aplicación y obligatoriedad. Pero la parte constructiva —añade— no se considera «como un elemento necesario de la ley positiva»: en cuanto tal ley «es siempre esencialmente la constatación de una regla de derecho por sí misma imperativa. La esencia de la ley positiva se reduce así a la norma, esto es, a la formulación de una regla de derecho que los gobernantes constatan y de la que quieren su aplicación»²¹.

En una doctrina en la que, como en esta de Duguit, se afirma que el derecho es un producto de la vida social y más precisamente una regla de la vida social de la que el legislador positivo no hace sino constatar su existencia y asegurar su observancia, es fácil comprender que no haya aquí lugar para las concepciones que entienden el derecho subjetivo como una cualidad inherente al hombre como tal, independientemente de la sociedad y de las reglas de la vida social²², y que no haya tampoco lugar para las concepciones que sostienen el principio de la estatalidad del derecho, es decir, de la reducción del derecho a derecho del Estado. A propósito del derecho subjetivo, Duguit observa efectivamente que de la regla del derecho que se encuentra en la sociedad no puede nunca nacer «ningún derecho subjetivo individual», sino solamente el poder «de realizar la regla y producir un resultado efectivo» cuando el individuo quiere «de conformidad a la regla o, lo que es lo mismo, de conformidad con la solidaridad social»²³, y él llama a este resultado efectivo «situación jurídica subjetiva», observando que se trata de una «situación creada por una voluntad individual consciente de sí misma que está conforme con la regla de derecho y que contribuye», como decimos, «al acrecentamiento de la solidaridad social»²⁴. Tomando como base el hecho de que las nociones de regla del derecho, poder

²¹ *Ibid.*, p. 543. Sobre la regla de derecho en general, cfr. también *Id.*, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1921¹, vol. I, cap. I.

²² DUGUIT, *L'État*, cit., pp. 141, 142. La toma de posición de nuestro autor contra el derecho subjetivo se asocia a la toma de posición adoptada por él contra las concepciones metafísicas del iusnaturalismo en la que se había inspirado, como él observa, la codificación napoleónica. Cfr. *Id.*, *Le droit social, le droit individual et la transformation de l'État*, Paris, 1922², páginas 3-4.

²³ *Id.*, *L'État*, cit., pp. 143-45.

²⁴ *Ibid.*, p. 161, y también *Traité*, cit., cap. II.

jurídico objetivo y situación jurídica subjetiva han podido determinarse con independencia de la noción de Estado, Duguit desarrolla después, como decimos, una amplia crítica a las doctrinas que sostienen el principio de la estatalidad del derecho. Dice así textualmente: «El hombre ha concebido el derecho antes de concebir el Estado y no el Estado antes de concebir el derecho, y la noción de derecho, tanto en sentido objetivo como en sentido subjetivo, es pues anterior y superior a la noción de Estado»²⁵. El Estado, añade, está sometido a la regla del desarrollo, así como lo están los mismos individuos, y la voluntad de los gobernantes «es una voluntad jurídica capaz de imponer la restricción solamente en el momento en que se manifiesta dentro de los límites que le vienen trazados por la regla del derecho»²⁶. «El Estado no es más que el producto de una diferenciación natural... entre los hombres de un mismo grupo del que deriva lo que se llama poder público, que no puede de ningún modo resultar legitimado por su origen, sino solamente por los servicios que presta de conformidad con la regla de derecho»²⁷.

3. M. HAURIOU, S. ROMANO Y LA TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN

Como Duguit, también otro estudioso del derecho público, Maurice Hauriou, se opuso a las concepciones del derecho y del Estado antes indicadas, que él llama subjetivistas en cuanto que conciben «la regla del derecho como voluntad subjetiva de la persona del Estado». Pero a pesar de oponerse a estas concepciones, no acepta tampoco el objetivismo de Duguit, que considera a la regla de derecho como «un producto del ambiente», como «una regla aceptada como obligatoria por el conjunto de las conciencias», y que afirma que las acciones humanas no pueden «producir efectos jurídicos salvo que se ajusten a la regla». Este objetivismo, «tomado del sociologismo de Durkheim», según Hauriou, «ha cometido de hecho el error de centrarlo todo sobre la regla de derecho», sin darse cuenta de que «el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución», y sin comprender que «son las instituciones las que hacen las reglas de derecho y no son tales reglas las que hacen las instituciones».

Según Hauriou, tanto el subjetivismo como el objetivismo son rechazables, porque ninguno de los dos nos aclara la fundación del Estado y de la regla de derecho. Es, pues, natural —dice— que frente a estos dos «sistemas antagónicos» se haya afirmado la teoría

²⁵ ID., *L'État*, cit., p. 226.

²⁶ DUGUIT, *L'État*, cit., p. 259.

²⁷ ID., *Traité*, cit., p. VII.

de la «fundación de las instituciones, que había sido sacrificada tanto por el uno como por el otro». Esta teoría tiene esencialmente el fin «de demostrar que la fundación de las instituciones tiene carácter jurídico» y que las instituciones son sustancialmente el centro y la fuente de la juridicidad²⁸.

Creo que las afirmaciones referidas aquí son suficientes para explicar que, análogamente a los autores de los que hemos hablado, también Hauriou ha entendido el derecho como un producto de la sociedad o mejor de las instituciones y ha visto que una de las principales funciones del jurista debe ser la de examinar cómo el derecho surge de las instituciones y comenzar a examinar las más simples como la familia o la tribu hasta llegar a la más compleja de todas, es decir, al Estado.

No es fácil decir qué entiende Hauriou por institución. En general, se puede señalar que para él institución es toda formación social que tiene por centro un poder en torno al cual gravitan las adhesiones de los individuos, que todas juntas dan lugar a una situación estable. Pero si se quiere descender a lo particular, no se puede dejar de observar que las opiniones expresadas por nuestro autor varían de un período a otro, como resulta del hecho de que en un primer momento²⁹ él pone especialmente en evidencia el poder que tiene objetivamente unida a la institución, y que en un segundo momento da por el contrario mayor importancia a los elementos interiores, a la finalidad, a la idea. En este segundo momento se expresa en efecto en estos precisos términos: «Una institución es una idea de obra o de empresa, que se realiza y dura jurídicamente en un ambiente social; para la realización de tal idea se organiza un poder que la dota de órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social que está interesado en la realización de la idea se realizan manifestaciones comunitarias dirigidas por los órganos del poder y reguladas por procedimientos»³⁰. Los procedimientos a los que se refiere el autor y de los que habla frecuentemente en sus trabajos tienen un significado especial que no es siempre muy claro. Se puede, de todos modos, decir que ellos indican en su resultado el «hecho de la adhesión del sujeto a una institución, su participación, el carácter relativo de la adhesión misma». Y se puede añadir también que los procedimientos son las vías seguidas por la institución en su movimiento uniforme, las vías que señalan el paso, «recogiendo en cada forma superior lo que había de esencial en los grados inferiores»³¹.

²⁸ M. HAURIOU, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, 1933 [trad. cast., *La teoría de la institución y de la fundación*, Buenos Aires, 1968].

²⁹ ID., *Principes de droit public*, Paris, 1910.

³⁰ ID., *La teoría de la institución y de la fundación*, cit., pp. 39-40.

³¹ C. GORETTI, *Il liberalismo giurídico di Maurice Hauriou*, Milano, 1933,

De la doctrina de la institución de Hauriou parte Santi Romano, que a pesar de ser un jurista puro, carente de intereses sociológicos, desarrolla una teoría del derecho que puede calificarse, y ha sido calificada con frecuencia, como teoría sociológica³². Y me parece que esto resulta claro del hecho de que este autor piensa que las concepciones que entienden el derecho como norma, o sistema de normas, son «inadecuadas e insuficientes», y opone a estas concepciones la del derecho como ordenamiento jurídico, que es precisamente una concepción sociológica. El ordenamiento jurídico constituye, efectivamente, para él un «todo viviente», que comprende, además de la norma, una voluntad, una potestad, una fuerza que pone la norma y se identifica además con la institución entendida como «ente o cuerpo social». «Todo ordenamiento jurídico —dice Romano— es una institución y, viceversa, toda institución es un ordenamiento jurídico: la ecuación entre los dos conceptos es necesaria y absoluta.» El derecho entendido como ordenamiento jurídico o como institución contiene, pues, entre sus elementos esenciales, ante todo, a la sociedad misma entendida como «una entidad que constituye también formalmente y extrínsecamente una entidad concreta distinta de los individuos que se incluyen en ella», y además al orden social y más específicamente «organización, estructura, posición de la propia sociedad» en la que el derecho se desarrolla y que el propio derecho «constituye como unidad, como ente fijo por sí»³³. Además de por la concepción del derecho como ordenamiento o como institución, la teoría de Romano, en mi opinión, es sociológica también por haber afirmado el principio de la pluralidad de ordenamientos jurídicos que nuestro autor sostiene y explica ampliamente en la segunda parte de su obra. Este principio encuentra efectivamente su justificación y su apoyo en la exigencia histórico sociológica de dar cuenta de un fenómeno nuevo, esto es, de por qué los grupos sociales que en tiempos pasados habían sido progresivamente atraídos a la órbita del Estado, hoy están emancipándose cada vez más del Estado y afirmando su propia autonomía. La pluralidad de ordenamientos jurídicos, en otros términos, debe dar cuenta de la

páginas 33-47, y también V. LEONTOWISCH, «La teoria della istituzione di Hauriou e il suo significato per il diritto costituzionale», en *Bollettino dell'Istituto di filosofia dell'Università di Roma*, mayo-junio de 1941, pp. 85-107.

³² Sobre este tema, cfr. mi nota «Considerazioni sulla teoria sociologica del diritto di S. Romano», en *Sociologia del diritto*, III, 1976, pp. 142-48.

³³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918¹), reimpresión de la 2.^a ed., Firenze, 1951, pp. 26-28 [trad. cast., *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963, pp. 111-14]. La diferencia entre esta concepción y la de Hauriou la señala ROMANO en los siguientes términos: «Nosotros no creemos que la institución sea fuente del derecho y que por tanto éste sea un efecto, un producto de la primera, sino que creemos que entre el concepto de institución y el de ordenamiento jurídico, considerados unitariamente y en conjunto, existe una perfecta unidad» (*ibid.*, pp. 33-34) [trad. cast., p. 120].

así llamada crisis del Estado moderno, que, como dice Romano, «implica cabalmente la tendencia de los grupos sociales a constituir cada uno un compartimiento jurídico independiente»³⁴.

4. G. GURVITCH Y EL DERECHO COMO HECHO NORMATIVO

Las doctrinas de las que hemos hablado hasta aquí y otras parecidas de las que no ha sido posible hablar aquí, doctrinas pertenecientes todas a la dirección sociológica de la ciencia jurídica, han sido minuciosamente analizadas y discutidas en dos volúmenes publicados por Gurvitch en 1932³⁵. En estos volúmenes, el autor, después de observar que algunas de estas doctrinas, como las de Hauriou y Gierke, a pesar de su pluralismo, terminan por atribuir al Estado un puesto excesivamente relevante y por encerrarse bajo posiciones excesivamente conservadoras, desarrolla y lleva hasta las últimas consecuencias las tesis complementarias y coincidentes del pluralismo y del antiestatalismo, abriendo el camino hacia posiciones ideológicas más avanzadas. Y bien se puede decir que el pluralismo y el antiestatalismo que llevan al autor hacia estas posiciones constituyen el punto de partida y uno de los motivos dominantes de los volúmenes antes indicados. En ellos se puede efectivamente ver cómo Gurvitch, de un lado, se opone a las doctrinas que se consolidan en la época del iluminismo, las cuales atribuyen al Estado el monopolio del poder político, reducen todo el derecho a derecho del Estado y hacen residir en la ley del Estado la fuente suprema del derecho a través de la progresiva desvalorización de las fuentes tradicionales como la costumbre, las decisiones judiciales, la doctrina de los juristas, y puede verse cómo, de otro lado, desarrolla el pluralismo jurídico que se consolida en la época del romanticismo y del historicismo. Por pluralismo jurídico entiende precisamente la doctrina según la cual: «el poder jurídico no reside solamente en el Estado, sino que reside también en muchos otros entes diferentes e independientes del Estado; el derecho del Estado no es el único derecho existente, sino que existen numerosos ordenamientos jurídicos diferentes e independientes del Estado; la ley del Estado no es la única ni la principal fuente del derecho, sino únicamente una de estas fuentes y ni siquiera la principal».

En el desarrollo de la doctrina del pluralismo y del antiestatalismo es, pues, fácil darse cuenta de que Gurvitch desarrolla también contemporáneamente la doctrina de la subordinación del dere-

³⁴ *Ibid.*, p. 113.

³⁵ G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, 1932; *Id.*, *L'idée du droit social*, Paris, 1932.

cho a la vida social. Según el pluralismo jurídico, el Estado, dice, en efecto, «no es más que un pequeño lago profundo en el inmenso mar del derecho que lo circunda por todas partes»³⁶, y el poder jurídico, la fuente principal del derecho, y el derecho mismo residen esencialmente en los hechos normativos que «en un solo y mismo acto genera el derecho y fundan su existencia sobre el derecho»³⁷, que, en otros términos, «crean su ser generando el derecho que les sirve de fundamento». Los hechos normativos así entendidos pueden ser, pues, según Gurvitch, de dos diversos tipos: de un lado, los hechos de la «relación con los otros» y de la sociabilidad por delimitación y ecuación; de otro, los hechos de la unión y de la «sociabilidad por comunión e interpenetración». Estos dos tipos diversos de hechos normativos se ligán a su vez, respectivamente, a dos tipos diversos de valores: valores personales y transpersonales, y a dos tipos diversos de derecho: el derecho individual y el derecho social. Y bien se puede decir que el fin principal de las obras de Gurvitch, y no sólo de las de este período, es esencialmente el de exaltar el derecho social frente al derecho individual. El derecho social es para él precisamente el derecho de integración y de colaboración que se manifiesta en toda comunidad humana entendida como totalidad inmanente, esto es, como totalidad que es irreductible a la suma de sus miembros y que al mismo tiempo no se contrapone a ella, ni como objeto externo, ni como personalidad superior. El derecho social es, pues, sustancialmente el derecho del transpersonalismo y de la democracia, que se distingue tanto del derecho de coordinación, que tiene sus presupuestos teóricos en el liberalismo y en el individualismo, como del derecho de subordinación, que tiene sus presupuestos teóricos en el universalismo tradicionalista y en el colectivismo mecanicista, esto es, en las doctrinas que afirman los principios del autoritarismo y de la subordinación de muchos a unos pocos.³⁸

Después de haber expuesto estas ideas en dos volúmenes publicados en 1932 y haberlas precisado y repetido en un libro publicado dos años después, en 1934, Gurvitch en 1940 publica los *Eléments de sociologie juridique*, al que sigue, en 1942, la *Sociology of Law*. En estas obras, en las que se califica a nuestra materia como rama de la sociología general, nuestro autor no sólo insiste en el incontestable valor de los principios del pluralismo y del antiestatalismo y de toda su doctrina del transpersonalismo y del derecho social, sino que desarrolla también mejor su concepción que entiende

³⁶ G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 152.

³⁷ *Ibid.*, p. 119.

³⁸ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935, parte III, pp. 235-96; ID., *La déclaration des droits sociaux*, Paris, 1946; trad. italiana, *La dichiarazione dei diritti sociali*, con prefacio de N. Bobbio, Milano, 1949.

el derecho como un producto de la sociedad. Tal concepción está de hecho implícitamente en la base de las tres partes en las que subdivide nuestra disciplina: 1) la microsociología jurídica, que tiene como tarea el estudiar horizontalmente «las especies de derecho en función de las diversas formas de sociedad», y verticalmente las especies de derecho en función de seis diversos estratos de profundidad «individualizables» en el ámbito de cada forma de sociabilidad en cuanto «hecho normativo»; 2) la sociología diferencial del derecho, que estudia «las manifestaciones del derecho en cuanto funciones de reales unidades colectivas» y que se divide en dos partes, la tipología jurídica de los grupos particulares activos capaces de crear superestructuras organizadas (grupos familiares, territoriales, profesionales, sindicales, etc.) y la tipología jurídica de las sociedades globales clasificadas en varias categorías; 3) la sociología genética del derecho, que estudia, de un lado, las regularidades tendenciales de cambio en el ámbito de cada tipo de sistema jurídico, y de otro lado, los factores que determinan esas mismas regularidades de cambio, es decir, el factor económico, el factor religioso y el factor ecológico (sobre todo en cuanto que considera el volumen y la densidad de la población)³⁹.

Si se confrontan estos escritos dedicados a la sociología del derecho y publicados entre 1940 y 1942 con los escritos sobre el mismo tema publicados sucesivamente, en torno a 1959, se puede advertir que la tendencia a fundamentar y a hacer depender las estructuras jurídicas del contexto social resulta claramente accentuada. Y esto se ve especialmente allí donde nuestro autor estudia las correlaciones funcionales de los ordenamientos jurídicos con las sociedades globales, de un lado, y con los grupos sociales, de otro.

Sobre las relaciones entre ordenamientos jurídicos y sociedad global, Gurvitch, retomando y desarrollando mucho de lo que había dicho a este propósito en los años precedentes, afirma entre otras cosas que el derecho de las sociedades patriarcales se caracteriza por la falta de diferenciación de las competencias y de sus manifestaciones a través de las costumbres, las prácticas y los precedentes; que el derecho de la sociedad liberal y democrática se funda sobre el estatalismo jurídico, la declaración de derechos y la promulgación de códigos; que el derecho de las sociedades fascistas está empapado de mitología carismática, de nacionalismo y de tecnicismo y encuentra su expresión en las decisiones arbitrarias de los jefes y en las intuiciones de los sustentadores del régimen; que el derecho de las sociedades planificadas según los principios del colectivismo descentralizador es aquel en el que el equilibrio entre el ordenamiento jurídico del Estado territorial y el de una organización económica

³⁹ G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, cit., caps. II, III, IV.

planificadora independiente gestionada por los propios interesados se funda sobre una base paritaria y federalista.

Sobre las relaciones entre ordenamientos jurídicos y grupos sociales es interesante recordar lo que dice Gurvitch a propósito de tres diferentes clases sociales y de sus correspondientes tipos de derecho: la clase agrícola, que se encuentra frente «a un ordenamiento jurídico que se refiere a la propiedad colectiva agraria, a su posesión y disfrute (sea individual o en común), a la posición de los miembros de la familia y en fin al derecho de sucesión»; la clase burguesa, que ha conquistado el poder utilizando como palanca «el derecho mercantil y más aún el derecho contractual individualista y el derecho de administrar libremente las empresas», y que después de haber conquistado el poder se vincula, hoy sobre todo, «a los acuerdos industriales y a la acción de los trusts, de los carteles y de las especulaciones financieras»; la clase proletaria, cuyo ordenamiento jurídico se refiere preferentemente «a la libertad de huelga, el boicot de los esquirols, el derecho del trabajo y el derecho al trabajo, el derecho a construir sindicatos, el repudio de la autocracia patronal», etc.⁴⁰.

Antes de concluir estas indicaciones sobre el pensamiento sociológico jurídico de Gurvitch, deseo poner de relieve que la importancia de la doctrina de este autor, según pienso, no reside tanto en el pluralismo, el antiestatalismo y el derecho social, como y especialmente en la idea conexionada con estos principios, es decir, en la idea de un socialismo liberal, democrático, descentralizado, antiestatal, que está bastante más cerca de las enseñanzas de Proudhon que de las de Marx⁴¹. Me parece que esta ideología, estrechamente conexionada a los principios que constituyen el presupuesto de su sociología del derecho, es una ideología viva y estimulante, aunque difícilmente pueda encontrar expresión en un partido determinado o en una determinada organización política. Se trata, efectivamente, de una ideología revolucionaria⁴² que no sólo hoy, sino también en el pasado, ha podido obrar únicamente al margen de los partidos y de las organizaciones políticas y que ha tenido sobre todo el mérito de combatir toda toma de posición de carácter dogmático, introduciendo y desarrollando cada vez en mayor medida las exigencias del espíritu crítico abiertas a toda iniciativa de progreso.

⁴⁰ G. GURVITCH, *Problèmes de la sociologie du droit*, en G. GURVITCH (comp.), *Traité de sociologie*, Paris, 1960, vol. II, pp. 196-98.

⁴¹ Entre los escritos más recientes sobre el tema, cfr. G. GURVITCH, *Determinismes sociaux et liberté humaine*, Paris, 1955, especialmente pp. 283-97, y también el último escrito, «Proudhon et Marx», en *Cahiers internationaux de Sociologie*, XL, 1966, pp. 7-16.

⁴² Es interesante recordar que esta ideología coincide en muchos puntos con la de Carlo Rosselli y la del movimiento «Giustizia e Libertà», cfr. mi «Saggio introduttivo» a GURVITCH, *Sociología del diritto*, cit., pp. XXVI-XXVII.

CAPITULO QUINTO

LA RACIONALIDAD EN LA TEORIA Y EN LA PRACTICA JURIDICA

1. MAX WEBER Y LA TEORÍA DE LA RACIONALIZACIÓN

A diferencia de Tönnies, de Durkheim y de los otros sociólogos que, a pesar de haber hecho notables contribuciones al estudio de las relaciones entre derecho y sociedad, no hacen referencia explícita a la sociología del derecho, Weber incluye en su última gran obra, *Economía y sociedad*, un capítulo que lleva en el título la indicación específica de nuestra disciplina¹. Pero a pesar de esto, tal como habían hecho ya aquellos sociólogos, él demuestra en esta obra la imposibilidad de aislar el estudio del fenómeno jurídico del estudio del conjunto de los otros fenómenos sociales y de la sociedad en general. Si nos queremos hacer una idea de la sociología del derecho de Weber, no podemos realmente limitarnos a leer el capítulo específicamente dedicado a esta materia, sino que se debe analizar la obra indicada en toda su extensión, porque los temas principales de la sociología del derecho están tratados un poco por todas partes² y especialmente porque la idea inspiradora del tratamiento de dicha materia es la idea inspiradora de toda la obra y en general de todo el pensamiento de nuestro autor. Me refiero a la idea de que, en el desarrollo histórico, la civilización occidental se caracteriza por el fenómeno de la racionalización, y me refiero al hecho de que, partiendo de esta idea, Weber resuelve su sociología del derecho «en el estudio de la creciente racionalidad de la teoría y de la práctica jurídica tal como se ha desarrollado en la civilización occidental»³.

Es bueno advertir en seguida que, con la expresión «racionaliza-

¹ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922 [trad. castellana, *Economía y sociedad* (4 tomos), México, 1944].

² A. FEBBRAJO, «Per una rilettura della sociología del diritto weberiana», en *Sociología del diritto*, III, 1976, pp. I ss.

³ R. BENDIX, *Max Weber an Intellectual Portrait*, New York, 1962, p. 391.

ción», Weber indica sustancialmente un tipo de organización de la vida social en base al cual las relaciones de los hombres entre sí y de los hombres con su medio ambiente resultan diferenciadas y coordinadas de tal modo que hacen ciertamente que los medios empleados sean previsibles en sus efectos y sean por tanto aptos para la consecución de los fines deseados. Y, a este propósito, es interesante recordar que en una de sus obras más conocidas, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, nuestro autor presenta precisamente la racionalización como uno de los fenómenos característicos de la civilización occidental y habla así de la «especialización racional y sistemática de la ciencia», de la doctrina racional del derecho y del Estado y sobre todo de la constitución del capitalismo fundado sobre una «organización racional del trabajo formalmente libre»⁴. Explica también cómo el espíritu de este capitalismo encuentra sus orígenes más próximos y más directos en el pensamiento protestante que, habiendo dado un significado ascético a los conceptos de «vocación profesional»⁵ y de «dedicación al trabajo profesional», pone «moralmente en mejor consideración el moderno estrato de los profesionales especializados» y que, habiendo dado además una «interpretación en sentido providencial de las posibilidades de ganancia», confiere «un halo moral al hombre de negocios moderno»⁶.

Cabe preguntarse en este punto cuál es el significado que Weber atribuye a esta racionalización, que es, como decimos, la idea inspiradora de toda su obra. Y a esta pregunta se debería responder diciendo que la racionalización, de la que nuestro autor analiza el desarrollo no sólo en el campo de la teoría y de la práctica jurídica, sino también en otros campos de la cultura humana como la política, la economía, el arte, etc., no constituye para él el fin, el ideal al que deben tender estos diversos campos de nuestra cultura. La racionalización constituye, por el contrario, el parámetro en base al cual es posible estudiar, ordenar y clasificar los más diversos campos culturales según su mayor o menor aproximación al propio parámetro. La racionalización es sustancialmente para él un «tipo ideal», es decir, un esquema conceptual construido «con alcance heurístico» para estudiar la completa realidad de los hechos sociales, y es un esquema conceptual «obtenido mediante la acentuación unilateral de uno o de algunos puntos de vista y mediante la conexión de una cantidad de fenómenos particulares difusos y discretos, existentes aquí en mayor y allí en menor medida y a veces también ausentes,

⁴ M. WEBER, *Über die protestantische Ethik und den Geist des Kapitalismus*, 1904-1905 [trad. cast., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1969].

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

correspondientes a aquellos puntos de vista unilateralmente puestos en evidencia en un cuadro conceptual en sí unitario»⁷.

2. DERECHO, PODER, COSTUMBRE, ECONOMIA. LOS PUNTOS DE VISTA DEL JURISTA Y DEL SOCIOLOGO

Después de estas indicaciones sobre la racionalización entendida como aspecto que caracteriza a la civilización occidental y como instrumento conceptual construido con el fin de estudiar los diversos sectores de nuestra cultura y de nuestra vida social, interesa volver ahora a nuestro tema específico teniendo en cuenta el hecho señalado al inicio, es decir, que la sociología del derecho de Weber no se encuentra expuesta únicamente en el capítulo dedicado específicamente a ella, sino que se encuentra expuesta también en otras partes de su última gran obra y también en otros numerosos escritos precedentes.

En las primeras páginas de *Economía y sociedad*, allí donde habla de los conceptos sociológicos fundamentales, Weber da ya, efectivamente, como ejemplo, la definición de derecho. Afirma ante todo que la sociología es «una ciencia que se propone comprender, en virtud de un procedimiento interpretativo, el actuar social y por tanto explicarlo causalmente en su curso y en sus efectos». Explica después que «por actuar social se debe entender un actuar que está referido, según el sentido intencional del agente o de los agentes, a la actitud de otros individuos y orientado en su curso en base a esto»⁸. Pone de relieve además que «el actuar social —y de manera aún más específica una relación social— puede estar orientada por parte de los participantes en base a la representación de la subsistencia de un ordenamiento legítimo», y llega en fin a afirmar que el derecho es un ordenamiento legítimo cuya «validez está garantizada desde el exterior mediante la posibilidad de una coerción (física o psíquica) por parte del actuar, dirigido a obtener la observancia o a castigar la infracción, de un aparato de hombres expresamente dispuesto a tal fin»⁹.

Es interesante poner de manifiesto que con esta definición Weber, por un lado, se adhiere explícitamente a la teoría jurídica de la coerción y, por otro lado, se vincula a la teoría política de la legitimidad. Y es también interesante poner de manifiesto que con esta última vinculación, nuestro autor une estrechamente la sociología del derecho a la sociología del poder y de la política. Desarrollando

⁷ M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1922 [trad. cast., *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, 1971].

⁸ M. WEBER, *Economía y sociedad*, cit., vol. I.

⁹ *Ibid.*

un discurso que es evidentemente común a esta sociología, Weber explica efectivamente en esas mismas páginas que la legitimidad que coincide con la validez puede ser atribuida a un ordenamiento de manera distinta según que sus miembros actúen en virtud de la razón o en virtud de la tradición o en virtud de la fe. Más adelante, en el capítulo en el que habla de los tipos de poder, Weber explica además que la legitimidad que coincide con la validez puede ser atribuida al poder de maneras distintas, es decir, dando al poder mismo caracteres diversos: el «carácter racional, cuando se apoya sobre la creencia en la legalidad de ordenamientos instituidos y del derecho de mando de los que están llamados a ejercitar el poder (poder legal) en base a ellos»; el «carácter tradicional, cuando se apoya sobre la creencia en el carácter sacro de las tradiciones válidas desde siempre y en la legitimidad de los que están llamados a revestirse de autoridad (poder tradicional)»; el «carácter carismático, cuando se apoya sobre la sumisión extraordinaria al carácter sacro o a la fuerza heroica o al valor ejemplar de una persona y de los ordenamientos revelados o creados por ella (poder carismático)»¹⁰.

Si se prosigue la lectura de la obra y se llega al primer capítulo de la segunda parte, se encuentran algunas páginas de importancia fundamental para la sociología del derecho: aquellas en las que el autor establece la diferencia entre el punto de vista jurídico y el sociológico: «Según el primero —dice— se pregunta qué vale idealmente el derecho es decir qué significado y por eso de nuevo qué sentido normativo debe atribuir de manera lógicamente correcta a una formación lingüística que se presenta como norma jurídica. Según el segundo punto de vista, por el contrario, se pregunta qué sucede de hecho en el ámbito de una comunidad, dada la existencia de la posibilidad de que individuos que participan en el actuar de una comunidad —sobre todo aquellos que ejercen de manera socialmente relevante una influencia de hecho sobre ella— consideren subjetivamente y traten prácticamente a determinados ordenamientos jurídicos como válidos, y por tanto orienten en vista de ello su propio actuar»¹¹. Para aclarar mejor esta diferencia entre los dos puntos de vista, Weber explica después que, de un lado, el jurista dogmático «se impone la tarea de indagar el sentido correcto de principios cuyo contenido se configura como un ordenamiento determinante para la actitud de un círculo de hombres de alguna manera definido», y que, de otro lado, el sociólogo intenta comprender «el comportamiento provisto de sentido de los miembros de un grupo en relación con las leyes en vigor»¹². A este propósito, no se puede

olvidar que en un ensayo precedente Weber había ya expuesto estas mismas ideas diciendo que el jurista «tiene que obrar con la determinación del contenido de sentido objetivo lógicamente correcto de proposiciones jurídicas», y que el sociólogo tiene, por el contrario, que obrar «con un actuar entre cuyos elementos determinantes y resultantes ocupan un puesto de relieve, entre otros, naturalmente, también las representaciones que los hombres se forman del sentido de la validez de determinadas proposiciones jurídicas»¹³.

A estas páginas sobre la diferencia entre el punto de vista jurídico y el sociológico siguen otras páginas sobre varios problemas interesantes de nuestra materia, entre ellos el del «tránsito de la pura costumbre a la convención, y de ésta al derecho», y el de las relaciones que median entre el derecho y la economía.

A propósito del primer problema, Weber explica ante todo que por costumbre se entiende «el caso de un comportamiento típicamente uniforme que viene usándose en el surco de la tradición simplemente en base a su hábito e imitación». Por convención se entiende, por el contrario, el caso «en el que existe un impulso hacia un determinado comportamiento» que está garantizado únicamente por la «pura aprobación o desaprobación de un círculo de hombres que constituyen el círculo típico del sujeto que actúa». Por derecho se entiende, en fin, el caso en que la validez de un orden está garantizada por la coerción física o psíquica que un aparato instituido a tal fin ejerce sobre los miembros del grupo con posibilidad de castigar a los refractarios. «El tránsito de la pura costumbre a la convención y de ésta al derecho» se presenta, pues, para la sociología, concluye, como un «tránsito fluido»¹⁴.

En torno al segundo problema, esto es, al problema de las relaciones entre derecho y economía, se pueden mencionar algunas observaciones como las siguientes: «El derecho (siempre en sentido sociológico) no garantiza de ningún modo únicamente intereses económicos, sino los intereses más diversos, desde los más elementales, como la tutela de la pura seguridad personal, hasta los bienes meramente ideales, como el honor propio y el de poderes divinos... Un ordenamiento jurídico puede en ciertas circunstancias permanecer inmutable aunque las relaciones económicas se modifiquen rápidamente... La regulación jurídica de una situación, desde el punto de vista de las categorías del derecho, puede ser fundamentalmente diversa sin que las relaciones de la economía resulten con ello modificadas de manera relevante... Naturalmente, la garantía jurídica está, en el ámbito más amplio, directamente al servicio de intereses económicos... Las consecuencias que se pueden obtener a través de la eventualidad de la coerción que está detrás del ordenamiento juri-

¹⁰ M. WEBER, *Economía y sociedad*, cit., vol. II.

¹¹ *Ibid.*, vol. I.

¹² J. FREUND, *La sociología di Max Weber*, trad. de G. Mioni, Milano, 1968, p. 244.

¹³ WEBER, *Il metodo*, cit., p. 257.

¹⁴ *Id.*, *Economía y sociedad*, cit.

dico, especialmente en el campo del actuar económico, están limitadas, además de por las circunstancias, también por su carácter específico... La garantía estatal del derecho no es, desde el punto de vista puramente teórico, indispensable para ningún fenómeno económico fundamental... Pero, naturalmente, una específica orientación económica de tipo moderno no puede sostenerse sin un ordenamiento jurídico provisto de cualidades muy particulares que sólo son posibles en la práctica con un ordenamiento estatal»¹⁵.

3. EL PROCESO DE RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LAS PROFESIONES JURÍDICAS

Si después de estas indicaciones sobre algunos puntos importantes de la sociología del derecho, considerados y desarrollados por Weber en capítulos distintos del capítulo específicamente dedicado a nuestra disciplina, pasamos a examinar este mismo capítulo, podemos ver cómo en él el autor trata esencialmente de identificar y describir del modo más preciso posible el proceso de racionalización tal como se manifiesta en el campo de la teoría y de la práctica jurídica.

A este propósito es oportuno recordar ante todo que en el primer parágrafo del capítulo indicado, Weber observa que «el proceso de diferenciación recíproca de nuestras concepciones fundamentales de varios campos del derecho se ha caracterizado en amplia medida por factores técnico-jurídicos y en parte por el tipo de estructura del grupo político», y propone cuatro hipótesis relativas a las clases formales de legislación y de jurisprudencia. Estas hipótesis, añade, indican cuatro tipos ideales de derecho, y precisamente: el derecho irracional y formal que se tiene «cuando para la ordenación de cuestiones de legislación y jurisprudencia se emplean medios distintos de los controlables racionalmente, como el recurso a los oráculos o formas equivalentes»; el derecho material e irracional que se tiene «cuando en las decisiones asumen relevancia valoraciones concretas del caso singular —sean éstas de naturaleza ética, afectiva o política— y no, en su lugar, normas generales»; el derecho formal y racional que se tiene «cuando sobre el plano jurídico o procesal se toman en consideración exclusivamente las características generales unívocas de los casos en cuestión»; el derecho racional material que se tiene cuando las decisiones de las cuestiones jurídicas están influidas «por normas de distinta dignidad cualitativa, por generalizaciones lógicas de interpretaciones abstractas, es decir, por normas como imperativos éticos o reglas de oportunidad utilitarista o de

otra especie o máximas políticas que infringen sea el formalismo de la característica exterior, sea el de la abstracción lógica»¹⁶.

A estas observaciones hechas en el primer parágrafo, Weber hace seguir en los otros párrafos numerosas consideraciones, ricas en exemplificaciones históricas, que nos aclaran el proceso de racionalización y de formalización del derecho y que nos sirven para ilustrar también en un particular sector la singularidad de la civilización occidental. No me detendré aquí en hablar de todos los numerosos temas tratados en estos párrafos: la distinción entre derecho público y privado, el carácter formal del derecho objetivo, la creación de los derechos subjetivos, las codificaciones, etc. Fijaré la atención sólo sobre algunos puntos que me parecen particularmente significativos e importantes para la comprensión del pensamiento sociológico-jurídico de nuestro autor.

El primero de estos puntos es, me parece, aquel en el que Weber indica los distintos momentos del desarrollo del derecho remitiéndose a las cuatro hipótesis antes mencionadas relativas a las clases formales de legislación y de jurisprudencia. Y a este propósito pienso que es bueno reproducir el siguiente pasaje, bastante conocido y citado con frecuencia por los expositores y críticos del pensamiento de nuestro autor: «El desarrollo general del derecho y del procedimiento, estructurado en «etapas teóricas» de desarrollo, conduce de la revelación carismática a través de *profetas jurídicos*, a la creación y aplicación empírica del derecho por notables (creación cautelar de acuerdo con los procedentes); después al «otorgamiento» del derecho por el *imperium profano* y los poderes teocráticos, y por último al derecho sistemáticamente estatuido y a la aplicación del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal. Las cualidades formales del derecho se desarrollan partiendo de una combinación del formalismo mágicamente condicionado y de la irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una racionalidad material y antiformalista racional con arreglo a fines, condicionada teocrática y patrimonialmente, hacia la sistematización y creciente racionalidad jurídica especializada y por tanto lógica, y con ello —primeramente desde un punto de vista puramente exterior— hacia una mayor sublimación lógica y una creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una técnica crecientemente racional del procedimiento jurídico»¹⁷.

Es interesante advertir que Weber no se limita a determinar de la manera antes indicada los diversos momentos del desarrollo del derecho y de su progresiva realización, sino que hace algunas consideraciones sobre el papel que en este desarrollo y en esta

¹⁵ WEBER, *Economía y sociedad*, cit., vol. I.

¹⁶ WEBER, *Economía y sociedad*, cit., vol. II.

¹⁷ WEBER, *Economía y sociedad*, cit., ibid., vol. II.

racionalización desempeñan, por un lado, los teóricos del derecho natural y, por otro lado, los técnicos especializados.

A los teóricos del derecho natural Weber atribuye una doble función. Por un lado, la de dar una «legitimación» a las «formas más diversas de poderes autoritarios» y en general a las formas más diversas de derecho positivo; por otro lado, la de dar una específica legitimidad «a los ordenamientos creados mediante la revolución». Y a propósito de esta segunda función, recuerda que «la apelación al derecho natural ha constituido siempre la forma en que las clases que se rebelaban contra el ordenamiento existente conferían una legitimidad a sus aspiraciones legislativas cuando no se apoyaban en normas y revelaciones de una religión positiva»¹⁸.

A los técnicos especialistas, Weber les atribuye una función no menos importante: la de contribuir de manera decisiva a la realización de «un derecho de alguna manera desarrollado formalmente como un conjunto de máximas de decisiones conocidas». Los técnicos especialistas pueden subdividirse, según él, en diversas categorías, a las que pasa revista tal como se presentan en épocas sucesivas siguiendo el desarrollo histórico y el proceso de racionalización. «Junto a los funcionarios encargados de la función judicial, los *honoratiros* —*Gesetzesprecher*, ragimburos, escabinos, en algunos casos los sacerdotes— forman la capa de «juristas prácticos» que se ocupan de la aplicación del derecho. Al aumentar las exigencias de la vida jurídica en lo que respecta a experiencia y conocimiento especializado del derecho, aparecen, al lado de aquéllos, los consejeros privados y procuradores (prolocutores, abogados) de las partes, formando una nueva categoría de prácticos que a menudo ejercen una honda influencia en la «invención del derecho»... La necesidad, siempre creciente, de conocimientos jurídicos especializados determina la formación del abogado profesional, del letrado. Estas crecientes pretensiones de experiencia y conocimiento técnico, y con ello del impulso hacia la racionalización del derecho, derivan casi siempre de la importancia progresiva del tráfico comercial y de los individuos que en el mismo intervienen. Pues de aquí surgen los problemas siempre nuevos, cuya solución requiere ineludiblemente una educación técnica especializada, es decir, racional»¹⁹.

Es interesante a este propósito mencionar lo que Weber escribe en torno a los problemas de las profesiones jurídicas y a los problemas conexos como los de la ciencia y la práctica jurídica o los de la educación de los juristas. Las páginas que dedica a este tema sirven a nuestro autor para explicar e ilustrar mejor el proceso de racionalización del derecho y proporcionan también una contribución preciosa al estudio de los roles profesionales, esto es, al estudio

de uno de los problemas más interesantes y más específicos de la sociología del derecho. Pienso, entre otros, en los pasajes en los que Weber discute en torno a la función creadora o meramente interpretativa y aplicadora del jurista práctico, y pienso también en las consideraciones sobre la enseñanza empírica del derecho por parte de los prácticos y sobre la enseñanza teórica del derecho en escuelas jurídicas especializadas, y, en fin, en sus observaciones sobre las tendencias conservadoras o progresistas de los prácticos del derecho, observaciones que en cierto modo se re conducen a las hechas a propósito de las tendencias conservadoras o progresistas de los teóricos del derecho natural. Recuerdo a propósito de este tema las páginas en las que después de haber observado que muy frecuentemente «el deber profesional de tutela del derecho existente parece colocar en general a los prácticos del derecho en la categoría de las fuerzas conservadoras», advierte que «ello no vale, sin embargo, incondicionadamente». «Sobre todo los abogados —dice—, dada su relación directa con los interesados y su calidad de personas privadas que reciben el sustento de su propio trabajo y gozan de consideración social variable, asumirán fácilmente la condición de defensores de los no privilegiados y especialmente de la igualdad jurídica formal. Por esto, abogados y juristas en general ocupan ya un lugar de primer plano en los movimientos populares de las comunas italianas y después en todas las revoluciones burguesas de la edad moderna y, en amplia medida, en los partidos socialistas»²⁰.

Hemos dicho al comienzo que en las primeras páginas de la obra que estamos examinando Weber ha señalado el ligamen que existe entre la sociología del derecho y la sociología del poder. Y ahora es oportuno recordar que, después de haber examinado los problemas indicados en el capítulo específicamente dedicado a la sociología del derecho, en el penúltimo capítulo de la misma obra nuestro autor vuelve a referirse al ligamen antes indicado allí donde habla del estado racional, que es «el único en el que puede florecer el capitalismo moderno», y allí donde explica que este estado se apoya «sobre un sistema de funcionarios especializados y sobre el derecho racional». Y a este propósito, no nos podemos tampoco limitar a decir que para nuestro autor el estado del capitalismo moderno se apoya sobre el derecho racional, sino que se debe también decir que el derecho racional se apoya sobre este estado y coincide sustancialmente con él. Lo que resulta claro del hecho de que, como dice Weber, «el estado es aquella comunidad humana que en el ámbito de un determinado territorio... pretende para sí (con éxito) el monopolio del uso legítimo de la fuerza física. De hecho —añade—, el aspecto específico de la época moderna lo constituye el hecho de que el ejercicio de la fuerza física viene

¹⁸ WEBER, *Economía y sociedad*, cit., vol. II.

¹⁹ WEBER, *ibid.*, vol. III, pp. 51-52, de la ed. cast. de 1944.

atribuido a todos los otros grupos o individuos particulares únicamente en los límites en los que el Estado lo confía en sus manos: el Estado tiene el valor de ser la única fuente del derecho al uso de la fuerza»²¹.

4. EL PRINCIPIO DE LA NEUTRALIDAD DE LA CIENCIA

Antes de terminar este párrafo sobre la sociología del derecho de Weber, es bueno recordar que esta sociología, así como toda su sociología, tiene un carácter esencialmente teórico y cognoscitivo, no práctico y operativo. Tal carácter resulta ya claro de lo que hemos dicho a propósito de la racionalización, que no constituye para él el fin al que deben tender los diversos campos de nuestra cultura, sino que constituye, por el contrario, un simple esquema conceptual construido con alcance heurístico para estudiar la concreta realidad de los hechos sociales. Pero este carácter teórico y cognoscitivo, no práctico y operativo de la sociología de Weber resulta aún más claro en algunos escritos especialmente dedicados al tema, como aquel en el que nuestro autor afirma el principio de la neutralidad de la ciencia y distingue netamente «la constatación de los hechos empíricos» de la «toma de posición práctica que valora estos hechos»²², o como aquel en el que, después de haber distinguido el papel del científico teórico del papel del político práctico, trata de indicar cuál es la contribución que el trabajo del primero puede hacer a la actividad del segundo. En este escrito son, en fin, particularmente interesantes las páginas en las que Weber explica que el científico como enseñante no puede ayudar al práctico a decidir en cuanto a este o aquel problema, sino que sólo puede advertirle de que «se pueden tomar en la práctica diversas posiciones» y de que «si se toma una u otra, es necesario aplicar, según los resultados de la ciencia, unos u otros medios para realizarla en la práctica». Ahora, añade, estos medios pueden ser de por sí tales que induzcan a creer «que deben rechazarse. Entonces es necesario precisamente elegir entre el fin y los medios indispensables». Y Weber

²¹ WEBER, *Economía y sociedad*, cit., vol. II. Ya con antelación, Weber había manifestado la tendencia a potenciar cada vez más el prestigio del Estado y a considerar que el Estado, «sobre todo en las valoraciones que se mueven dentro del campo de la política», debe ser considerado como «el valor último», cfr. *Il metodo*, cit., p. 370. El estatalismo de la concepción jurídica de Weber explica la proximidad de este autor con Kelsen, cfr. N. BOBBIO, «Hans Kelsen», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, pp. 43-44, y también «Intorno all'analisi funzionale del diritto», en *Sociologia del diritto*, II, 1975, pp. 4-5. Sobre las relaciones entre Kelsen y Weber, cfr. también H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922, § 27, pp. 156 ss.: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, nota al § 5, D.

²² WEBER, *Il metodo*, cit., p. 323.

piensa que se debe hacer un razonamiento análogo a éste allí donde están «en cuestión los problemas verdaderamente últimos, los problemas filosóficos. En este caso, el científico, como enseñante, puede realmente advertir al práctico de que «ésta o esta otra posición práctica puede deducirse con íntima coherencia y seriedad conforme a su significado de ésta o de esta otra concepción del mundo, de una solamente o quizás también de más de una, pero nunca de aquélla o de aquella otra». Así, haciendo esto y nada más que esto, observa Weber, el científico como enseñante desempeña en relación con el práctico una función que es de por sí bastante importante, es decir, la de constreñirle «o al menos ayudarle a darse cuenta del significado último del actuar propio». Y al intentar cumplir esta función, bien se puede decir que el científico como enseñante se pone «al servicio de poderes éticos para promover el deber, la claridad y el sentido de responsabilidad». Será, en fin, por su parte, tanto más capaz de cumplir esa función «cuanto más concienzudamente evite el proporcionar una bella y rápida solución o el sugerir por cuenta propia a sus oyentes la posición a tomar»²³.

²³ M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf. Politik als Beruf*, München, 1919; trad. cast., *El político y el científico*, introducción de R. Arón, Madrid, 1972.

CAPITULO SEXTO

EL DERECHO EN LA CONCEPCION FUNCIONAL DE LA SOCIEDAD

1. EL FUNCIONALISMO EUROPEO: B. HORVÁTH, N. S. TIMACHEFF, T. GEIGER

Cuando se piensa que Weber concibe el derecho como un ordenamiento legítimo constituido por normas coactivas que son válidas en cuanto que han sido puestas por un poder y más específicamente por el poder del Estado, que «pretende para sí con éxito el monopolio del uso legítimo de la fuerza física», se puede comprender fácilmente que este autor venga a encontrarse en la posición opuesta a la de los que consideran el derecho como producto de la sociedad, y esté pues sustancialmente próximo a las concepciones de los juristas que consideran al derecho como un sistema de normas impuestas a la sociedad por el poder soberano y no ya como un sistema de normas producidas por la sociedad y dependientes de ésta. Entre estos juristas, que muchas veces sin razón son considerados como adversarios de la sociología, recuerdo por ejemplo a John Austin, que, siguiendo la vía abierta por Bentham, en su jurisprudencia analítica concibe el derecho como un conjunto de mandatos provenientes de quien ejerce el poder soberano y concernientes a la conducta de los que se encuentran sometidos a dicho poder. Recuerdo además a Hans Kelsen, que en su teoría pura desarrolla una concepción del derecho que presenta numerosos puntos de contacto no sólo con la de Austin, sino también, obviamente, con la de Weber, como hemos tenido ya ocasión de poner de manifiesto¹.

¹ Ya he señalado los vínculos entre las concepciones del derecho de Weber y de Kelsen, cfr. p. 82, nota 21. Interesa ahora recordar que Kelsen pone de manifiesto los elementos sociológicos de la doctrina de Austin y los puntos de contacto entre esta doctrina y la de Weber. Cfr. H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. castellana de E. García Maynez, México, 1949 (3.^a ed., 1969). Según Weber, con la obra de Austin la jurisprudencia inglesa ha podido merecer «el nombre de ciencia», cfr. WEBER, *Economía y sociedad*, cit., vol. II.

Las afinidades y coincidencias que pueden observarse entre la concepción del derecho desarrollada en la sociología de Weber y las concepciones de los juristas que, como Austin y Kelsen, son contrarios a las teorías sociológicas del derecho, pero no por ello contrarios a la sociología del derecho², se pueden encontrar también y en mayor medida en otras doctrinas de sociólogos y de sociólogos del derecho, doctrinas que se reconducen más o menos directamente a Weber y que pueden calificarse como funcionalistas porque toman como base una concepción de la sociedad que puede llamarse funcionalista en sentido amplio. Me refiero a la concepción que es común no sólo a los autores de los que hablamos en este capítulo, sino también a aquellos de los que hemos hablado en los capítulos precedentes: a Comte, a Spencer, a Durkheim, a Weber. Es decir, me refiero a la concepción que entiende la sociedad como un todo, como un sistema en el cual los elementos singulares desempeñan determinadas funciones y en el que los conflictos resultan superados y resueltos en el ámbito del sistema por el progreso y el desarrollo del propio sistema.

Entre las doctrinas que se reconducen más o menos directamente a Weber, mencionaré ante todo las expuestas por tres sociólogos del derecho europeos que escriben sus obras principales en torno a los años de la última guerra: Barna Horváth, N. S. Timacheff y Theodor Geiger.

Horváth, autor de una sociología del derecho, publicada en alemán en 1933, y de un amplio ensayo sobre el mismo tema publicado en francés en 1935³, en líneas generales, entra en la categoría de aquellos estudiosos que conciben el derecho como un sistema de normas impuestas por el poder a la sociedad. En el ensayo indicado, después de haber considerado las hipótesis de la sociología del derecho que nos dan la clave para especificar el método de esta disciplina y sus problemas, afirma, en efecto, que la función esencial del derecho consiste en dar una organización a la sociedad y por consiguiente en dar también una organización a las relaciones económicas, a las relaciones de poder, a los conflictos de intereses y a los otros elementos que constituyen el contenido de la sociedad misma. Y la organización de la sociedad creada por el derecho está constituida, en fin, esencialmente, según nuestro autor, por el aparato procesal. «Entre todas las objetivizaciones sociales y entre todos los factores de su evolución, el derecho —afirma— coincide sobre

Sobre el interés que las doctrinas de Austin y de Kelsen pueden presentar para la sociología del derecho, cfr. G. SAWER, *Law in Society*, Oxford, 1965, pp. 1-2.

² Sobre el tema, cfr. mis *Considerazioni sulla teoria sociologica del diritto di Santi Romano*, cit., pp. 142-48.

³ B. HORVÁTH, *Rechtssoziologie*, Berlin-Grünwald, 1933; Id., «Sociologie juridique et théorie processuelle du droit», en *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1935.

todo con el proceso.» «La evolución del proceso no es otra cosa —añade— que la división y la acumulación de los procesos. Diferentes conjuntos de procedimientos se consolidan en las instituciones. La evolución de las instituciones jurídicas en el curso de la historia culmina en el Estado soberano. Caracterizado sobre todo por la soberanía territorial, militar y financiera, el Estado soberano es un producto histórico.» Mas precisamente es una forma del aparato jurídico procesal unido a un cierto grado de su desarrollo: una forma, un momento, pues, de la evolución del derecho que no coincide ni se identifica con el derecho visto en su totalidad. El principio de la estatalidad del derecho, a pesar de la identificación entre derecho y proceso, tiene, por consiguiente, según Horváth, sus límites. Y estos límites resultan afirmados repetidamente por el autor en varios puntos de su ensayo. En el pasaje final dice: «La capacidad axiológica del reino del derecho es bastante mayor que la del histórico Estado soberano. He aquí por qué es preciso evitar la identificación del Estado histórico con el aparato jurídico. La supremacía del derecho exige la adaptación del derecho a la justicia social posible y prevé su decaimiento allí donde llega a faltar su función axiológica... La supremacía del derecho representa el punto culminante de la cultura jurídica que se eleva hasta un mundo que sobrevive al Estado histórico»⁴.

De la misma manera que Horváth, también Timacheff desarrolla una concepción sustancialmente lejana de la de aquellos que consideran al derecho como un producto de la sociedad y más próxima a la de aquellos que consideran al derecho como un sistema de normas coactivas que determinan la estructura y el funcionamiento de la organización de la sociedad. Remitiéndose implícitamente a Weber, quien, como se recordará, había hecho confluir en su definición del derecho la teoría de la legitimidad que hacía referencia a la ética con la teoría de la coacción que hacía referencia al poder, Timacheff explica que la ética y el poder pueden considerarse como dos círculos secantes y afirma que la parte común a los dos círculos corresponde al derecho. Define desde el principio al derecho como «la coordinación ética imperativa de los comportamientos humanos en la sociedad»⁵, y estudia después diversos problemas históricos y teóricos: ante todo, el problema de la formación del derecho, ocupándose entre otras cosas de las relaciones sociales prelegales, del derecho primitivo y del paso de este derecho a otro más evolucionado; además, los problemas de la diferenciación del derecho, examinando, entre otros, las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos y entre el derecho estatal y el derecho creado por los grupos sociales autónomos; en fin, los problemas de la

⁴ HORVÁTH, *Sociologie juridique*, cit., pp. 230, 231, 242.

⁵ TIMACHEFF, *Introduction à la sociologie juridique*, París, 1939, p. 20.

función del derecho en la sociedad, considerados tanto desde el punto de vista individual como desde el punto de vista social, problemas que resuelve diciendo que, desde el primer punto de vista, el derecho procede a una redistribución de fuerzas en el interior de la sociedad y que, desde el segundo punto de vista, el derecho regula el orden, garantiza la seguridad y mantiene la paz⁶.

Si Horváth y Timacheff desarrollan concepciones del derecho que muestran algunos puntos de contacto con las concepciones de aquellos que entienden el derecho como un sistema de normas coactivas que se imponen a la sociedad, la doctrina del derecho desarrollada por Geiger muestra tener puntos de contacto todavía mayores con estas mismas concepciones. Y la razón de ello reside, según creo, esencialmente en el hecho de que Geiger, a diferencia de los autores precedentemente examinados, fija prevalentemente su atención sobre el problema de la estructura, y por ello de la forma del derecho, no sobre el de la función, y por ello del contenido del propio derecho.

La sociología del derecho de Geiger, publicada por primera vez en Copenhague en 1947⁷, recoge y desarrolla muchos de los argumentos tratados en los escritos de los dos autores que hemos examinado anteriormente, pero considera tales argumentos en el cuadro de lo que, en un ensayo precedente, había sido calificada como sociología formal del derecho.

El libro de Geiger está dividido en tres partes. En la primera parte, en la que se estudia el ordenamiento social como sistema de regularidad del comportamiento, el autor manifiesta ya claramente su tendencia a entender el derecho como un sistema, o mejor como un subsistema independiente de normas coactivas. Afirma, en efecto, que el derecho se distingue de la costumbre en cuanto que hace referencia a un modelo de comportamiento introducido conscientemente por aquellos que gozan de cierto prestigio, modelo de comportamiento que se presenta como obligatorio, no tanto en virtud del acto de promulgación, cuanto en virtud de las sanciones, esto es, de las reacciones negativas contra aquellos que no respetan dicho modelo. Además de por estas razones, el derecho se distingue de la costumbre también por otros motivos, entre otros por el hecho de que la regla de la costumbre es retrospectiva, esto es, prescribe actuar hoy tal como se actuaba ayer y en general en el pasado, mientras que la regla del derecho es, por el contrario, prospectiva,

⁶ *Ibid.*, pp. 258, 260, 310, 317.

⁷ T. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1.^a ed. danesa, 1947), 2.^a ed., con introducción de P. Trappe, Berlín, 1964. Desde 1928 Geiger publicó un proyecto de su sociología del derecho. Cfr. T. GEIGER, *Entwurf der Umrisse und Fragestellungen einer Soziologie des Rechts* (1928¹), ahora en *Arbeiten zur Soziologie*, ed. preparada por P. Trappe, Berlín, 1962.

es decir, prescribe actuar mañana y en general en el futuro tal como se indica en el acto de su promulgación.

En la segunda parte, Geiger procede al análisis del sistema. Busca ante todo explicar la génesis del poder y describe a tal fin el fenómeno de la institucionalización del orden, fenómeno por el cual las funciones jurisdiccionales y de policía terminan por desarrollarse independientemente de los mecanismos espontáneos de reacción y según las reglas fijadas por una categoría particular de normas: las normas de competencia o de procedimiento. Examina sucesivamente el problema de las fuentes del derecho, poniendo de relieve, entre otras cosas, que en el orden del tiempo se presenta primero la costumbre, sucesivamente la jurisdicción o la institución jurídica, después la legislación que crea las normas abstractas y, en fin, mucho más tarde la ciencia del derecho. La jurisdicción y la legislación, añade, en el mismo acto por el que acogen a la costumbre la transforman de retrospectiva, como naturalmente es, en prospectiva. En el último capítulo de la segunda parte, Geiger desarrolla un amplio análisis del problema de la validez de las normas jurídicas, explicando, entre otras cosas, que la validez de estas normas depende de la probabilidad de que dichas normas sean eficaces y que esta probabilidad puede ser de dos tipos: o descriptiva (estadística), fundada sobre cuanto ha sucedido en el pasado, o inductiva, referida únicamente a la posibilidad del futuro. Distingue también la validez formal de las normas jurídicas, que comprende el problema de la obligatoriedad y de las sanciones, de la validez material que comprende el problema del campo de aplicación de las reglas individuales.

En la tercera parte de su libro, además de algunos problemas menores, Geiger afronta, en fin, dos problemas clásicos y fundamentales: en primer lugar, el problema de las relaciones entre derecho y moral, que él trata desde el punto de vista histórico e ideológico, poniendo en evidencia el origen común y la sucesiva diferenciación de estos dos aspectos de la vida social; en segundo lugar, el problema de las relaciones entre derecho y poder, que estudia poniendo de relieve, entre otras cosas, que si por un lado el derecho no puede desempeñar sus funciones propias sin el poder, por otro lado el derecho encuentra en el poder un medio insustituible y eficaz para dirigir el comportamiento de los hombres y para contrastar la realización de los objetivos de los grupos políticos particulares.

2. EL FUNCIONALISMO AMERICANO: T. PARSONS, W. EVAN, H. BREDEMEIER, L. FRIEDMAN

Weber no ha hecho sentir su influencia únicamente sobre los sociólogos del derecho europeos que publican sus obras principales en los años en torno a la última guerra, sino que también ha hecho sentir, y en no menor medida, su influencia sobre el pensamiento sociológico jurídico americano y sobre todo sobre Talcott Parsons y su escuela⁸. En un breve ensayo específicamente dedicado al problema del derecho, Parsons, tal como Geiger, intenta situar al sistema jurídico en el ámbito del sistema social. A su juicio, como es sabido, el sistema social consiste «esencialmente en una red de relaciones de interacciones», en cuyo centro se encuentran las instituciones «que constituyen directamente los modelos de estas mismas relaciones mediante la definición de los *status* y de los roles que las partes ocupan en el proceso de interacción»⁹. Explica después que tales instituciones favorecen el desarrollo de este proceso y aseguran el equilibrio y la estabilidad del sistema social sirviéndose del sistema jurídico, o más simplemente del derecho, que «debe ser considerado como mecanismo generalizado de control social que opera difusamente en casi todos los sectores de la sociedad». De este modo, explica Parsons, el derecho «no es sólo una serie de reglas definidas abstractamente», sino que es también «una serie de reglas conectadas con ciertos tipos de sanciones, legitimadas de cierta forma y aplicadas de otra». El derecho es, con mayor precisión, «una serie de reglas que se encuentran en ciertas relaciones bien determinadas con colectividades específicas y con los roles que los individuos ocupan en dichas colectividades»¹⁰.

Al pasar a determinar la función que el sistema jurídico desempeña en la sociedad, Parsons afirma además «que en una perspectiva social general la función primaria de un sistema jurídico es la integrativa. Tal sistema sirve de hecho para integrar los elementos potenciales de conflicto y para lubrificar el mecanismo de las relaciones sociales. En efecto, sólo con la anuencia de un sistema de normas el sistema de interacción social puede funcionar sin degenerar en conflictos abiertos o latentes.»

⁸ Parsons publicó en 1930 en versión inglesa el ensayo de Weber sobre la ética protestante y dedicó al estudio del pensamiento de este autor la tercera parte de una de sus principales obras, cfr. T. PARSONS, *The Structure of Social Action*, New York, 1937; trad. cast., *La estructura de la acción social* (2 tomos), Madrid, 1968.

⁹ Id., *The Social System*, Glencoe (Ill.), 1951; trad. cast., *El sistema social*, Madrid, 1966.

¹⁰ Id., *The Law and Social Control*, en W. EVAN (ed. preparada por), *Law and Sociology*, New York, 1962, p. 57. Sobre el tema, cfr. A. GIASANTI, «Sistema sociale e sistema giuridico nella prospettiva strutturale funzionalistica», en *Quaderni di Sociología*, XXI, 1972, pp. 73-95.

El sistema de normas al que necesita adherirse, a fin de que el sistema de interacción social funcione efectivamente de la manera anteriormente dicha, debe ser, pues, observa Parsons, «un sistema unitario y relativamente coherente». Y para realizar un sistema de este género, añade, «existen cuatro problemas principales que deben ser resueltos». El primero de estos problemas es el de la legitimación del sistema, es decir, aquel por el que se pregunta por qué, «en el sentido del valor o del significado», nosotros debemos conformarnos a las normas y «por qué debemos satisfacer las expectativas de aquellos con los cuales interactuamos». El problema arriba indicado es, en otros términos, aquel mediante el cual nos preguntamos cuál es el fundamento del derecho y si este fundamento reside solamente en el hecho de ser querido por alguna autoridad sin que tenga lugar una ulterior justificación, o si reside, por el contrario, en un valor religioso o en un derecho natural que no debe ser violado. El segundo problema se refiere al significado que la norma general puede tener para nosotros en una situación particular o en un caso particular, y por ello no es otra cosa que el bien conocido problema de la interpretación. El tercer problema se refiere «a las consecuencias favorables o desfavorables que deben seguir al comportamiento que en mayor o menor medida resulta conforme con las normas o no resulta conforme con ellas». Es el problema que en una sociedad sometida a un ordenamiento jurídico se identifica con el de las sanciones y más precisamente con aquel por el que nos preguntamos a qué y a quiénes se aplican las sanciones. El cuarto problema se refiere a los sujetos y a las circunstancias en las que una norma dada o un conjunto de normas «se aplica con sus interpretaciones y sus sanciones». Este es el problema de la jurisdicción, que se presenta bajo dos aspectos diversos: el de la autoridad que tiene jurisdicción sobre personas y actos por causa de la determinación y la imposición de un conjunto de normas, y el de la clase de actos, personas, roles, colectividades a las que pueden aplicarse las propias normas¹¹.

Es oportuno poner de relieve que la tentativa de resolver estos cuatro problemas sirve a Parsons para definir la posición del sistema jurídico frente a los otros sistemas y especialmente frente al sistema político. El sistema jurídico está de hecho conectado, según él, con el sistema político, y la conexión entre los dos sistemas se refiere a los dos problemas de las sanciones y de la jurisdicción, teniendo presente que la referencia al problema de las sanciones es en cierto modo el más importante. Podemos de hecho pensar, dice, por un lado, «en la existencia de un continuum de sanciones que van desde el simple estímulo a la verdadera y propia coerción», y por otro lado, en el hecho de que la coerción está fundada en el

¹¹ PARSONS, *The Law and Social Control*, cit., pp. 58-59.

uso de la fuerza física y en la amenaza del uso de la misma y que el monopolio del uso de la fuerza física y de la amenaza del uso de la misma «es una de las principales características de la organización política en sus formas más altamente desarrolladas que culminan en el Estado». «Si, en fin, en ciertas circunstancias se hace necesario el uso o la amenaza de la fuerza física como sanción para constreñir a la observancia de las normas jurídicas y si el uso legítimo de la fuerza física está monopolizado por el Estado, entonces el sistema jurídico debe tener una trazabilidad adecuada con el Estado mismo para estar en condiciones de servir a las instituciones como administrador de las sanciones físicas»¹².

No interesa extenderse aquí en hablar más del tema de las sanciones, que para Parsons, está bien decirlo, no son únicamente las sanciones negativas que inflingen penas, sino también las sanciones positivas que dan recompensas. Y no interesa tampoco hablar de la conexión, o mejor de la coincidencia del sistema jurídico con el sistema político que resulta clara de la siguiente definición del concepto de poder: «El poder es la capacidad generalizada de asegurar el cumplimiento de las obligaciones vinculantes en un sistema de organización colectiva cuando los obligados están legitimados por referencia a su relación con los fines de la colectividad y cuando en caso de obstinada oposición se presupone que los compromisos se harán respetar por medio de sanciones»¹³.

Antes bien, aquí interesa dar aún algunas indicaciones sobre el modo en que Parsons considera los otros dos problemas señalados por él, el de la legitimación y el de la interpretación, dado que tales problemas no se refieren tanto a las relaciones del derecho con la política como a las relaciones con los otros sistemas y elementos de la vida social. La función de la legitimación se refiere de hecho, dice Parsons, en notable medida «a la relación y a la distinción entre derecho y ética», y lleva «en último análisis, de una manera o de otra, a las cuestiones religiosas o a las cuestiones que son funcionalmente equivalentes a la religión». La función de la interpretación se refiere, por el contrario, a dos distintos obje-

¹² *Ibid.*, p. 60. La apelación a la legitimidad e implícitamente al ligamiento entre derecho y poder político, que se encuentra en el pasaje citado y también en los pasajes siguientes, se conecta con una idea que deriva de Weber. Apelaciones análogas pueden encontrarse en los escritos de conocidos especialistas americanos de la sociología del derecho, cfr. P. SELZNICK, *Sociology of Law*, en *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1968, vol. IX, páginas 52-53; J. H. SKOLNICK, *La sociología del diritto negli Stati Uniti d'America*, en TREVES (ed. preparada por), *La sociología del diritto*, cit., páginas 283-84, 301-02.

¹³ T. PARSONS, *Politics and Social Structure*, New York, 1969; trad. italiana, *Sistema politico y struttura sociale*, ed. preparada por G. Butta, Milano, 1975, p. 462. Para la referencia a las sanciones positivas y negativas, cfr. páginas 464-65.

tivos, de los cuales «uno se refiere a la integridad del propio sistema de normas y consiste en enfocar la norma, y el otro se refiere a la relación de las normas con los individuos, con los grupos y con la colectividad a la que se aplica»; dos objetivos diferentes, de los cuales, puede añadirse, el uno lleva preponderantemente al ámbito de la profesión del juez y el otro al de la profesión del abogado.

Si se combinan estos dos problemas, que se refieren respectivamente a la legitimación y a la interpretación, se pueden, pues, comprender mejor las razones de la gran importancia que en el campo del derecho tiene, para Parsons, la materia procedural y las razones de su concepción del derecho como mecanismo de control social. Además se puede también explicar cómo el derecho así concebido ocupa una posición intermedia entre otros dos tipos de mecanismos de control social. Al primer tipo pertenecen «dos clases de mecanismos que se refieren esencialmente a la motivación individual: aquellos que operan a través de los medios de comunicación de masas... y aquellos que operan más privada y sutilmente en las confrontaciones de los individuos particulares» a través de grupos de profesionales, como son especialmente los que ejercen la terapia. Al segundo tipo de control social pertenecen aquellos mecanismos «que apuntan a la solución de los problemas fundamentales de orientación y de valor y que implican soluciones parciales para el sistema entendido como un todo antes que simples reglamentaciones de relaciones recíprocas entre las partes». Preferentemente es en este campo, explica Parsons, en el que operan la política y la religión, y es precisamente en consideración a este hecho por lo que resulta ser muy importante distinguir el derecho de la política y de la religión. En fin, es útil señalar, añade, «que el derecho adquiere una importancia especial en un tipo de sociedad pluralista y liberal» y que el derecho tiene «su posición más fuerte en una sociedad en la que existen muchas y diferentes especies de intereses que deben ser sopesados los unos frente a los otros y que de alguna manera deben tenerse en cuenta los unos a los otros». Realmente no se puede dejar de poner de manifiesto que «en un tipo de sociedad totalitaria que tiene una gran urgencia por solucionar algunos conflictos generales y fundamentales en el campo político, el derecho tiende a ser puesto a un lado»¹⁴.

La doctrina de Parsons en torno al derecho ha tenido notables desarrollos en los escritos de varios autores que más o menos directamente se conectan con su enseñanza. Podemos recordar aquí dos trabajos, uno de William Evan y el otro de Harry Bredemeier, publicados ambos en el mismo volumen en el que se encuentra el ensayo de Parsons aquí analizado, trabajos que no hacen referencia

¹⁴ PARSONS, *The Law and Social Control*, cit., pp. 70-72.

a aquél ensayo, pero que se insertan evidentemente en la concepción estructural-funcional del maestro.

En su trabajo, Evan se ocupa preferentemente del problema de la estructura del derecho y hace algunas observaciones interesantes sobre el sistema jurídico en general y sobre una posible tipología de dicho sistema. Sociológicamente, dice, «un sistema jurídico consiste por lo menos en un conjunto de normas que gobiernan las expectativas y las acciones de los miembros de un sistema social dado, y en un conjunto de *status* especializados a los que les son asignadas diversas funciones normativas». Sobre la base de estos elementos estructurales es interesante recordar que Evan distingue después varios tipos de sistemas jurídicos; por un lado, los sistemas jurídicos públicos y privados; por otro lado, los sistemas jurídicos democráticos y antidemocráticos. Un sistema jurídico público, explica, tiene su puesto en el interior de las estructuras formales del Estado, es decir, en las del poder judicial, legislativo, ejecutivo y de los entes administrativos: Su jurisdicción se extiende además sobre todos los habitantes del territorio de una sociedad. Un sistema jurídico privado tiene, por el contrario, su puesto en una organización relativamente independiente del Estado y su jurisdicción se extiende oficialmente sólo a los miembros de la propia organización. «Un sistema jurídico democrático, que se caracteriza por la separación de poderes, por el *due process* y por el consenso de los gobernantes, eleva al máximo la probabilidad de proteger los derechos institucionalizados, la inmunidad y los privilegios de todos los miembros del sistema social.» Un sistema jurídico antidemocrático, o sea, que carece de todas estas características, no proporciona, por el contrario, ninguna garantía contra la autoridad ilimitada y arbitaria¹⁵.

Mientras que Evan se ocupa del problema de la estructura, Bredemeier se ocupa, por el contrario, del de la función del derecho. En el trabajo antes mencionado, conectándose implícitamente con la enseñanza de Parsons, este autor afirma que «el sistema jurídico puede ser considerado como un mecanismo integrador que contribuye a la coordinación de la sociedad», y trata de explicar que esta coordinación sucede por medio de *outputs* emitidos por el sistema jurídico hacia otros sistemas de la sociedad a cambio de *inputs* introducidos por estos mismos sectores y recibidos por el propio sistema jurídico. Ante todo, los *outputs* de la interpretación de los casos y de la legitimación de la actividad legislativa emitidos por el sistema jurídico hacia el sistema de la socialización y de la conservación del modelo a cambio de demandas provenientes de este sector en cuanto a las mismas. Y a propósito de estas resoluciones

¹⁵ W. EVAN, *Public and Private Legal System*, en EVAN (compilador), *Law and Sociology*, cit., pp. 167-70.

de justicia que sirven para adecuar el sistema jurídico a las nuevas exigencias sociales, es interesante mencionar que, según este autor, en el sistema americano contribuyen eficazmente a tal adecuación tanto la actividad desarrollada por el jurista en el juicio, como la desarrollada por los juristas en su obra doctrinal y en su crítica a la jurisprudencia¹⁶.

Este mismo tema de las inmisiones (*inputs*) y de las emisiones (*outputs*) del sistema jurídico respecto a otros sistemas sociales, y por ello también respecto al contexto social en general, ha tenido mayores desarrollos y un más preciso fundamento sistemático en un libro reciente de Lawrence M. Friedman. Según este autor, el sistema jurídico está constituido por dos elementos: la estructura y la sustancia. La estructura es el «cuerpo institucional», la rígida armazón dentro de la cual se desarrolla el proceso. «La sustancia está formada por las reglas con respecto a las cuales deberían actuar las instituciones. El sistema así constituido reactúa con el contexto social de tres modos distintos: la inmisión con la cual «el material bruto entra en el sistema jurídico», tal como sucede con las operaciones que dan origen a un proceso y aún antes con los hechos que dan lugar a las propias operaciones; la emisión constituida por las decisiones de los tribunales, que pueden dar razón a una de las dos partes contendientes y pueden también optar por la vía del compromiso; el efecto de retorno (*feedback*) que se tiene cuando la información de una decisión judicial tiene efectos retroactivos sobre decisiones judiciales sucesivas, tal como sucede cuando, por ejemplo, el conocimiento de una decisión judicial en defensa de los derechos civiles en un determinado distrito induce a iniciar procedimientos judiciales para una defensa análoga en otros distritos. La interacción del sistema jurídico con el contexto social, procede de cualquiera de estos modos, está siempre, según el autor, condicionada y orientada por la cultura jurídica, que es aquella parte de la cultura general que liga las fuerzas sociales al derecho y que consiste en costumbres, opiniones, valoraciones, tomas de actitud, etc. En sustancia, para Friedman «un sistema jurídico en su actuación definitiva es un organismo complejo en el que interaccionan estructura, sustancia y cultura». Si queremos estudiar, por ejemplo, la incidencia y la realidad del divorcio, «debemos dar cuenta, en primer lugar, de la sustancia, esto es, de las normas jurídicas que lo instituyen y lo regulan; en segundo lugar, de la estructura de los tribunales («la lejanía de los tribunales, los costos elevados y la excesiva complejidad de los juicios desaniman al divorcio»); en tercer lugar, de la cultura jurídica, esto es, de las tomas de actitud y de las valora-

¹⁶ H. C. BREDEMEIER, *Law as an Integrative Mechanism*, en EVAN (compilador), cit., pp. 73-90.

ciones de orden religioso, moral y económico en cuanto al divorcio y a los efectos de éste sobre los hijos y sobre los amigos de los hijos»¹⁷.

3. DESARROLLOS DEL ANÁLISIS FUNCIONAL. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

En un escrito reciente, Bobbio ha constatado que en la literatura jurídica de estos últimos diez años se ha pasado de una concepción eminentemente estructural a una concepción eminentemente funcional del derecho y ha puesto de relieve que este paso ha ocurrido no sin «el influjo determinante de la tendencia a considerar el derecho desde una perspectiva o en el marco de una renovada expansión de los estudios de sociología jurídica»¹⁸.

Después de haber hablado del interés que estudiosos americanos como Parsons y Bredemeier han demostrado por el problema de la función del derecho, se puede, pues, mencionar que muchos estudiosos alemanes estrechamente ligados a la doctrina americana han demostrado por estos temas un interés no menor. Niklas Luhmann, que parte de Parsons y después se distancia de Parsons, al oponer al estructural-funcionalismo el estructuralismo funcional intenta, como es sabido, determinar la naturaleza específica del derecho a través del análisis de su función social, y hace consistir esta función en una coherente generalización de expectativas normativas¹⁹. Rehbinder, que está vinculado a la enseñanza del americano Llewellyn, sostiene que el derecho contribuye al reforzamiento de la cohesión social al desarrollar determinadas funciones: resolución de los conflictos, regulación de los comportamientos, organización y legitimación del poder en la sociedad, estructuración de las condiciones de vida de la sociedad y administración de la justicia²⁰.

Además de los escritos de estos autores, se pueden mencionar los trabajos contenidos en el volumen I del *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, dedicado expresamente al estudio de la función del derecho en la sociedad moderna, y también en parte los trabajos contenidos en el tercer volumen, dedicados al estudio de la efectividad del derecho, es decir, sustancialmente al estudio de

¹⁷ L. M. FRIEDMAN, *The legal system, A social science perspective*, New York, 1975, espec. pp. 11-16.

¹⁸ N. BOBBIO, «Teoria sociologica e teoria generale del diritto», en *Sociologia del diritto*, I, 1974, p. 13.

¹⁹ N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg, 1972, vol. I, página 105. Sobre la sociología del derecho de Luhman, cfr. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975.

²⁰ M. REHBINDER, «Le funzioni sociali del diritto», en *Quaderni di sociologia*, XXII, 1973, pp. 103-24.

las condiciones necesarias para que el derecho pueda cumplir las funciones que le competen. Y entre estos trabajos presentan un particular interés tanto los de Helmut Schelsky como los de Werner Maihofer, que distinguen dos órdenes distintos de funciones del derecho²¹: por un lado, las funciones sociales, que se refieren esencialmente a la sociedad; por otro lado, las funciones antropológicas, que se refieren esencialmente al individuo. Después de haber hecho esta distinción, se puede aún mencionar que mientras que Schelsky se limita a elaborar una tipología de las posibles aproximaciones al problema, Maihofer intenta, por el contrario, identificar cuáles son efectivamente estas funciones en uno y otro orden. Dice así que entre las funciones que se refieren esencialmente a la sociedad se distinguen una regulativa que condiciona los comportamientos de los individuos que viven en sociedad sirviéndose de mandatos y de prohibiciones, y otra integrativa que garantiza la cohesión social y que resulta manifiesta sólo en el caso de violaciones del derecho. Entre las funciones que se refieren a los individuos, distingue después la función racionalizadora, que proporciona una reestructuración consciente de las relaciones sociales mediante un actuar social con respecto al alcance de la función anticipadora que proyecta sobre las normas y valores de la sociedad futura considerada mejor.

Al igual que los alemanes y los americanos, han contribuido al estudio del problema funcional del derecho algunos conocidos estudiantes de otros países con trabajos de notable nivel. Pienso, por ejemplo, en un ensayo de Aubert que indica tres funciones distintas del derecho: la del reforzamiento autoría de reglas de conducta promulgadas con el fin de obtener su observancia, la de la resolución de los conflictos y la de la distribución de los recursos²². Pienso, además, en un ensayo de Jan Glastra van Loon en el que el autor sostiene que, además de la función del mantenimiento del orden y de la paz social, el derecho tiene entre sus funciones también la de la «distribución de las posibilidades para la modificación de un ordenamiento existente y para el ejercicio de influencia sobre ciertas decisiones gubernativas en cuanto que las propias funciones incluyen la distribución de los bienes de consumo, de los impuestos, de las posibilidades de empleo, de la educación, de las *chances* matrimoniales, etc.»²³.

²¹ W. MAIHOFER, «Die gesellschaftliche Funktion des Rechts»; H. SCHELSKY, «System-funktionaler, anthropologischer und person-funktionaler Ansatz der Rechtssoziologie», respectivamente en las pp. 13-36 y 39-89 del *Jahrbuch für Rechtssoziologie*, vol. I, 1970.

²² V. AUBERT, *The Social Function of Law*, comunicación en ciclostil presentada al VIII Congreso Mundial de Sociología, Toronto, 1974.

²³ J. F. GLASTRA VAN LOON, «Conclusions», en R. TREVES y J. F. GLASTRA VAN LOON (ed. preparada por), *Norms and Actions. National Reports on Sociology of Law*, The Hague, 1968, pp. 289-92.

En un artículo algo posterior al escrito antes indicado, después de haber examinado éstos y otros estudios sobre el tema, Bobbio señala: «Una teoría funcional del derecho entendida como una teoría general que busca el elemento que caracteriza al derecho no en la especificidad de las estructuras..., sino en la especificidad de la función, está todavía por hacer.» Y añade: «Los intentos hechos hasta ahora en esta dirección parecen más bien decepcionantes, porque o terminan por mostrar justamente lo contrario de lo que se proponían, es decir, que a través de la determinación de la función no se llega a aprehender el carácter específico del derecho..., o bien cuando van a la búsqueda de una función específica distinta de aquella o aquellas generalmente reconocidas, caen en una desorientadora simplificación»²⁴.

Tal vez se pudiera experimentar una desilusión menor examinando los trabajos sobre derecho y cambio social que han sido realizados por estudiosos interesados en analizar a la luz de situaciones concretas la alternativa entre derecho como producto de la sociedad y derecho como medio de control y de transformación social, alternativa de la que, en el plano teórico, nos hemos ocupado anteriormente. Cabe mencionar a este propósito, además de la clásica obra de W. Friedmann que ha clarificado esta alternativa, un escrito de Yehezkel Dror en el que el autor explica, entre otras cosas, cómo el derecho puede producir un cambio social, bien indirectamente, a través de reformas del sistema educativo, reformas de las instituciones, etc., bien directamente con la introducción por la autoridad de un sistema jurídico moderno en una sociedad tradicional y atrasada, como ocurrió en Turquía y en el Japón cuando se decidió proceder a la occidentalización de aquellos países y como ocurre generalmente en las colonias por iniciativa de las potencias coloniales²⁵. Cabe mencionar además un ensayo de W. Evan en el que el autor intenta especificar las condiciones mediante las cuales el derecho puede más fácilmente producir un cambio social, y señala, por ejemplo, el hecho de que la fuente del propio derecho esté revestida de autoridad y de prestigio, el hecho de que las nuevas normas se conecten con la tradición histórica y cultural del país, el hecho de que quienes están encargados de llevar a efecto las nuevas normas estén convencidos de la legitimidad de las mismas, el hecho de que estén previstas sanciones positivas y negativas adecuadas²⁶.

²⁴ BOBBIO, *Intorno all'analisi funzionale del diritto*, cit., p. 24.

²⁵ DROR, «Law and Social Change», en *Tulane Law Review*, vol. XXXIII, 1959, p. 799.

²⁶ W. EVAN, «Law as an Instrument of Social Change», en A. W. GOULDNER y S. M. MILLER (compiladores), *Applied Sociology: Opportunities and Problems*, New York, 1965, espec. pp. 291-92.

Cabe mencionar asimismo un ensayo de L. M. Friedman y J. Ladinsky. En él los autores consideran ante todo los cambios que se verifican en el derecho, y entre éstos distinguen aquellos que acontecen por razones de carácter formal y técnico en el interior del sistema jurídico y aquellos que acontecen como reflejo de cambios que provienen del exterior, es decir, del contexto social al que el derecho se refiere. Además los autores consideran los cambios que se verifican en la sociedad a través del instrumento jurídico, y entre éstos distinguen aquellos que se verifican como consecuencia de transformaciones de carácter formal y técnico ocurridas en el interior del derecho y aquellos que se verifican en la sociedad cuando se usa el derecho como un instrumento que puede actuar sobre los individuos y sobre los grupos tanto con la persuasión como con la fuerza, es decir, con el uso de las sanciones²⁷.

Una concreción mayor de la que se nota en estos estudios sobre derecho y cambio social se debería notar en los estudios sobre derecho y desarrollo y sobre derecho y modernización. En una reseña crítica de la literatura sobre estos temas, «aparecida en años recientes en el panorama jurídico angloamericano y en los países del tercer mundo», Franco Lombardi manifiesta la opinión indicada, examinando «las políticas de intervención y de sostenimiento llevada a cabo por la administración de los Estados Unidos en esta postguerra» y considerando el problema de la introducción «de un sistema jurídico moderno en una sociedad tradicional». A su modo de ver, en el estudio de problemas jurídicos como éstos se siente la necesidad de realizar investigaciones empíricas que nos permitan penetrar lo mejor posible en el rol de los operadores jurídicos y de sus políticas del derecho, la opinión de la gente y su grado de información, los canales más o menos tradicionales a través de los cuales los grupos de presión incitan al mantenimiento o a la superación de las normas jurídicas existentes²⁸. Pero a estas investigaciones a las que Lombardi alude, y que son las investigaciones de las que habitualmente se ocupan los sociólogos del derecho, no pueden dejar de añadirse otras de proporciones bastante mayores que, como lo exige el tema, abarcan todo el sistema jurídico de un país y acaso dos sistemas en conflicto entre sí. Y estas investigaciones no son ciertamente fáciles ni siquiera para quienes disponen de los medios para realizarlas. Examinando una de las pocas investigaciones de este tipo que se han realizado hasta ahora, concretamente la investigación sobre derecho y cambio social en España llevada a

²⁷ L. M. FRIEDMAN y E. J. LADINSKY, *El derecho como instrumento de cambio social incremental*, en L. ZOLEZZI IBARCEÑA (edición preparada por), *Introducción a la sociología del derecho*, Lima, 1970, pp. 377-406.

²⁸ F. LOMBARDI, «Diritto e modernizzazione», en *Sociologia del diritto*, II, 1975, p. 268.

cabo por J. J. Toharia²⁹, yo observaba que en investigaciones que como éstas tienen por objeto un país entero «no se puede ciertamente adquirir y utilizar una cantidad de datos proporcionalmente análoga a la que habitualmente nos sirve para las investigaciones bastante más limitadas de tipo tradicional, y es por ello comprensible que en una indagación tan vasta como ésta nuestro autor haya tenido que recurrir más de lo habitual a la intuición, a la abstracción, a la generalización»³⁰.

CAPITULO SEPTIMO

EL DERECHO EN LA CONCEPCION DE LA SOCIEDAD COMO CONFLICTO

1. LA CONCEPCIÓN MARXISTA DEL DERECHO Y LA LUCHA DE CLASES

Tal como ya hemos observado, las doctrinas sobre las relaciones entre derecho y sociedad hasta aquí examinadas son todas doctrinas que se apoyan sobre una concepción de la sociedad que en sentido amplio puede calificarse de funcionalista¹. Interesa hablar ahora de las doctrinas que estudian las relaciones entre derecho y sociedad tomando por base una concepción de la sociedad como conflicto, es decir, aquella que entiende la sociedad como dividida en clases contrapuestas y lacerada por conflictos profundos en que el triunfo de una clase lleva a la subordinación y a la opresión de la otra clase.

En el ámbito de esta concepción de la sociedad como conflicto, que está en la base de las doctrinas de Marx, de Engels y de muchos de los que pertenecen a su escuela, se puede decir que no se discute ya, como en el ámbito de las doctrinas precedentemente examinadas, si el derecho es una variable dependiente o independiente con respecto a toda la sociedad. Se sostiene, por el contrario, que el derecho es, de un lado, una variable dependiente con respecto a la parte de la sociedad que detenta el poder y dispone de la fuerza, y es, de otro lado, una variable independiente con respecto a la parte de la sociedad que no detenta el poder, que no dispone de la fuerza y que termina por estar subordinada y oprimida por la parte opuesta. Dado que la fuerza de que aquí se habla es la fuerza del Estado, es por tanto fácilmente comprensible que en las doctrinas de Marx y de Engels, a diferencia de lo que se nota en las examinadas precedentemente, se sostenga la coincidencia del problema del derecho con el del Estado. Una coincidencia que se debe no sólo al hecho de «que el derecho y el Estado representan dos términos sinónimos que indican el mismo fenómeno», sino también

¹ Cfr., p. 85.

y especialmente al hecho de que estos autores parten del principio de «que tras el fenómeno constituido contemporáneamente por el derecho y el Estado se encuentra una fuerza social que no representa a todo el conjunto del cuerpo social, sino solamente a una de sus partes, esto es, a la clase dominante en un determinado momento»².

La doctrina de Marx y de Engels, que, sobre la base de una concepción de la sociedad como conflicto, define de la manera anteriormente dicha las relaciones entre derecho y sociedad y que se cierra afirmando que, en un cierto punto del desarrollo histórico, dejarán de existir las clases y los conflictos de clase y se extinguirán al mismo tiempo el Estado y el derecho, es una doctrina que no ha sido expuesta en una obra orgánica, pero que se puede descubrir y componer examinando los escritos de los dos autores, escritos de naturaleza distinta y de tiempos diversos.

En un artículo sobre los hurtos de leña publicado en la «Gazzetta renana» en octubre de 1842, Marx se orienta ya claramente hacia la concepción de una sociedad dividida en clases y caracterizada por el conflicto de clase, poniendo en evidencia el hecho de que al derecho consuetudinario de la gente pobre que recoge la leña caída de los árboles se opone la ley y la costumbre nobiliaria de los propietarios de los bosques, que afirman que tal recogida es un hurto, una violación del derecho de propiedad³.

En un segundo escrito que se remonta a los primeros meses de 1843 y que contiene la crítica de los últimos párrafos de la filosofía del derecho de Hegel, Marx desarrolla esencialmente la tesis que considera al Estado y al derecho como variables dependientes con respecto a la parte de la sociedad que detenta el poder. Partiendo de Feuerbach, que había puesto de manifiesto cómo en la base de la filosofía de Hegel se había producido una inversión del sujeto por el predicado y del predicado por el sujeto, Marx explica que tal inversión se produce en el sector particular al que aquellos párrafos de la obra de Hegel se refieren, esto es, en el sector de las relaciones entre la familia y la sociedad civil, por un lado, y el Estado por el otro. Marx explica con mayor precisión que la familia y la sociedad civil ordenada para fines económicos no son una mera abstracción, un simple predicado como sostenía Hegel, sino que son por el contrario el sujeto, la estructura concreta, esencial y necesaria frente a la cual el Estado y el derecho emanados de ella no son otra cosa que el predicado, o, como dirá después, la superestructura accidental y contingente. «La familia y la sociedad civil son partes reales del Estado, reales existencias espirituales

² K. STOYANOVITCH, *El pensamiento marxista y el derecho*, Madrid, 1977.

³ K. MARX, *Dibattiti sulla legge contro i furti di legna* (1842¹), en *Scritti politici giovanili*, compilados por L. Firpo, Milano, 1950, pp. 157-225.

de la voluntad, modos de existencia del Estado.» «Ellas son el agente», dice Marx, y no son «realizadas por la idea real», como pensaba Hegel, son autodeterminaciones y no son determinaciones que «deban su existencia a un espíritu diferente al suyo». Volviendo a tomar el tema de las clases y del conflicto de clases, Marx se opone después en este escrito a la concepción de Hegel, que veía en el Estado la conciliación de todas las contradicciones, haciendo observar que si las contradicciones son reales, no hay modo de conciliarlas. Para Hegel, Estado y sociedad civil son extremos en disputa que confluyen en la unidad del Estado. Para Marx, son, por el contrario, la expresión de un conflicto de intereses materiales entre clases sociales, y este conflicto no puede ser solucionado por el Estado, que es más bien el fruto de los propios conflictos⁴.

Poco después de haber escrito la crítica a la filosofía del derecho de Hegel y otros trabajos no carentes de interés para el jurista, Marx inicia su colaboración con Engels, y entre 1845 y 1846, juntamente con él, escribe *La ideología alemana*, una vasta obra en la que los dos autores ponen las bases del materialismo histórico y dan un más amplio desarrollo a los temas de las clases y de la lucha de clases, advirtiendo desde el comienzo que, a su juicio, la lucha de clases no puede contemplarse pasivamente, sino que debe verse participando en ella activamente. A propósito del materialismo histórico son interesantes, por ejemplo, las páginas de la obra indicada, en las que ambos autores afirman ante todo que «los hombres producen sus medios de subsistencia» y por ello también «indirectamente su propia vida material» y las instituciones sociales y las diversas producciones teóricas que derivan de ello. Son también interesantes las páginas en las que explican cómo los diversos modos con los que los hombres producen sus medios de subsistencia y cómo la sucesión y la transformación de dichos modos constituyen la base de la historia y el fundamento real de su desarrollo. Intentando determinar del modo más preciso cómo sucede este desarrollo, los dos autores exponen en fin su concepción de la lucha de clases. «En el desarrollo de las fuerzas de producción —dicen— se presenta un estadio en el que surgen fuerzas productivas y medios de intercambio que, bajo las relaciones existentes, solamente producen perjuicios, que no son ya fuerzas productivas, sino fuerzas destructivas (maquinaria y dinero), y en conexión con todo esto surge una clase que debe soportar todos los inconvenientes de la sociedad forzada al más firme antagonismo contra las otras clases; una clase formada por la mayoría de los miembros de la sociedad y de

⁴ K. MARX, *Critica de la filosofía del Estado de Hegel* [escrita en el período 1842-1843], Barcelona-Buenos Aires-Méjico, 1974. Sobre el tema, cfr. R. GUASTINI, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, Bologna, 1974, páginas 146-50.

la que nace la conciencia de la necesidad de una revolución radical»; de una revolución que se presenta como necesaria, no solamente porque las clases o mejor «la clase dominante no puede ser derrocada de ninguna otra manera, sino también porque la clase que la derriba sólo con una revolución puede conseguir salir del lodo en que está hundida y volverse capaz de fundar sobre nuevas bases la sociedad». En este escrito en el que Marx y Engels exponen en los términos indicados la concepción de la lucha de clases, advierten también que en esta lucha la clase dominante «tiene su expresión idealista-práctica en la forma del Estado», y ponen de relieve, en fin, el carácter ideológico que la propia lucha reviste. Poco después del pasaje citado observan, por ejemplo: «Las ideas de la clase dominante son en todo tiempo las ideas dominantes, y esto quiere decir que la clase que es la fuerza material dominante de la sociedad es al mismo tiempo la fuerza espiritual dominante.» «Las ideas dominantes no son más que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes tomadas como ideas: son, pues, la expresión de las relaciones que precisamente hacen de una clase la clase dominante y por consiguiente son las ideas de su dominación»⁵.

Después de haber hablado de estos escritos en los que se considera la división de la sociedad en clases, la lucha de clases y la posición del Estado y del derecho con respecto a las clases, es oportuno fijar la atención sobre dos textos fundamentales en los que la doctrina del derecho y del Estado de nuestros autores se encuentra expuesta en sus líneas esenciales: el *Manifiesto del partido comunista*, publicado por Marx y Engels en 1848, y el prefacio al volumen *Para la crítica de la economía política*, escrito por Marx en 1859.

En la primera parte del *Manifiesto*, que se abre con la afirmación de que «la historia de toda sociedad existente hasta ahora es la historia de la lucha de clases», los dos autores ponen en evidencia el carácter ideológico político del derecho y del Estado visto a la luz de esta lucha. «El poder estatal moderno —dicen— no es más que un comité que administra los asuntos comunes de toda la clase burguesa», y añaden que para los proletarios la ley emanada de ese poder estatal, así como la moral y la religión, son «otros tantos prejuicios burgueses detrás de los cuales se esconden otros tantos intereses burgueses». En la segunda parte, después de haber puesto nuevamente de relieve que el derecho de los burgueses es solamente la voluntad de la clase burguesa «elevada a ley», Marx y Engels afirman que el objetivo de los comunistas, que son la parte más decidida de los partidos obreros, debe consistir ante todo en la formación del proletariado en clase, debe consistir además en la demolición del dominio de la burguesía y por tanto también de la

⁵ K. MARX y F. ENGELS, *La ideología alemana* [escrita en 1844], Montevideo-Barcelona, 1974^s, pp. 50-51, 81-82.

propiedad privada burguesa y de la familia burguesa, fundada sobre el capital y sobre el beneficio privado y debe consistir, en fin, en la conquista del poder político por parte del proletariado. Cuando, con la revolución obrera, el proletariado conquiste este poder, el Estado, esto es, «el proletariado mismo organizado como clase dominante», abolirá por la fuerza «las antiguas relaciones de producción» y abolirá, dicen, «juntamente con estas relaciones de producción, también las condiciones de existencia del antagonismo de clase y las clases en general, y por tanto también su propia dominación como clase. El lugar de la vieja sociedad burguesa con sus clases y con sus antagonismos de clase lo ocupará una asociación en la cual el libre desarrollo de cada uno será la condición para el libre desarrollo de todos»⁶.

En el prefacio al volumen *Para la crítica de la economía política*, Marx, en un pasaje famoso que está bien reproducir aquí totalmente, repite y sintetiza los conceptos expresados en los escritos precedentes y recuerda entre otras cosas el ligamen que une a su doctrina con la filosofía hegeliana del derecho. Después de haber señalado el hecho de que su primer trabajo tenía precisamente por objeto una revisión crítica de aquella filosofía, en este pasaje continúa diciendo: «Mi investigación llegó a la conclusión de que tanto las relaciones jurídicas como las formas del Estado no pueden comprenderse ni por sí mismas, ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que tienen sus raíces más bien en las relaciones materiales de la existencia cuyo conjunto incluye Hegel, siguiendo el ejemplo de los ingleses y de los franceses del siglo XVIII, bajo el término de sociedad civil, y que la anatomía de la sociedad civil debe buscarse en la economía política. El resultado general al que llegué... puede formularse brevemente así: en la producción social de su existencia, los hombres entran en relaciones determinadas, necesarias, independientes de su voluntad; en relaciones de producción que se corresponden con un determinado grado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, o sea, la base real sobre la cual se eleva la superestructura jurídica y política a la que corresponden formas determinadas de la conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona en general el proceso social, político y espiritual de la vida. No es la conciencia de los hombres la que determina su ser, sino que al contrario es su ser social lo que determina su conciencia. En un momento dado del desarrollo, las fuerzas de producción materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, es decir, con las relaciones de propiedad (que no son más que su expre-

⁶ K. MARX y F. ENGELS, *Manifiesto del partido comunista [1848¹]*, en *Obras escogidas*, Moscú, 1971, t. I, pp. 19, 22, 29, 39.

sión jurídica) dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí. Estas relaciones pasan de ser formas de desarrollo de las fuerzas productivas a convertirse en sus cadenas. Y entonces se abre una época de revolución social. Con el cambio de su base económica se conmoverá más o menos rápidamente toda la gigantesca superestructura»⁷.

El tema del derecho y del Estado, considerado en el ámbito de una concepción de la sociedad como conflicto, continuó siendo tratado, pero sólo esporádicamente, por Marx y Engels en numerosos escritos que suceden a los hasta aquí mencionados y con mayor precisión, tanto en escritos económicos como *El capital*, como en escritos históricos como aquellos sobre la revolución en Francia. Entre estos últimos, por lo que respecta a la doctrina del Estado, habría que recordar especialmente el ensayo sobre la Comuna de París. En efecto, la Comuna fue para Marx «esencialmente un gobierno de la clase obrera, el producto de la lucha de clases de los productores contra la clase de los usurpadores, la forma política finalmente descubierta con la que se podía lograr la emancipación económica del trabajo»⁸.

2. F. ENGELS Y EL ORIGEN DE LA FAMILIA, DE LA PROPIEDAD Y DEL ESTADO

Cuando se habla de la concepción de la sociedad como conflicto en una «introducción» a la sociología del derecho, no se puede dejar de añadir a estas indicaciones sobre los textos más conocidos de la doctrina marxista del derecho algunas indicaciones sobre el libro *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, que Engels escribió y publicó en 1884 utilizando las notas que Marx había redactado poco antes de su muerte sobre el libro del antropólogo americano L. H. Morgan, *Ancient Society*, aparecido en 1887⁹. Se trata, en efecto, de un libro que puede considerarse como un clásico de la sociología y de la antropología del derecho, y se trata sustancialmente de un libro en el que Engels presenta de manera amplia y ordenada muchas ideas maduradas conjuntamente con Marx sobre estos importantes temas sociológico-jurídicos, ideas que pueden, por otra parte, encontrarse esbozadas y fragmentariamente expuestas en escritos de los dos autores que se remontan

⁷ K. MARX, *Prólogo de la contribución a la crítica de la economía política [1859¹]*, en *Obras escogidas*, Moscú, 1971, t. I.

⁸ Id., *La guerra civil en Francia*, en K. MARX-F. ENGELS, *Obras escogidas*, Moscú, 1976, t. II, p. 236.

⁹ L. H. MORGAN, *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*, New York, 1877.

a varios años atrás, como por ejemplo en el ya mencionado *La ideología alemana*¹⁰.

En el prefacio a su libro, Engels comienza observando que según los principios del materialismo que Morgan «había descubierto a su modo en América», «el momento determinante de la historia es la producción y la reproducción de la vida inmediata». Las «instituciones sociales dentro de las cuales viven los hombres de una determinada época histórica y de un determinado país están condicionadas... —dice— por el grado de desarrollo del trabajo, de una parte, y por el de la familia, de la otra». «Cuanto menos desarrollado está el trabajo —añade—, tanto más limitada es la cantidad de sus productos, y por ello también la riqueza de la sociedad, tanto más aparece el ordenamiento social dominado preponderantemente por vínculos de consanguinidad»¹¹.

Si se tiene presente la clasificación de las principales épocas del desarrollo histórico hecha por Morgan (la época del estado salvaje, la de la barbarie y la de la civilización), podemos fácilmente darnos cuenta del desarrollo y de las transformaciones sufridas por las instituciones de la familia y de la propiedad. El estado salvaje se caracteriza de hecho, dice, por la familia consanguínea en la que «los grupos matrimoniales están separados por generaciones» y en las que el primer progreso «consiste en la exclusión del recíproco comercio sexual a los padres y a los hijos y el segundo consiste en la exclusión de los hermanos y hermanas». La barbarie se caracteriza por la familia de pareja en la que «un hombre vive junto a una mujer, pero siempre de manera que la poligamia y una ocasional infidelidad permanecen como derechos de los hombres...», mientras que de la mujer se pretende, para la duración de la vida en común, la más estrecha fidelidad y su adulterio es cruelmente castigado». La civilización se caracteriza, en fin, por la familia monogámica, «fundada sobre el dominio del hombre con el explícito fin de criar hijos de paternidad incontestada», hijos que «en cuanto herederos naturales deben entrar un día en posesión del patrimonio paterno». La familia monogámica, a la que se unen casi como su complemento el adulterio y la prostitución, es una familia fundada sobre un vínculo conyugal más sólido que el de la familia de pareja, y es una familia destinada también ella a desarrollarse según se desarrolla y cambia la institución de la propiedad que está en su base. Esta institución en los estados de salvajismo y de barbarie, es decir, en la familia consanguínea y de pareja, se presenta en efecto bajo la forma originaria y espontánea de la propiedad común. En el estadio de civilización caracterizado por la familia monogámica, la institución de la

¹⁰ MARX y ENGELS, *La ideología alemana*, cit., pp. 71 ss.

¹¹ F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, en C. MARX-F. ENGELS, *Obras escogidas*, Moscú, 1976, t. III, pp. 203-204.

propiedad se presenta, por el contrario, bajo la forma de la propiedad privada, forma que a su vez está destinada a desaparecer abriendo el camino a una nueva forma: la de la propiedad social. Con la constitución de la propiedad social, dice Engels, «la familia singular deja de ser la unidad económica de la sociedad. La administración doméstica privada se transforma en una industria social. El cuidado y la educación de los niños llega a ser un hecho de interés público; la sociedad cuida de igual modo de todos los niños legítimos e ilegítimos»¹².

Así como la evolución y la transformación de la familia están estrechamente unidas a la evolución y a la transformación de la propiedad, del mismo modo la evolución y las transformaciones de la propiedad están estrechamente unidas al surgimiento del Estado y a su desarrollo. En efecto, el Estado surge, dice Engels, no sólo para asegurar «las riquezas de los individuos recientemente adquiridas», no sólo para consagrar la propiedad privada considerando esta consagración como «el objetivo más elevado de toda comunidad humana», sino que surge también y especialmente «para imprimir el sello de general reconocimiento social a las nuevas formas de adquisición de la propiedad». Conjuntamente con el objetivo de reconocer y de consagrar la propiedad privada, el Estado tiene, pues, también el objetivo de asegurar el predominio de la clase que detenta esta propiedad sobre la clase que no la detenta y que se encuentra por ello con la primera en abierto e insoluble conflicto.

En las últimas páginas de su libro, Engels desarrolla esta concepción del Estado en relación con las clases y el conflicto de clases, y es interesante extraer de esas páginas algunos pasajes particularmente significativos.

Cabe mencionar, por ejemplo, dos pasajes en los que se considera al Estado como producto de la sociedad dividida en clases y como producto de la lucha de clases: «El Estado no es del todo un poder impuesto a la sociedad desde el exterior y tampoco "la realidad de la idea ética", "la imagen y la realidad de la razón", como afirma Hegel. Es más bien un producto de la sociedad cuando llega a un determinado estadio de desarrollo, es la confesión de que esa sociedad se pone en una contradicción consigo misma, de que se ha dividido en antagonismos irreconciliables que es importante para eliminar. Pero para que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en conflicto, no se destruyan a sí mismas y a la sociedad en una estéril lucha, surge la necesidad de un poder que esté en apariencia por encima de la sociedad, que atenué el conflicto, que lo mantenga en los límites del orden; y este poder que emana de la sociedad, pero que se pone por encima de ella y que se le hace cada vez más extraño, es el Estado.» «El Estado,

¹² ENGELS, *El origen de la familia*, cit., pp. 229, 230, 238, 250, 263.

habiendo nacido de la necesidad de poner freno a los antagonismos de clase, pero al nacer también en medio del conflicto de estas clases, es, como regla general, el Estado de la clase más poderosa, de la que impera económicamente y que, por su medio, llega a ser también políticamente dominante y adquiere así un nuevo instrumento para someter y explotar a la clase oprimida»¹³.

Cabe mencionar todavía un pasaje en el que se explica que el Estado es un fenómeno transitorio de la vida de la sociedad ligado a un determinado grado del desarrollo económico: «El Estado no ha existido eternamente. Ha habido sociedades que se las arreglaron sin él, que no tuvieron la menor noción del Estado ni de su poder. Al llegar a cierta fase del desarrollo económico que estaba ligada necesariamente a la división de la sociedad en clases, esta división hizo del Estado una necesidad. Ahora nos aproximamos con rapidez a una fase de desarrollo de la producción en que la existencia de estas clases no sólo deja de ser una necesidad, sino que se convierte en un obstáculo directo para la producción. Las clases desaparecerán de un modo tan inevitable como surgieron en su día. Con la desaparición de las clases desaparecerá, inevitablemente, el Estado. La sociedad, reorganizando de un modo nuevo la producción sobre la base de una asociación libre de productores, enviará toda la máquina del Estado al lugar que entonces le ha de corresponder: al museo de antigüedades, junto a la rueca y al hacha de bronce»¹⁴.

3. V. I. LENIN Y LA TRANSICIÓN DEL CAPITALISMO AL COMUNISMO

Los pasajes antes referidos constituyen el punto de partida del ensayo de Lenin *El Estado y la revolución*¹⁵, que es una interpretación personal del pensamiento de Marx y de Engels sobre el problema del derecho y del Estado y especialmente sobre el problema de la extinción del Estado.

Es este último un problema que los dos autores apenas habían indicado en el *Manifiesto*, pero sobre el que se habían, por el contrario, detenido en otros escritos. Hay que mencionar a este propósito algunas páginas del *Antidühring*¹⁶, publicado por Engels poco antes del libro examinado en el parágrafo precedente, y hay que mencionar también otras páginas contenidas en dos escritos de

¹³ ENGELS, *El origen de la familia*, cit., pp. 344, 346.

¹⁴ ENGELS, *ibid.*, pp. 347-348.

¹⁵ LENIN, *El Estado y la revolución* [1917], en V. I. LENIN, *Obras escogidas*, Moscú, t. II, pp. 297-98.

¹⁶ F. ENGELS, *Anti-Dühring* [1877], México, 1968², pp. 311 ss.

Marx que se remontan a tiempos distintos: *La miseria de la filosofía*, de 1847, en la que nuestro autor, antes de redactar el *Manifiesto*, había explicado que en la sociedad sin clases desaparecerá el poder político, esto es, el Estado indisolublemente ligado a las clases y a las contradicciones entre las clases; *Crítica del programa de Gotha*, de 1875, en la que Marx explica cómo el paso del Estado burgués a la sociedad comunista debe realizarse pasando a través de un período transitorio en el que el Estado no puede ser otra cosa que «la dictadura revolucionaria del proletariado» y en la que se afirma que la superación del «derecho igual» y del «Estado político» debe acontecer contemporáneamente con la superación del modo de producción capitalista al que el uno y el otro están indisolublemente ligados¹⁷.

Reconstruyendo éstos y otros escritos de Marx y de Engels, en *El Estado y la revolución*, Lenin explica, entre otras cosas, que el período de transición del capitalismo al comunismo se desarrolla a través de dos fases sucesivas. La primera fase, o fase inferior, es aquella en la que «los medios de producción no son ya propiedad privada individual, sino que pertenecen a toda la sociedad», y es sin embargo también aquella en la que «el derecho burgués no está completamente abolido, sino sólo en parte, solamente en la medida en que la revolución económica está completa, esto es, únicamente por cuanto concierne a los medios de producción». Tal derecho subsiste, por el contrario, en la otra de sus partes, «subsiste como regulador (factor determinante) del reparto de los productos y del trabajo entre los miembros de la sociedad». En otros términos, en esta primera fase el derecho es todavía «el derecho burgués que atribuye a personas desiguales y por una cantidad de trabajo desigual (de hecho desigual) una cantidad igual de productos». Y bien se puede decir que en la fase de la sociedad comunista de la que estamos hablando, la supervivencia de este derecho burgués es el mayor obstáculo que impide la extinción del Estado. La fase sucesiva, la fase superior de la sociedad comunista es, por el contrario, aquella caracterizada por la extinción del Estado, extinción condicionada por el hecho de «que el comunismo alcanza un grado tan elevado de desarrollo que desaparece toda oposición entre trabajo intelectual y manual, y desaparece por tanto una de las principales fuentes de la desigualdad social contemporánea, fuente de desigualdad que la sola socialización de los medios de producción, la sola expropiación de los capitalistas no puede suprimir de repente». No sabemos, sin embargo, y no podemos saber,

¹⁷ K. MARX, *Crítica del programa de Gotha* (escrito en 1875), en C. MARX-F. ENGELS, *Obras escogidas*, Moscú, 1976, t. III. Sobre el problema de la extinción del Estado cfr. D. ZOLO, *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato*, Bari, 1974, y también B. ALPÉ, «Origine ed estinzione dello Stato in Engels», en *Rivista di filosofia*, 1975, pp. 257-75.

añade Lenin, «cuál será la rapidez de este desarrollo, cuándo alcanzará a romper con la división del trabajo, a suprimir la oposición entre el trabajo intelectual y manual, a convertir el trabajo en la primera necesidad vital. Tenemos por eso derecho a hablar únicamente de la inevitable extinción del Estado, subrayando el carácter prolongado de este proceso, su dependencia con respecto a la rapidez del desarrollo de la fase superior del comunismo, dejando absolutamente en pie la cuestión del momento en el que ocurrirá y de las formas concretas que esta extinción asumirá, puesto que no tenemos datos que nos permitan resolver estas cuestiones»¹⁸.

De cuanto se ha expuesto es fácil darse cuenta de que la doctrina del derecho y del Estado en la concepción de la sociedad como conflicto, desarrollada por Marx, Engels y Lenin, ha podido dar lugar tanto a una interpretación en la que prevalece el elemento económico-social, como a una interpretación en la que prevalece el elemento jurídico.

4. LAS CONCEPCIONES DE LOS JURISTAS SOVIÉTICOS

Entre los autores soviéticos que se orientan hacia la primera interpretación, concentrando su atención sobre las estructuras económico-sociales que están en la base de la superestructura del derecho y del Estado, podemos mencionar a los dos juristas más representativos del período preestalinista: P. I. Stucka y E. B. Pasukanis.

El primero de estos autores, en un libro publicado en 1921 y titulado *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, toma por ejemplo una precisa posición contra las concepciones que consideran al derecho como un conjunto de normas emanadas del Estado, reconoce a las corrientes sociológicas el mérito de haber establecido definitivamente que el derecho es un sistema de relaciones sociales y toma como base de todo su trabajo la definición que se había adoptado del derecho en 1919 en el Colegio del Comisariado del pueblo para la justicia: «El derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales que se corresponde con los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase.» Los primeros capítulos de este trabajo están en efecto dedicados al examen de los diversos elementos que componen esta definición: ante todo las relaciones sociales, que son esencialmente las relaciones de producción, además los intereses de clase que no se entienden como la suma de los intereses individuales, sino más bien como «un elemento que confiere su impronta a la totalidad de la lucha de una determinada clase»; en fin, el poder organizado de la clase dominante que es en primer lugar el del Estado, pero que

¹⁸ LENIN, *El Estado y la revolución*, cit., pp. 361-374.

comprende también los «elementos transitorios» que en circunstancias particulares han podido y pueden tener un peso determinante¹⁹.

Al igual que Stucka, también Pasukanis, en su libro de 1924, *La teoría general del derecho y el marxismo*, se opone a las concepciones del normativismo y del estatalismo jurídico, demostrando su mayor interés por la estructura económico-social. «El derecho —dice entre otras cosas—, en cuanto fenómeno social objetivo, no puede agotarse en la norma o regla, sea ésta escrita o no escrita. La norma en cuanto tal, es decir, su contenido lógico, es directamente una inferencia de relaciones ya existentes, o, si ha sido emanada como ley estatal, es de por sí únicamente un síntoma en base al cual se puede juzgar con una cierta verosimilitud acerca del futuro nacimiento de las correspondientes relaciones. Pero para afirmar la existencia objetiva del derecho no nos es suficiente con conocer su contenido normativo, por el contrario es necesario conocer si tal contenido normativo se realiza o no en la vida, es decir, en las relaciones sociales.» Y retomando los textos marxistas más adelante, en otro pasaje nuestro autor pone en evidencia el fundamento social del Estado: «El Estado —dice—, es decir, la organización de la dominación política de clase, crece sobre el terreno de determinadas relaciones de producción o bien de determinadas relaciones de propiedad. Las relaciones de producción y su expresión jurídica constituyen lo que Marx, siguiendo a Hegel, denominó sociedad civil. La superestructura jurídica, y en particular la estatalidad oficial, es un elemento secundario y derivado»²⁰.

La consolidación del poder absoluto de Stalin en torno a 1930 no determinó solamente el abandono de estas teorías jurídicas de tipo sociológico, sino que determinó también el desencadenamiento de la represión contra aquellos que las habían mantenido, entre ellos Stucka y Pasukanis; el primero, muerto en 1932 después de haber sido alcanzado por la acusación de saboteador y enemigo de la revolución; el segundo, suprimido en los años trágicos 1936-37. Con este abandono y con esta represión se afirmaron, pues, cada vez más las concepciones que atribuyen un lugar preeminente al elemento estatal y normativo y que tuvo a su más autorizado defensor en A. J. Vysinskij, procurador general de la Unión Soviética y acusador público en los procesos de Moscú. Y es interesante mencionar que este autor, que concentró su atención esencialmente sobre la teoría marxista del Estado entendido como proletariado organizado en clase dominante, toma como base una nueva

¹⁹ P. I. STUCKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato* (1921!), en CERRONI (ed. preparada por), *Teorías soviéticas del derecho*, Milano, 1964, páginas 9, 47, 53. Cfr. también ID., *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, trad. y prólogo de J. R. Capella, Barcelona, 1969.

²⁰ E. B. PASUKANIS, *Teoría general del derecho y marxismo*. Trad. castellana y presentación de Virgilio Zapatero, Barcelona, 1976, pp. 74-77.

definición del derecho profundamente distinta de la de 1919. Me refiero a la definición dada por los juristas soviéticos en el Congreso de 1938, dominado por Vysinskij y formulada así: «El derecho es el conjunto de las reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante legislativamente establecida, así como de sus costumbres y de sus reglas de convivencia sancionadas por el poder estatal cuya aplicación está garantizada por la fuerza coercitiva del Estado con el fin de tutelar, consolidar y desarrollar las relaciones sociales y el ordenamiento ventajoso y convenientes para la clase dominante.» No se puede dejar de observar que en esta definición, a diferencia de la precedente, el derecho no es ya considerado como relación, sino como norma. No se puede dejar de observar además que no se habla ya de interés de clase, sino de voluntad de clase, y que el acento se pone esencialmente sobre los caracteres de la coactividad y de la estatalidad. A propósito de la estatalidad del derecho, se puede todavía mencionar que Vysinskij concluye un conocido ensayo suyo de 1949 recordando que Stalin «ha denunciado todo el daño de una inadecuada comprensión de las tesis de la eliminación de las clases, de la creación de una sociedad sin clases y de la extinción del Estado» con las siguientes palabras: «La abolición de las clases no se obtiene a través de la extinción de la lucha de clases, sino a través de su reforzamiento. La extinción del Estado no se hará a través del debilitamiento del poder estatal, sino a través de su máximo reforzamiento, indispensable para acabar con los residuos de las clases que se están extinguendo y para organizar la defensa contra el cerco del capitalismo, el cual está lejos de ser destruido y no lo será tan pronto»²¹.

Para poner en evidencia el compromiso político con el que inevitablemente se defendieron estas doctrinas marxistas del derecho y del Estado fundadas sobre la concepción de la sociedad como conflicto y por ello para poner también en evidencia el ligamen personal que unió a los autores que las sostuvieron a las vicisitudes políticas en las que participaron, puede ser interesante recordar que en 1956, en el año de la dura requisitoria de Jruschov contra Stalin, se produce, de un lado, la demolición teórica de la obra de Vysinskij y, por otro lado, la rehabilitación de las obras de Stucka y de Pasukanis²².

5. EL HUMANISMO SOCIALISTA DE R. MONDOLFO

En los dos párrafos anteriores he considerado las interpretaciones de las teorías de Marx y de Engels dadas por Lenin y por

²¹ A. J. VYSINSKIJ, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx* (1938¹), en CERRONI (ed. preparada por), *Teorie sovietiche*, cit., pp. 283, 296.

²² U. CERRONI, introducción a STUCKA, *La funzione rivoluzionaria*.

los juristas soviéticos en cuanto que se han ocupado particularmente de los problemas del derecho y del Estado. Pero estas interpretaciones no son ciertamente las únicas que tienen interés para el sociólogo del derecho. Me parece por ello oportuno cerrar el presente capítulo y también la primera parte de este libro dando algunas indicaciones sobre otra interpretación que interesa aquí de manera particular, no sólo porque es más sensible que las anteriores a los valores de la libertad de la persona, sino también porque se inspira en aquellos principios de historicismo y de problematismo a los que me siento particularmente vinculado. Me refiero a la interpretación-reconstrucción de Rodolfo Mondolfo, en la que este autor, que es uno de los mayores estudiosos italianos de las teorías de Marx, de Engels y del marxismo en general, ve en tales doctrinas la lógica conclusión de la filosofía política inspiradora de la Revolución francesa²³, y sostiene la tesis de que el «verdadero» marxismo no es materialismo, sino humanismo.

La expresión humanismo, como advierte Bobbio, puede indicar ante todo dos cosas: una concepción general de la historia y una ética.

Al humanismo como concepción general de la historia llega Mondolfo a través de una serie de estudios y de trabajos en los que demuestra que el materialismo histórico, tal como está concebido en los escritos de Marx y de Engels, no se contrapone solamente a las concepciones metafísicas de los sistemas idealistas, sino también a aquellas, no menos metafísicas, de los sistemas materialistas, y lo entiende esencialmente como filosofía de la praxis. La filosofía de la praxis es, según él, como decía Antonio Labriola, «el meollo del materialismo histórico» y es sustancialmente una filosofía «que coloca al hombre como sujeto activo en el centro de todo proceso cognoscitivo y práctico y por ende de toda la historia, creación continua de la actividad humana, por la cual el hombre se desarrolla, o sea, se produce a sí mismo como causa y efecto, autor y consecuencia a un tiempo de las sucesivas condiciones de su ser»²⁴. La filosofía de la praxis es, con mayor precisión, aquella filosofía cuya idea fundamental se encuentra expresada en las glosas de Marx sobre Feuerbach, en las que Marx afirma «que entre el sujeto y el objeto, entre el hombre y el ambiente en que vive (comprendiendo en el ambiente tanto a la naturaleza como a la sociedad) no existe una relación unidireccional —el hombre es determinado por el ambiente, o bien el ambiente es creado por el hombre—, sino una relación de acción recíproca: el hombre transforma el

²³ R. MONDOLFO, «Dalla Dichiarazione dei Diritti al Manifesto dei comunisti», *Critica sociale*, agosto-noviembre, 1906.

²⁴ R. MONDOLFO, «La filosofía como problemática y el historicismo», en *Estudios de historia de la filosofía en homenaje al profesor Rodolfo Mondolfo*, Universidad de Tucumán, II, p. 727.

ambiente el cual a su vez actúa sobre el hombre transformándolo en un proceso sin fin en que consiste la historia»²⁵. Así, para esta filosofía, que es para Mondolfo la auténtica filosofía marxista, «toda la historia y la vida es praxis que se convierte, vale decir, un movimiento dialéctico por el que las condiciones existentes suscitan y estimulan a las fuerzas que deben volverse contra ellas para superarlas, pero por otra parte la actividad superadora no puede operar si no es sobre la base de las condiciones existentes: de este modo, las condiciones reales tienen una doble función de impulso y de limitación de las aspiraciones, de la voluntad y de la acción de los hombres»²⁶.

Es fácil darse cuenta de que al hacerse intérprete y sostenedor de una filosofía que coloca al hombre en el centro de todo proceso cognoscitivo y práctico, Mondolfo no ha sostenido solamente el humanismo como concepción general de la historia, sino también como ética. El humanismo como ética, según Bobbio, es «toda doctrina que, partiendo de cierta imagen ideal del hombre..., propone reglas de acción para que el hombre vuelva a apropiarse de la propia humanidad»²⁷. Y la teoría de Marx y de Engels, tal como la interpreta y sostiene Mondolfo, son teorías sostenedoras del humanismo en este segundo sentido en cuanto que para ellas el proletariado «es la clase económicamente oprimida de los hombres convertidos en asalariados, es decir, en mercancía-fuerza de trabajo, los cuales sienten la inhumanidad (*Unmenschlichkeit*) de esta conversión en cosas o instrumentos y por eso reivindican su propia *Menschlichkeit*, esto es, afirman un *reale humanismus*, humanismo universalista que representa la aspiración hacia "una sociedad en la cual el libre desarrollo de cada uno sea condición del libre desarrollo de todos"»²⁸. Estas últimas son las palabras con que se cierra la segunda parte del *Manifiesto* de los comunistas. Y a este propósito es interesante advertir que para Mondolfo estas palabras y en general toda la teoría y la ideología marxista no se opone, sino que constituye el ulterior y lógico desarrollo de las teorías y de las ideologías desarrolladas por los teóricos de la Revolución francesa y sobre todo por Rousseau. Después de haber recalcado la idea ahora indicada y de haber por ello dicho que el proletariado «es la clase reivindicadora por excelencia de las condiciones de *Unmenschlichkeit*», Mondolfo se pregunta, por ejemplo ¿qué es esta reivindicación de la *humanitas* si no la afirmación histórica más

²⁵ N. BOBBIO, introducción a R. MONDOLFO, *Umanismo di Marx. Studi filosofici 1908-1966*, Torino, 1968, p. XVII.

²⁶ R. MONDOLFO, *Umanismo di Marx*, cit., p. 147.

²⁷ N. BOBBIO, «Humanismo socialista de Marx a Mondolfo», *Sistema*, noviembre 1977, p. 4.

²⁸ R. MONDOLFO, *Marx y marxismo. Estudios históricos*, México, 1966, página 233.

vasta y universal de aquella conciencia y dignidad de la persona humana en cuanto tal que es el esencial concepto de Rousseau, inspirador de los inmortales principios de la Revolución francesa?»²⁹. E investigando más a fondo este tema, advierte por ejemplo que Rousseau, antes que Marx, sin hacer uso del término alienación, ya había desarrollado la idea marxista de la alienación del hombre y había puesto en evidencia «la conexión de esa idea con la división del trabajo que reduce al trabajador a fracción de un hombre, quitándole la posibilidad de ser libre»³⁰.

Mondolfo, en su vasta obra, no se ocupó expresamente de los problemas del Estado y del derecho que interesan aquí de manera particular, pero en los pocos pasajes en los que considera incidentalmente e indirectamente tales problemas, su interpretación del marxismo como humanismo le lleva, por un lado, a entender de forma más amplia y abierta la función del Estado en relación con las clases y, por otro lado, a afirmar con mayor fuerza la exigencia de que las estructuras jurídicas se acomoden cada vez más a la realidad social entendida como conflicto.

Por lo que se refiere al Estado, que Mondolfo considera como la organización ético-política de la sociedad, menciono, como ejemplo, los siguientes pasajes en los que, interpretando el pensamiento de Engels, alude a su indicada apertura hacia las clases. Según Engels, dice Mondolfo, «la acción del Estado no sólo refleja la voluntad de las clases dominantes, sino también de las sometidas en la medida en que ellas saben querer y poder». En *El origen de la familia...*, Engels afirma, como lo había hecho en el *Antidühring* y en otros escritos, que el poder del Estado, una vez surgido, se hace autónomo y tiende a dominar la sociedad y hacérsele casi extraña. Es ordinariamente y sobre todo el Estado de la clase dominante; pero, armado como ésta de un poder propio, militar y económico, adquiere una cierta independencia y aparece a veces como mediador entre las clases en lucha³¹. Sobre el tema de la apertura del Estado hacia las clases, Mondolfo vuelve a ocuparse después de manera más explícita en los escritos de los años siguientes, en los que afronta el problema de la clase media y pronostica la aproximación de ésta a la clase obrera³².

En relación con la ubicación del derecho en la realidad social, cabe mencionar, por ejemplo, las siguientes consideraciones: «El criterio económico, o el jurídico, o el político, aplicados aisladamente

²⁹ R. MONDOLFO, *Umanismo di Marx*, cit., p. 272.

³⁰ R. MONDOLFO, *Umanismo di Marx*, cit., p. 374, y también *Sulle orme di Marx*, 4.^a ed., Bologna, 1948, pp. 108-110.

³¹ R. MONDOLFO, *El materialismo histórico en Federico Engels*, Rosario, 1940, pp. 295, 302.

³² R. MONDOLFO, «Il problema delle classi medie», *Critica Sociale*, mayo-junio de 1926.

mente, resultan todos invalidados por el mismo vicio: la abstracción de una de las funciones de la vida del organismo como si pudiera subsistir y desarrollarse fuera de las relaciones de acción y dependencia con las otras funciones y de la unidad de la vida. El momento abstracto, separado de la concreción viva de la historia, es irreal y carente de aquella eficacia que se cree poder atribuirle: el economista, el jurista, o quienes confían encontrar en el orden exclusivo de los hechos que son objeto de su ciencia particular la valoración adecuada, o peor, la resolución de un problema histórico, caen en la utopía, porque no se dan cuenta de que la realidad y la acción de aquel orden especial de hechos están precisamente en su participación en la vida y en la concreción de la historia»³³.

Sobre el desarrollo histórico del derecho en la sociedad entendida como conflicto cabe mencionar, por ejemplo, el siguiente pasaje bastante significativo: «Para Marx y Engels la esencia de la historia está representada por la lucha de clases, y esta lucha constituye el factor de las transformaciones sociales y progresivas. El proceso de la humanidad está constituido por la formación y por el desarrollo de lo que Marx y Engels llaman las fuerzas productivas. Ahora bien, estas fuerzas productivas, económicas, necesitan siempre en cualquier estadio de su desarrollo alcanzar un cierto equilibrio, obtener una cierta protección de su desarrollo, una sistematización en formas jurídicas y políticas. Estas formas constituyen, desde que ejercen tal acción protectora, una necesidad para el desarrollo de las mismas fuerzas productivas, como la cáscara del huevo constituye una protección necesaria para el desarrollo del polluelo. Pero si la cáscara no pudiera romperse en un cierto momento, el polluelo moriría, no podría salir de ella y desarrollarse ulteriormente»³⁴.

Además de este pasaje, que sustancialmente se limita a comentar cuánto Marx dice en un pasaje del prefacio a la *Critica de la economía política* que he citado precedentemente, es interesante mencionar otro pasaje en el que Mondolfo, sin hacer referencia explícita al derecho, explica que para Marx los cambios estructurales provocados por los conflictos, o mejor, como él dice, por las revoluciones, deben adecuarse siempre a la realidad de la historia y no deben presentarse nunca como expresiones de voluntad independientes de la historia. Para Marx, dice Mondolfo, «en la historia, y sobre todo cuando se trata de revolución, no hay lugar para acciones y creaciones arbitrarias; como toda la historia, también el toque a las revoluciones está fijado por una intrínseca necesidad, la cual, del mismo modo que las hace inevitables cuando están maduras, las vuelve imposibles cuando falta la totalidad de sus condiciones»³⁵.

³³ R. MONDOLFO, *Umanismo di Marx*, cit., pp. 186-187.

³⁴ R. MONDOLFO, *Umanismo di Marx*, cit., p. 320.

³⁵ R. MONDOLFO, *Umanismo di Marx*, cit., p. 148.

Para Marx, añade, toda transformación social en la historia exige dos formas de madurez, una objetiva (de las cosas, es decir, de la realidad económico-social) y otra subjetiva (de las conciencias), dos formas que se condicionan recíprocamente y que no pueden separarse la una de la otra. «Sin duda, algunos individuos o grupos pueden, en sus concepciones, adelantarse al tiempo; pero entonces se tienen las utopías, irrealizables en la historia por la falta de las condiciones imprescindibles. Engels presenta un ejemplo típico de esta situación en la *Guerra de los campesinos alemanes* del siglo xv, cuyo jefe (Münzer) se inspiraba en un programa comunista irrealizable en la situación histórica de su tiempo. Se encontraba así con un conflicto insoluble entre lo que podía hacer en las condiciones reales existentes y lo que debía hacer según su programa. «Quien caiga en tal desgraciada situación —concluía Engels— está perdido de manera irremediable»³⁶.

Hemos visto que la filosofía de la praxis que Mondolfo interpreta y sostiene se opone tanto a la metafísica de los sistemas idealistas como a la de los sistemas materialistas. Y está bien añadir que ella es, por tanto, sustancialmente una filosofía antimetafísica «en el sentido de que no reconoce ningún principio absoluto y no hipostasía ninguna esencia»³⁷, y es también una filosofía que, como tal, se inspira en aquellos principios de historicismo y de problematismo que Mondolfo sostiene desde sus primeros trabajos. Piénsese en la clase inaugural de su curso de 1910 en la Universidad de Turín sobre el tema «La vitalidad de la filosofía en la caducidad de los sistemas». En esa clase «trataba de demostrar que la presencia eterna de la filosofía considerada como necesidad interior del espíritu humano, en el cual los grandes problemas siempre engendran una exigencia ineludible de investigación, reflexión y discusión, está supeditada precisamente a la inadecuación que se encuentra siempre en todas las filosofías, es decir, a la insatisfacción que surge sin cesar frente a cada uno de los sistemas que han pretendido solucionar los problemas filosóficos y pronunciar sobre los mismos la palabra decisiva y definitiva»³⁸.

³⁶ R. MONDOLFO, *Umanismo di Marx*, cit., p. 322, y también p. 151.

³⁷ N. BOBBIO, *Introduzione*, cit., p. XVIII.

³⁸ R. MONDOLFO, *La filosofia come problematidad*, cit., p. 721. El hecho de que Mondolfo haya permanecido siempre fiel a estos principios de historicismo y de problematismo que había afirmado en sus obras juveniles, y que no son incompatibles, sino que son más bien conformes y coincidentes con la filosofía de la praxis, explica por qué en sus escritos de filosofía y de historia de la filosofía se pueden encontrar puntos de contacto y notables afinidades con los escritos de otros representantes del pensamiento socialista, como con los de Tönnies, de los que ya hemos hablado, y especialmente con los de Mannheim y de Renner, de los que hablaremos en breve.

SEGUNDA PARTE

DERECHO Y SOCIEDAD
EN LAS INVESTIGACIONES EMPIRICAS

CAPITULO OCTAVO

ORIGEN Y NATURALEZA
DE LAS INVESTIGACIONES EMPIRICAS

1. EL RECENTE DESARROLLO DE LAS INVESTIGACIONES
EMPIRICAS

En la primera parte he examinado las doctrinas de los juristas y de los sociólogos que han estudiado las relaciones entre derecho y sociedad en el plano teórico y que en líneas generales han considerado cada uno de los dos términos de la relación en su respectiva unidad y globalidad, como dos sistemas en posición de independencia o de subordinación. En esta segunda parte examinaré cómo ha sido estudiada tal relación por los investigadores empíricos que en general no consideran los dos términos de la relación integralmente y globalmente, sino que los consideran sectorialmente, particularmente, en los elementos singulares de que se componen.

Diré seguidamente que las investigaciones empíricas que examinaré ahora en sus orígenes, en sus métodos y en sus diversos campos de aplicación ocupan una parte muy importante en la moderna sociología del derecho. Para darse cuenta de ello basta con examinar un libro de 1966 que contiene doce ensayos sobre la situación en la que se encontraba entonces esta disciplina en los más diversos países y poner de manifiesto que el gran desarrollo de dicha materia ha tenido lugar en los años inmediatamente precedentes junto al gran desarrollo de las investigaciones empíricas. Tales investigaciones, en efecto, se habían realizado con notable amplitud en los Estados Unidos desde el final de los años cincuenta y se habían desarrollado con intensidad creciente, primero en los Estados escandinavos y en el Japón; después en Polonia, en Hungría, en la Unión Soviética, en otros Estados socialistas, y finalmente también en países como Francia y Alemania, que estaban ligados a una larga tradición de estudios teóricos. La constatación de este desarrollo de las investigaciones sociológico-jurídicas me inducía entonces a escribir en la introducción a aquel libro que la sociología

del derecho de los juristas teóricos y de los sociólogos clásicos era la sociología del derecho vieja y superada a la que se oponía la nueva sociología del derecho, es decir, aquella constituida por las investigaciones empíricas realizadas sobre hechos particulares y sobre problemas sectoriales que interesan grandemente a la vida y al desarrollo de la sociedad contemporánea¹.

Desde que escribí aquella introducción hasta hoy ha pasado un decenio y no me parece oportuno ya insistir sobre aquellas afirmaciones mías. Pero aunque asistamos en estos últimos tiempos a un retorno y a un renacimiento del interés por la sociología del derecho general, global, construida sobre nuevos modelos y con nuevas perspectivas, no se puede negar ciertamente que la investigación empírica de carácter particular y sectorial ocupa aún un puesto de primer plano en nuestra materia. Y para darse cuenta de esto basta con examinar la óptima bibliografía sobre la sociología del derecho recientemente publicada por M. Rehbinder² y constatar que entre las publicaciones de esta materia el espacio indudablemente mayor lo ocupan precisamente las que se refieren a investigaciones empíricas.

Dada la importancia y el lugar que ocupan estas investigaciones en la sociología del derecho contemporáneo, antes de hablar de los métodos y de los temas de tales investigaciones, indicaré en este capítulo cuáles han sido las corrientes de pensamiento que han dado lugar a dichas investigaciones y que han determinado su carácter y sus objetivos.

Examinaré así, en primer lugar, aquellas corrientes de pensamiento jurídico antiformalista que han auspiciado la realización de investigaciones sociológicas en el campo del derecho para servir a los fines prácticos de la legislación y de la jurisprudencia y que han puesto las bases de una disciplina que puede llamarse sociología en el derecho o sociología del derecho de los juristas³. Explicaré en segundo lugar cómo en algunas corrientes de pensamiento jurídico distintas de las indicadas precedentemente, es decir, en las corrientes de la teoría pura y de la teoría analítica del derecho, se puede encontrar un fundamento teórico y metodológico para desarrollar una sociología del derecho de los sociólogos, una sociología del derecho que desarrolle su trabajo como sociología particular entre las sociologías particulares.

¹ TREVES (ed. preparada por), *La sociología del diritto*, cit., p. 12.

² M. REHBINDER, *Sociology of Law. A Trend Report and Bibliography*, The Hague-Paris, 1975.

³ Sobre la distinción entre sociología en el derecho y sociología del derecho, cfr. BREDEMEYER, *Law as an Integrative Mechanism*, cit., p. 73. Para el sentido en que es usada aquí la distinción, cfr. G. TARELLO, «La sociología nella giurisprudenza», en *Sociología del diritto*, I, 1974, pp. 40-51, y también mis artículos «Tre concezioni e una proposta», en *Sociología del diritto*,

2. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO DE LOS JURISTAS. LA REVUELTA CONTRA EL FORMALISMO: LEGAL, CONCEPTUAL, JURISPRUDENCIAL

Las corrientes del pensamiento jurídico que han dado origen a la sociología en el derecho, es decir, a la sociología del derecho de los juristas, son a mi parecer las corrientes que se caracterizan por haber participado en la que puede llamarse, utilizando el título de un conocido libro de Morton White, *La revuelta contra el formalismo*⁴.

Del formalismo en la ciencia del derecho, en estos últimos años en Italia se ha hablado mucho y algunos estudiosos han desarrollado interesantes análisis proponiendo varios criterios de definición o de clasificación de dicho formalismo⁵. No debiéndonos ocupar aquí del formalismo, sino de la revuelta contra el formalismo en el campo del derecho, no seguiré sin embargo el camino andado hasta ahora. Seguiré otro que me parece responde mejor al objetivo propuesto aquí. Esto es, distinguiré tres tipos distintos de revuelta: la revuelta contra el formalismo legal, la revuelta contra el formalismo conceptual y la revuelta contra el formalismo jurisprudencial. Tres revueltas que han dado lugar a tres direcciones de pensamiento distintas entre sí, pero conectadas y coincidentes en muchos aspectos, y tres direcciones de pensamiento que llevan todas, en mayor o menor grado, a auspiciar y a promover la investigación sociológica en el campo del derecho.

Denoto como formalismo legal a aquella dirección de pensamiento que encuentra sus orígenes en las teorías del iusnaturalismo iluminista y su fundamento en algunos principios que, afirmados durante la revolución francesa y en la era napoleónica, fueron desarrollados y aplicados en el período sucesivo por obra de conocidos juristas, entre los cuales vamos a mencionar especialmente a

I, 1974, p. 6; «Considerazioni conclusive», en *Sociologia del diritto*, I, 1974, página 289. La sociología en el derecho que se realiza para los fines prácticos antes indicados coincide sustancialmente con la denominada «sociología aplicada». Se diferencia de ella, sin embargo, en cuanto que no presupone la existencia de una sociología de tipo distinto, mientras que la sociología aplicada presupone la existencia de una o más sociologías «no aplicadas», como, por ejemplo, la «sociología del derecho en general» y las diversas «ramas especializadas» de la sociología del derecho. Cfr. A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958; trad. cast. de G. Carrión, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963.

⁴ M. WHITE, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, New York, 1952; trad. it., *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, 1956.

⁵ Cfr. por ejemplo N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turin, 1955, cap. VII; *Iusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, parte II [trad. cast. de E. Garzón Valdés, de la parte II, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1965].

los franceses de la escuela de la exégesis. Los principios a los que me refiero son esencialmente: el de la identificación del derecho con la ley general abstracta, expresión de la voluntad popular, de un lado, y expresión de la razón, de otro lado; el de la plenitud del ordenamiento jurídico y por tanto de la falta de lagunas en el propio ordenamiento; el de la función declarativa y no creativa de la actividad jurisdiccional, es decir, de la función meramente lógica que reduce al juez, como decía Montesquieu, a simple *bouche de la loi*.

Para explicar cómo la revuelta contra el formalismo legal, que tiene su mayor desarrollo en Francia, prepara el ambiente y abre el camino a las investigaciones de sociología del derecho, creo que es oportuno recordar ante todo una de las obras más significativas de este movimiento: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, de François Gény. En esta obra, que se publica en 1899, el autor sostiene, en efecto, la tesis de que «los elementos puramente formales y lógicos que se presentan a los juristas en el aparato exterior clásico del derecho positivo son insuficientes para satisfacer los desiderata de la vida jurídica», y observa que de ello deriva «la consecuencia inevitable de que la jurisprudencia debe buscar, fuera y por encima de estos elementos, los medios para cumplir enteramente su misión»⁶. A su modo de ver, el ordenamiento jurídico no es completo, y cuando las fuentes formales del derecho positivo, es decir, la ley y la costumbre, resultan insuficientes, es necesario valerse de la libre investigación científica que puede descubrir «los elementos objetivos que determinan todas las soluciones demandadas por el derecho positivo». Esta libre investigación debe, «por un lado, interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases de la justicia; por otro lado, debe dirigirse a los fenómenos sociales para extraer de los mismos las leyes de su armonía y los principios de orden que demandan». Y en el dirigirse a estos fenómenos, la libre investigación deberá valerse entre otras cosas de las ciencias sociales. Hay que señalar a este propósito, dice Gény, ante todo la sociología de la que «desdichadamente» no se puede esperar hoy una ayuda eficaz por el estado de indeterminación y de confusión metodológica en que se encuentra. Hay que señalar además la psicología, la economía, la geografía, la estadística, etc. Hay que señalar finalmente aquellas investigaciones sobre la práctica notarial privada, sobre las decisiones judiciales, sobre la práctica administrativa, sobre los roles de la policía y de los otros operadores jurídicos, investigaciones que entran todas ellas, como veremos, en la sociología del derecho⁷. Si en esta obra Gény formula la invitación a la investigación, en una

⁶ GÉNY, *Méthode d'interprétation*, cit., vol. II, p. 234.

⁷ GÉNY, *ibid.*, pp. 79, 92, 137-43.

obra posterior y no menos importante presenta el cuadro teórico en el que se puede colocar dicha investigación. Me refiero a la obra de 1914, *Science et technique en droit privé positif*, en la cual el autor considera al derecho como «una función de la vida social» y como uno de los «elementos que informan y dirigen» esta vida. En esta obra afirma la exigencia de distinguir en el mismo derecho lo «dado», que se manifiesta en la vida social y que es el objeto de la ciencia, y lo «construido», que es obra de la voluntad artificial y que es el objeto de la técnica, y reconoce además que en relación al estudio de lo dado, la escuela sociológica tiene «el gran mérito de haber centrado la atención sobre la necesidad de sacar de la observación de la vida social todo lo que ésta puede dar y de haber indicado los mejores medios para aproximarse al ideal de la investigación objetiva»⁸.

A pesar de esta afirmación, no se puede decir que la escuela sociológica a la que se refiere Gény sea una escuela que haya hecho más de lo que el propio Gény hizo en favor del desarrollo de la investigación de la sociología del derecho. Así, se puede poner de manifiesto ante todo que los trabajos de Duguit y de Hauriou, de los que hemos hablado en la anterior parte, y otros numerosos trabajos orientados hacia el antiformalismo que se publican en Francia desde el inicio del siglo sobre los temas más diversos abren el camino a la investigación empírica, pero no realizan ni se proponen realizar tal investigación. Me refiero a trabajos sobre temas como éstos: «la vida del derecho y la impotencia de la ley», «la revuelta de los hechos contra el código», «la fuerza creadora del derecho», «las metamorfosis económicas y sociales del derecho privado contemporáneo»⁹. Se puede además observar que las investigaciones sobre la adopción, sobre el divorcio, sobre las sucesiones, sobre la sociedad, sobre la ejecución de los contratos, realizadas con el método del análisis de la documentación y de la indagación sobre los hechos, investigaciones que, según la opinión de los especialistas franceses, deberían constituir el núcleo de la sociología del derecho, no se confunden en absoluto con los trabajos de los juristas antiformalistas antes indicados, aunque puedan coincidir en los objetivos prácticos e integrarse recíprocamente. En relación con tales objetivos, es interesante mencionar que según Carbonnier, en estos últimos dos decenios los sociólogos del derecho han dado la impresión de haber modificado «su estrategia: en lugar de esperar a tener primero las conclusiones de una sociología jurídica especulativa para

⁸ ID., *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1927², vol. I, páginas 96-98; vol. II, pp. 82-83.

⁹ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908; G. MORIN, *La révolte des faits contre le code*, Paris, 1920; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, 1959; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, 1959.

pasar a la acción, se dirigen por el contrario directamente hacia la sociología aplicada, esperando suscitar, aunque los instrumentos sean aún imperfectos, el interés de los usuarios eventuales y principalmente de la administración y conquistar así un apoyo más consistente para nuevas investigaciones más elaboradas, primero empíricas y luego teóricas»¹⁰.

Por formalismo conceptual entiendo aquella dirección de pensamiento que encuentra su origen en la escuela histórica y su fundamento en la pandectística alemana y en general en las corrientes que han hecho coincidir el derecho con el derecho elaborado por la ciencia del derecho, con el derecho de los juristas (*Juristenrecht*). Tal formalismo ha tenido después sus mayores desarrollos en la jurisprudencia de los conceptos, en la jurisprudencia analítica, en la teoría general del derecho y en todas aquellas otras direcciones que se proponen determinar y definir los conceptos jurídicos extrayéndolos de las normas del derecho positivo y construir, sobre la base de éstos, el sistema jurídico libre de cualquier contenido histórico, sociológico o ideológico.

Es fácil darse cuenta de que la revuelta contra el formalismo así entendido, que se manifiesta especialmente en los países de lengua alemana, ha contribuido a la fundación de la sociología del derecho de manera no menos notable que la revuelta contra el formalismo legal desarrollada en los países de lengua francesa.

Mencionaré a este propósito, ante todo, la obra de R. Jhering, el jurista alemán que en la primera fase de su actividad de estudiante fue un conocido sostenedor del formalismo conceptual y que en la segunda fase inicia y desarrolla la revuelta contra el formalismo. Si se consideran los escritos de esta segunda fase se puede de hecho ver fácilmente cómo este autor hace una importante contribución a la fundación de la sociología del derecho, sin salirse sin embargo nunca del restringido campo de la ciencia jurídica, o más específicamente, como se ha dicho, del campo de la técnica jurídica¹¹. Así se puede por ejemplo poner de manifiesto que, tomando postura contra el formalismo conceptual, Jhering afirma la exigencia de que el jurista descienda del «cielo de los conceptos» a la tierra llana para tomar contacto directo con la concreta realidad de los hechos¹². En su última obra sobre el fin en el derecho examina algunos problemas característicos de la sociología del derecho, como

¹⁰ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 1972, p. 105; trad. cast. de Luis Díez-Picazo, *Sociología jurídica*, Madrid, 1977, p. 87.

¹¹ GÉNY, *Science et technique*, cit., vol. II, pp. 41-42.

¹² JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884; trad. italiana, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, introducción de F. Vassalli, Firenze, 1954, espec. *Nel cielo dei concetti giuridici*, pp. 269-354 [trad. cast. de Riaza, *Jurisprudencia en broma y en serio*, 1933].

el de las profesiones jurídicas o el de las relaciones entre derecho y economía y centra en fin sobre todo su atención sobre un concepto de fundamental importancia para nuestra materia: el concepto de interés que está estrechamente ligado al de fin. El fin, dice, «es el creador de todo el derecho», y el derecho alcanza su fin propio haciendo confluir hacia el mismo los intereses de los individuos. «La unión del propio fin con los intereses de otros», explica, constituye la fórmula sobre la que se apoya el derecho cuyo fin es esencialmente el de garantizar las condiciones de vida de la sociedad valiéndose del poder coercitivo del Estado¹³. Creo que es suficiente pensar en esta fórmula y en este fin para valorar la importancia de la contribución que Jhering hace a la apertura de la ciencia del derecho hacia los problemas de las ciencias sociales. De Jhering parten, en efecto, dos corrientes de pensamiento abiertas hacia estos problemas y por ello también en diversa medida hacia la sociología: la jurisprudencia de los intereses, por un lado, y el movimiento del derecho libre, por el otro¹⁴.

No viene al caso detenerse a hablar de la jurisprudencia de los intereses que fue desarrollada por autores como Ph. Heck y M. Ruemlin y que en la línea indicada por Jhering sostienen entre otras cosas que las leyes son «la resultante de los intereses de carácter material, nacional, religioso y ético que en toda comunidad jurídica se enfrentan y luchan por ser reconocidos»¹⁵. Es oportuno recordar, por el contrario, que el movimiento del derecho libre del que ya hemos hablado ha auspiciado la realización de la investigación sociológica *en el derecho* para los fines prácticos del derecho. El fundador del movimiento, en un escrito que también hemos mencionado¹⁶, después de haber observado que la investigación sociológica puede contribuir a hacer más eficaz la legislación y puede ser útil para la práctica jurisprudencial, concluye diciendo que ha llegado ya el momento de dedicarse al trabajo de integrar la jurisprudencia con la sociología. Y la investigación sociológica para los fines prácticos de la legislación y de la jurisprudencia no ha sido sólo auspiciada, sino también, aunque sea limitadamente, realizada. Es éste, por ejemplo, el caso de Ehrlich, que ha sido uno de los iniciadores del movimiento y que antes de escribir su clásico libro de sociología del derecho, al desviar su aten-

¹³ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877-86; trad. it., *Lo scopo del diritto*, Torino, 1972, pp. 6, 40, 47 y espec. cap. VIII; trad. cast. de L. Rodríguez, *El fin en el derecho. Sobre el tema véase también Der Kampf um's Recht*, Wien, 1872; trad. cast. de A. Posada, prólogo de L. Alas («Clarín»), *La lucha por el derecho*, Madrid, 1921.

¹⁴ Sobre los lazos que unen a estas corrientes con Jhering, cfr. M. G. LOSANO, *Introduzione a Jhering. Lo scopo del diritto*, cit., pp. LXIV-LXVII.

¹⁵ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1960; trad. castellana de E. Gimbernat, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966.

¹⁶ KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., *passim*.

ción de la actividad del juez a la determinación de los hechos jurídicamente relevantes, con el fin preciso de proponer reformas legislativas, realiza algunas investigaciones en el área rural próxima a Czernowitz. Es decir, que Ehrlich realiza «el análisis de la efectiva organización jurídica de unidades económicas particulares (por ejemplo, de fábricas, de haciendas agrícolas)» y sobre todo prepara «el ambicioso proyecto de realizar una investigación sobre todo el derecho efectivamente practicado en la Bucovina»¹⁷.

Es interesante poner de relieve que prosiguiendo en la vía abierta por Ehrlich, se ha formado y desarrollado una de las grandes corrientes de la sociología del derecho alemana fundada en gran parte sobre la investigación empírica. Una corriente que, en el ámbito del derecho, desarrolla investigaciones a las que se les atribuye una función instrumental en cuanto que ellas deben esencialmente proporcionar al juez y al legislador informaciones útiles para el desarrollo de su actividad práctica. Me refiero específicamente a aquella sociología en el derecho, a aquella investigación de los hechos del derecho, es decir, de los hechos jurídicamente relevantes (*Rechtstatsachenforschung*) que ha tenido su inicio con la obra de A. Nussbaum¹⁸ y sus mayores desarrollos en el «Instituto para la sociología del derecho y la investigación de los hechos del derecho», fundado por Hirsch y Rehbinder en la Universidad libre de Berlín y transferido posteriormente a la Universidad de Bielefeld¹⁹.

Entiendo por formalismo jurisprudencial aquella dirección de pensamiento americano que al inicio de este siglo se remontaba, de un lado, a la tradición iusnaturalista fundada sobre los principios del Estado de derecho y de la división de poderes, y encontraba del otro lado su expresión característica en un nuevo método de enseñanza: en el *case method*, que estudiaba el derecho tomando como base no ya los precedentes, es decir, «la ratio decidendi» de las decisiones anteriores, sino una selección predispuesta de casos particularmente importantes a los que se les atribuía un carácter normativo²⁰. Y bien puede decirse que contra este formalismo, en los Estados Unidos, en el período en el que se inicia la transformación de la economía agrícola en economía industrial, comienza a manifestarse en el campo del derecho aquella revuelta que aporta, entre otras cosas, contribuciones

¹⁷ FEBBRAJO, *Presentazione a Ehrlich, I fondamenti*, cit., p. XVII. Ehrlich fue durante varios años rector de la Universidad de Czernowitz, en Bucovina.

¹⁸ A. NUSSBAUM, *Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele*, ed. preparada por M. Rehbinder, Berlin, 1968.

¹⁹ Según Rehbinder, la escuela a la que él pertenece ha convertido la sociología del derecho en una sociología en el derecho, cfr. M. REHBINDER, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Frankfurt, 1971, p. 2.

²⁰ C. LANDELL, *A Selection of Cases of the Law of Contracts*, 1871, y también J. W. HURST, *The Growth of the Law: The Law Makers*, Boston, 1950, pp. 262-63.

de notable importancia para la formación de la sociología del derecho en los Estados Unidos, contribuciones no menos importantes que las aportadas por la misma revuelta que se manifiesta en los mismos años en los países europeos.

Para hacerse una idea de estas contribuciones, no se puede dejar de pensar, ante todo, en la obra de Oliver W. Holmes, que abre el camino hacia la investigación sociológica del derecho al afirmar, en un primer momento, que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia jurisprudencial, y al explicar, en un segundo momento, que el estudio racional del derecho, que debe llevar a conocer esta experiencia, o mejor a prever lo que los tribunales efectivamente hacen, es un estudio que debe ser realizado valiéndose preferentemente de la economía y de la sociología y no ya de la historia, sobre la cual nuestro autor había centrado la atención en la primera fase de su actividad científica²¹.

La jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound, que no se confunde con la sociología del derecho en cuanto que es jurisprudencia y no sociología²², afirma la exigencia de realizar investigaciones sociológicas en el campo del derecho con argumentaciones y consideraciones bastante más amplias y detalladas que las que pueden encontrarse expuestas en la obra de Holmes, en la que, por otra parte, se inspira fundamentalmente Pound. Según este último autor, la investigación sociológica en el campo del derecho debe servir esencialmente a los fines prácticos de la «ingeniería social». Y tales fines, que consisten en «poner orden en las relaciones humanas» y «en armonizar y reconciliar las pretensiones y exigencias en disputa», pueden de hecho alcanzarse únicamente tomando como base un análisis de los factores preceptivos (reglas, principios, doctrinas) y un análisis de los intereses (individuales, públicos, sociales), y desarrollando sobre esta base un conjunto de investigaciones que coinciden sustancialmente con las específicas de la sociología del derecho. Los seis puntos que según Pound deberían caracterizar el trabajo del jurista de la nueva generación coinciden por otro lado, en buena parte, con aquellos que caracterizan, en mi opinión, el trabajo del jurista sociólogo: «estudio de los concretos efectos sociales de los institutos y de las doctrinas jurídicas, estudio de los medios para convertir efectivamente en operativas a las normas jurídicas, estudio sociológico como actividad preparatoria de la promulgación de las

²¹ O. W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, 1881; *Id. The Path of the Law* (1897), ahora en *Collected Legal Papers*, New York, 1920.

²² Sobre el tema, cfr. mis «Considerazioni intorno alla sociologia giuridica», en *Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, 1960, vol. I, pp. 330-31, y también C. GEISS, «Sociology and Sociological Jurisprudence», en *Kentucky Law Journal*, 1964, 52, especialmente pp. 288 ss.; E. DÍAZ, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, 1974, pp. 190-93.

leyes, estudio de la metodología jurídica, elaboración de una historia sociológica del derecho, reconocimiento de la importancia de la solución razonable y equitativa de los casos particulares, mientras que la generación anterior se contentaba con la justicia abstracta de las normas consideradas en abstracto»²³.

La exigencia de desarrollar investigaciones empíricas para los fines prácticos de la jurisprudencia y de la legislación (sentida también por otros defensores de la jurisprudencia sociológica como Benjamin Nathan Cardozo)²⁴ es sentida después en mayor medida por los defensores del realismo jurídico americano: otra corriente de pensamiento que se vincula, como la de los autores anteriormente citados, a la enseñanza de Holmes. Los mayores representantes de esta corriente, como Karl Llewellyn y Jerome Frank, de hecho no han sentido únicamente esta exigencia, sino que también han hecho contribuciones de cierto relieve al estudio de muchos problemas característicos de la sociología del derecho, como los relativos a las decisiones de los jueces y a la función del derecho en la sociedad. Y tales contribuciones han sido aportadas por estos autores, así como por los autores anteriormente indicados, para fines esencialmente prácticos. Después de haber mencionado los puntos esenciales que caracterizan al realismo americano según Llewellyn, Giovanni Tarello observa que cuando se examinan estos «puntos nos apercibimos del hecho de que se trata del desarrollo... de los temas presentes en las ciencias sociales en América en los primeros dos decenios del siglo», vistos «desde la particular perspectiva de los juristas interesados en las técnicas prácticas de los hombres de leyes»²⁵.

²³ R. POUND, *Interpretations of Legal History*, London, 1923; trad. cast. y estudio preliminar de J. Puig Brutau, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1950.

²⁴ B. N. CARDZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921; trad. it. en el vol. *Il giudice e il diritto*, ed. preparada por V. Gueli, Firenze, 1962, pp. 46-67.

²⁵ TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, p. 62. En el período que precede a la última guerra, en Italia, la revuelta contra el formalismo, al estar esencialmente ligada a la filosofía idealista, no ha provocado ninguna apertura hacia la sociología y la investigación sociológica. Sobre el tema, cfr. mi «Dall'idealismo storicistico alla sociologia del diritto», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 410-35. En el período siguiente, con el declive del idealismo y la afirmación de los estudios sociológicos en la cultura italiana, el movimiento de revuelta contra el formalismo se ha mostrado más abierto hacia estos estudios. Sobre el tema, cfr. S. RODOTÀ, *Gli studi di diritto contemporaneo*, en A. AQUARONE, P. UNGARI y S. RODOTÀ (ed. preparada por), *Studi di storia e diritto contemporaneo*, Milano, 1968, páginas 93-158. Este movimiento antiformalista, preferentemente interesado en los problemas prácticos de la jurisprudencia y de la *Política del diritto* (éste es el significativo título de la revista dirigida por S. Rodotà), no ha destinado, sin embargo, aún un espacio suficientemente amplio a las investigaciones de sociología del derecho. Los sociólogos del derecho están, sin embargo, cada vez más interesados en este movimiento y, en general, en todos los estudios de los juristas abiertos hacia los problemas sociológicos, tal como puede verse en el reciente debate en torno al libro de F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1975, debate en el que han participado varios juristas y sociólogos del derecho, cfr. *Sociología del diritto*, II, 1975, páginas 143-59, 387-410.

Espero que las breves indicaciones hechas hasta aquí, sobre las revueltas contra el formalismo jurídico, sean suficientes para explicar cuál ha sido la contribución que los juristas que han participado en esta revuelta desde el inicio del siglo han podido hacer a la fundación de las investigaciones sociológicas en el campo del derecho en los distintos países. Espero también que de cuanto se ha dicho resulte claro que estas investigaciones no deben tener según estos autores fines propios, teóricos o cognoscitivos, sino que deben ser un simple medio a utilizar para los fines prácticos de la legislación y de la jurisprudencia.

Para darse cuenta de esta instrumentalización de la investigación sociológica hacia la que se orientan los juristas que han participado en la revuelta contra el formalismo, y para darse especialmente cuenta de los límites y de los peligros que esta instrumentalización comporta, puede ser útil recordar el comentario que Elmond Cahn hace a propósito de la denominada «Memoria» (*Brief*) de Louis D. Brandeis, que los sociólogos del derecho generalmente consideran como uno de los primeros e importantes ejemplos de investigación desarrollada en el ámbito de su propia disciplina. En esta memoria, en 1908, Brandeis, como abogado, antes de convertirse en juez, sostiene ante la Corte suprema la constitucionalidad de la ley que limitaba las horas de trabajo para las mujeres, sirviéndose preferentemente de argumentos sociológicos y utilizando datos extraídos de estadísticas americanas y europeas, de investigaciones y de comunicaciones de expertos de comités, de inspectores de fábrica, de funcionarios sanitarios, etc. Y a este propósito, como he dicho, a mi juicio es útil recordar que Cahn, separándose de la opinión de los más, ha puesto en evidencia el hecho de que esta memoria es un claro, aunque noble, ejemplo de instrumentalización de las investigaciones para fines prácticos de la legislación y de la jurisprudencia. «Abogados hábiles y astutos —dice— podrían preparar una memoria Brandeis como sostén de cualquier tipo de decisión judicial creadora de derecho»²⁶.

vez más interesados en este movimiento y, en general, en todos los estudios de los juristas abiertos hacia los problemas sociológicos, tal como puede verse en el reciente debate en torno al libro de F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1975, debate en el que han participado varios juristas y sociólogos del derecho, cfr. *Sociología del diritto*, II, 1975, páginas 143-59, 387-410.

²⁶ E. CAHN, «A Dangerous Myth in the School Segregation Cases», en *New York University Law Review*, XXX, 1955, p. 154.

3. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO DE LOS SOCIOLOGOS: SU FUNDAMENTO TEÓRICO Y METODOLÓGICO, SU CONCEPCIÓN COMO SOCIOLOGÍA PARTICULAR

A esta sociología *en el derecho*, auspiciada y promovida por juristas pertenecientes a las corrientes antiformalistas y fundada sobre investigaciones empíricas realizadas en el ámbito del derecho para fines prácticos del propio derecho, se contrapone, como he dicho al comienzo, el modelo de una sociología *del derecho* fundada también sobre la investigación empírica, pero distinta de la precedente en cuanto que estudia los fenómenos jurídicos para sus propios fines, teóricos y cognoscitivos, prescindiendo de considerar el problema de la utilización de los resultados que puede ser hecha por los prácticos.

Esta es la sociología del derecho de los sociólogos y de los científicos sociales que desarrolla investigaciones sobre los mismos temas de los que se ocupa la sociología del derecho de los juristas sin la preocupación de su inmediata utilización práctica y que orienta preferiblemente sus propias investigaciones sobre temas menos específicos y menos fácilmente utilizables para fines prácticos. Pienso, entre otras, en las investigaciones sobre el derecho de los pueblos primitivos, en las investigaciones sobre las reglas jurídicas que surgen de las costumbres del grupo, en las investigaciones sobre la desviación y sobre la reacción social a la desviación, en las investigaciones sobre los valores de la legalidad y de la justicia y en las investigaciones sobre los fenómenos jurídicos secundarios, es decir, sobre los fenómenos que se distinguen de los fenómenos jurídicos primarios porque no pertenecen de manera exclusiva al campo del derecho²⁷.

A propósito de esta sociología del derecho desarrollada por los sociólogos y por los científicos sociales, considero oportuno fijar la atención sobre dos puntos: en primer lugar, sobre la situación teórica y sobre el carácter metodológico que le viene atribuido a la sociología del derecho así entendida por la teoría pura y por la teoría analítica del derecho; en segundo lugar, sobre el ligamen que une a esta sociología con las sociologías particulares y que hace que se considere también ella como una sociología particular entre las sociologías particulares.

Sobre el primer punto comenzaré por mencionar que Kelsen, uno de los más autorizados representantes del formalismo, concibe la sociología del derecho como una ciencia empírica y la da una precisa colocación en relación con la ciencia del derecho. La ciencia del derecho, dice, «es ciencia limitada al conocimiento de normas»; la

²⁷ Sobre la distinción entre fenómenos jurídicos primarios y secundarios, cfr. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., pp. 111-14 [trad. cast., pp. 91-93].

sociología del derecho es, por el contrario, «una ciencia que se propone indagar las causas y los efectos de los sucesos naturales que, cualificados por las normas jurídicas, se presentan como actos jurídicos»²⁸. En otros términos, Kelsen distingue la ciencia del derecho entendida como ciencia «normativa» que estudia las reglas del deber ser, de la sociología del derecho entendida como ciencia natural que describe los hechos del ser, es decir, «los comportamientos efectivos» de los hombres en el ámbito del ordenamiento jurídico. Y entre los problemas de los que se ocupa la sociología del derecho así entendida, Kelsen indica ante todo los mismos problemas de los que se ocupan los sociólogos del derecho ligados a las corrientes jurídicas antiformalistas, pero con dos diferencias: ante todo que estos problemas no son objeto de la ciencia jurídica, como pensaba Ehrlich o Duguit, sino de una ciencia distinta de la ciencia jurídica, además que dichos problemas deben ser tratados con fines teóricos y cognoscitivos propios de las ciencias naturales, sin excluir obviamente la posibilidad de una utilización práctica de los resultados por parte de los operadores del derecho. Además de estos problemas, que son por ejemplo los de la eficacia de las normas jurídicas o de las causas y de los efectos sociales de las propias normas, Kelsen indica también otros problemas menos fácilmente utilizables para fines prácticos, y por ejemplo fija su atención y acomete personalmente el estudio del problema del derecho de los pueblos primitivos y el problema «de la creencia en la justicia», que son para él problemas específicos de la sociología del derecho²⁹. Está bien recordar a este propósito que Kelsen, que con tanto rigor ha procurado eliminar de la ciencia del derecho todo elemento ideológico y sociológico, calificado por él como metajurídico, escribe un libro que es en buena parte una obra de sociología. Me refiero al libro *Sociedad y naturaleza*, en el cual intenta poner de manifiesto la coincidencia de la idea de justicia con el principio de retribución en el pensamiento de los pueblos primitivos e intenta demostrar su tesis con argumentos extraídos de relatos de misioneros y de exploradores, de los resultados de las investigaciones realizadas por sociólogos y antropólogos en torno a la vida y a las costumbres de aquellos pueblos y especialmente de los indios de Norte y Centroamérica y de las tribus negras de Guinea y del Congo³⁰.

²⁸ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934¹; trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, compilado por R. Treves, Torino, 1970², pp. 53-55; Id., *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960²; trad. cast. de la primera ed., *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1941; cfr. también la traducción de la ed. francesa de 1953, con el mismo título, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960.

²⁹ Id., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 192-93, 207-212.

³⁰ H. KELSEN, *Society and Nature*, Chicago, 1943; trad. it. de L. Fuà *Società e natura. Ricerca sociologica*, Torino, 1953.

La tendencia a atribuir un carácter teórico y cognoscitivo a la sociología del derecho, prescindiendo de considerar la posible utilización práctica de sus resultados, ya clara en la teoría de Kelsen, ha encontrado un ulterior sostén en las teorías de juristas más o menos estrechamente ligados a la filosofía analítica. H. Hart, en su libro sobre *El concepto de derecho*, ha hecho una distinción fundamental entre el punto de vista interno y el punto de vista externo en la observación de las normas. El punto de vista interno es el punto de vista de aquel que acepta las normas en cuanto componente del grupo al que las normas se refieren, y que con una actitud prescriptiva las usa como guía de su propia conducta y como «fundamento de pretensiones, demandas, concesiones, críticas o sanciones, es decir, en todas las relaciones comunes de la vida reguladas por normas». El punto de vista externo es, por el contrario, aquel propio del observador que con una actitud descriptiva se limita a tomar nota «del comportamiento uniforme y regular» presente en un determinado grupo y consistente, por un lado, en la general uniformidad de la conducta de los miembros del grupo, y por el otro en el surgimiento habitual de una «reacción hostil» a las desviaciones de tal comportamiento³¹. Y es interesante poner de relieve que si bien Hart ha hecho esta distinción sobre todo para reivindicar el significado interno de la aceptación de las normas, algunos autores italianos han tomado esta distinción como base para definir y especificar mejor la naturaleza y los fines de la sociología del derecho, remontándose por otra parte a una tradición ya consolidada en el campo de nuestra materia³². Scarpelli desde 1965 afirma, por ejemplo: «el punto de vista del observador externo y el punto de vista del sociólogo: la sociología como ciencia empírica... tiene como acto constitutivo la asunción del punto de vista externo»³³. Más recientemente, Bobbio, después de haber afirmado que «no obstante toda la ayuda que el jurista puede y debe extraer del sociólogo, jurista y sociólogo realizan dos menesteres distintos», observa que esta diversidad resulta clarísima cuando se recurre a la distinción propuesta «por Hart entre punto de vista interno, que es el propio del jurista, y punto de vista externo, que

³¹ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 55-6, 86-7, 99-100; trad. cast. de G. Carrión, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1968, páginas 71-72, 110-111. Sobre el tema, cfr. también M. CATTANEO, «Diritto e società nel pensiero di Herbert Hart», en *Sociología del diritto*, I, 1974, pp. 61 ss.

³² La idea de asumir la distinción entre punto de vista externo y punto de vista interno como criterio para distinguir el punto de vista del sociólogo y el del jurista se encuentra, por ejemplo, en M. HUSSON, *Méthode sociologique et droit*, en el vol. H. BATIFFOL, N. BOBBIO y otros, *Méthode sociologique et droit*, Paris, 1958, p. 88, y en Y. DROR, «Prolegomenon to a Social Study of Law», en *Journal of Legal Education*, XIII, 1960, pp. 146-47.

³³ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 55.

es el propio del sociólogo»³⁴. Siguiendo esta misma vía, también yo, en un escrito posterior, he procurado distinguir los objetivos teóricos y cognoscitivos del sociólogo del derecho, de los objetivos prácticos de los operadores del derecho en base a la contraposición entre punto de vista externo y punto de vista interno³⁵.

El hecho de que algunos juristas de las corrientes formalistas y analíticas hayan dado un fundamento teórico y metodológico a la sociología del derecho como ciencia empírica orientada hacia fines esencialmente cognoscitivos, no debe hacer suponer que estos juristas se hayan dedicado a promover y a desarrollar las investigaciones en el sentido indicado. Más bien hay que reconocer que (salvo excepciones, como la de Kelsen) han sido, por el contrario, los sociólogos y los científicos sociales interesados de manera particular en el estudio de los fenómenos normativos e institucionales quienes se han dedicado a desarrollar esta actividad de promoción y de desarrollo y a dar vida a una sociología del derecho concebida como una sociología particular ligada a otras sociologías particulares y no directamente encaminada hacia problemas prácticos de la legislación y de la jurisprudencia. Con los sociólogos y los científicos sociales han podido y pueden evidentemente contribuir al desarrollo de la sociología del derecho así concebida también por los juristas, pero a condición de que no den preeminencia a los objetivos de su ciencia y utilicen solamente los conceptos y los instrumentos de ésta para fines cognoscitivos de la sociología y de las ciencias sociales. Kelsen ofrece un ejemplo en este sentido en su libro *Sociedad y naturaleza*. Otro ejemplo puede ofrecerlo un jurista de orientación bastante distinta de la kelseniana, es decir, el realista americano K. Llewellyn. Me refiero al libro *The Cheyenne Way*, escrito por este autor juntamente con el antropólogo E. A. Hoebel: un libro que presenta los resultados de investigaciones sobre las costumbres y sobre la formación de las reglas jurídicas en las tribus nómadas de los indios Cheyenne que habitaban originariamente las regiones lacustres y boscosas en el alto valle del Mississippi³⁶.

Para dar una idea de esta sociología del derecho de los sociólogos y de los científicos sociales, para poner de relieve su carácter de sociología particular entre las sociologías particulares y para explicar cómo sus objetivos son preferentemente teóricos, puede ser interesante mencionar, en fin, una de las contribuciones más significativas hechas para el desarrollo de esta misma sociología: la colección de ensayos de sociólogos y juristas contenida en el volumen *Law and Sociology*, preparado por William Evan, y especial-

³⁴ N. BOBBIO, *Il diritto*, en A. BABOLIN (ed. preparada por), *Le scienze umane in Italia oggi*, Bologna, 1971, p. 274.

³⁵ Cfr. mi art. *The concezioni e una proposta*, cit., p. 3.

³⁶ K. N. LLEWELLYN y E. A. HOEBEL, *The Cheyenne Way*, Oklahoma, 1941¹.

mente la introducción escrita por este autor, que por su formación no es tanto un sociólogo del derecho como un sociólogo de la organización³⁷. En su introducción, Evan afirma en primer lugar que las «vías de acceso (approaches) de la sociología del derecho» son cinco, a saber: «el análisis del rol, el análisis de la organización, el análisis normativo, el análisis institucional y el análisis metodológico». Explica además que estos cinco análisis están estrechamente conectados con los análisis propios de las sociologías particulares. El análisis del rol de diversos operadores jurídicos (jueces, abogados, administradores, agentes de policía, etc.) forma parte, dice Evan, de la sociología de las profesiones y es la más fácil «para el sociólogo que tiene relativamente poco conocimiento de las técnicas del sistema legal». El análisis de la organización coincide con el análisis de la sociología de la organización y se refiere al hecho «de que todo sistema legal recurre a alguna estructura organizativa para cumplir sus funciones propias». El análisis normativo, al tener por objeto el material más próximo a la ciencia del derecho, se desarrolla también preferentemente en el ámbito de la sociología en cuanto tiene sobre todo el objetivo de poner en relación «las normas jurídicas con sus valores subyacentes y con las unidades sociales y las situaciones de grupo que son objeto de normas jurídicas». El análisis institucional tiene como problema fundamental «la relación de una institución con otra institución en el ámbito de la estructura social de la sociedad». El análisis metodológico demuestra por sí mismo cómo, para el estudio de los problemas jurídicos, nos servimos de los instrumentos propios de la investigación sociológica: técnicas de encuesta, experimento, análisis estadístico de los datos documentales, etc.

He indicado el modo en que Evan considera estos análisis que componen nuestra materia para mostrar cómo los problemas de la sociología del derecho pueden ser vistos con el ojo del sociólogo o del científico social interesado, sobre todo, en el trabajo interdisciplinar y alejado de los problemas específicos de la praxis legislativa y jurisprudencial. No me detengo a hablar de otros estudiosos³⁸ que, como Evan, entienden la sociología del derecho como una sociología particular y hacen coincidir el área de la sociología del derecho con el área de las sociologías particulares, y no me detengo tampoco a hablar de los temas particulares que son comunes a la sociología del derecho y a las sociologías particulares porque de estos temas hablaré en los capítulos siguientes.

³⁷ EVAN (ed. preparada por), *Law and Sociology*, cit., introducción, pp. I-II.

³⁸ Cfr., por ejemplo, V. AUBERT, «Researches in the Sociology of Law», en *The American Behavioral Scientist*, VII, 1953, n. 4, pp. 16-20.

CAPITULO NOVENO

LOS METODOS DE LAS INVESTIGACIONES EMPIRICAS

1. EL PUNTO DE PARTIDA

En el capítulo anterior se ha dicho que el gran desarrollo de la sociología del derecho en estos últimos años se debe al desarrollo de las investigaciones empíricas. Se ha explicado también que han sido por un lado los juristas y por otro lado los sociólogos quienes han dado vida a dos distintos tipos de investigaciones sociológicas del derecho: unas más orientadas hacia los problemas prácticos de la legislación y de la jurisprudencia y otras más orientadas hacia los problemas teóricos del conocimiento. Ahora interesa dar algunas informaciones sobre los métodos usados en estas investigaciones, cualquiera que sea su origen y cualquiera que sea el fin hacia el cual se orientan.

Estos métodos son sustancialmente los mismos métodos de la investigación sociológica en general, con algunas características y algunas adaptaciones que son propias del objeto de que se ocupa la investigación sociológica del derecho. Sobre los métodos de la investigación sociológica en general, y por tanto también de la sociología del derecho, existe una vasta bibliografía y el discurso podría ser extremadamente amplio¹. Para los fines de este trabajo me limitaré a algunas indicaciones esenciales.

¹ Entre las obras más generales y accesibles de metodología de la investigación sociológica mencionaría: P. YOUNG, *Scientific Social Surveys and Research*, New York, 1939 [trad. cast., *Métodos de investigación social*, México, 1960]; W. J. GOODE y P. K. HATT, *Metodología della ricerca sociale*, Bologna, 1962 [trad. cast., *Métodos de investigación social*, México, 1967]; M. DUVERGER, *Métodos de las ciencias sociales*, Barcelona, 1962; J. MADGE, *Lo sviluppo dei metodi della ricerca empirica in sociologia*, Bologna, 1966; M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, París, 1972; H. HYMAN, *Disegno della ricerca e analisi sociologica*, 2 vols., Padova, 1967; A. PODGÓRECKI, *Law and Society*, London-Boston, 1974, parte II: *Research Methods in the Sociology of Law*, pp. 48-186.

El punto de partida de la investigación es obviamente el de la elección del tema, la formulación del problema, y no es ciertamente posible indicar cuáles son los motivos y cuáles las causas que llevan a esta elección: a veces es la exigencia de describir y de explicar fenómenos importantes que se manifiestan en la vida jurídica, y a veces es el deseo de verificar en los hechos la elaboración de ciertas teorías; a veces son las tendencias personales del investigador más interesado por los problemas de la familia, del trabajo, de la conducta desviada, etc., y a veces son las situaciones objetivas debidas a las estructuras institucionales, al ambiente cultural, a las modas intelectuales. Para dar una idea de la variedad y de la clase de los posibles motivos que llevan a la elección de un típico tema de investigación sociológico jurídico, puede ser interesante recordar un pasaje en el que Theodore Caplow indica estos motivos a propósito de la elección del tema del divorcio. El punto de partida, dice, puede ser en ciertos casos el interés por el hecho del aumento de la tasa de divorcios y de manera subordinada el deseo de especificar el modelo teórico que lo explique; en otros casos puede ser, por el contrario, el interés por el modelo teórico concerniente a los conflictos interpersonales y de manera subordinada el deseo de verificar tal modelo en un «buen campo de aplicación». Pero las causas que pueden determinar estas elecciones pueden ser muchas otras, tal vez de carácter personal y contingente, con frecuencia no declaradas ni declarables, que pueden de algún modo incidir en diversa medida sobre la naturaleza y sobre los resultados de la investigación. El investigador puede haber elegido el problema del divorcio «sea porque sus padres son divorciados y considera que la prevención del divorcio es una necesidad social urgente, sea porque nunca ha conocido personalmente a divorciados y siente interés por tal fenómeno..., sea porque ha podido obtener financiación para una investigación sobre el matrimonio y la familia, sea porque trabaja media jornada como consejero matrimonial y puede combinar su investigación con la actividad profesional, sea todavía porque desea probar un nuevo método de análisis o simplemente porque encuentra el tema interesante»².

Después de haber hecho la elección del problema, el investigador debe realizar otras dos operaciones preliminares: por un lado, debe definir el universo, es decir, los límites del área que quiere explorar, y por otro lado debe fijar las hipótesis, al menos la hipótesis inicial, que es sustancialmente la «propuesta de una respuesta al problema elegido», propuesta que supone una relación entre hechos significativos y que sirve para seleccionar de manera más o menos precisa los hechos observados y para darles la interpretación debida. La hipótesis puede tener orígenes diversos; puede derivar de la expe-

² T. CAPLOW, *L'enquête sociologique*, Paris, 1970, p. 116.

riencia de la vida común, o de los resultados de investigaciones anteriormente realizadas, o de resultados de teorías anteriormente elaboradas. Cualquiera que sea su origen, es opinión unánime que para ser válida debe estar formulada en términos claros, debe ser empíricamente verificable y debe poderse conectar con una teoría. Se ha dicho que la hipótesis indica el momento inicial de la investigación, pero esto no excluye que la formulación de las hipótesis las más de las veces guíen la investigación en todo su desarrollo. Los hechos que constituyen el problema y aquellos posteriormente recogidos para precisarlo sugieren nuevos hechos, los cuales llevan a nuevas hipótesis y éstas todavía a otros hechos. El proceso de recogida de los hechos y de elaboración de las hipótesis prosigue hasta que el investigador pone fin a su trabajo. Para dar un ejemplo de hipótesis iniciales puedo mencionar aquella de la investigación de Angelo Pagani sobre los jueces: «la hipótesis de que las disfunciones que se observan en el funcionamiento de la justicia en Italia podrían, al menos en parte, provenir de las específicas características sociales y culturales de los jueces italianos y que por tanto el estudio de los jueces y sus actitudes hacia la profesión y hacia la sociedad podría dar la clave para la interpretación de un aspecto relevante de la crisis de la justicia en Italia»³.

Después de la elección del problema, la determinación del universo y la formulación de las hipótesis iniciales, se puede proseguir con la investigación. Y en la investigación se pueden distinguir dos operaciones distintas: por un lado el análisis de los documentos, y por otro la encuesta, es decir, el análisis de los hechos. Esta distinción, que puede ser útil para fines expositivos y didácticos y que precisamente por esto conviene adoptar aquí, es sin embargo de por sí misma, está bien decirlo, no muy rigurosa, porque, como advierte Carbonnier, los documentos se refieren con frecuencia a hechos que han sido observados en la encuesta, y los hechos observados en la encuesta están frecuentemente a su vez «consignados» en los documentos⁴.

2. LA DOCUMENTACIÓN

Los documentos que son objeto del análisis del sociólogo del derecho pueden ser documentos jurídicos y documentos no jurídicos.

Entre los documentos jurídicos pueden distinguirse aquellos cuyo contenido está previsto y valorado por el derecho, tal como pueden ser las leyes, las sentencias judiciales, los laudos arbitrales, los testamentos, los contratos de distinto tipo y los actos notariales

³ A. PAGANI, *La professione del giudice*, Milano, 1969, p. 9.

⁴ CARBONNIER, *Sociología jurídica*, cit., pp. 154 ss.

en general y aquellos que tienen por contenido un simple discurso sobre el derecho, tal como pueden ser por ejemplo las memorias anuales de los procuradores generales, los artículos sobre temas jurídicos publicados en los periódicos de los órdenes profesionales, los trabajos de doctrina y de jurisprudencia.

Obviamente no viene al caso hacer aquí un elenco de los documentos jurídicos que pueden ser objeto de investigaciones sociológicas, pero es interesante en su lugar hacer algunas observaciones sobre el punto de vista desde el que el sociólogo del derecho considera estos documentos y sobre los métodos de los que se vale para hacer el análisis de ello.

En relación con el punto de vista antes indicado, puede decirse que el sociólogo del derecho considera el documento no tanto a la luz de las normas del derecho positivo a que se refiere, como a la luz del contexto social en el que se sitúa el fenómeno jurídico contenido en dicho documento. Así, por ejemplo, en las investigaciones sobre testamentos el sociólogo del derecho busca no tanto saber si y en qué medida han sido aplicadas las normas vigentes, como conocer la edad y la extracción social del testador o la naturaleza y la ubicación de los bienes poseídos o el tipo de despacho notarial en el que el testamento ha sido depositado. Análogamente, en las investigaciones sobre sentencias, que en las investigaciones documentales son las más numerosas e importantes, los sociólogos del derecho concentran frecuentemente su interés no tanto sobre los perfiles jurídicos, como sobre los motivos de hecho, y consideran preferentemente las sentencias inéditas. En estas investigaciones sobre sentencias, los sociólogos del derecho, a diferencia de los juristas, demuestran además su interés por conocer la extracción social, la formación cultural, la ideología política del magistrado y por especificar los motivos psicológicos, económicos o sociológicos que pueden haber inducido a las partes a iniciar, a llevar hasta el final o acaso a interrumpir la litis. Este punto de vista en el que se coloca el sociólogo investigador en el análisis del documento jurídico no exonería obviamente al propio investigador de tener una preparación jurídica adecuada: sin preparación jurídica no estaría en condiciones de examinar el documento y de comprender el significado de los conceptos y de los elementos teóricos contenidos en él.

En la investigación sociológica los documentos jurídicos pueden ser analizados siguiendo dos métodos distintos: el método clásico, más o menos derivado de la crítica literaria, y el método cuantitativo, que consiste esencialmente en el denominado análisis de contenido. El método clásico es aquel que con un análisis interno del documento trata de identificar las líneas esenciales y los aspectos secundarios de su contenido, y que con un análisis externo trata de juzgar la autenticidad y de valorar la repercusión social de dicho

documento. El método cuantitativo es aquel que trata de corregir los defectos del método clásico; defectos que derivan de su inspiración intuitiva y subjetiva. El método cuantitativo se sirve para tal fin de una técnica particular mediante la cual el contenido de los documentos se descompone en sus elementos constitutivos (palabras, frases, párrafos, símbolos y palabras clave), elementos que son después clasificados en categorías preestablecidas y calculados en cuanto al número e intensidad. Ciertamente no viene aquí al caso dar mayores detalles sobre los procedimientos y las técnicas de este último método sobre el que se han escrito ya bibliotecas enteras. Indicaré solamente que este método es ampliamente usado por los sociólogos del derecho. En Noruega, por ejemplo, V. Aubert, en su investigación sobre los objetores de conciencia, ha efectuado el análisis del contenido de doscientas cuarenta y seis sentencias dictadas por cinco tribunales militares en el período 1947-1954⁵. También en Noruega, T. Syrdahl ha efectuado el análisis de seiscientas sentencias de la Corte suprema con el fin de comparar el tipo de decisiones tomadas por los jueces suplentes con las tomadas por los jueces efectivos⁶. En Dinamarca, P. Wolf ha efectuado un estudio comparado de los códigos penales de los países escandinavos sirviéndose de la técnica del análisis de contenido⁷. En el ámbito de una investigación realizada en Hungría en torno al conocimiento de las normas y de los factores que las condicionan, en 1968 se ha realizado el análisis de contenido de algunos periódicos⁸. En el ámbito de la investigación italiana sobre la administración de justicia, G. Fredi ha hecho el análisis de contenido de algunos años de la revista «La magistratura», mientras que E. Moriondo ha hecho el análisis clásico de la misma revista⁹. No se debe olvidar que el análisis de contenido de documentos jurídicos exige del investigador una preparación jurídica de alto nivel, en cuanto que para realizar dicho análisis es necesario afrontar delicados problemas de definición y de clasificación de conceptos.

Los documentos no jurídicos que pueden ser objeto de análisis sociológico jurídico son aquellos documentos literarios, históricos,

⁵ V. AUBERT, *Conscientious Objectors Before Norwegian Military Courts*, en G. SCHUBERT (ed. preparada por), *Judicial Decision Making*, New York, 1963, pp. 211-19.

⁶ P. NORSENG, *L'attività di ricerca in Norvegia*, en TREVES (ed. preparada por), *Nuovi sviluppi*, cit., pp. 210-11.

⁷ A. WEIS BENTZON, *La sociologia del diritto in Danimarca*, en TREVES (ed. preparada por), *Nuovi sviluppi*, cit., p. 73.

⁸ K. KULCSAR, *La sociologia del diritto in Ungheria*, en TREVES (ed. preparada por), *Nuovi sviluppi*, cit., pp. 65-66.

⁹ Cfr. mi *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*, Bari, 1970, p. 55 [trad. cast. de F. Laporta y A. Zaragoza, revisada y anotada por L. Mosquera, escrito preliminar de E. Díaz, *El juez y la sociedad*, Madrid, 1974, p. 98].

económicos, etc., en cuyo contexto es posible encontrar un mensaje jurídico. Entre estos documentos se pueden distinguir aquellos en los que este mensaje es confuso y disperso en todo el conjunto y se reduce a veces a un simple elemento, a un simple detalle y aquellos en los cuales este mensaje es más relevante, más preciso. Es interesante mencionar que los escritos no jurídicos, por lo general literarios, que tocan temas jurídicos han sido recogidos y frecuentemente estudiados con mucha agudeza por juristas que se han servido generalmente del método clásico derivado de la crítica histórica o literaria¹⁰. El método cuantitativo, el denominado análisis de contenido, es por el contrario más frecuentemente utilizado en el estudio sociológico jurídico de otro tipo de documentos no jurídicos, es decir, en el estudio del mensaje jurídico contenido en los medios de comunicación de masas como la prensa diaria y las transmisiones radio-televisivas. También el documento iconográfico puede ser objeto de investigación sociológico-jurídica. Carbonnier menciona las representaciones pictóricas de la justicia situadas en las salas de los tribunales y los infinitos cuadros que representan escenas de procesos y de juicios, pero no da información de estudios sociológico-jurídicos sobre estos documentos iconográficos¹¹. Puede ser por ello interesante mencionar a este propósito que en Italia, en el ámbito de la investigación sobre la administración de justicia, de la que hablaremos en seguida, ha sido realizada una investigación sobre la imagen del juez en el cine italiano y que el autor de esta investigación, V. Tomeo, en la primera fase de su trabajo, realiza un análisis de los contenidos narrativos de los films producidos en Italia entre 1946 y 1965, sirviéndose preferentemente del método clásico¹².

3. LA OBSERVACIÓN, EL MUESTREO, LA ENTREVISTA, EL CUESTIONARIO

Conjuntamente e independientemente del análisis de los documentos se desarrolla el análisis de los hechos: la encuesta. Sobre la encuesta, la bibliografía es todavía más vasta que sobre la documentación. Me limito a dar algunas indicaciones esenciales sobre los siguientes temas: observación, muestreo, entrevista, cuestionario.

¹⁰ Cfr., por ejemplo, F. PERGOLESI, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna*, Bologna, 1956; E. LONDON (ed. preparada por), *The World of Law*, New York, 1960, vol. I: *The Law in Literature*; vol. II: *The Law as Literature*; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, París, 1971² [trad. cast. y prólogo de L. Díez-Picazo. *Derecho flexible*, Madrid, 1974]; *Sociología jurídica*, cit., páginas 164-167.

¹¹ CARBONNIER, *Sociología jurídica*, cit., pp. 167 ss.
¹² V. TOMEÓ, *Il giudice sullo schermo*, Bari, 1973.

La observación constituye el primer momento de la encuesta, el momento en el que el investigador, como suele decirse, desciende sobre el terreno. Generalmente se distingue la observación participante de la observación no participante.

La observación con participación es aquella en la que el investigador se inserta en el grupo social que estudia y toma parte en la vida del grupo. A fines del siglo pasado, para estudiar los fenómenos relativos al derecho del trabajo entonces naciente, Charles Booth se fue a vivir a los barrios más pobres de Londres, participó en la vida de los obreros, compartiendo con ellos sus pasiones, sus sufrimientos y sus esperanzas, y llegó así a trazar una pintura viva «de los conflictos de trabajo, de sus causas, de sus modos de solución, de los juicios arbitrales, de las leyes laborales, de los abusos de los empresarios, etc.»¹³. A comienzos de este siglo, para estudiar un problema de sociología de las conductas desviadas, hoy incorporada en la sociología del derecho, y precisamente el problema de los vagabundos, N. Anderson viajó y vivió durante un largo tiempo con estos hombres y logró poner de manifiesto una gran cantidad de datos sobre sus costumbres, sus reglas y sus modos de pensar, datos que habrían sido imposibles de obtener si no se hubiese podido por este medio eliminar las barreras y las distancias sociales¹⁴. En fechas más recientes, J. Galtung, detenido en la cárcel en calidad de objetor de conciencia, estudió la comunidad de los detenidos mediante la observación con participación¹⁵.

La observación sin participación es aquella mediante la cual el investigador observa desde fuera el fenómeno que estudia. Y esto puede ocurrir de manera clara y abierta, tal como sucede cuando, confundido entre el público, asiste a las diversas fases de un proceso judicial, o a la celebración de un matrimonio, o a la votación de una ley. También puede suceder esto, aunque más raramente, en forma secreta. Schur nos da este ejemplo de un tipo de observación hecho en esta forma: «En 1954 las discusiones y las deliberaciones de cinco jurados de un tribunal federal de Kansas fueron registradas mediante micrófonos escondidos en la sala de consejos. Esta técnica de investigación se adopta con el permiso de los jueces y de los abogados interesados en los juicios particulares, pero sin informar al jurado. Lo registrado fue después modificado de tal modo que no fuera posible individualizar ni los juicios específicos

¹³ C. BOOTH, *Life and Labour of the People of London*, London, 1892-97, y también YOUNG, *Scientific Social Survey*, cit., p. 15.

¹⁴ N. ANDERSON, *The Hobo: the Sociology of the Homeless Man*, Chicago, 1923.

¹⁵ J. GALTUNG, *Prison. The Organization of Dilemma*, en D. R. CRESSEY (ed. preparada por), *The Prison. Studies in Institutional Organization and Change*, New York, 1961, pp. 107-45.

a los que se referían, ni la identidad de los jurados.» Schur recuerda que él acontecimiento levantó discusiones en la prensa y dio lugar a una encuesta del Senado que se concluyó con una ley federal que instituía sanciones penales contra cualquier intento de escucha o de registro de las deliberaciones de los jurados¹⁶. A propósito de esta distinción entre observación con participación y sin participación, conviene advertir que en la práctica no es nunca muy clara y son muchos los casos intermedios difícilmente clasificables. La observación con participación frente a la sin participación presenta la ventaja de penetrar más en profundidad, pero puede tener también el defecto de ser menos objetiva, porque el juicio de quien participa en cierta medida en la vida del grupo puede estar fácilmente perturbado por factores emotivos y sentimentales y porque en ciertos casos la presencia del investigador puede influir sobre el objeto de la investigación y modificar en parte su espíritu y contenido.

El muestreo es el método mediante el cual se extrae del universo objeto de las investigaciones un limitado número de individuos o casos representativos con el fin de reducir, por un lado, el trabajo de la investigación y de obtener, por el otro, una imagen suficientemente precisa del objeto estudiado. El muestreo puede realizarse mediante una elección casual, esto es, por sorteo, o mediante una elección razonada. El primer tipo de elección puede dar lugar o al muestro probabilista simple, en el que ciertamente se trata de hacer que todos los elementos que componen el universo tengan igual oportunidad de resultar sacados a suerte, o el muestreo estratificado, que se obtiene cuando el universo es divisible en subgrupos y se construye una muestra reuniendo las muestras probabilistas de los subgrupos particulares. El segundo tipo de selección, esto es, la selección razonada, puede dar lugar al muestreo por cuota. Es éste el muestreo que se obtiene cuando se establece, por ejemplo, que determinadas características (sexo, edad, extracción social, grado de instrucción, etc.) deben encontrarse en la muestra una proporción (cuota) igual a la que existe en el universo y cuando en el ámbito de cuotas preestablecidas el investigador elige libremente los individuos y los casos a examinar. Obviamente, no viene al caso entrar en detalles sobre este tema. De todos modos, es oportuno advertir todavía que frecuentemente nos podemos servir de un método mixto procediendo por ejemplo a una selección por sorteo en el ámbito de categorías determinadas en base a una elección razonada. Es oportuno recordar también que la bondad de la investigación y lo atendible de los resultados depende en gran parte de la representatividad de la muestra, representatividad que puede medirse con varios sistemas de tipo matemático.

¹⁶ E. M. SCHUR, *Law and Society. A Sociological View*, New York, 1968, página 143.

La entrevista puede definirse como «el encuentro entre dos o más personas en el curso del cual una persona, el entrevistador, interroga a otra u otras personas, los entrevistados, con el fin de conocer su opinión sobre algunos puntos o hechos que le interesan»¹⁷. Como tal, no es solamente uno de los medios más importantes y más ampliamente utilizados en la encuesta, sino que es también, como frecuentemente se ha observado, un proceso de interacción social en el que entre el entrevistador y los entrevistados se ejercen influencias recíprocas y se realiza un intercambio de mensajes, de informaciones, de intuiciones. Las entrevistas pueden ser clasificadas en base a diversos criterios y pueden ser calificadas de maneras diversas: la entrevista no estructurada, caracterizada por la total libertad dejada al entrevistador, al que se le ha prescrito con carácter de principio sólo el punto de vista con el que debe completar sus observaciones, mientras que la estructura del coloquio y la elección de las preguntas se dejan a su criterio; la entrevista focalizada, que es también una entrevista no estructurada, pero que se distingue de la anterior porque está circunscrita a un tema preciso y en relación a determinadas hipótesis de trabajo que el investigador ha elaborado anteriormente en base a la consideración del tema mismo; la entrevista estructurada es aquella en la que se han pre visto todos los detalles del comportamiento del entrevistador, comprendidas las variantes constituidas por aquellas preguntas que deben realizarse solamente a ciertos grupos del universo a explorar¹⁸.

El cuestionario es un instrumento apto para obtener respuestas a preguntas determinadas relativas a los temas que constituyen el objeto de la investigación. Puede utilizarse en la entrevista o enviarse por correo. Se compone generalmente de una cédula o módulo donde se colocan y ordenan sistemáticamente las preguntas, y de una guía que contiene las instrucciones para responder a las preguntas. Las preguntas pueden ser cerradas cuando dejan pocas alternativas para responder, o abiertas cuando no están ligadas a alternativas fijas predeterminadas. Las respuestas pueden referirse a hechos o a comportamientos, a creencias u opiniones. En la disposición de las cuestiones, el investigador «debe tener presente que todo elemento en un cuestionario constituye idealmente una hipótesis o parte de una hipótesis. Es decir, la inclusión de cualquier elemento debe estar justificada sobre la base del hecho de que el investigador puede lógicamente esperar que la respuesta será significativa para el problema central.» La sistematización de las

¹⁷ F. FERRAROTTI, *Trattato di sociologia*, Torino, 1972², p. 470.

¹⁸ Es interesante recordar que los sociólogos del derecho suelen oponer a la metodología de la entrevista, la del interrogatorio. Cfr., por ejemplo, T. A. COWAN, *What Law can do for Social Sciences*, en EVAN (ed. preparada por), *Law and Sociology*, cit., pp. 94-98.

cuestiones debe ser de tal modo que haga ciertamente que el módulo entero forme una unidad. Es decir, debería haber un desarrollo lógico por el que el interrogado resulte: «1) motivado por la entrevista en cuanto que desperta su interés; 2) llevado con facilidad de preguntas simples a preguntas más complejas; 3) no sometido a una demasiado anticipada e imprevista demanda de informaciones personales; 4) no instado a dar una respuesta que podría incomodarle sin posibilidad de explicarse; 5) llevado de la manera más suave posible a pasar progresivamente de un cuadro de referencia a otro»¹⁹.

Al hablar del muestreo, de la entrevista y del cuestionario, no he dado ningún ejemplo de investigaciones sociológico-jurídicas en las que estos instrumentos hayan sido utilizados, porque puede decirse que todas o casi todas las investigaciones de las que hablaremos en los capítulos sucesivos son ellas mismas ejemplos en cuanto que se sirven siempre en mayor o menor medida de estos instrumentos. Aquí es necesario solamente advertir que para el estudio de un problema jurídico, el investigador sociólogo que utiliza los instrumentos indicados no puede dejar de disponer, además de la técnica de la investigación sociológica, también de una específica preparación jurídica. Debe tener, por ejemplo, un conocimiento específico del fenómeno jurídico estudiado para poder especificar las variables que deben tenerse presente en el trabajo de muestreo. Sobre todo debe saber usar el lenguaje de los juristas en los casos en que sea necesario, y debe saber traducir el lenguaje de los juristas al lenguaje común en los casos en los que por el contrario resulte necesario lo opuesto. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que, para conocer los efectos de la puesta en vigor de una determinada ley, deban realizarse entrevistas libres o con cuestionarios a operadores del derecho como jueces, abogados, notarios, o en el caso en que, para el mismo fin, deban realizarse entrevistas con muestras de gente indeterminada que las más de las veces ignoran el contenido de dicha ley y deben ser informados de ello por los entrevistadores en un lenguaje simple, llano, adaptado a su nivel cultural y a su formación personal. Y piénsese también en el conocimiento jurídico específico que es necesario en todos estos casos en los que el investigador empírico está llamado a realizar una investigación sobre las modalidades y sobre la duración del proceso, sobre las decisiones de los jurados y de los tribunales, sobre el aprendizaje profesional de los abogados, sobre sus relaciones con los clientes, etc.

¹⁹ Goode y Hatt, *Metodología*, cit., pp. 215-18.

4. LA MEDICIÓN, EL EXPERIMENTO

Para la medición en las investigaciones sociológico-jurídicas, y especialmente en aquellas sobre la opinión de la gente sobre el derecho, se hace frecuentemente uso de las denominadas «escalas». Las escalas son instrumentos que sirven para transformar características cualitativas en variables cuantitativas y por tanto para atribuir automáticamente a cualquier sujeto, en base a sus respuestas, una posición a lo largo de una escala que va desde una aprobación entusiasta a una desaprobación total, pasando por estadios intermedios. Se ha escrito mucho sobre estas escalas, especialmente después de las vivas discusiones suscitadas por la publicación del libro sobre *La personalidad autoritaria*, libro en el que se hace amplio uso de escalas ideológicas²⁰. No es éste el lugar para detenerse a hablar de los múltiples problemas que afectan a la construcción y al uso de escalas, a su veracidad y a su validez, a sus diversos tipos de clasificación: escalas de distancias sociales, escalas sociométricas, escalas de valoración, etc. Cabe mencionar, como ejemplo, la escala de Crespi, que ha sido utilizada para medir las diversas actitudes hacia los objetores de conciencia, y que está constituida por las seis siguientes proposiciones: «1) No tengo ningún motivo para tratar a un objector de conciencia de manera distinta a otra persona cualquiera y no tendría nada en contra a que entrara a formar parte de mi familia como consecuencia de matrimonio. 2) Aceptaría a los objetores de conciencia todo lo más como amigos. 3) Aceptaría tener que ver con objetores de conciencia solamente para relaciones ocasionales. 4) No quiero tener que ver con objetores de conciencia. 5) Pienso que los objetores de conciencia deberían ser encarcelados. 6) Pienso que los objetores de conciencia deberían ser fusilados como traidores»²¹. También cabe mencionar la escala utilizada por Tomeo, Cerutti y Biancardi para medir las diversas actitudes de los adolescentes frente al concepto de sanción. Se formularon veinticinco proposiciones como las siguientes: «1) la delincuencia puede combatirse únicamente agravando las penas; 2) no basta con reprimir los delitos, es necesario eliminar las causas que los determinan; 3) para ciertos delitos sería justo que se introdujera la pena de muerte; 4) existen delitos tan insignificantes que no deberían ni siquiera ser castigados...». Las respuestas se graduaron en cinco niveles, de un máximo a un mínimo de acuerdo o de desacuerdo. Los autores explican que han adoptado en su escala un criterio que «permite que las respuestas positivas tengan en algunos casos el significado de actitudes favorables y en otros desfavorables: este método permite

²⁰ ADORNO, FRANKEL-BRUNSWIK, LEVINSON y SANFORD, *The Authoritarian Personality*, New York, 1950; trad. it., *La personalità autoritaria*, Milano, 1973.

²¹ A. BRIMO, *Les méthodes des sciences sociales*, Paris, 1972, p. 242.

reducir al mínimo los denominados "efectos de arrastre" debidos a la tendencia mecánica al acuerdo y al desacuerdo»²².

El experimento es un instrumento de investigación que consiste en producir artificialmente un fenómeno y en provocar una observación cuyo resultado, que no puede ser establecido por anticipado, sea tal que permita conocer mejor dicho fenómeno. El experimento, que es ampliamente utilizado en las ciencias naturales, puede ser usado también, dentro de ciertos límites y en determinadas condiciones, en las ciencias sociales y en la sociología del derecho. En los Estados Unidos, por ejemplo, Rita Simon ha realizado un experimento para ver si la publicidad hecha con los medios de la comunicación de masas antes de un proceso puede o no puede influir sobre el veredicto de los jurados, y a tal fin ha constituido un grupo ficticio de jurados con una muestra análoga a la de los jurados verdaderos y ha advertido el efecto que sobre el veredicto de este grupo ficticio puede tener la lectura de determinados artículos de periódicos preparados a propósito²³. También en los Estados Unidos, Richard D. Schwartz y Jerome H. Skolnick, sirviéndose de empleados ficticios de una ficticia agencia de colocación, han realizado un experimento para aclarar cómo se comportan los potenciales ofertores de trabajo frente a quienes en el pasado han sido procesados por un delito y para documentar cómo las consecuencias del procesamiento se extienden más allá del procedimiento sancionatorio oficial²⁴. En Dinamarca, V. E. von Eyden, para conocer mejor la praxis seguida en la determinación de las penas, ha realizado un experimento construyendo una serie de hipótesis teóricas «sobre casos controvertidos, cada una acompañada de una breve descripción de los delincuentes y del delito. Los sumarios correspondientes fueron sometidos al examen de un cierto número de jueces en Holanda, Noruega, Suecia y Dinamarca..., pidiéndoles que indicaran qué decisiones, en los casos descritos, se habrían tomado en su jurisdicción»²⁵.

De estos experimentos realizados con la construcción de fenómenos ficticios, se distinguen los denominados experimentos legislativos, que consisten o en la puesta en vigor en un período de prueba de disposiciones legislativas que en un período posterior

²² V. TOMEI, P. G. CERUTTI y R. BIANCARDI, «Giustizia, norma e sanzione. Una ricerca pilota sull'atteggiamento degli adolescenti», en *Sociologia del diritto*, 1975, pp. 122-23.

²³ R. SIMON (ed. preparada por), *Sociology of Law. Interdisciplinary Readings*, San Francisco, 1968, pp. 617-27. Sobre los experimentos sobre jurados, cfr. E. L. STRODTBECK, *Social Process, the Law and Jury Functioning*, en EVAN (ed. preparada por), *Law and Sociology*, cit., pp. 144-64.

²⁴ R. D. SCHWARTZ y J. H. SKOLNICK, «Two Studies of Legal Stigma», en *Social Problems*, otoño de 1962, vol. X, n. 2, pp. 133-42.

²⁵ T. ECKHOFF, *La sociologia del diritto in Scandinavia*, en TREVES (ed. preparada por), *La sociologia del diritto*, cit., p. 60.

serán declaradas válidas de manera definitiva, o bien en la puesta en vigor, de manera experimental y sobre un área relativamente restringida, de disposiciones legislativas que deberán después extenderse a un área más vasta. Un ejemplo del primer caso nos lo ofrece la ley de 1954 relativa a la introducción del código penal en Groenlandia, ley que en uno de sus artículos disponía «el estudio de los efectos de la aplicación del código con el fin de ver si dicho código se adaptaba o no a la comunidad en la que se aplicaba», y confiaba al sociólogo del derecho Verner Goldschmidt, que había redactado el código sobre la base de observaciones hechas sobre las costumbres de aquel país, el encargo de aplicar en calidad de juez dicho código y de profundizar de esta manera en el problema indicado²⁶. Un ejemplo del segundo caso nos lo ofrece la institución de manera provisional en una provincia polaca de los denominados tribunales de los trabajadores antes de extender dicha institución de manera definitiva a todas las provincias del país. El experimento de estos tribunales constituidos por los mismos trabajadores con competencia limitada a pequeñas infracciones, y con la única sanción de la llamada a la opinión pública, ha dado resultados positivos y ha demostrado «que para reprimir ciertos comportamientos nocivos para la sociedad, la presión de la opinión de los compañeros de trabajo es más eficaz que las sanciones legales tradicionales»²⁷. Numerosos experimentos legislativos de este tipo han sido efectuados en la Unión Soviética y en otros Estados socialistas, especialmente en materia de derecho del trabajo y de derecho de la economía. Hay que señalar que los experimentos legislativos, a diferencia de los experimentos verdaderos y propios de los que hemos hablado, no pueden efectuarse «con cualquier procedimiento puramente científico al estar vinculados siempre a la actividad de órganos estatales de intervención»²⁸.

Nuestro discurso podría continuar sobre otros temas: sobre la recogida de los datos, sobre la codificación (es decir, sobre la traducción de los datos recogidos en forma que permita un análisis cuantitativo), sobre la preparación de las tablas, sobre la presentación de la comunicación final. Pienso, sin embargo, que cuanto se ha dicho hasta aquí es suficiente para dar una idea de los métodos

²⁶ V. GOLDSCHMIDT, «Un experimento di codificazione del diritto penale», en *Quaderni di sociologia*, XIV, 1965, pp. 339 ss.

²⁷ A. PODGORECKI, «Sociological Analysis of the Legal Experiment Survey of Workers' Courts», en *The Polish Sociological Bulletin*, 1962, y también mi nota, «Sociología del derecho e política legislativa a propósito di alcuni scritti di A. Podgorecki», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1963, páginas 745-46.

²⁸ V. KAZIMIRUK, V. TUMANOV y V. STEJNBERG, *Diritto e ricerche sociologiche nell' URSS*, en TREVES (ed. preparada por), *La sociologia del diritto*, cit., p. 143.

y de la naturaleza de la investigación empírica en el campo de la sociología del derecho, y es suficiente también para explicar que dicha investigación es una investigación interdisciplinar que debe ser realizada por estudiosos que tengan la doble preparación sociológica y jurídica, o preferiblemente con la colaboración de estudiosos de dos tipos distintos: los sociólogos y los juristas.

5. LOS JURISTAS Y LOS SOCIOLOGOS EN LA INVESTIGACIÓN

He dicho que el encuentro entre estudiosos de tipo distinto es preferible a la hipótesis de la doble preparación, porque esta hipótesis no puede nunca realizarse de manera completa en cuanto que, si bien es posible encontrar un estudiioso que haya logrado alcanzar una preparación técnica de igual nivel en el campo del derecho y en el de la sociología, es prácticamente muy difícil encontrar un estudioso en el que las dos mentalidades, la del sociólogo y la del jurista, estén conjuntamente fundidas de manera completa. Se trata, efectivamente, de mentalidades que son por naturaleza profundamente distintas y que como tales crean dificultades no superables fácilmente por una eficaz y fecunda colaboración interdisciplinar.

De estas dificultades, que son a mi parecer de orden científico y de orden psicológico, he tenido ya ocasión de ocuparme en otro lugar, y me limito a reproducir cuanto ya he escrito sobre el tema: «Desde el punto de vista científico, tales dificultades residen sobre todo en el hecho de deber coordinar investigaciones que se refieran a una ciencia plurisecular, que interpreta reglas y que se sirve esencialmente del trabajo individual, con investigaciones que se refieren a una ciencia de formación reciente, que observa comportamientos y que procede mediante un trabajo de grupo realizado por estudiosos casi siempre insertos en complejas organizaciones de investigación. Desde el punto de vista psicológico, las dificultades no son, pues, menores: el escepticismo sobre la utilidad de estas investigaciones, cuyos resultados se teme que no sean tenidos debidamente en cuenta por los legisladores, por los jueces y por aquellos que deberán tomar las decisiones en el campo jurídico; la desconfianza que los juristas, incluso los más abiertos hacia los problemas sociales, sienten por las investigaciones de campo y por el trabajo de grupo, así como la presunción que a veces han de hacer los propios sociólogos sin la debida preparación en la materia; la reluctancia que los sociólogos muestran en cuanto a ocuparse de problemas que no pueden ser planteados y profundizados sin hacer referencia a una ciencia rigurosa que, como la ciencia jurídica, tiene un lenguaje propio y sus propias exigencias; la resistencia que desde ambas partes se opone a cualquier tentativa de establecer relaciones

operativas entre estudiosos de diversas ciencias sociales y de plantear y llevar adelante un trabajo interdisciplinar»²⁹.

Además de estas dificultades de orden científico y de orden psicológico, se pueden observar otras dificultades para una colaboración entre juristas y sociólogos, dificultades que dependen esencialmente de los objetivos de la investigación y de la misma naturaleza de nuestra disciplina.

En el capítulo precedente he explicado que la investigación sociológico-jurídica puede hacerse para fines prácticos de la legislación o de la jurisprudencia o para fines teóricos y cognoscitivos, propios de las sociologías particulares, y he señalado que en el primer caso la investigación sociológico-jurídica es un instrumento en manos del jurista, y como tal de lugar a una sociología *en el derecho*; en el segundo caso dicha investigación se presenta, por el contrario, como la investigación de una disciplina que persigue sus propios fines, como la investigación de una sociología particular, y más precisamente de la sociología *del derecho*. Y es evidente que en los dos casos las dificultades de colaboración son distintas, porque en el primer caso la colaboración tiene lugar con la subordinación del sociólogo al jurista, y en el segundo caso tiene lugar en el mismo nivel, es decir, con sociólogos y juristas que colaboran en un plano de igualdad.

En el encuentro sobre «la formación extralegalitativa del derecho en la experiencia italiana», que tuvo lugar en Ancona en 1968³⁰ y posteriormente en el debate sobre la naturaleza y los fines de la sociología del derecho desarrollado en 1974 en los dos primeros fascículos de la revista de nuestra materia³¹, la tesis de la subordinación de la sociología del derecho a las exigencias prácticas de los juristas, la tesis, diré así, de la resolución de la sociología *del derecho* en la sociología *en el derecho*, ha sido sostenida con vigor por algunos juristas particularmente interesados en la apertura de los estudios jurídicos hacia los problemas sociológicos. Pero esta tesis, que, como tuve ocasión de explicar en ese mismo debate, no comparto, no es tampoco compartida por la mayoría de los especialistas de nuestra disciplina. En la introducción a un libro que recoge las contribuciones de los sociólogos del derecho de diversos países

²⁹ Cfr. mi *Giustizia e giudici*, cit., p. 114. Sobre la dificultad de colaboración entre juristas y sociólogos, cfr. J. COHEN, R. A. H. ROBSON y A. BATES, *Parental Authority, The Community and the Law*, New Brunswick, 1958, prefacio; D. RIESMAN, *Law and Sociology: Recruitment, Training and Colleagueship*, en EVAN (compilador), *Law and Sociology*, cit., pp. 12-55; SCHUR, *Law and Society*, cit., pp. 5-8.

³⁰ «La formazione extralegalitativa del diritto nell'esperienza italiana. Atti delle giornate di studio di Ancona 2-3 maggio 1968», *Il Foro italiano*, Quaderni, serie II, enero de 1970.

³¹ A. A. V. V., «La sociología del derecho: un dibattito», en *Sociología del derecho*, I, 1974, pp. 1-70, 245-302.

sobre los problemas de la enseñanza de nuestra materia, he puesto de relieve efectivamente cómo en numerosos países son muchos los que afirman que la colaboración entre sociólogos y juristas debe realizarse en un plano de igualdad y no en un plano de subordinación³². Y a este propósito es particularmente significativa la toma de posición de los sociólogos del derecho británicos de la nueva generación, los cuales han iniciado la publicación de su revista en 1974 con una nota de la dirección que dice textualmente: «No estamos de acuerdo en pensar que el científico social deba ser relegado al papel de siervo del jurista, atribuyendo a este último la posición dominante. Es característico el hecho de que el jurista establece los términos de referencia de un particular problema a la espera de que el científico social le proporcione los datos aceptables y demandados por el propio jurista para resolver los problemas indicados. Nosotros rechazamos la opinión de que los estudios sociológico-jurídicos deban constituir el campo en el que el jurista resuelve los problemas de política social según sus propios criterios»³³.

6. LOS JUICIOS DE VALOR EN LA INVESTIGACIÓN

Quien sostenga la exigencia de que la colaboración entre juristas y sociólogos se produzca en un plano de igualdad y opine por ello que la sociología del derecho no debe ser únicamente un instrumento usado por los juristas para fines prácticos de la legislación y de la jurisprudencia, sino que debe ser también una ciencia con fines teóricos y cognoscitivos, tal como lo son las otras sociologías particulares, no debe creer, sin embargo, que por esto las investigaciones realizadas por ella (que pueden obviamente ser utilizadas para fines prácticos), sean investigaciones exentas de juicios de valor, es decir, exentas de la referencia explícita o implícita a valores éticos, políticos y sociales. La valoración de la investigación empírica, auspiciada como veremos por numerosos sociólogos del derecho, no es en efecto realizable a mi juicio si no parcialmente y dentro de determinados límites. Y esto resulta del hecho de que, como ha sido con frecuencia observado, los juicios de valor intervienen inevitablemente en el inicio de la investigación, cuando se elige el tema y se hace «la opción fundamental» en la que está presente la imagen que el investigador «tiene de la sociedad y de sí mismo». Los juicios de valor intervienen también inevitablemente al final de la investigación, cuando se sacan los resultados y se plantean los problemas de la utilización teórica y práctica de dichos resul-

³² R. TREVES y V. FERRARI (ed. preparada por), *L'insegnamento sociologico del diritto*, Milano, 1976, pp. 21-23.

³³ British Journal of Law and Society, vol. I, n. 1, p. 1.

tados. Todo lo más, los juicios de valor pueden y deben al menos parcialmente «estar en suspensión» solamente durante la ejecución de la investigación, es decir, durante la realización de las acciones y de los procedimientos prescritos para el cumplimiento de la investigación misma³⁴.

Estas afirmaciones me parecen suficientes para explicar cuanto tuve que decir en otra ocasión, es decir, que el sociólogo del derecho, al realizar la tarea propia de investigador empírico, debe tratar de satisfacer al mismo tiempo tanto las exigencias de la ciencia, que son exigencias de la razón, como las exigencias de la valoración ética, política y social. Y a tal propósito deseo precisar que el sociólogo del derecho que trata de satisfacer estas últimas exigencias debe ser ante todo consciente de que esta valoración se refiere a valores y concepciones generales de la sociedad que no tienen un carácter absoluto y definitivo, sino un carácter relativo y provisional condicionado por factores históricos, sociológicos, psicológicos, etc. El sociólogo del derecho del que estamos hablando debe además llevar al descubierto estos valores y estas concepciones que intervienen frecuentemente en estado latente. Debe mostrar también que es consciente de que la elección de los valores y de dichas concepciones (elección que determina la investigación, pero que es a su vez determinada por la investigación) implica una responsabilidad que presupone la libertad: la libertad de la elección. Así, con estas precisiones, espero que quede claro que al decir que el sociólogo del derecho, en el desarrollo de la propia investigación debe conciliar las exigencias de la ciencia con las de la valoración, digo al mismo tiempo que debe conciliar las exigencias de la razón con las de la libertad. Con esto creo que vuelvo a enlazar «con el hilo conductor del análisis social clásico», como diría Wright Mills, y me siento impulsado a afirmar con él «que la promesa moral e intelectual de las ciencias sociales», y por tanto también de la sociología del derecho, «es que la libertad y razón continuarán siendo valores predilectos y que nos valdremos de ellos seriamente, imaginativamente, en la formulación de los problemas»³⁵.

³⁴ N. BOBBIO, «Scienza politica», en *Enciclopedia Feltrinelli Fischer, Science politiche*, ed. preparada por A. Negri, Milano, 1970, pp. 440-41, y también SCARPELLI, «Per una sociologia del diritto come scienza», en *Sociologia del diritto*, I, 1974, p. 273.

³⁵ C. WRIGHT MILLS, *The Sociological Imagination*, New York, 1959, páginas 130, 173 [trad. cast., *La imaginación sociológica*, México, 1961].

CAPITULO DECIMO INVESTIGACIONES SOBRE NORMAS Y VALORES

1. LOS TEMAS DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PENAL

Al inicio de esta segunda parte he explicado que la sociología del derecho en los últimos decenios se ha desarrollado sobre todo en el campo de las investigaciones empíricas, y bien puede decirse que hablar de los temas de estas investigaciones significa hablar en sustancia de toda o casi toda la sociología del derecho contemporánea: un tema evidentemente vastísimo sobre el que existe una literatura inmensa.

En este capítulo y en el capítulo siguiente intentaré dar algunas indicaciones esenciales y algunos ejemplos de algunos temas de investigaciones realizadas en Italia y fuera de Italia.

Para los fines de mi exposición distinguiré estos temas en dos grupos: los temas que se refieren a las actitudes relativas a las normas y a los valores y aquellos que se refieren a los roles, o más en general a las funciones de los operadores del derecho.

En este capítulo considero los temas de investigación del primer grupo, y en el capítulo siguiente los temas del segundo. Advierto desde ahora que la distinción entre los dos grupos, hecha con un fin sistemático y expositivo, no es, y no puede ser, una distinción rigurosa. Esto resulta claro del hecho de que no se pueden estudiar las actitudes relativas a las normas y a los valores sin estudiar los roles y las funciones de los operadores del derecho y también del hecho de que son muchas las investigaciones que tienen como objeto de estudio tanto las normas como los operadores del derecho. Mencionaría entre éstas, por un lado, las investigaciones sobre las estructuras y las instituciones, como por ejemplo aquellas sobre la administración de la justicia, y por otro lado las investigaciones sobre las opiniones de la gente sobre el derecho, las denominadas investigaciones KOL (*Knowledge and Opinion about Law*), en las que

el derecho se contempla tanto en su expresión normativa como en los sujetos que disponen su realización.

Cuando se piensa que las normas objeto de las investigaciones de sociología del derecho son las mismas normas del derecho positivo que son objeto de estudio por la ciencia jurídica, es fácil darse cuenta de que, en sentido teórico, muchos temas de las investigaciones de la sociología del derecho pertenecientes al primer grupo se corresponden con otros tantos temas de la ciencia jurídica. La sociología del derecho sigue por ello en este sector a la ciencia jurídica como si fuera su sombra: a cada norma o grupo de normas de las que se ocupa la ciencia jurídica para determinar su significado o para verificar su validez, corresponde una norma o un grupo de normas de las que se ocupa la sociología del derecho para conocer las causas sociales que las han producido y los efectos que a su vez éstas producen sobre la sociedad.

Si en sentido teórico existe una evidente coincidencia entre los temas de las investigaciones sociológico-jurídicas sobre las normas y los temas de la ciencia jurídica, en la práctica, es decir, en las investigaciones efectivamente realizadas, se debe sin embargo advertir que algunos temas interesan en mayor medida y otros temas en menor medida a los sociólogos del derecho. Se debe además advertir que algunos temas son tratados casi exclusivamente en el seno de la sociología del derecho y otros son tratados también y ampliamente en el seno de otras disciplinas que aun pudiendo ser consideradas, desde el punto de vista teórico, por muchas razones como parte de la sociología del derecho, tienen sin embargo prácticamente su propia tradición, su propia bibliografía, sus propios especialistas. Pienso, por un lado, en la ciencia política (o sociología política que es la misma cosa) y en la ciencia de la administración, que se incluyen ambas en la que podría llamarse sociología del derecho público. Pienso, por otro lado, en la criminología, que coincide, al menos en parte, con la sociología del derecho penal o sociología jurídico-penal. Sobre estas ciencias me limitaré a hacer algunas observaciones de carácter general, reservándome el dar algunos ejemplos específicos de investigaciones realizadas en los campos explorados casi exclusivamente por los sociólogos del derecho.

A propósito de la ciencia política, he hablado más veces de los estrechos lazos que unen esta disciplina con la sociología del derecho y no puedo dejar de señalar que son numerosos los temas comunes de investigación de ambas disciplinas, investigaciones a propósito de las cuales sería bastante difícil decir si pertenecen a la sociología del derecho o a la ciencia política. Piénsese, por ejemplo, en las investigaciones de sociología electoral, que son consideradas generalmente como pertenecientes a la sociología política, pero que pertenecen también a la sociología del derecho, especialmente en

cuanto se ocupan de comportamientos regulados por normas, es decir, por las normas electorales. Piénsese en las investigaciones sobre los grupos de presión, que son investigaciones típicas de sociología política, pero que pueden ser consideradas también como pertenecientes a la sociología del derecho en cuanto se ocupan por ejemplo de la influencia que tales grupos ejercen sobre los partidos, sobre las comisiones parlamentarias y en general sobre todo el trayecto del proceso legislativo¹. Y piénsese todavía en las investigaciones sobre miembros de las asambleas legislativas o en aquellas sobre miembros del Soviet supremo o de los Soviet locales, investigaciones que se presentan a veces como pertenecientes a la sociología política y a veces como pertenecientes a la sociología del derecho².

A propósito de la ciencia de la administración se puede, pues, repetir este mismo discurso. También muchas investigaciones de esta ciencia pueden ser consideradas como pertenecientes a la sociología del derecho: piénsese en las investigaciones sobre la localización, la organización y el funcionamiento de los tribunales administrativos, piénsese en aquellas sobre la descentralización, sobre el funcionamiento de las administraciones locales o sobre la participación popular en la propia administración, y piénsese en fin en aquellas sobre la burocracia y sobre los burócratas, investigaciones que a menudo están estrechamente ligadas a la sociología de la organización: una disciplina esta última que por razones obvias coincide también ella en muchos puntos con la sociología del derecho³.

Los lazos entre la sociología del derecho y la criminología, o más precisamente entre la sociología del derecho penal y la sociología criminal, no son ciertamente menos estrechos de los que unen a nuestra disciplina con la ciencia política y con la ciencia de la administración. A este propósito, Baratta ha observado recientemente que «la presencia activa de criminólogos en el campo de trabajo de la socio-

¹ Cfr., por ejemplo, la investigación sobre «El proceso legislativo en el Parlamento italiano», dirigida por ALBERTO PREDIERI, de la que se han publicado los siguientes volúmenes: F. CANTELLI, V. MORTARA y G. MOVIA, *Come lavora il parlamento*, Milano, 1974; F. CAZZOLA, A. PREDIERI y G. PRIULA, *Il decreto legge fra governo e parlamento*, Milano, 1975. Sobre la posibilidad de incluir tal investigación en el ámbito de la sociología del derecho, cfr. PREDIERI, *Una indagine sul processo legislativo nel Parlamento italiano*, en TREVES (ed. preparada por), *Nuovi sviluppi*, cit., pp. 179-93.

² Cfr., por ejemplo, G. SARTORI (ed. preparada por), *Il parlamento italiano 1946-1963*, Napoli, 1963; KAZIMIRCUK y otros, *Diritto e ricerche sociologiche nell'URSS*, cit., pp. 132-33.

³ Cfr., por ejemplo, las investigaciones sobre la reforma administrativa, sobre los gobernadores, sobre los alcaldes, en A. SPREAFICO, *L'amministrazione e il cittadino*, Milano, 1965, y espec. algunas publicaciones del Instituto per la Scienza dell'Amministrazione Pública (ISAP); entre otras, F. DEMARCHE, *L'ideologia del funzionario*, Milano, 1969; P. AMMASSARI, F. GARZONIO DELL'ORTO y F. FERRARESI, *Il burocrate di fronte alla burocrazia*, Milano, 1969; F. FERRARESI, *Studi sul potere locale*, Milano, 1974.

logía jurídico-penal y de sociólogos del derecho en el campo de la criminología es un fenómeno irreversible destinado en todo caso a aumentar». Y para darse cuenta de la exactitud de esta observación es suficiente considerar las diversas categorías de comportamientos que según este autor son objeto de la sociología jurídico-penal. Esta sociología, dice, estudia ante todo, por un lado, «los comportamientos normativos que consisten en la formación y en la aplicación de un sistema penal dado», y estudia por otro lado «los efectos del sistema entendido como aspecto institucional de la reacción frente al comportamiento desviado y del correspondiente control social»⁴. No hay duda de que bajo estos contornos el mayor número de los temas de los que se ocupa esta sociología son también temas característicos de la criminología, o mejor de la sociología criminal. Se trata en efecto de temas de investigación en los que ambas disciplinas, como dice Eckhoff, «aspiran a proporcionar explicaciones causales y funcionales del comportamiento referido a las leyes penales»⁵. Por otro lado, la sociología penal hoy no se limita a estudiar esta categoría de comportamientos, sino que extiende también su interés, como advierte Baratta, al estudio «de las reacciones no institucionales frente al comportamiento desviado, entendidas como aspecto integrante del control social de la desviación». Y es sobre todo en este último orden de estudios en los que está particularmente interesada la nueva criminología⁶, donde la coincidencia entre las investigaciones de las dos disciplinas es mayor y tiende a aumentar. No pueden olvidarse las numerosas investigaciones que se están realizando en estos últimos tiempos sobre la reacción social frente a la conducta desviada, investigaciones que se inspiran en la concepción según la cual «la desviación no es una propiedad inherente a algunas formas particulares de conducta», sino que es «una propiedad conferida, una etiqueta atribuida (*labeling*) a aquella conducta por la gente que, puesta en contacto directo o indirecto (es decir, por medio de una simple información), reacciona frente a dicha conducta»⁷. Y no se puede dejar de observar que la coincidencia entre las investigaciones de la criminología tradicional y las de la sociología jurídico-penal se ha extendido notablemente al afirmarse la nueva criminología y al desarrollarse las investigaciones de la sociología de la conducta desviada. Con razón Wolfgang Kaupen, en un reciente escrito, observa: «Mientras que la criminología

⁴ A. BARATTA, «Sociologia giuridica e sociologia del diritto penale», en *Sociologia del diritto*, I, 1974, pp. 248-49.

⁵ ECKHOFF, *La sociologia del diritto in Scandinavia*, cit., p. 74.

⁶ Con esta expresión, tomada del título del vol. de I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG, *The New Criminology*, London, 1973, indica el tipo de estudios que está representado en Italia por la revista *La questione criminale*, dirigida por A. Baratta y F. Bricola.

⁷ T. PITCH, *La devianza*, Firenze, 1975, p. 13.

logía tradicional daba por descontado las normas jurídicas mediante las cuales resulta definido el comportamiento criminal y concentraba sus investigaciones sobre aquellos que eran considerados como criminales, la nueva criminología examina las estructuras y los procesos internos del sistema jurídico que tienen como efecto la atribución de la etiqueta de desviados a ciertos individuos y a ciertos grupos. Esta aproximación criminológica no es solamente una dirección que se acerca mucho a la sociología del derecho, sino que es una parte de la sociología del derecho, la parte que se interesa de manera específica por el derecho penal»⁸.

2. INVESTIGACIONES SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

Después de estas observaciones sobre los temas relativos a los campos de estudio en los que el trabajo del sociólogo coincide en gran parte con el de los especialistas de otras disciplinas, deseando dar una idea de las investigaciones sociológico-jurídicas sobre las normas, me limitaré a indicar algunos ejemplos de investigaciones sobre tres temas: el derecho de familia, la transformación de la propiedad, el derecho del trabajo.

Por lo que respecta al derecho de familia, mencionaría por ejemplo las investigaciones realizadas por la Comisión que preparó la ley entrada en vigor en 1966 en la República Democrática Alemana. Se trata de investigaciones que analizan la opinión de la gente sobre el tema completo y que han dado lugar a interesantes observaciones sobre la evolución de las instituciones familiares y sobre los cambios de las relaciones entre los sexos manifestadas en la estructura social de aquel país⁹. Mencionaría otras investigaciones que han tenido como objeto un tema más limitado. Por ejemplo, la investigación americana sobre el declive del número de los matrimonios verificados en el estado de Mississippi después de la introducción legislativa de nuevos requisitos para contraer matrimonio, y la investigación francesa para valorar la incidencia que puede haber tenido en sentido positivo sobre la curva de nupcialidad la reforma legislativa tendente a favorecer los matrimonios¹⁰. Más

⁸ W. KAUPEN, *Repubblica Federale Tedesca*, en R. TREVES y V. FERRARI (ed., preparada por), *L'insegnamento sociologico del diritto*, Milano, p. 234.

⁹ Para amplias informaciones sobre esta investigación, cfr. A. GRANKE, H. KUHRING y W. WEISE, «Die öffentliche Meinung in der Deutschen Demokratischen Republik zur Entwicklung der Familie und des Familienrechts und ihre Einfluss auf den Inhalt des neuen Familiengesetzbuches», en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, núm. especial, II, 1967, pp. 310-22.

¹⁰ A. PLATERIS, «The Impact of the Amendment of Marriage Laws in Mississippi», en *Journal of Marriage and Family*, XXVIII, II, 1966, pp. 206-12; DUPLESSIS LE GUELINEL, *Le mariage en France*, Paris, 1954.

limitado es también el tema de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges con referencia a reformas en curso, tema que ha sido objeto de varias investigaciones realizadas en diversos países, entre otros Francia¹¹ e Italia. En Italia mencionaría la investigación desarrollada por Valerio Pocar sobre la opinión de la gente en relación con las instituciones jurídico-familiares y sucesorías de carácter patrimonial, tal como resultaban previstas en el proyecto de reforma del derecho de familia aprobado por la Cámara de los diputados en 1971¹². Se trata de una investigación a base de entrevistas con cuestionarios realizadas en Milán, Messina y Reggio Calabria, que se concluyó poniendo en evidencia el hecho de que la igualdad patrimonial entre los cónyuges, prevista por el proyecto citado, resulta generalmente aceptada por la opinión pública, sin excluir con ello el hecho de que siga viva una tendencia autoritaria en cuanto a las relaciones patrimoniales y no patrimoniales entre padres e hijos. El problema de las relaciones patrimoniales en el derecho de familia, objeto de investigaciones en los países capitalistas, no es obviamente sentido como problema relevante en los países socialistas, en los que la familia se concibe esencialmente como una unión libre de personas, no de bienes. A este propósito es interesante mencionar que en 1962 en la oficina del registro civil de Leningrado fueron entrevistados en el curso de dos meses todos los jóvenes esposos (cerca de quinientas parejas), y que de estas entrevistas resultó que «sólo el 5 por 100 de los entrevistados insistieron sobre las cuestiones patrimoniales como motivo determinante de su matrimonio» y que «para la gran mayoría, por el contrario, tal motivo no era importante: como motivos principales del matrimonio se indicaron los factores morales y en primer lugar el amor, la confianza, la igualdad y la estima de los esposos»¹³.

Sobre el tema de la patria potestad, tres estudiosos americanos en 1958 realizaron una importante investigación en el Estado de Nebraska para verificar si la opinión de la gente era o no conforme con el hecho de que la ley de aquel Estado confería numerosos poderes a los padres sobre los hijos en cuanto al matrimonio, a la elección de profesión, al cambio de religión, al goce de las rentas del trabajo propio, etc. Resultó que la opinión de la gente no estaba de acuerdo sobre la atribución de los poderes conferidos por la ley a los padres sobre los hijos y que auspiciaba una reforma legislativa que atribuyera a los hijos mayor libertad y mayor auto-

¹¹ Para Francia, cfr. espec. F. TERRÉ, «La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux», en *L'Année sociologique*, vol. 16, 1965, páginas 3-83 y la bibliografía citada allí.

¹² V. POCAR, «Diritto di famiglia e patrimonio: una ricerca sull'opinione del pubblico», en *Sociologia del diritto*, I, 1974, pp. 377-404.

¹³ KAZIMIRCUK y otros, *Diritti e ricerche nell'URSS*, cit., p. 137.

nomía¹⁴. Pero la importancia de esta investigación no debe verse tanto en los resultados obtenidos como en la metodología utilizada y en el hecho de que dicha investigación ha servido de modelo a otras investigaciones realizadas con fines comparativos, una en Holanda y otra en Polonia. Desde el punto de vista comparativo, la investigación polaca, que se ha servido de cuestionarios análogos, pero se ha referido a un universo bastante más amplio, es decir, a toda la población adulta del país, confirmó en general los resultados obtenidos por la investigación americana, excepción hecha de algunas opiniones expresadas por las mujeres en materia de religión y por los hombres en materia de disfrute de las rentas del trabajo. En Polonia resultó, por ejemplo, que, como en América, los hombres se muestran más dispuestos a limitar la autoridad de los padres en materia de salud, de religión y de cuestiones conyugales, mientras que las mujeres son más propensas a limitar la autoridad de los padres en la elección de la carrera, en la educación y en las cuestiones de propiedad personales¹⁵.

También sobre el tema de la adopción se han realizado algunas interesantes investigaciones en varios países¹⁶. En Francia, por ejemplo, M.-P. Marmier, en un libro sobre el tema¹⁷, explica que la adopción en las sociedades primitivas está determinada por el interés colectivo de la comunidad que adopta al niño y que en las sociedades avanzadas la adopción está determinada por el interés del particular y se «concibe frecuentemente como la creación artificial de una filiación que sustituye la falta de una relación biológica». La autora se refiere después ampliamente a una investigación realizada por ella y precisamente sobre la adopción en Francia después de la entrada en vigor de la ley de 1966. En esta investigación, que se ha realizado sobre la base de un análisis de datos estadísticos y del examen de los expedientes de los procedimientos ante los tribunales de «alta instancia», la autora llega a recoger datos y a hacer numerosas observaciones sobre varios temas: la propensión a la adopción y los factores que la determinan, la función de la adopción en cuanto al interés del particular y en cuanto al interés general de la sociedad, el número y las características de los adoptantes y de los adoptados y el problema de sus relaciones, que son en sustancia las relaciones

¹⁴ COHEN, ROBSON y BATES, *Parental Authority, The Community and the Law*, cit.

¹⁵ A. PODGÓRECKI, *La sociología del diritto in Polonia*, en TREVES (ed. preparada por), *La sociología del diritto*, cit., p. 204.

¹⁶ Para Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña, M. L. KELLMER PRINGLE, *Adoption. Facts and Fallacies*, London, 1967; para Bélgica, L. HEUSKIN, R. GUBBELS, J. BERGER-KIERNASCH, «L'adoption en Belgique», en *Revue de l'Institut de Sociologie*, 1967, pp. 61-114.

¹⁷ M.-P. MARMIER, *L'adoption*, Paris, 1972; cf., también de la misma, el volumen anterior, *Sociologie de l'adoption*, Paris, 1969.

entre la demanda y la oferta de adopción. Y a tal propósito es interesante mencionar que este último problema se trata en profundidad procurando determinar entre otras cosas si la limitación del número de los adoptados disponibles contribuye a seleccionar la demanda de los adoptantes y a modificar su procedimiento o si la presión de la demanda de los adoptantes contribuye a modificar el número de los adoptados disponibles y a provocar reformas legislativas. También en Italia se ha realizado una interesante investigación sobre el tema de la adopción. P. Ronfani y C. Ricci-Signorini han analizado la manera como resulta aplicada en concreto la ley sobre la adopción especial ante el Tribunal de menores de Bolonia¹⁸. Se ha realizado a tal fin un examen sistemático de 408 expedientes de adopción correspondientes a los años 1970-72 y se han utilizado también entrevistas a magistrados y a operadores ante el Tribunal. En este análisis los autores ponen de relieve entre otras cosas que los datos sobre profesión y escolaridad de los adoptantes indican que en Emilia Romagna las familias adoptantes no pertenecen a las clases elevadas, sino que en su mayoría son de modestas condiciones económicas y ello es debido esencialmente al hecho de que en aquella región el criterio seguido por el Tribunal para la elección de los cónyuges adoptantes es el de atribuir la mayor importancia a la disponibilidad afectiva y mínima a las económicas.

Sobre el tema del divorcio las investigaciones son quizás más numerosas que las desarrolladas sobre otros temas aquí indicados, y no es ciertamente posible dar una idea de su cantidad y variedad. Me limito a dar dos ejemplos particularmente significativos.

Hay que mencionar ante todo la investigación realizada por J. Górecki en 1965 ante el tribunal de Cracovia y otros tribunales polacos, investigación que se ha considerado a menudo como ejemplar¹⁹. En ella su autor manifiesta ante todo su preciso propósito de contribuir al estudio de la sociología del derecho: «Mi propósito —dice el autor— no es el de analizar el significado de las normas jurídicas, sino el de ver cómo funcionan, es decir, el de determinar si y cómo se realizan sus objetivos.» Deben señalarse además el rigor del método y la calidad y cantidad de los instrumentos utilizados: análisis de datos estadísticos, entrevistas a jueces, a abogados, a divorciados, a muestras de la gente, envío de cuestionarios a estudiantes, examen de procedimientos, asistencia a juicios, etc. Menciono finalmente las hipótesis verificadas que se refieren: a la facilidad para acceder al divorcio, a los medios de recon-

¹⁸ P. RONFANI y C. RICCI-SIGNORINI, «Adottanti e adottati. Una ricerca presso il tribunale per minorenni di Bologna», en *Sociologia del diritto*, II, 1975, páginas 83-116.

¹⁹ J. GÓRECKI, «Divorce in Poland. A Socio-legal Study», en *Acta Sociologica. Scandinavian Review of Sociology*, 1966, pp. 6-8, 80, y también Id., *Divorce in Poland. A Contribution to the Sociology of Law*, The Hague-Paris, 1970.

ciliación y a la verificación del completo y definitivo fracaso del matrimonio, fracaso que es considerado por la ley polaca como condición indispensable para obtener la concesión del divorcio. A este propósito, es especialmente interesante el análisis de setenta casos de divorcios «no contestados», es decir, de procedimientos judiciales en los que no hay litis entre las partes, ni sobre la demanda de divorcio, ni sobre peticiones conexas de orden financiero, de asignación y cuidado de los hijos, etc.; setenta casos en los que, contrariamente a lo que prescribe la ley polaca, se presenta el peligro de un acuerdo entre las partes y de un divorcio decidido sin que exista un fracaso efectivo del matrimonio.

Otro ejemplo de investigación sobre el divorcio puede estar constituido por la investigación americana de P. Bohannan y K. Huckleberry. Es ésta una investigación en la que los dos autores logran poner en evidencia el aspecto positivo y constructivo del divorcio, oponiéndose a la opinión dominante que ve en ello solamente el aspecto negativo. El divorcio, dicen ellos, posee todas las características de una institución positiva en cuanto que no es solamente el acto de disolución del matrimonio, sino que es también el conjunto de relaciones que se establecen sucesivamente en torno a los cónyuges: relaciones entre distintas personas, entre las que se cuentan, además de a los ex cónyuges, «a sus hijos, sus abogados, sus amigos y a veces los nuevos cónyuges de la ex pareja y sus hijos nacidos de matrimonios precedentes». El divorcio posee además «una completa subcultura» que puede también llamarse «subcultura invisible», en cuanto que casi todos los divorciados se identifican con ella y la siguen «cuando están entre sí, pero la dejan a un lado cuando se encuentran en presencia de aquellos a los que llaman los no divorciados». En conjunto, según los autores, el divorcio es, como hemos dicho, una institución positiva, «una de las mayores instituciones para el sostenimiento de la familia. Si la familia fracasa, una de las posibilidades es el divorcio. Esto significa que la institución del divorcio debería asumir la tarea que la familia no ha logrado cumplir»²⁰.

3. LA TRANSFORMACIÓN DE LA PROPIEDAD: INVESTIGACIONES SOBRE LAS GRANDES EMPRESAS Y SOBRE LAS SUCESIONES

La importancia del tema de la transformación de la propiedad ha sido puesta de relieve por una dirección de pensamiento que en ciertos aspectos puede considerarse como la precursora de la sociología del derecho, es decir, por el denominado «socialismo jurídico»,

²⁰ P. BOHANNAN y K. HUCKLEBERRY, «Institutions of Divorce, Family and the Law», en *Law and Society Review*, I, 2 de junio de 1967, pp. 84, 86.

sostenido competentemente en Austria por Anton Menger y difundido rápidamente entre los estudiosos de los principales países de Europa²¹.

En la escuela del socialismo jurídico se formó Karl Renner, que se autodefinía «sociólogo del derecho» y que, separándose después de aquella escuela, escribió un libro que entre otros tiene como objeto el problema de la transformación de la propiedad. En este libro, considerado ya como un clásico de nuestra materia, es interesante ver cómo el autor afronta este problema y lo trata en estrecha conexión con los problemas atinentes a la relación entre estructura económico-social y superestructura normativa, considerando especialmente el caso en el que la superestructura normativa permanece inmutada mientras que la estructura económico-social cambia notablemente. Menciona a este propósito las siguientes consideraciones que me parece son bastante significativas «Desde el punto de vista jurídico, el sujeto del derecho de propiedad tiene una relación directa con el objeto de aquel derecho, es decir, con el material que controla. Pero lo que de derecho es control sobre la propiedad, de hecho, desde que la propiedad se transforma en capital, la propiedad misma se convierte en control sobre hombres, sobre seres humanos, sobre trabajadores asalariados. El individuo llamado propietario establece los fines que deben cumplir los otros. Los pone a sus órdenes, y al menos en las etapas iniciales del desarrollo capitalista, vigila la ejecución de sus propias órdenes. El propietario de una cosa(res) impone su voluntad sobre las personas, convirtiendo la autonomía en una heteronomía de la voluntad... Vemos así como el derecho de propiedad asume una nueva función social. Sin cambiar ninguna norma, en el umbral de la conciencia colectiva se añade un derecho *de facto* al dominio personal absoluto del propietario de la cosa corpórea. Este derecho no se funda sobre ninguna disposición legal particular. Es el poder del control, es el poder de dar órdenes y de hacerlas cumplir. Es la exigencia inherente al capital de generar continuamente nuevo capital la que constituye el motivo de este *imperium*»²².

²¹ Sobre el socialismo jurídico, cfr. los ensayos contenidos en *Quaderni fiorentini*, 3-4 (1974-1975). Entre éstos, sobre Menger, cfr. espec. K. SEELMANN, «Zur Marx-interpretation bei Anton Menger, Gustav Radbruch und Karl Renner», pp. 73-102; N. REICH, «Der Juristensozialismus von Anton Menger», páginas 157-82; G. ORRU, «Idealismo e realismo nel socialismo giuridico di Menger», pp. 183-272. Sobre las relaciones entre sociología del derecho y socialismo jurídico, cfr. V. POCAR, «Riflessioni sul rapporto tra socialismo giuridico e sociología del diritto», en *Quaderni fiorentini*, pp. 145-54, y también J. HAGEN, «Austria», en TREVES y FERRARI (ed. preparada por), *L'insegnamento sociologico*, cit., pp. 42 ss. En relación a Italia, cfr. mi ensayo «La sociología del diritto in Italia», en TREVES (ed. preparada por), *La sociología del diritto*, cit., páginas 350-53.

²² K. RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*

Casi treinta años después de la publicación de la obra de Karl Renner, inspirada en los principios del socialismo marxista, se publica otra obra de sociología del derecho, también ésta ya clásica, una obra que sigue una corriente de pensamiento que es sin embargo, como advierten los autores, netamente opuesta a la seguida por Renner. Me refiero al libro sobre la sociedad por acciones y la propiedad privada, publicado en 1932 y escrito por dos estudiosos americanos: el jurista Adolf A. Berle, que fue consejero del presidente F. D. Roosevelt, y el economista Gardiner C. Means²³. Se trata de un libro que se señala aquí no sólo por la importancia de la tesis sostenida, sino por el hecho de que la tesis misma está fundada en buena parte sobre resultados de investigaciones empíricas. La tesis sostenida por los dos autores es aquella según la cual en las empresas de grandes dimensiones se habría manifestado una neta separación entre la propiedad dispersa en manos de centenares de miles de accionistas y el control concentrado en las manos de unos pocos que administran las empresas y toman las decisiones. Y las investigaciones sobre las cuales se funda esta tesis ponen en evidencia la distinción indicada, ahondando en todos los fenómenos conexos con dicha distinción, como por ejemplo el hecho «de que los intereses de los propietarios pueden diverger, y frecuentemente divergen, de los intereses de quienes sustancialmente dirigen la empresa», y el hecho de que «resultan ineficaces muchos de los frenos instituidos para limitar el afán de poder». Se trata de investigaciones de tipo socioeconómico con precisa referencia a fenómenos normativos que han tenido como objeto las doscientas mayores sociedades no bancarias de los Estados Unidos, con un total patrimonial que en 1930 subía a cerca de la mitad de la riqueza controlada por las sociedades por acciones en aquel país; doscientas sociedades que fueron divididas en tres grupos (industriales, de utilidad pública y ferroviarias) y que los autores analizaron en su desarrollo y en sus elementos constitutivos y trataron también entre otras cosas de clasificar sobre la base del grado de separación que en ellas se revelaba entre la propiedad y el control.

En la línea indicada por Berle y Means, muchos estudiosos consideraron en los años siguientes el problema de la transformación de la propiedad²⁴, afrontando cuestiones como la relación entre pro-

(1.ª ed. alemana, 1904, 1929²), trad. inglesa a cargo de O. Kahn-Freund, London, 1949, pp. 106-07. Sobre el tema, cfr. V. POCAR, «Diritto e legislazione nel pensiero sociologico di Karl Renner», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, pp. 411-52.

²³ A. A. BERLE y G. C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932.

²⁴ Sobre el tema y para una amplia bibliografía sobre el mismo, cfr., por ejemplo, G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, pp. 1 ss.

piedad y poder o entre propiedad y autoridad, o bien aún entre propiedad y riqueza con referencia sea a su distribución sea a su transmisión de una generación a otra mediante la sucesión. Y verdaderamente, este último tema, si se observa bien, ha parecido a muchos estudiosos un punto de observación ideal para darse cuenta de los cambios sobrevenidos en la sociedad industrial en el tema de las relaciones entre propiedad y sociedad. Pienso, por ejemplo, en un importante ensayo sobre las sucesiones en el que el autor, Lawrence Friedman, subraya la necesidad de distinguir «entre los bienes que están comprendidos en el sistema de la propiedad y aquellos que están excluidos de ella», y prosigue señalando cómo la sucesión, «es decir, la transferencia de intereses económicos de una generación a otra», no está regulada solamente por el derecho sucesorio en sentido tradicional, sino también por aquel conjunto de instrumentos más o menos formales que regulan la adquisición de las distintas posiciones de poder²⁵.

En el plano empírico, estos fenómenos han sido estudiados en varios países²⁶. En Italia mencionaría la investigación recientemente realizada por V. Ferrari²⁷ y consistente en el análisis de 1.239 testamentos depositados en las cancillerías de dos preturas situadas respectivamente en un área urbana y en un área rural de la región lombarda. En este análisis, el autor hace algunas observaciones. Muestra, por ejemplo, cómo los pertenecientes a los estratos medios-superiores de la población hacen uso del testamento en medida bastante menor que los pertenecientes a los estratos medios y medio-inferiores, es decir, que los pertenecientes a la pequeña burguesía en la ciudad y a la clase campesina en el ámbito rural. Ferrari aclara además otras sensibles diferencias entre el área urbana y el área rural. En la primera el testamento sobrevive en gran medida solamente como instrumento de devolución a favor del cónyuge tradicionalmente desfavorecido por las normas de la sucesión legítima. En la segunda la institución cumple todavía su función tradicional de devolución de los patrimonios a los hijos y de relativa distribución de los causahabientes entre sí. Pero el aspecto más interesante de la investigación reside, en mi opinión, en el hecho de que el

²⁵ L. M. FRIEDMAN, «The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession and Society», en *Wisconsin Law Review*, 1966, pp. 340 ss. Es interesante mencionar que Carbonnier, en un curso universitario dedicado en buena parte a las sucesiones, había hecho referencia a un cuadro conceptual análogo a éste de Friedman, distinguiendo, por ejemplo, entre sucesiones patrimoniales y sucesiones extrapatrimoniales, cfr. CARBONNIER, *Sociologie juridique. Sociologie du droit des successions*, edición ciclostilada, Paris, 1964, pp. 193-213.

²⁶ J. FEDYNSKIJ, *Rechtsstatsachen auf dem Gebiete des Erbrechts im Gerichtsbezirk Innsbruck, 1937-1941*, Innsbruck-München, 1968; M. B. SUSSMAN, J. N. CATES y D. T. SMITH, *The Family and Inheritance*, New York, 1970.

²⁷ V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972.

autor, en suma, alcanza a subrayar la escasa vitalidad del derecho sucesorio y a explicar su declive, refiriéndose ante todo a las teorías que, al poner de relieve la creciente disociación entre propiedad y control de la riqueza, ponen en claro la decadencia de la propiedad misma, y refiriéndose además al hecho de que las clases acomodadas no evitan solamente el acto de última voluntad, sino en general la sucesión mortis causa, legítima o testamentaria, y recurren a diversos medios para transmitir los patrimonios de generación en generación.

4. INVESTIGACIONES SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO

El derecho del trabajo constituye otro campo de estudios en los que las investigaciones sociológico-jurídicas han tenido y pueden tener un amplio desarrollo. En 1962, en un ensayo inserto en uno de los volúmenes programáticos de la sociología del derecho americana frecuentemente mencionado por nosotros, Alfred Blumrosen revelaba ya este hecho y lo explicaba haciendo la historia de las valoraciones jurídicas relativas a las organizaciones obreras y poniendo en claro la contribución que la colaboración entre sociólogos y juristas podía hacer a las investigaciones en este campo y a las tentativas dirigidas a conciliar las exigencias sindicales con las empresariales y a establecer un justo equilibrio entre los intereses de grupo, los intereses sociales y los intereses individuales²⁸. Y bien puede decirse que esta observación hecha hace quince años por este autor americano ha encontrado amplia confirmación en la más reciente bibliografía sociológico-jurídica de diversos países, y entre ellos, y no en último lugar, en Italia.

A propósito de Italia, se puede más bien decir que los problemas del trabajo están entre los que han interesado más a los juristas abiertos hacia la sociología. Una prueba de esto viene dada por una amplia investigación sobre la formación extralegislativa del derecho del trabajo en Italia. La primera contribución a esta investigación está constituida por un estudio publicado en 1968 sobre las líneas directrices de la reglamentación de los despidos y de un análisis de la jurisprudencia arbitral localizada en diversas provincias de la Italia septentrional y meridional²⁹. A este estudio, que ha sido ampliamente discutido en un encuentro en el que los juristas de la joven generación han expresado sus opiniones no sólo sobre el contenido del libro, sino también y especialmente sobre el

²⁸ A. BRUMROSEN, *Legal Process and Labour Law. Some Observations on the Relation Between Law and Sociology*, en EVAN (ed. preparada por), *Law and Sociology*, cit., pp. 185-225.

²⁹ *I licenziamenti nell'industria italiana (1950-64)*, con prefacio de G. Giugni y G. F. Mancini, Bologna, 1968.

valor y sobre el significado que revisten en general las investigaciones sociológicas en el campo del derecho³⁰, le ha seguido en 1971, siempre en el ámbito de la misma investigación, un trabajo de Tiziano Treu sobre el sindicato y los representantes de las empresas³¹, trabajo en el que en primer lugar el autor analiza en una perspectiva histórica el modelo de organización sindical de la empresa según la concepción de la *Confederazione generale del lavoro* y según las tesis cada vez más autónomas de la *Federazione italiana metalmeccanici* adherida a ella, y en la que, en segundo lugar, el autor desvía la atención de este modelo hacia la praxis asociativa propia de algunas secciones sindicales de grandes empresas metalúrgicas del Norte, en un intento de verificar empíricamente que el propio modelo encuentra en ellas su realización. Tres años después de la publicación de este trabajo ha sido publicado un libro a cargo del mismo Treu sobre el uso político del estatuto de los trabajadores³². Se trata de un trabajo colectivo que se propone «el objetivo general de analizar el funcionamiento» del estatuto de los trabajadores «y el significado efectivo del modelo de política del derecho en el que se inspira, poniendo de relieve de manera orgánica las condiciones y los modos de operatividad en el ámbito de los sujetos y de los grupos implicados en su aplicación (trabajadores, sindicatos y empresas por un lado, magistratura por el otro)». Se trata además de un libro que, por lo que se refiere a la sociología del derecho, es más interesante que el anterior en cuanto que en él es más manifiesta y relevante la contribución de los sociólogos F. Rositi y A. Melucci, que han «hecho emerger por detrás de la estructura formal de las relaciones jurídicas y de los comportamientos codificados el tejido de las relaciones sociales reales, la red de las oposiciones, de los intereses, de las elecciones de las que depende la acción de los grupos y de las organizaciones».

Fuera del marco de la investigación sobre la formación extralegislativa del derecho del trabajo, pero siempre en este campo de estudios, debe recordarse también la investigación de Amadeo Cottino sobre la ineficacia de la ley de 1960 que prohibía el subarriendo de mano de obra, de la que son víctimas los estratos más pobres de la emigración meridional italiana en las grandes ciudades industriales del Norte³³. Me refiero con más precisión a una investigación

³⁰ Cfr. *La formazione extralegislativa*, cit., y también cuanto digo a tal propósito en *El juez y la sociedad*, cit., pp. 164-67.

³¹ T. TREU, *Sindacato e rappresentanze aziendali*, Bologna, 1971.

³² ID. (ed. preparada por), *L'uso politico dello statuto dei lavoratori*, Bologna, 1975, pp. 5, 130. Sobre este libro cfr. M. V. BALLESTRERO, «Una ricerca sull'applicazione dello statuto dei lavoratori»; A. MELUCCI, F. ROSITI y T. TREU, «Sociologia del diritto e politica del diritto: un rapporto da considerare», ambos en *Sociologia del diritto*, III, 1976, pp. 159-70, 171-86.

³³ COTTINO, *Il mercato delle braccia e il problema dell'efficacia della legge*, Torino, 1932.

que toma en consideración el sector edilicio de la construcción de casas en Turín, investigación que el autor ha realizado desarrollando amplias observaciones sobre la eficacia persuasiva de la pena y sobre la interrelación entre la estructura del poder y el proceso de criminalización y presentando después una lista preliminar de hipótesis sobre la ineffectividad de la ley antes mencionada: la ineffectividad de la formulación legislativa por lo que se refiere a la identificación de los casos previstos y la definición de la sanción; la inmunidad derivada del contexto institucional organizativo de la empresa de construcción; la inmunidad derivada de la *privacy* que caracteriza el ambiente dentro del cual se comete un acto ilícito; el control social selectivo, la disfuncionalidad de la administración de la justicia. Y es interesante mencionar que después del examen de estas hipótesis el autor llega a la conclusión de que los instrumentos jurídicos puestos a disposición del legislador son ineffectivos sobre todo «porque se encuentran frente a obstáculos que son prácticamente insuperables desde el interior de nuestro sistema económico». La lucha contra el subarriendo de mano de obra debe expresarse, por tanto, dice, «en una perspectiva a corto plazo en una lucha sindical promovida por los propios trabajadores», y a plazo más largo «debe plantearse como batalla política que ataque la propia estructura económica del sistema capitalista».

El elenco de los temas de las investigaciones sociológico-jurídicas sobre las normas podría continuarse largamente. Se podría hablar así de las investigaciones en el campo del derecho tributario que han sido realizadas especialmente por Pieter Vinke en la Universidad de Leida³⁴; de las investigaciones sobre contratos y sobre relaciones no contractuales en el mundo de los negocios, llevadas a cabo por Stewart Macaulay en el Estado de Wisconsin³⁵; de las investigaciones sobre algunos posibles temas del derecho privado que se indican en recientes publicaciones de estudiosos italianos³⁶; de las investigaciones sobre el proceso civil y el proceso penal en América³⁷; de las investigaciones de antropología jurídica³⁸; de las investigaciones

³⁴ J. F. GLASTRA VAN LOON, *La sociologia del diritto in Olanda*, en TREVES (ed. preparada por), *La sociologia del diritto*, cit., pp. 97-98.

³⁵ S. MACAULAY, «Non-contractual Relations in Business: a Preliminary Study», en *American Sociological Review*, vol. 28, 1963, pp. 55-56. Sobre el interés que pueden presentar las investigaciones sociológicas sobre los contratos, cfr. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, cit., pp. 276 ss. [trad. cast., pp. 219 ss].

³⁶ Cfr. espec. N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974.

³⁷ Cfr., por ejemplo, W. A. GLASER, *Pretrial Discovery and the Adversary System*, New York, 1968, y también M. TARUFFO, «Metodo accusatorio, metodo inquisitorio e ricerca della verità in alcune indagini empiriche nordamericane», en *Sociologia del diritto*, III, 1976, pp. 159-70.

³⁸ Sobre la importancia de estas investigaciones, cfr. V. FROSINI, «Sociologia del diritto: problemi e funzioni», en *Sociologia del diritto*, I, 1974, pp. 23-24.

en el campo del derecho procesal realizadas en Italia³⁹, investigaciones que confluyen en parte con otras sobre la administración de la justicia de las que hablaremos en seguida.

5. INVESTIGACIONES SOBRE LOS EFECTOS LATENTES DE LAS NORMAS

Hablando de las investigaciones sobre las normas, se ha visto que los sociólogos del derecho se interesan no solamente por el problema de la aplicación de las mismas, sino también (como en el caso de la ley del subarriendo de mano de obra) de su no aplicación.

Además de en el caso antes mencionado, el fenómeno de la no aplicación de las leyes ha sido objeto también de otras investigaciones que presentan un interés particular en cuanto que tratan de explicar este fenómeno sirviéndose de la conocida distinción elaborada por Merton entre funciones manifiestas y funciones latentes de las instituciones sociales⁴⁰.

Quiero referirme especialmente a dos clásicas investigaciones realizadas en Noruega por Aubert⁴¹.

La primera es la de la aplicación de la ley noruega sobre el trabajo doméstico. Se trata de una investigación realizada en dos tiempos, en 1950 y en 1956, en la que el autor ha podido poner de relieve que esta ley, aun habiendo sido prácticamente ignorada por los «patrones domésticos» y por las trabajadoras domésticas, y a pesar de no haber sido nunca aplicada por el juez, ha tenido un relevante significado. «A veces se tiene la impresión —se ha dicho a este propósito— de que lo que más importa al legislador no es

Sobre el tema, cfr. L. NADEP (ed. preparada por), «The Ethnography of Law», número especial de *American Anthropologist*, vol. 67, diciembre de 1965.

³⁹ Cfr., por ejemplo, las publicaciones relativas a las «investigaciones sobre el proceso civil promovidas por el Ministerio de Gracia y Justicia», entre ellas: *Controversie e lavoro e previdenziali* (sin nombre de autor), Milano, 1971; *Le prove nel processo civile*, investigación dirigida por V. DENTI, Milano, 1973. Cfr. también V. FERRARI y V. POCAR, «Il consulente tecnico nel giudizio civile», en *Sociologia del diritto*, I, 1974, pp. 109-26.

⁴⁰ Advierto que para Merton «son funciones manifiestas aquellas consecuencias objetivas que contribuyen a la adaptación o a la adecuación del sistema, las cuales son queridas y admitidas por los miembros que forman parte del sistema», y son, por el contrario, «funciones latentes aquellas consecuencias objetivas que no son ni queridas ni admitidas», R. K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, 1968 (1.^a ed., 1949); trad. it. preparada por C. MARLETTI y A. OPPO, *Teoria e struttura sociale*, II Mulino, Bologna, 5.^a ed., p. 173 [trad. cast., *Teoría y estructura sociales*, México, 1964].

⁴¹ ECKOFF, *La sociologia del diritto in Scandinavia*, cit., pp. 51-53; V. AUBERT, «Alcune funzioni sociali della legislazione», en *Quaderni di sociologia*, XIV, 1965, pp. 313-38.

tanto el realizar los objetivos explicitados en las leyes, como el aprobar simplemente un texto en el que determinados ideales estén proclamados de manera solemne.» Y éste ha sido precisamente el caso de la ley antes indicada, que, a pesar de no haber logrado incidir de la manera deseada sobre las condiciones del trabajo doméstico, ha desarrollado una función latente al dar expresión «a los ideales de igualdad y de progreso social preponderantes» en la sociedad noruega. La segunda investigación realizada por Aubert es sobre la ley de control de los precios que fue introducida y aplicada en Noruega en el período de la guerra, pero que después del final de la guerra, a pesar de que continuó siendo mantenida con vida, ya no fue aplicada. Fue mantenida con vida para dar a los miembros del partido laborista, que estaban en el gobierno, una señal de su propio poder en el campo económico, y no fue aplicada para tranquilizar a los empresarios y para garantizar la paz social. También del estudio de este caso resulta clara la función latente de esta ley, función «que es la de prevenir serios conflictos entre partes ideológicamente en oposición haciendo concesiones a cada una de ellas: una de las partes resulta satisfecha por la promulgación de la ley y la otra resulta igualmente satisfecha por su falta de aplicación».

La perspectiva de Aubert, si se advierte bien, se revela particularmente estimulante para estudiar un problema de notable interés: el del uso político del derecho. Pienso en un breve artículo en el que Ferrari examina desde el punto de vista sociológico-jurídico la eficacia del llamado *Radikalenerlass*, el decreto por el que en la República Federal Alemana se ha prohibido la admisión de «personas hostiles a la constitución» en la administración pública. En este caso, según el autor, no se ha realizado tanto la función manifiesta declarada por el gobierno cuando se promulgó el decreto, esto es, el alejamiento de los extremistas de los empleos públicos, sino más bien la función igualmente manifiesta, pero no declarada, de discribir a los inscritos en el partido comunista alemán y además la función latente de reforzar la cohesión de las fuerzas políticas «institucionalmente acreditadas», es decir, de los partidos representados en el parlamento⁴².

6. INVESTIGACIONES SOBRE LOS VALORES DE LA LEGALIDAD Y DE LA JUSTICIA

Además de las investigaciones sobre los comportamientos frente a las normas positivas, investigaciones de las que hemos hablado hasta aquí, los sociólogos del derecho realizan también investigacio-

⁴² V. FERRARI, «El diritto in funzioni del potere: il "Berufsverbot" nella Repubblica federale tedesca», en *Sociologia del diritto*, 1977, I, pp. 75-87.

nes sobre las opiniones de la gente en torno a valores como la legalidad, la justicia y el sentido general de la ética.

Una de las primeras y más clásicas investigaciones de este tipo es la realizada en Suecia por Torgny T. Segerstedt sobre el llamado sentido general de la justicia, «un concepto que ocupa un lugar importante en la jurisprudencia escandinava, puesto que a menudo se le considera como un elemento que debe tenerse en cuenta en el razonamiento jurídico y también como una fuente del derecho». Y es interesante mencionar que en su investigación el autor hace coincidir este sentimiento con la actitud del hombre común hacia las normas jurídicas, hacia las sanciones jurídicas y hacia la autoridad designada para aplicarlas y realiza entrevistas con el fin de comprobar en qué medida esta actitud es uniforme y de explicar las causas de la uniformidad cuya existencia habría sido aceptada⁴³. Otra interesante investigación sobre un tema análogo es la realizada en Noruega por S. Naess sobre el sentido de la justicia entre los alumnos de las escuelas elementales, investigación que considera con particular atención los factores que influyen en los puntos de vista de los propios alumnos en relación con la distribución de las recompensas y de los castigos en el interior de la escuela y trata de identificar los casos en los que estas actitudes resultan estar claramente motivadas por consideraciones de justicia⁴⁴.

A estos dos ejemplos de investigaciones escandinavas pueden añadirse los ejemplos de otras dos investigaciones realizadas en países distintos. Hay que mencionar ante todo la investigación sobre justicia, norma y sanción según la opinión de un grupo de adolescentes de escuelas medias realizada en Italia bajo la dirección de V. Tomeo, investigación que ha dado algunos resultados de cierto relieve: por un lado, ha demostrado que los adolescentes entrevistados, aun admitiendo una imagen conflictiva de la sociedad en la que viven, tienden a considerar al derecho y al sistema jurídico como un instrumento de igualdad; por otro lado, ha puesto de relieve que si bien manifiestan actitudes críticas frecuentemente agudas en relación con la autoridad, sin embargo no atacan en su conjunto los valores convencionales tal como son comúnmente entendidos. Mencionaría además los ejemplos de dos investigaciones polacas de las que nos informa A. Podgórecki, investigaciones que se refieren al sentido de la legalidad por un lado y al sentido general de la ética por el otro. La primera de ellas sobre el prestigio del derecho y por tanto sustancialmente sobre el sentido de la legalidad, investigación que ha sido realizada por el centro polaco para el sondeo de la opinión pública y que ha dado los resultados que pueden resumirse

⁴³ ECKHOFF, *La sociologia del diritto in Scandinavia*, cit., pp. 43-44.

⁴⁴ B. M. PERSSON BLEGVAD, *Il primo convegno scandinavo di sociologia del diritto*, en TREVES (ed. preparada por), *Nuovi sviluppi*, cit., pp. 166.

así: los sujetos frustrados e inseguros se inclinan hacia una actitud rigorista y agresiva hacia el derecho y hacia todas las instituciones y estructuras formales de aplicación del propio derecho; los sujetos socialmente adaptados, libres del sentimiento de inseguridad y habituados a actuar racionalmente, son, por el contrario, más propensos a una actitud tolerante que se resuelve en un respeto declarado o latente hacia el derecho. La segunda investigación polaca vuelve a tomar el tema del sentido de la legalidad y de la actitud hacia el derecho, pero extiende sus indagaciones también al estudio del sentido general de la ética. Sobre el primer punto, es decir, sobre las actitudes hacia el derecho, esta investigación hace una interesante distinción, es decir, distingue la actitud mecánica de la actitud teleológica. La primera actitud, explica Podgórecki, es la propia de quien acepta una norma jurídica sobre la base de un conocimiento puro y simple de la misma; la segunda es la propia de quien acepta tal norma en cuanto que la reconoce utilidad como consecuencia de un cálculo utilitarista. La actitud mecánica se manifiesta como una reacción espontánea sin ninguna valoración de las eventuales ventajas o desventajas; la teleológica, por el contrario, se caracteriza por el hecho de que quien reacciona toma en consideración los diversos aspectos positivos y negativos. En relación con el sentido general de la ética, la investigación polaca distingue entre otras cosas la ética individual de la ética social y observa que la primera resulta sostenida por personas inadaptadas e inseguras, dominadas por intereses personales y empujadas a valorar en sentido negativo el conjunto de los problemas sociales y a tender hacia el cambio; la segunda resulta sostenida, por el contrario, por personas que tienen un destacado sentido ético y social y cuyos intereses van más allá de sus problemas personales y familiares⁴⁵.

Es interesante advertir que todas estas investigaciones en torno a valores como la justicia, la legalidad y el sentido general de la ética pueden servir también para aclararnos las direcciones de pensamiento y los standards de comportamiento de aquellos que confieren la cualidad de desviados a determinados sujetos o a determinados comportamientos y pueden contribuir por ello indirectamente a los estudios sobre la reacción social frente a la conducta desviada de que hemos hablado al comienzo de este capítulo.

Es oportuno además poner de manifiesto que estas investigaciones, al tener por objeto los valores antes indicados, que son los valores típicos de que se ocupa la doctrina del derecho natural, nos

⁴⁵ A. PODGÓRECKI, «Diritto e morale nella teoria e nella pratica», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1969, pp. 104-19. Para indicaciones más amplias sobre las investigaciones realizadas por Podgórecki y por otros estudiosos sobre este tema, cfr. A. PODGÓRECKI, W. KAUPEN, J. VAN HOUTTE, P. VINKE y B. KUTCHINSKY, *Knowledge and Opinion About Law*, London, 1973.

recuerda la conexión que ha tenido la sociología del derecho desde su origen con esta doctrina⁴⁶ y el hecho de que tal conexión debería dar lugar a desarrollos más amplios y fecundos. A mi juicio, el punto de partida para los estudios sociológico-jurídicos conectados con la doctrina del derecho natural podría estar especificado en la obra de Weber allí donde trata del problema de la validez y de la legitimidad y donde habla de la «legitimación» del derecho positivo y del derecho revolucionario⁴⁷. Y en Weber se inspira evidentemente Selznick en un trabajo en el que afirma, entre otras cosas, que «la progresiva reducción del grado de arbitrariedad del derecho positivo no es solamente el objetivo central de la jurisprudence», sino también el objetivo que permite al sociólogo del derecho dar un gran paso hacia «la filosofía del derecho natural»⁴⁸.

Este trabajo de Selznick y los de otros pocos sociólogos del derecho interesados en la doctrina del derecho natural⁴⁹ constituyen sin embargo, a mi modo de ver, una simple introducción al tema que debería preparar el camino a indagaciones más extensas en las que el trabajo del sociólogo del derecho termine por coincidir con el del sociólogo del conocimiento y el teórico de las ideologías. Hace muchos años, en un ensayo en el que traté ampliamente este tema, recordaba por ejemplo que Mannheim, inspirándose en la concepción marxista de las ideologías, desarrolla una indagación completa «sobre la idea del derecho considerada en su desarrollo vital como producto de una eterna lucha de clases que conquistan, pierden y vuelven a conquistar el poder; de una cadena sin fin de utopías políticas que se transforman en ideologías y que vuelven a transformarse en utopías, de normas de derecho natural que logran realizarse como derecho positivo y que vuelven a ser afirmadas como derecho natural»⁵⁰. En esta línea, en tiempos más recientes se desarrolla la dirección de la doctrina del derecho natural que se considera generalmente como dirección historicista, pero que merecería ser ampliada y desarrollada en sentido sociológico, favoreciendo también la realización de investigaciones empíricas sobre los problemas de la legitimación de las normas y de los institutos jurídicos⁵¹.

⁴⁶ KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, cit., pp. 67-72.

⁴⁷ Cfr. *supra*, cap. V, números 1 y 3.

⁴⁸ SELZNICK, «Sociology and Natural Law», en *Natural Law Forum*, VI, 1961, pp. 48-102; sobre el tema, cfr. también W. KAUPEN, «Naturrecht und Rechtspositivismus», en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, XVIII, 1966, pp. 112-30.

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, E. DÍAZ, *Introducción a la sociología del derecho natural*, en el vol. H. KELSEN, N. BOBBIO y otros, *Critica del derecho natural*, Madrid, 1966, pp. 9-27.

⁵⁰ Cfr. mi *Diritto e cultura*, Torino, 1947, p. 71.

⁵¹ Para un ejemplo de estas investigaciones, cfr. L. LEVI, *Il problema della legittimità nel parlamento dell'Italia repubblicana*, Torino, 1970.

CAPITULO UNDECIMO INVESTIGACIONES SOBRE LOS OPERADORES DEL DERECHO

Las investigaciones sobre los roles y sobre las funciones de los operadores del derecho de las que hablaremos en este capítulo no son menos numerosas e importantes que aquellas sobre las normas y sobre los valores de las que ya hemos hablado. Se distinguen sin embargo de estas últimas por varios motivos: ante todo porque están estrechamente ligadas a la sociología de las profesiones, además porque se inspiran más que las otras en una concepción funcional de la sociedad; finalmente porque están ligadas más que las otras a las investigaciones sobre el aparato organizativo en el que los operadores del derecho desarrollan su propia actividad.

Tal como he hecho en relación con las investigaciones sobre las normas y sobre los valores, también en este capítulo me limitaré a dar algunos ejemplos de investigaciones sobre los operadores del derecho realizadas en Italia y fuera de Italia. Examinaré en primer lugar aquellas sobre los jueces y sobre el aparato judicial; en segundo lugar, aquellas sobre quienes ejercen la profesión forense, y en tercer lugar aquellas sobre los agentes de policía y sobre otros operadores del derecho. Consideraré finalmente el problema general de la situación y de la función de las profesiones jurídicas en la sociedad.

1. LAS DECISIONES DE LOS JUECES Y EL FUNCIONAMIENTO DEL APARATO JUDICIAL

Las investigaciones sobre los jueces y sobre la administración de la justicia son las más numerosas e importantes, y este hecho, que ha sido también recientemente puesto en evidencia por Manfred Rehbinder¹, es explicable por varias razones: ante todo porque las investigaciones sobre los jueces han sido las que por primera vez

¹ «Clearly a major concern of legal sociology during the period covered by this report (1960-72) is research into the judicial system and especially into decision-making by judges» (REHBINDER, *Sociology of Law*, cit., p. 42).

en muchos países han abierto el camino a las investigaciones sociológicas del derecho, además porque están entre las investigaciones más específicas y más vinculadas a los problemas centrales de la vida del derecho; finalmente porque su objeto reviste una importancia particular en las concepciones sostenidas por algunos bien conocidos especialistas de nuestra materia. Me refiero sobre todo a los sociólogos del derecho que se vinculan a las concepciones de la escuela realista americana, particularmente interesada en el problema de las decisiones de los jueces, y también a los sociólogos del derecho del continente europeo que, como Horváth, afirman que el proceso es el elemento esencial del derecho², o que, como Carbonnier, hacen consistir el carácter de la juridicidad en la posibilidad de dar lugar a un juicio en el que el juez intervenga como tercero entre las partes³.

En relación con las investigaciones sobre los jueces y sobre la administración de la justicia, no es posible dar aquí una idea del número total y de la variedad de los temas tratados. Me limitaré a indicar algunos ejemplos, tal como he hecho en el capítulo precedente.

Entre los temas que merecen ser señalados habría que mencionar ante todo el del proceso de decisión del juez. Se trata de un tema cuyo interés ya había sido señalado por la escuela realista americana desde los años treinta y que ha sido reavivado más recientemente, además de por los sociólogos del derecho de la generación sucesiva, por los científicos de la política, que se han ocupado de ello como de un tema específico de su propia disciplina, y por los especialistas de la ciencia de la conducta, que han hecho una notable contribución a los esfuerzos dirigidos a explicar las decisiones de los jueces por medio de aquellos factores ambientales y de predisposición que están más allá de las argumentaciones formuladas en las opiniones de los propios jueces. Me refiero, más precisamente, a los especialistas de la ciencia de la conducta, que han dado un impulso decisivo a las investigaciones dirigidas a identificar «los hechos mensurables que permiten un análisis cuantitativo de la conducta judicial» y a las tendencias dirigidas a «experimentar nuevas técnicas y nuevos instrumentos de medición», así como «a hacer previsiones sobre las decisiones futuras de los tribunales constituidos por varios jueces y también de los jueces individuales cuyo proceder sea susceptible de una medición sustancialmente exacta en campos notoriamente difíciles como los del *due process* y los derechos civiles»⁴.

² Sobre Horváth, cfr. *supra*, pp. 85-87.

³ CARBONNIER, *Sociología jurídica*, cit., pp. 109-111. Sobre esta concepción, cfr. también anteriormente H. U. KANTOROWICZ, «Legal Science. A Summary of Its Methodology», en *Columbia Law Review*, XXVIII, 1928, p. 690; *Id.*, *La definizione del diritto*, cit., pp. 138-43 [trad. cast., pp. 126 ss.]

⁴ J. STONE, *Social Dimension of Law and Justice*, Sydney, 1966, p. 689.

Uno de los más significativos ejemplos de investigaciones sobre este tema se ofrece en las obras de G. Schubert, un científico de la política que ha estudiado a fondo el problema de las decisiones de los jueces en general y de las decisiones de los jueces de la Corte suprema de los Estados Unidos en particular. Hay que mencionar su obra pionerísima de 1959 sobre el análisis cuantitativo del comportamiento judicial⁵, en la que el autor centra su atención sobre las decisiones de los jueces de la Corte suprema y explica entre otras cosas que la indeterminación de algunas normas constitucionales y el constante cambio de las situaciones sociales crean siempre nuevos problemas relativos a la elección de valores y a su realización por medio del derecho. Mencionaría todavía tres obras posteriores, dos de 1965 y una de 1974, siempre sobre el mismo tema⁶, en las que el autor ha podido especificar aún mejor las motivaciones políticas que determinan las decisiones jurisprudenciales sirviéndose de las metodologías más perfeccionadas de que el científico social puede disponer hoy en virtud de los progresos de la tecnología y de las computadoras electrónicas. En una de estas obras, Schubert explica, por ejemplo, que el sistema de valores que caracteriza a cada juez individual está determinado por el ambiente familiar en el que ha crecido, por la educación recibida, por los estudios realizados, por la experiencia profesional, etc.; explica además que atendiendo a la votación los jueces se dividen en dos grupos contrapuestos, el de los liberales y el de los conservadores, y cómo en esta contraposición emergen tres diversas actitudes según que el liberalismo o el conservadurismo sean de carácter político, económico o social; explica finalmente cómo las previsiones del proceso de decisión pueden realizarse tomando como base algunas clases de variables. Pone de manifiesto así que la variable más amplia y difusa es la del ambiente político, y observa después que las variables culturales determinan el ámbito de variación de las variables relativas a las características personales, las cuales a su vez influyen sobre las actitudes que determinan las decisiones.

Además de estas investigaciones sobre las decisiones de los jueces togados, pueden recordarse otras investigaciones sobre las decisiones de los jueces populares, de los jurados. A este propósito deben señalarse especialmente las investigaciones realizadas por Harry Kalven y Hans Zeisel sobre las divergencias entre los juicios emitidos por los jurados y los emitidos por los jueces en el ámbito del proceso penal⁷. Se trata también aquí de investigaciones des-

arrolladas sirviéndose de perfeccionadas técnicas de análisis para determinar no sólo la medida de estas divergencias, sino también las razones que las determinan, y sirviéndose de complejos instrumentos metodológicos para valorar las actitudes hacia los encausados, hacia las pruebas, hacia las leyes impopulares, hacia los comportamientos incorrectos de la policía, etc. Entre los resultados obtenidos se puede mencionar que según los autores, en el 75 por 100 de los casos el juicio de los jurados equivale al de los jueces, y que en los casos remanentes las divergencias reveladas confirman algunas opiniones corrientes, es decir, que por ejemplo los jurados son más fácilmente inducidos a no dar valor a las leyes impopulares, a juzgar los hechos según su punto de vista personal, a dar amplia cabida a la equidad, a dejarse guiar por sentimientos de simpatía-antipatía hacia el encausado o por el tipo de delito cometido.

Las investigaciones sobre la excesiva duración de la litis y sobre el mal funcionamiento del aparato judicial son también bastante más numerosas que aquellas sobre el proceso de decisión de los jueces de las que hemos hablado, y han sido también las primeras en abrir el camino a las investigaciones empíricas en el campo del derecho.

A este propósito, puedo mencionar ante todo el libro de H. Zeisel, H. Kalven y Bernard Buchholz, *Delay in the Court*, en el que resulta manifiesto el propósito de dar inicio a las indagaciones sociológico-jurídicas en los Estados Unidos, de promover la colaboración entre sociólogos y juristas y de introducir la utilización de los métodos sociológicos en el campo de los estudios jurídicos⁸. Se trata sustancialmente de un libro que, como dice el título, tiene como objetivo estudiar el retraso con que los tribunales efectúan su propia tarea y que presenta los resultados de una investigación que ha sido realizada ante la Suprema Corte del condado de Nueva York tomando como base el examen de los expedientes de las causas y de otros documentos procesales y valiéndose también de datos comparativos provenientes de otras jurisdicciones territoriales, así como de un considerable número de entrevistas a jueces y abogados. Después de haber señalado los males que derivan del retraso antes indicado, los autores, encargados de un programa de investigación asignado por la Universidad de Chicago, describen la situación en la que se encuentra el trabajo en la Corte examinada por ellos, distinguiendo los diversos tipos de pleitos y analizando el flujo de las causas a través del mecanismo de los procedimientos. En las partes sucesivas tratan sobre todo de indicar los posibles remedios capaces de eliminar y de reducir este retraso: aumentar los días y las horas de trabajo, aumentar el número de los jueces, aumentar el número de los procesos con jueces togados respecto a aquellos con jurado, favo-

⁵ G. SCHUBERT, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, New York, 1959.
⁶ ID., *The Judicial Mind: the Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices*, 1946-63, Evanston, 1965; ID., *The Political Role of the Courts; Judicial Policymaking*, Chicago, 1965; ID., *The Judicial Mind Revisited. Psychometric Analysis of the Supreme Court Ideology*, London-New York, 1974.
⁷ H. KALVEN y E. H. ZEISEL, *The American Jury*, Boston, 1966.

⁸ H. ZEISEL, H. KALVEN y B. BUCHHOLZ, *Delay in the Court*, Boston-Toronto, 1959.

recer los arreglos prejudiciales de las controversias, modificar la plantilla de los magistrados, trasladando a los jueces de los tribunales que están menos sobrecargados de trabajo a aquellos que lo están más, proveer en fin a una distribución más racional de los plazos y de las tareas. Es interesante recordar que en esta indagación sobre los remedios del retraso, los autores no excluyen la hipótesis de que la reducción de dicho retraso y la más pronta resolución de las litis puedan producir un aumento de la demanda y por tanto un aumento antes que una disminución de la carga de trabajo que eliminaría en parte las ventajas obtenidas de estos remedios.

Otra interesante investigación sobre el retraso del trabajo en los tribunales es la publicada en el mismo año de 1959 por Maurice Rosenberg y Michael S. Savern, profesores de la Columbia University, y realizada ante la Corte suprema del condado de Nueva York y en otros diversos tribunales municipales de esa ciudad⁹. En esta investigación, los autores fijan su atención, entre otras cosas, en el alto porcentaje de causas en materia de lesiones personales y observan que en el gran número de estas causas reside quizá una de las razones principales del retraso en el trabajo judicial. Recogen además datos significativos sobre el número de los procedimientos iniciados y después abandonados, así como sobre el número de los concluidos con juicio y tratan en fin de especificar las características que distinguen los procedimientos del primer tipo de los del segundo tipo, con el fin de extraer sugerencias para una más pronta y provechosa marcha del trabajo.

Dentro del gran número de investigaciones sobre este tema, puede aún mencionarse una investigación un poco posterior realizada por Leo Levin y Edward A. Woolley, estudiosos de la Universidad de Pennsylvania, con análisis de casos y con entrevistas realizadas sobre una muestra de siete condados de aquel Estado, investigación realizada como las precedentes, no sólo para diagnosticar el mal, sino también para indicar los remedios. Y estos remedios, según las conclusiones de los autores, residirían no tanto en sanciones y en disposiciones legislativas, como en la voluntad de cambio que proviene del interior, es decir, de los propios jueces y abogados, voluntad que, constatan, se manifiesta en Pennsylvania, donde desde hace algunos años un notable número de jueces y abogados han trabajado y se han comprometido para esforzarse en mejorar el desarrollo del procedimiento judicial en general y de eliminar el retraso en particular¹⁰.

⁹ M. ROSENBERG y M. I. SAVERN, «Delay and the Dynamics of Personal Injury Litigation», en *Columbia Law Review*, vol. 59, diciembre de 1959, páginas 116-70.

¹⁰ Leo L. LEVIN y Edward A. WOOLLEY, *Dispatch and Delay. A Field Study of Judicial Administration in Pennsylvania*, Philadelphia, 1961.

2. LA EXTRACCIÓN SOCIAL DE LOS JUECES Y SUS RELACIONES CON LA POLÍTICA

Además de estas investigaciones sobre las decisiones de los jueces y sobre el funcionamiento del aparato judicial, se han realizado otras investigaciones no menos importantes sobre problemas diversos, como por ejemplo el de la ideología política de los jueces o el de su extracción social.

Puedo dar a este propósito algunos ejemplos de investigaciones que, a pesar de haber sido realizadas en las dos Alemanías hace más de un decenio, presentan aún hoy un indudable interés.

Sobre la ideología política de los jueces alemanes se puede dar el ejemplo del libro de Hubert Schorn, que se remonta a 1959¹¹, libro en el que el autor, con relación al problema de la ideología de magistratura, toma una clara posición contra la opinión entonces bastante difundida y sostenida también por los resultados de recientes investigaciones americanas¹² según las cuales el proceso de desnazificación realizado en la Alemania Federal después de la guerra no habría tenido éxito en su propósito de sustituir por una élite democrática la élite nacional-socialista, y habría por ello sustancialmente fracasado. Según Schorn, las protestas elevadas contra el proceder de la magistratura en el período nazi deben efectivamente rechazarse porque valen sólo para una pequeña minoría de jueces en servicio, pero no ciertamente para la gran mayoría de ellos. Y esto está demostrado por el hecho de que del análisis realizado por él de un gran número de sentencias en las que es evidente el conflicto entre las exigencias del derecho y las de la política nacional-socialista, resulta claro que el número de las decisiones tomadas en violación de las normas jurídicas, pero en conformidad con la ideología política entonces dominante, representa un número relativamente modesto frente al número total de tales sentencias.

Sobre la extracción social de los magistrados, en torno al final de los años cincuenta y al inicio de los años sesenta, se realizaron varias investigaciones entre las que se puede mencionar un análisis sociológico-estadístico concluido en 1959 por el juez Walter Richter¹³. Sobre la base de los datos recabables de las fichas personales

¹¹ H. SCHORN, *Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente*, Frankfurt, 1959.

¹² J. HERZ, *Political Views of the West in German Civil Service*, en H. SPEIER y W. PHILLIPS DAVISON (ed. preparada por), *West German Leadership and Foreign Policy*, Evanston, 1957; K. DEUTSCH y L. J. EDINGER, *Germany Rejoins the Powers*, Stanford, 1959.

¹³ W. RICHTER, «Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufssozialstatistische Analyse», en *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, V, 1960, pp. 241-59.

de 856 jueces de la jurisdicción superior, Richter hace en su análisis algunas interesantes consideraciones. Observa, por ejemplo, que los jueces provienen en una gran mayoría de familias de jueces o de juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido y a contraer matrimonio con personas de su misma condición social. Observa además que el 60 por 100 pertenecen al estrato medio superior, que es el de los profesionales libres, los altos funcionarios del Estado, los dirigentes industriales, etc., y que el 35 por 100 al estrato medio inferior, que es el de los empleados, los artesanos, los pequeños empresarios, etc. Observa todavía que los jueces pertenecientes al grado medio superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado medio-inferior.

Es interesante ver cómo Ralf Dahrendorf, que colaboró en la investigación de Richter, extrae de estas observaciones algunas conclusiones sobre la actitud de los jueces y sobre su comportamiento en el ejercicio de la profesión. La tendencia a la estabilidad territorial y social de los magistrados y el fin de la propia profesión, que consiste esencialmente en garantizar la aplicación y el respeto del derecho positivo, lleva por ejemplo a nuestro autor a afirmar que la actitud de los jueces se orienta hacia posiciones conservadoras. «La mayor parte de los jueces —observa— se caracterizan por una actitud conservadora en relación con el Estado y con el respeto por la autoridad legal sostenida por el *ethos* del servicio y del deber que contempla sobre todo el orden de la esfera pública.» El hecho de que los jueces pertenezcan al estrato medio superior y al estrato medio inferior, estratos que constituyen en su conjunto sólo el 4,6 por 100 de la población total, lleva después a Dahrendorf a hacer otras observaciones a propósito de la actitud de los jueces hacia los estratos de la población que les son extraños. Existe un mundo propio del juez, dice Dahrendorf, que es «el de los académicos, los funcionarios, los empleados, los dirigentes económicos, los agricultores, los artesanos, los comerciantes, quizá también el de los alguaciles, los dependientes, los expendedores de gasolina y los barranderos, pero más allá está el mundo extraño de los obreros de las industrias y de los campesinos. Desdichadamente, falta material empírico para una estratificación social de la criminalidad, pero es por lo menos probable que una gran parte de los procesados se reclute en el mundo de los estratos inferiores desconocidos por el juez. El juez puede por ello verse inducido a llenar la falta de su imagen de la sociedad con estas experiencias y por ello a considerar su propio mundo como el mundo del orden, de la honestidad y del decoro, y el mundo de los otros, por el contrario, como peligroso, sin orden ni disciplina. Por lo demás, la posición social del juez no permite

pensar que éstos estén en contacto con los estratos inferiores de la sociedad si no es en las aulas de los tribunales»¹⁴.

Estas afirmaciones de Dahrendorf, y especialmente su tesis de que los jueces tendrían una imagen dividida en dos de la sociedad en la que operan, provocaron, por un lado, una viva reacción de los magistrados de Alemania occidental y dieron, por otra parte, origen a interesantes investigaciones por parte de un estudioso de Alemania oriental. Me refiero a un trabajo de Helmuth Steiner sobre el origen y sobre el orden estructural de la magistratura en la República Democrática Alemana, en el que el autor trata de demostrar que muchos males que se advierten en la Alemania occidental no se advierten en la oriental¹⁵. Advierte así que mientras que según Dahrendorf en la Alemania occidental los jueces pertenecen casi exclusivamente a una clase social que representa a una exigua minoría de la población total y constituyen una élite cerrada e inmóvil, en la Alemania oriental los jueces provienen preferentemente de la clase obrera y de la clase campesina y constituyen un conjunto abierto en el que se nota un constante proceso de circulación entre los diversos estratos sociales.

La extracción social de los jueces en la Alemania oriental reproduce de hecho fielmente, afirma Steiner, la estructura socio-económica del país al que pertenecen, y esto, explica, es el resultado de una profunda transformación que se hizo posible por la aplicación del acuerdo de Potsdam de 1945, que preveía un sistema judicial fundado sobre la legalidad y sobre la igualdad y establecía la remoción de las funciones públicas de todos aquellos que hubieran participado activamente en el movimiento nacional-socialista y su sustitución por personas moralmente aptas para el desarrollo de la democracia. Hay que tener presente a este propósito el hecho de que el 80 por 100 de los jueces alemanes estaban inscritos en el partido nacional-socialista o en sus organizaciones y que el proceso de desnazificación comportó el inmediato alejamiento de todos los jueces en activo y su sustitución, en un primer momento, por los perseguidos por el nacional-socialismo, carentes de preparación jurídica. En un segundo momento se pasó a la formación de jueces

¹⁴ R. DAHRENDORF, «Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht», en *Gesellschaft und Freiheit*, Múnich, 1961, p. 194. Sobre el tema, cfr. también A. CAVALLI, «L'origine sociale dei giudici tedeschi: ricerche e discussioni», en *Quaderni di sociologia*, XVII, 1968, pp. 268-85. En este artículo, Cavalli analiza y compara los resultados de la investigación arriba indicada con los de una investigación posterior del mismo autor y con los de investigaciones de otros autores, entre las cuales K. ZWINGMANN, *Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1966.

¹⁵ H. STEINER, *Die Soziale Herkunft und Struktur der Richter in der DDR*, en R. SCHULZ y H. STEINER (ed. preparada por), *Soziologie und Wirklichkeit. Beiträge zum Welt-kongress für Soziologie*, Berlin, 1966, pp. 92-109. Sobre este tema utilicé cuanto escribí en *Nuovi sviluppi*, cit., pp. 160-62.

populares instruidos durante un período que variaba de seis meses a dos años, y en fin al adiestramiento sistemático de los jueces a través de la Academia de ciencias políticas de Postdam-Babelsberg y de la Universidad. Después, en 1953, se dictó una ley que obligaba a todos los jueces a seguir y completar los cursos universitarios antes de 1960.

El rápido proceso de desnazificación, de democratización y de movilidad social realizado por la magistratura de la Alemania oriental está además ampliamente ilustrado por numerosos datos estadísticos que revisten un particular significado si se comparan con los de la Alemania occidental. Se advierte, por ejemplo, que en la magistratura de la República Democrática Alemana, hacia la mitad de los años sesenta, prevalecía porcentualmente el grupo de edad entre los treinta y los cuarenta y nueve años, y que esto era debido a la desnazificación, que había eliminado con la depuración a gran parte de los jueces nacidos antes de 1915. Los jueces de la Alemania occidental eran, por el contrario, bastante mayores. Sólo el 9,30 por 100 de ellos había superado el examen de concurso y de admisión en la magistratura después de 1945, y por tanto más del 90 por 100 estaban ya en activo desde la época del nacional-socialismo. Se advierte además que en la época indicada la magistratura de Alemania oriental había conseguido un grado de igualdad entre los sexos del que todavía estaba muy alejado la Alemania occidental. Mientras que en Alemania occidental solamente el 4 por 100 de los jueces era de sexo femenino, en la Alemania oriental las mujeres llegaban al 30 por 100 en los tribunales de distrito y al 33 por 100 en los tribunales locales, y tendía a aumentar, tal como se podía argumentar a partir de los hechos siguientes: que aumentaba el porcentaje de estudiantes de sexo femenino en las facultades de Derecho, que disminuían las prevenciones tradicionales contra la mujer-juez y que se manifestaban de manera cada vez más clara las grandes posibilidades profesionales que tenían, especialmente cuando carecían de cargas familiares. Se advierte finalmente que en la magistratura de Alemania oriental no existía aquel inmovilismo que Dahrendorf y otros estudiosos señalaban en la magistratura de Alemania occidental. Y esto resultaba confirmado por varios datos estadísticos relativos a la situación laboral de los familiares de los jueces. Mientras que los padres eran en su mayoría obreros, las mujeres eran en su mayoría empleadas. Los hijos eran en parte obreros (cerca del 25 por 100), en parte empleados (45 por 100), en parte dirigentes o intelectuales (30 por 100). Contrariamente a lo que ocurría en Alemania occidental, en Alemania oriental los nuevos jueces no provenían, salvo en mínimos porcentajes, de familias de jueces o de funcionarios estatales o de juristas. Y lo mismo cabe decir para los estudiantes de Derecho.

Sobre el problema de la extracción social de los jueces y sobre el de sus relaciones con la política, o mejor con el poder político, puede ser interesante mencionar aún algunos resultados de una amplia investigación realizada recientemente por José Juan Toharia sobre los jueces españoles¹⁶.

En cuanto a la extracción social, el autor observa, entre otras cosas, que en España más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático. Casi ninguno proviene, por el contrario, de la clase obrera o del mundo campesino. Si se distinguen los jueces en tres categorías, los de grado más bajo, los de grado más alto y los de grado intermedio, puede advertirse que entre los jueces de grado más bajo predomina el origen del ambiente burocrático, para los de grado más alto predomina el origen de los pertenecientes a las profesiones legales y para los de grado intermedio se equiparan los dos diversos tipos de origen. Desde el punto de vista dinámico se puede observar además que el origen de los jueces está cambiando en el sentido de una progresiva disminución del porcentaje de hijos de personas que ejercen la profesión legal y de un aumento del porcentaje de los hijos de personas insertas en la organización burocrática.

Con referencia a las relaciones con la política y con el poder político, el autor menciona ante todo que en los años de la dictadura de Primo de Rivera la esfera de competencia de los tribunales militares había tenido una expansión «sin precedentes» y que en 1931, con la llegada de la segunda república, la competencia de los tribunales militares fue rápidamente reducida a sus límites naturales. En aquel año, dice, comienza una nueva era para la magistratura española que se renueva y se abre hacia los ideales democráticos, eliminando de su seno a un cierto número de elementos monárquicos y reaccionarios que son jubilados por la autoridad en base a la ley republicana de 1932. Pero la nueva era democrática dura pocos años y la situación sufre en seguida un cambio radical con la guerra civil y con la instauración del régimen franquista. En el primer período de ese régimen, que va de 1936 a 1945, los jueces fueron sometidos a los mismos mecanismos de control y de depuración a que fueron sometidos los otros funcionarios del Estado. Se les exigía un juramento de adhesión incondicionada al «caudillo» y se suprimió toda garantía de inamovilidad. Además se reservó a los ex combatientes el 50 por 100 de los puestos vacantes de la administración pública, incluidos los de la carrera judicial. Tales medidas no sirvieron, sin embargo, para incidir sensiblemente sobre el proceso de depuración (sólo el 5 por 100 del total de los jueces

¹⁶ J. J. TOHARIA, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, 1975, especialmente cap. III, X.

fue depurado), y ello se debió ante todo a la fundamental apoliticidad que caracteriza el universo mental de la magistratura española y además al hecho de que el orden judicial durante la guerra civil estuvo escasamente implicado en la lucha política. «En la parte nacional, la actividad jurisdiccional de signo político represivo no estuvo de hecho a cargo de los tribunales ordinarios, y en la parte republicana tal actividad fue confiada sustancialmente a una serie de tribunales populares en los que la participación de los jueces ordinarios fue mínima y prácticamente nula.» Es interesante observar que en el período posterior a 1945, con la consolidación del régimen autoritario, el propio régimen no se empeñó en realizar un adiestramiento político de la magistratura ordinaria y favoreció por el contrario su apatía política. Pero la tendencia a no politizar esta magistratura por parte del régimen franquista no excluye que la politicización suceda lo mismo a través de otros canales, es decir, al hacer ciertamente que por un lado los sectores de la realidad social que resultan ser más delicados y peligrosos para el sistema político vengan confiados a jurisdicciones especiales creadas *ad hoc* y por ello directamente controladas por la dictadura, y al dejar, por otro lado, el resto al cuidado de la jurisdicción ordinaria, que continúa siendo independiente solamente porque no hay razón alguna para controlarla, dado que las cuestiones de las que se ocupa son irrelevantes desde el punto de vista político.

Para darse cuenta de las tendencias ideológico-políticas de la jurisdicción ordinaria hay que mencionar finalmente que Toharia ha hecho varias indagaciones sobre la actitud de los jueces de cara a algunos problemas significativos, entre otros el de la pena de muerte. Entre otras cosas ha resultado lo siguiente: «El 54 por 100 de los jueces opina simplemente que la pena de muerte no debería existir; el 18 por 100 opina que debería existir en los textos legislativos, pero que su ejecución debería commutarse en el 99 por 100 de los casos; sólo el 19 por 100 opina que la pena de muerte debe existir y debe aplicarse tal como resulta previsto por la ley.» Y este resultado es, según el autor, bastante interesante porque lleva entre otras cosas a sostener la tesis según la cual los jueces serían más liberales que los estudiantes de Derecho. Entre éstos, sólo el 40 por 100 se opone de hecho categóricamente a la pena de muerte, mientras que el 24 por 100 se muestra favorable a su existencia y a su aplicación¹⁷.

¹⁷ J. J. TOHARIA, *El juez español*, cit., p. 201. Sobre la pena de muerte desde el punto de vista sociológico, son de señalar también dos recientes libros españoles: Carlos GARCÍA VALDÉS, *No a la pena de muerte*, Madrid, 1975; M. BARBERO SANTOS y otros, *La pena de muerte. Seis respuestas*, Valladolid, 1975.

3. LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN ITALIA

De manera distinta a lo que ha ocurrido en otros países, en Italia los jueces no han sido solamente objeto de importantes investigaciones empíricas, sino que han sido también los sujetos que han contribuido a promoverlas y a realizarlas. Quien quiera hacer la historia de las investigaciones de sociología del derecho en Italia deberá tener presente que en la primera investigación importante de la materia, en la investigación sobre «La administración de la justicia y la sociedad italiana en transformación», organizada por el centro nacional de prevención y defensa social, los jueces pertenecientes a las corrientes más avanzadas de la asociación nacional de magistrados tuvieron un papel bastante importante como promotores y como investigadores.

Si se lee el programa de aquella investigación, presentado en 1962 en el convenio de Ancona de la Asociación Italiana de Ciencias Sociales¹⁸, se puede comprender fácilmente cómo se ha podido decir que ese año ha sido «uno de los años de esperanza de la sociología en Italia y también, no obstante lo poco que se hablaba de ello entonces, de esperanza de la sociología del derecho»¹⁹. Los estudiosos reunidos en aquel convenio para discutir acerca de las relaciones entre sociólogos y centros de poder manifestaron, en efecto, la esperanza de poder realizar un eficaz trabajo de investigación en los diversos sectores de la vida social de nuestro país, guiados por el ideal de la más amplia libertad científica y recorriendo un camino que evitara los peligros de la sociología dominada e instrumentalizada, por un lado, y de la sociología no comprometida e inerte, por el otro. Y animados de esta misma esperanza, los redactores del programa de la investigación sobre la administración de la justicia en Italia manifestaron por su parte el propósito de desarrollar investigaciones de sociología del derecho con el fin de conocer el significado de la crisis por la que atravesaba entonces la justicia italiana y de proponer los remedios necesarios. Una crisis funcional e ideológica que, como había dicho el juez Dino Greco en su comunicación en el convenio de Ancona, se planteaba «sobre todo en términos de ineeficacia del aparato judicial y de ajeneidad de la justicia en relación con el complejo social y productivo del país»²⁰.

La investigación sobre la administración de la justicia en Italia, cuyo programa se presenta como decimos en 1962, se desarrolla

¹⁸ A. A. V. V., *Sociologi e centri di potere in Italia*, Bari, 1962.

¹⁹ Cfr. mi artículo «L'amministrazione della giustizia in Italia», en *Rivista di diritto processuale*, XXVII, 1972, p. 81.

²⁰ D. GRECO, *L'amministrazione giudiziaria*, en A. A. V. V., *Sociologi e centri di potere*, cit., p. 130.

en el curso de un decenio y se cierra prácticamente en 1972 con la publicación de una docena de volúmenes que recogen los resultados de ello²¹. Los principales temas tratados (que coinciden en gran parte con los tratados por los estudiosos extranjeros de los que hemos hablado) son los siguientes: el problema funcional del aparato judicial, la ideología profesional de los magistrados, la ideología político-social de la jurisprudencia, las actitudes de la gente hacia la justicia.

Las investigaciones que se ocupan del problema funcional entienden la crisis de la justicia esencialmente como la crisis del aparato judicial y, con mayor precisión, como la crisis de un aparato que no resulta ya capaz de satisfacer las demandas crecientes y las exigencias urgentes de nuestra sociedad en transformación. Y tales investigaciones pueden subdividirse en dos grupos distintos: las que consideran el problema antes indicado desde el punto de vista organizativo y las que lo consideran desde el punto de vista económico.

Las investigaciones que se ocupan del problema funcional desde el punto de vista organizativo y que estudian tal problema «siguiendo el hilo conductor de la sociología de la organización que ha sido estudiada y verificada en las empresas industriales» han sido dirigidas por Gino Martinoli y se encuentran expuestas en dos libros de Giuseppe Di Federico. El primero de estos libros se ocupa del reclutamiento de los magistrados entendido como un caso de aquella actividad de tipo administrativo que indirectamente puede provocar retrasos y disfunciones del aparato judicial. El segundo de estos libros analiza y describe, sobre la base de una amplia documentación ilustrada e integrada por numerosas entrevistas, la organización de la Corte de casación y de la Procuraduría general de la misma, con el fin de especificar las causas de su mal funcionamiento. Di Federico fija así la atención sobre la avanzada edad de la mayor parte del personal togado, sobre los cambios demasiado rápidos de dicho personal, sobre el hecho de que las plantillas efectivas sean constantemente inferiores a las plantillas reales, sobre el fenómeno de la residencia fuera de su circunscripción, etc. Hace también interesantes observaciones sobre el funcionamiento de las oficinas, del escalafón y del repertorio de máximas jurídicas²².

Las investigaciones que se ocupan del problema funcional desde el punto de vista económico están expuestas también en dos libros. Hay que mencionar ante todo el de Francesco Forte y Pier Vincenzo Bondonio sobre los costes y sobre los beneficios de la justicia en

²¹ Esta investigación ha sido expuesta por mí en el volumen *El juez y la sociedad*, cit., y más sintéticamente en el artículo «L'amministrazione della giustizia in Italia», cit. Utilizo aquí cuanto digo en este artículo.

²² G. DI FEDERICO, *Il reclutamento dei magistrati*, Bari, 1968; ID., *La Corte di Cassazione*, Bari, 1968.

Italia²³, que abre el camino a las investigaciones en un campo de estudio casi inexplorado, es decir, en el de la economía de la justicia en general y de los costes y de los beneficios en particular, y que proporciona interesantes contribuciones al estudio del problema de la «racionalidad y eficiencia de la distribución territorial del personal, de cara a algunos indicadores de la producción y de la demanda de los servicios en las varias áreas». Mencionaría además el libro presentado por Giovanni Demaria, con contribuciones de Cesare Castellano, Carlo Pace, Gioachino Raspini, sobre la eficiencia de la justicia italiana²⁴, en el que se distinguen las causas que determinan la crisis de la justicia en Italia en tres diversos grupos: las que se refieren a la incerteza del derecho, las que se refieren a la lentitud de la actividad jurisdiccional y las que se refieren al alto coste de la litis. Y en el análisis de estas causas de la crisis los autores proporcionan datos significativos sobre la duración de los procedimientos, sobre el número de las causas abandonadas, sobre los costes de la litis y sobre su incidencia sobre los valores en disputa, sobre la huida de la justicia ordinaria, sobre la diversidad de tratamiento judicial a los litigantes en relación a su posición económica y social.

Sobre la ideología profesional de los magistrados se han publicado dos libros, uno de A. Pagani y otro de Ezio Moriondo. El libro de Pagani sobre la profesión del juez, considerado junto a otros escritos menores²⁵ del mismo autor, constituye una típica investigación de sociología de las profesiones referida al problema de la profesión judicial. Se trata de una investigación que, sobre la base de 162 entrevistas hechas a una muestra de jueces ejercientes en la sede judicial de Milán, proporciona ante todo datos sobre el grado de motivación en la elección profesional, sobre la satisfacción en el trabajo, sobre la concepción de la propia profesión, que puede ser de tipo elitista o burocrática. Esta investigación proporciona además datos sobre las actitudes de los jueces hacia la sociedad, actitudes que dependen de la posición que los jueces ocupan en la esfera superior de la sociedad en virtud de su grado de instrucción y de su condición profesional. El libro de Moriondo sobre la ideología de los magistrados italianos presenta una investigación de sociología del conocimiento que es tal por la naturaleza de las fuentes utilizadas, es decir, todos los números de la *Associazione Nazionale Magistrati* publicados después de la liberación, y por el propósito con el que se ha realizado el análisis de dicho periódico, es decir, por el propósito de estudiar las relaciones entre

²³ F. FORTE y P. BONDONIO, *Costi e benefici della giustizia italiana*, Bari, 1970.

²⁴ CASTELLANO, PACE, PALOMBA y RASPINI, *L'efficienza della giustizia italiana e i suoi aspetti economico-sociali*, Bari, 1970².

²⁵ PAGANI, *La professione del giudice*, cit.; ID., «Profilo ideologico del giudice», en *Quaderni di sociologia*, XXI, 1972, pp. 51, 71.

los valores y los sistemas de valores que reclaman los magistrados asociados y las actitudes asumidas y las decisiones tomadas por la propia magistratura en su conjunto y en las diversas corrientes en que se subdivide. Y esta investigación ha contribuido notablemente a ilustrar y explicar el proceso de cambio que ha experimentado la ideología de la magistratura desde el período inicial (1947-50), en que los disensos se limitaban a problemas particulares de naturaleza técnica y económica, hasta el período sucesivo en que tales disensos se han extendido hasta atacar principios fundamentales como los de la estructura jerárquica y de la carrera, estableciendo entre los magistrados fracturas cada vez más graves y profundas²⁶.

La ideología político-social de la jurisprudencia ha sido objeto de dos investigaciones distintas: una de carácter preferentemente histórico y otra de carácter preferentemente sociológico. La primera de estas investigaciones es la realizada por Guido Neppi Modona y expuesta en un libro sobre la huelga, el poder político y la magistratura de 1870 a 1922²⁷. Se trata, como he dicho, de una investigación de carácter preferentemente histórico en la que, sobre la base de un vasto material, constituido no solamente por las sentencias y por numerosas publicaciones sobre el tema, sino también por instrucciones, cartas y circulares de las autoridades del gobierno, el autor demuestra que la postura asumida por la magistratura frente a las reivindicaciones obreras ha sido, salvo raras excepciones, una postura de clara hostilidad hacia estas reivindicaciones y de abierto apoyo a los patronos; una postura que se prorroga durante todo el período examinado y por ello también en los años en los que el fascismo conquistó el poder. En aquellos años, la magistratura se encontró en efecto plenamente de acuerdo con las directivas fascistas en cuanto a la represión del movimiento obrero y demostró solamente una cierta reluctancia a seguir dichas directivas allí donde se trataba de juzgar los actos cuya incriminación chocaba contra los principios del liberalismo conservador a la luz de los cuales se había formado la magistratura. A conclusiones casi análogas llega después la otra investigación de carácter preferentemente sociológico realizada tomando como base un considerable número de sentencias. Me refiero a la investigación expuesta en un libro presentado por Luigi Bianchi di Espinosa sobre los valores socioculturales de la jurisprudencia y en un libro de Federico Governatori titulado *Estado y ciudadano en los tribunales*²⁸. En estos dos libros, en los que, como decimos, sus autores no se ocupan solamente de los problemas del

²⁶ E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, 1967.

²⁷ G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura. 1870-1922*, Bari, 1969.

²⁸ L. BIANCHI DI ESPINOSA, M. CELORIA, D. GRECO, R. ODORISIO, G. PETRELLA y D. PULITANO, *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970; F. GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale*, Bari, 1970.

trabajo, sino también de otros temas (derecho de familia, derecho penal, etc.) allí donde se traza un cuadro general de las orientaciones ideológicas de la magistratura, se pone de relieve de hecho, análogamente a lo que había puesto de relieve Neppi Modona, que en el período anterior al fascismo tales orientaciones eran las del liberalismo conservador, y que en el período fascista fueron, por el contrario, las de una prudente oposición de derecha, es decir, de una oposición limitada a las violaciones de la libertad individual y no extendida a la represión del movimiento obrero realizada por el fascismo. En el mismo cuadro se considera también el período sucesivo a la constitución de la república democrática, en el que la magistratura se ha dividido en varias corrientes con orientaciones ideológicas distintas que cubren la gama entera del espectro político.

Sobre el último tema, es decir, sobre las actitudes de la gente hacia la justicia, se han realizado dos diferentes investigaciones.

La primera es la expuesta por Franco Leonardi en un libro²⁹ en el que se consideran varios problemas: las actitudes del ciudadano medio hacia el aparato normativo, es decir, hacia la ley vigente; las actitudes frente al aparato operativo, es decir, frente a los jueces y a los abogados, que son los más importantes protagonistas del proceso; las actitudes hacia el ejercicio de la acción, es decir, hacia la utilización del aparato operativo. Se han realizado así numerosas entrevistas sobre una muestra de gente localizada dentro de los distritos de la Corte de apelación de Milán, Roma y Catania, y se han alcanzado interesantes resultados, entre los cuales menciono: algunos datos sobre la correlación entre actitudes hacia la justicia legal y dimensión cultural de la gente, algunas observaciones sobre la creencia en la posibilidad de una eficaz política legislativa a favor de las clases menos privilegiadas, algunas observaciones sobre la diversidad de las opiniones en torno al prestigio de las diversas profesiones legales.

La segunda investigación es la realizada por V. Tomeo y expuesta en un volumen titulado *El juez en la pantalla*³⁰, en el que el autor explica cómo la imagen del juez y en general la de la administración de la justicia resultan recibidas y transmitidas por los medios de comunicación de masas, y señaladamente por el cine, en Italia. Tal investigación está dividida en dos partes: en la primera se analizan los contenidos narrativos de las películas producidas en Italia de 1946 a 1965 y de 1965 a 1971 para determinar la relevancia de esas fechas en los temas de carácter judicial; en la segunda se exponen los resultados de una encuesta con cuestionario hecha sobre una muestra de población milanesa para la que se proyectaron cuatro films con argumento judicial. Los resultados de

²⁹ F. LEONARDI, *Il cittadino e la giustizia*, Padova, 1968.

³⁰ TOMEO, *Il giudice sullo schermo*, cit.

la primera parte de la investigación llevan a concluir que el cine, al menos hasta 1965, afrontó con incertidumbre y con poca convicción el rol del juez y el tema de la justicia, y que sólo en años recientes, después de que la crisis de la justicia asumiera las dimensiones de un debate político, este tema se ha convertido en argumento de algunos notables films de amplia difusión. Entre los resultados de la segunda parte puedo, en fin, mencionar las siguientes consideraciones: que la ley y la administración de la justicia son considerados como medios de innovación; que resulta rechazada como contradicción la imagen de un juez que no tenga el poder de intervenir en conflictos reales; que la acción del juez viene generalmente entendida como un elemento modificador de la sociedad, siempre que la ley sea rigurosamente aplicada. En sustancia, concluye el autor, la gente, a pesar de conocer la efectiva desigualdad de los particulares ante la ley y la realidad del conflicto social, tiende a reafirmar en el juez el rol de decisor, y dentro de tal rol el de intérprete del conflicto más que el de intérprete de la ley.

Las investigaciones sobre la administración de la justicia de que hemos hablado hasta aquí, investigaciones que a pesar de los muchos defectos han tenido también notables méritos³¹, se iniciaron, como decimos, en 1962 y se han concluido diez años después, en 1972. Y es necesario reconocer que esa crisis de la justicia que en 1962 por su gravedad había constituido uno de los motivos iniciales de esas investigaciones, en 1972 había llegado a ser más grave todavía. Algunos hechos habían contribuido a agravarla. Ante todo las manifestaciones de violencia que turbaban en medida creciente la vida de Italia y frente a las cuales la magistratura se encontraba cada vez más incierta y dividida. Además y especialmente el hecho de que la magistratura, salida desde hace tiempo de su tradicional torre de marfil, participaba de manera cada vez más abierta y con empeño cada vez mayor en los conflictos políticos y sociales del país, haciendo más profundas las divisiones existentes y creando otras nuevas.

Por lo que se refiere a nuestra investigación, la división más cargada de consecuencias es la que se manifiesta en el ámbito de *Magistratura democrática*, es decir, en el ámbito de aquella corriente más avanzada de la *Associazione Nazionale Magistrati*, que había contribuido eficazmente a promover y a realizar dicha investigación. Me refiero con mayor precisión a la escisión ocurrida en 1969 entre los maximalistas que se quedaron en la corriente y los reformistas que se salieron de ella dando vida a otra corriente denominada «*Giustizia e costituzione*», que a su vez dio lugar a una amplia formación denominada «*Impegno costituzionale*». Y bien puede decirse que esta división entre reformistas y maximalistas, que he calificado

³¹ Cfr. mi libro *El juez y la sociedad*, cit., pp. 142-161.

así sin querer dar a los dos términos ningún significado político preciso, es la división que determina prácticamente aquella profunda divergencia de actitudes y de jueces que se manifiesta en 1972, es decir, en el año en el que la investigación se concluye y se hace el balance de los resultados alcanzados. En aquella ocasión se pudo advertir, efectivamente, por un lado a aquellos que, fieles al programa inicial, creían aún en la posibilidad de realizar con plena libertad científica un trabajo eficaz en el campo de los estudios de sociología del derecho y de proporcionar, a través de éstos, los elementos cognoscitivos indispensables para reformar las estructuras anticuadas del ordenamiento judicial de manera que lo hicieran más apto para responder a la siempre creciente demanda de justicia que provenía de la sociedad en su conjunto. Por otro lado, a aquellos que rechazaban y refutaban el propio ordenamiento rebelándose contra «el científicismo sociológico» que «hace una continua obra de ocultación de los momentos más punzantes de la realidad social» y demostrando el más completo desinterés por el problema funcional del aparato judicial en cuanto que tal problema, a su modo de ver, interesa solamente a aquellos que pertenecen a aquella parte de la sociedad al servicio de la cual funciona dicho aparato y no a la sociedad en su conjunto a la que la justicia se aplica o debería aplicarse³².

Frente a este contraste de actitudes y de opiniones que reflejaba el contraste manifestado ya claramente en aquellos años entre los sociólogos positivistas y los dialécticos y entre la concepción funcional de la sociedad y la concepción del conflicto social, como director de la investigación, aunque manifestando varias incertidumbres, consideré que debía tomar una posición intermedia, tanto en el plano ideológico, orientándome hacia las concepciones del conflictivismo pluralista y del socialismo democrático, como en el plano metodológico afirmando ideas que he repetido también en este libro³³.

³² Cfr. mi libro *El juez y la sociedad*, cit., pp. 128-130 y la bibliografía allí citada.

³³ *Ibid.*, pp. 97-100. Cfr. p. 153. La investigación sobre la magistratura de la que he hablado aquí ha sido la primera y la más vasta entre las que se han desarrollado en Italia sobre el tema. Muchas investigaciones interesantes se han publicado también en las revistas de dos distintas corrientes de la Asociación de magistrados: *Giustizia e costituzione* y *Quale giustizia*. Hay que señalar también la primera memoria anual del Consejo Superior de la Magistratura con el título de *Realtà sociale e amministrazione della giustizia*, Roma, 1970, memoria que tiene ampliamente en cuenta los resultados de la investigación de que hemos hablado. Hay que señalar finalmente la reciente investigación de E. RESTA, «*Magistratura e rapporti agrari nel Mezzogiorno*», en *Democrazia e diritto*, XVI, 1976, pp. 153-82.

4. LA PROFESIÓN FORENSE. LOS DESPACHOS JURÍDICOS. LAS INVESTIGACIONES COMPARATIVAS

El problema de los abogados y de la profesión forense, que despertó el interés de algunos clásicos de la sociología como Spencer y Weber³⁴ y que ha sido estudiado y profundizado en importantes obras histórico-sociológicas como las de B. Abel-Smith y R. Stevens³⁵, es un problema que ha sido siempre objeto, bien puede decirse, de numerosas investigaciones, las más numerosas quizá después de aquellas sobre los jueces y sobre la administración de la justicia.

Para dar una idea de estas investigaciones comenzaré diciendo algunos de los temas por los que más se han interesado los estudiosos americanos.

Uno de estos temas es, en mi opinión, ante todo el de la relación entre estratificación social y profesión jurídica, relación que es de fundamental importancia porque, como observa Jack Ladinsky, «la extracción social pre establece dos fundamentales factores condicionantes de la carrera: el nivel de habilidad técnica y el tipo de clientela»³⁶, y porque, como añade Schur, «ha sido repetidamente observado que el nivel de extracción social y de preparación jurídica de los abogados está conectado con algunos parámetros como la estructuración de su actividad jurídica (profesión individual, pequeño despacho, gran despacho), renta, sector en el que se ejerce la actividad jurídica, frecuencia y tipo de relaciones con jueces y administradores, nivel y entidad de la clientela»³⁷.

Otro tema estrechamente conectado con el indicado ahora es el tema relativo a la tipología de los abogados y a la tipología de los despachos profesionales. Me limito a dar dos ejemplos de investigaciones sobre dos tipos distintos, más bien opuestos, de despachos jurídicos.

La primera es la de Erwin O. Smigel sobre los grandes despachos de abogados de Wall Street³⁸, es decir, sobre los despachos que ocupan varios pisos de los edificios centrales de la ciudad y que están constituidos desde cincuenta a cien o más abogados y por un número de subalternos no abogados que es proporcionalmente casi el doble. Se trata de una investigación realizada sirviéndose en gran parte de entrevistas que han dado resultados interesantes. El autor explica que estos despachos, especializados las más de las veces en

³⁴ Cfr. pp. 45, 80-81.

³⁵ B. ABEL-SMITH y R. STEVENS, *Lawyers and the Courts: A Sociological Study of English Legal System. 1750-1965*, London, 1967.

³⁶ J. LADINSKY, «Careers of Lawyers, Law Practice and Legal Institutions», en *American Sociological Review*, XXVIII, febrero de 1963, p. 53.

³⁷ E. M. SCHUR, *Law and Society*, cit., p. 104.

³⁸ E. O. SMIGEL, *The Wall Street Lawyers. Professional Organization Man*, Indiana University Press, 1969.

cuestiones de derecho mercantil, tienen como clientes grandes empresas del sector de la industria y de las finanzas y se ocupan sobre todo de la constitución y de la gestión de las más importantes sociedades por acciones y de las cuestiones relacionadas con ellas; explica además que estos despachos tienen una rígida estructura jerárquica, desarrollan su actividad sobre la base de una rigurosa división del trabajo y disponen de un personal de élite. Los jóvenes abogados que entran a formar parte del despacho como asalariados y que recorrerán después toda su carrera en el interior del despacho pertenecen generalmente a familias de grado social elevado y provienen de las más renombradas escuelas jurídicas americanas, donde ya como estudiantes se hicieron apreciar por su calidad y sus méritos.

El segundo ejemplo de investigación que deseo aquí mencionar es el ofrecido por Jerome E. Carlin en su libro sobre los abogados de bajo nivel que trabajan en Chicago en despachos individuales. Carlin explica que estos abogados, opuestamente a aquellos de que hemos hablado precedentemente, son de extracción social modesta, provienen de escuelas jurídicas de escaso prestigio, desarrollan su actividad en pequeños tribunales locales, se apoyan en una clientela insegura que dispone de escasos medios económicos y se ocupan sustancialmente de cuestiones de ligera importancia, descuidadas y con frecuencia rechazadas por los despachos jurídicos de sólida reputación. Con más precisión, se ocupan, como observa el autor, «de casos indeseables, de trabajo poco limpio, de aquellos sectores de la práctica forense que se caracteriza por una doble atmósfera de transacción y de compromiso en el filo de la legalidad», sectores que se refieren generalmente «a controversias en materia de impuestos locales y municipales, lesiones personales, divorcios y causas penales»³⁹. En esta investigación sobre los abogados que trabajan solos, Carlin habla después también de aquellos profesionales libres que aun desarrollando su propia actividad del modo indicado logran tener en el plano local una clientela más segura, desarrollar un trabajo más regular y gozar, siempre en el plano local, de una mejor reputación.

Entre los abogados de los grandes despachos de Wall Street y los abogados que trabajan solos en Chicago existe, evidentemente, toda una gama de abogados de tipos diversos y de importancia diversa que han sido objeto de investigaciones particulares, como aquellas sobre los abogados especializados en cuestiones matrimoniales⁴⁰, sobre los abogados penalistas⁴¹, sobre la defensa gratui-

³⁹ J. E. CARLIN, *Lawyers on Their Own. A Study of Individual Practitioners in Chicago*, New Brunswick, 1962, pp. 17-18.

⁴⁰ H. J. O'GORMAN, *Lawyers and Matrimonial Cases*, New York, 1963.

⁴¹ A. L. WOOD, *Criminal Lawyer*, New Haven, 1967.

ta⁴², etc. Sin embargo, no viene al caso hablar aquí de estas investigaciones sobre temas particulares y ni siquiera de aquellas sobre problemas de carácter general, como por ejemplo las investigaciones sobre la participación de los abogados en la vida política⁴³. Es, por el contrario, oportuno decir aún algo de un tercer tema hacia el que se orientan las investigaciones americanas sobre los abogados: el de la relación con el cliente. Sobre este tema pueden mencionarse varias investigaciones que ponen en claro el conflicto entre el deber que el abogado tiene hacia el cliente y las exigencias que provienen de su rol profesional; conflicto que por ejemplo ha sido aclarado en un ensayo sobre el abogado penalista, en el que se observa que este abogado que desarrolla su propia actividad en los tribunales penales se comporta de manera que puede ser considerado «más al servicio de los fines de la organización que a los de la profesión» y que puede ser considerado como persona dedicada a un tipo de actividad profesional más burocrática que privada⁴⁴. El tema de la relación con el cliente, vista en su mayor amplitud, ha sido después tratado expresamente en una investigación específica realizada por Carlin sobre una muestra de abogados que ejercen la profesión en Manhattan y en el Bronx, es decir, en un barrio central y en un barrio periférico de Nueva York⁴⁵. En esta investigación, realizada por medio de entrevistas, el autor, después de haber confirmado opiniones subjetivas y valoraciones corrientes en cuanto a la escasa capacidad de los entrevistados a alcanzar los más altos niveles de la ética profesional, hace algunas interesantes observaciones. Esto es, pone de relieve por ejemplo que existe una estrecha conexión entre el comportamiento ético y la importancia de los despachos profesionales: cuanto mayor es la importancia de estos despachos, mayor es la observancia de los cánones éticos por parte de quienes operan en ellos. Pone de relieve además la escasa eficacia de las sanciones previstas por los reglamentos de las asociaciones profesionales con el fin de obtener por parte de los abogados la observancia de esos cánones, y pone de relieve, por el contrario, la mayor eficacia de

⁴² Sobre el tema y sobre la bibliografía relacionada, para Gran Bretaña, cfr. P. MORRIS, R. WHITE y P. LEWIS, *Social Needs and Legal Action*, London, 1973; para los Estados Unidos, cfr. J. RUMI PARONI, «Studi e ricerche sull'assistenza legale ai non abbienti negli Stati Uniti», en *Sociologia del diritto*, I, 1974, pp. 171-93; para Italia, cfr. V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, y M. CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Milano, 1972, especialmente parte III.

⁴³ H. EULAU y J. D. SPRAGUE, *Lawyer in Politics. A Study in Professional Convergence*, Indianapolis-New York, 1964.

⁴⁴ A. S. BLUMBERG, «The Practice of Law as Confidence Game: Organizational Cooptation of a Profession», en *Law and Society Review*, I, 1967.

⁴⁵ J. E. CARLIN, *Lawyers' Ethic. Survey of the New York City Bar*, New York, 1966.

factores como el origen nacional del abogado, la atmósfera de los tribunales, el juicio de los colegas.

Al comienzo del capítulo habíamos dicho que las investigaciones sobre los roles y sobre las funciones de los operadores jurídicos están ligadas a la sociología de las profesiones y las más de las veces toman como base una concepción funcional de la sociedad. Para darse cuenta de esto, puede ser interesante aludir a algunos trabajos en los que se confronta la profesión jurídica con la profesión médica.

En un ensayo comparativo entre estas dos profesiones⁴⁶, Dietrich Rueschemeyer comienza afirmando, por ejemplo, que en una concepción funcional de la sociedad «las profesiones son entendidas como prestaciones de servicios que utilizan un cuerpo sistemático de conocimientos para la solución de problemas de notable importancia para los valores centrales de la propia sociedad». Desarrolla después sus consideraciones comparativas, entre las cuales pueden mencionarse las siguientes: las actividades profesionales del hombre de leyes y del médico divergen en dos puntos «en la naturaleza de la competencia específica y en los valores específicos hacia los que se orientan estas dos actividades». A propósito de estos valores, es evidente que sobre el valor salud existe un acuerdo fundamental de todos los interesados, mientras que sobre el valor justicia existe una gran diversidad de opiniones debido a la diversidad de los intereses en juego y de los puntos de vista. La profesión jurídica está más que nada al servicio de las clases medias y superiores, mientras que la médica está al servicio de todas las clases, y esto explica por qué los fondos de los entes públicos de asistencia se distribuyen en mayor medida para proveer a cuidados médicos y no para proporcionar asistencia jurídica. El cliente del médico es siempre un individuo, mientras que el cliente del abogado es la más de las veces una persona jurídica, por regla general una sociedad, y la sociedad como tal está en condiciones de ejercer sobre el profesional un control bastante más eficaz que el que está en condiciones de ejercer un individuo particular.

Sobre la comparación entre la profesión de abogado y otras profesiones, entre ellas la de médico, además de estas observaciones de Rueschemeyer, puede ser oportuno mencionar algunas observaciones de Parsons⁴⁷. Quienes ejercen una profesión, dice, se encuentran bajo la presión de fuerzas diversas. «En el caso del abogado, éstos se encuentran situados entre la autoridad pública con sus normas y

⁴⁶ D. RUESCHEMEYER, «Doctors and Lawyers: a Comment on the Theory of the Professions», en *Canadian Review of Sociology and Anthropology*, 1964, páginas 17-30.

⁴⁷ PARSONS, *The Law and Social Control*, cit., espec. pp. 68-70. Sobre las relaciones entre justicia y medicina, cfr. también las observaciones de André-Jean ARNAUD en *La justice*, Paris, 1977, p. 149.

el individuo particular o el grupo cuyo comportamiento y cuyas intenciones pueden estar o no de acuerdo con la ley. En el caso del médico, éstos se encuentran situados entre el mundo de la enfermedad y el de la salud; como tal, a pesar de no ser considerado enfermo, participa más directamente del mundo de los enfermos que cualquier otra categoría de gente sana.» En las situaciones de tensión, al igual que el médico, el abogado «ayuda a su cliente a afrontar la realidad, a limitar sus demandas a lo que realmente tiene posibilidad de obtener en juicio o en negociaciones directas y a comprender y a aceptar emocionalmente el hecho de que también otros similares a él pueden tener sus pretensiones y sus posibilidades». En las situaciones más extendidas se constata un análogo paralelismo con el médico. «El médico en cierto sentido tiende a ser tolerante hacia los seres humanos, no los juzga desde el punto de vista moral, sino que trata de ayudarlos como mejor puede. Y también algunas particularidades de las prácticas jurídicas parecen encajar en este esquema. Si por un lado se espera que el abogado no trate con plena conciencia de hacer liberar a un individuo que él considera culpable de un delito, por otro lado se presupone que el cliente tiene derecho a un proceso correcto no sólo en sentido formal, sino en el sentido de ser escuchado y ayudado por su abogado dentro de los límites de la razón y de la ética profesional.» El paralelismo entre el médico y el abogado «está eficazmente simbolizado por el hecho de que, como en el caso del médico, la minuta por los servicios prestados por el abogado no se calcula sobre una base comercial, sino sobre una escala móvil». Se presume que el abogado está dispuesto a ayudar a su cliente dentro de ciertos límites, independientemente de la ventaja económica que pueda recabar de aquel caso particular. Pero a la vez que el abogado tiende a ser tolerante y a ayudar a sus clientes, debe también descubrir la otra cara de la moneda. El abogado se ha formado antes que nada en la gran tradición del derecho. Como miembro de una profesión de gran importancia, debe aceptar las responsabilidades por la integridad de la misma, y su posición en la sociedad pone perfectamente en claro esta responsabilidad que gravita sobre él. La función que desempeña en relación con los clientes no es sin duda solamente la de darles lo que quieren, sino que a menudo es también la de saber resistir a sus presiones y hacer ciertamente que se den cuenta de algunas duras verdades sobre su situación, no solamente con referencia a lo que pueden esperar obtener con una hábil ayuda jurídica, sino también con referencia a lo que la ley les permite hacer.

A estas indicaciones sobre investigaciones americanas en torno a los abogados y a la profesión forense creo que es interesante añadir también algunas indicaciones sobre las pocas investigaciones italianas sobre este tema.

Hay que mencionar a este propósito la investigación realizada y expuesta por Gian Paolo Prandstraller⁴⁸ en un libro de 1966. Es ésta una investigación que se caracteriza por el hecho de no haberse limitado a examinar un particular sector o un particular aspecto de la profesión forense, sino por el hecho de haber examinado el problema globalmente. Del universo de los 37.000 abogados italianos se ha efectuado una muestra eligiendo algunas ciudades y algunas sedes de tribunal en el Norte, en el Centro, en el Sur y en las Islas. Se enviaron así 1.900 cuestionarios con 60 preguntas correspondientes a otros tantos abogados elegidos nominativamente. Al envío de este cuestionario se añadió después un sondeo con entrevistas a los abogados del foro de Venecia para pedirles informaciones sobre el problema particular de las relaciones con el cliente. En su libro el autor expone los resultados de la encuesta por cuestionario y del sondeo y da amplias informaciones sobre la extracción social de los abogados, sobre su entorno familiar, sobre la práctica profesional, sobre el progreso en la carrera, sobre los varios tipos de despachos jurídicos, sobre las diversas posiciones ocupadas por los abogados en el ámbito de estos despachos, sobre las remuneraciones económicas, sobre las relaciones con los clientes, con los jueces y con los colegas. A estas informaciones sobre los aspectos estrictamente profesionales, el autor añade otras noticias sobre las opiniones religiosas y políticas de los abogados, sobre su participación activa en la vida política, sobre sus intereses extraprofesionales, etc. En su conjunto, como advierte el autor, la investigación ha tenido esencialmente el objetivo de establecer cuál sea la situación de los abogados italianos en el sistema en el que operan. Y a este propósito han resultado algunos datos de cierto relieve. Ha resultado, por ejemplo, una creciente perplejidad frente a la idea de que la independencia constituya el mayor valor de la profesión jurídica. Perplejidad que resulta del hecho de que cerca de la mitad de la muestra examinada «declara sin duda que la idea de abandonar la libre profesión para pasar a un empleo no le parecería rechazable, con tal de que el estipendio ofrecido fuera adecuado». Y tal perplejidad resulta aún más clara del hecho de que «más del 80 por 100 de los entrevistados declara que consideraría útil que abogados de probada capacidad y de adecuada experiencia pudieran ser investidos de la función de juez». Es esta última una declaración, a juicio del autor, bastante sintomática. Ella pone de relieve efectivamente, observa, «que el trabajo jurídico en su estado actual aparece falso de una salida hacia un tipo de cualificación que los vinculara de algún modo al interés público, haciéndolo más conforme a las tendencias del tiempo, y como tal clausura repercute sobre la valoración moral y psicológica

⁴⁸ G. P. PRANDSTRALLER, *Gli avvocati italiani. Inchiesta sociologica*, Milano, 1967.

que los abogados hacen de su propio trabajo, no sólo en términos de prestigio, sino también de satisfacción interior».

Otra investigación italiana sobre los abogados es la concluida en 1969 por P. Giovannini⁴⁹. Se trata de una investigación sobre el ejercicio organizado de la profesión que se ha realizado sobre la base de los resultados de 59 entrevistas efectuadas a profesionales en la ciudad de Roma, Florencia y Milán, entrevistas desarrolladas en una doble vía: la que finaliza con la recogida de datos para un estudio exploratorio de la profesión en general y la que se dirige a la especificación de las formas y de los métodos de funcionamiento del ejercicio organizado de la actividad profesional. Y de tales entrevistas han surgido algunos resultados interesantes. Puede mencionarse, por ejemplo, la distinción, de la que ya he hablado a propósito de los Estados Unidos, entre los abogados que operan en despachos organizados y que se encuentran sólidamente insertos en el mundo de los negocios y en un abultado círculo de clientela, y los abogados «marginales», que, «al encontrarse actuando en un mercado fuertemente depauperado» y al estar «imposibilitados para resistir la competencia de los grandes despachos organizados», deben racionalizar a su manera sus propias prestaciones, adecuándose a las exigencias de la pequeña clientela desorganizada —entre otras cosas cada vez más numerosa— «que constituye su única reserva». Cabe mencionar además la propuesta de la siguiente tipología de los despachos organizados: el despacho colectivo, «que es sustancialmente una asociación de profesionales para la división de los gastos»; el despacho asociado, en el que, superada la fase inicial de relación directa entre el abogado individual y el propio cliente, es el propio despacho el que asume impersonalmente la responsabilidad de la cuestión y el que percibe también impersonalmente las remuneraciones correspondientes; el despacho empresarial, «en el que el profesional empresario organiza distintas competencias profesionales según esquemas tomados prestados del modo de producción industrial con el fin de ofrecer un servicio de asistencia y consulta legal y contractual como lo exigen sobre todo las grandes instituciones económicas y sociales»; la oficina jurídica externa, que se distingue de los otros tipos de despacho no tanto desde el punto de vista organizativo, «como por la existencia de relaciones formales, más o menos ocultas, entre los profesionales del despacho y el cliente principal o único al que sirven».

Además de las investigaciones sobre la profesión de abogado

⁴⁹ P. GIOVANNINI, «La professione di avvocato in una fase di transizione», en *Sociologia. Rivista di studi sociali dell'Istituto Sturzo*, III, 1969, pp. 209-86. Sobre los abogados italianos, cfr. también F. INDOVINA, «La professione di avvocato in un'area di capitalismo avanzato», en *Rivista internazionale di scienze economiche e commerciali*, 1968.

y sobre los diversos tipos de despachos jurídicos, presentan también un indudable interés las investigaciones sobre los órdenes profesionales. Sobre este tema deseo mencionar, por ejemplo, una investigación recientemente realizada en España, investigación que merece ser señalada porque aclara la importante contribución que en este país han supuesto los colegios de abogados para la resistencia contra la dictadura y la defensa de los derechos humanos. Me refiero a la investigación que Angel Zaragoza⁵⁰ ha realizado con este propósito, examinando los documentos y especialmente las publicaciones y analizando también los resultados de los sufragios electorales realizados en el interior de dichos colegios. El autor menciona así, entre otras cosas, que en 1969, en la primera Junta general extraordinaria del Colegio de Abogados de Madrid, más de seiscientos abogados pidieron, en primer lugar, al Gobierno la unificación de las jurisdicciones especiales, y pidieron en segundo lugar la institución de un régimen diferenciado y más humano para los detenidos políticos. Menciona después que el Gobierno fue sordo a estas exigencias e hizo suspender los trabajos de las dos comisiones que se habían constituido para redactar un proyecto de ley en relación con dichas exigencias. Se inicia así un movimiento de acción y de reacción que tiene uno de sus momentos culminantes en el cuarto congreso nacional de la abogacía española celebrado en León en 1970, congreso en el que se acentuó el conflicto ya verificado durante las elecciones para el Colegio de Madrid entre abogados conservadores ligados al Gobierno y abogados progresistas que apoyaban el programa que, al defender las exigencias hechas el año precedente, pedía la unificación de las jurisdicciones, la supresión de los tribunales especiales, la abolición de la pena de muerte y la amnistía para los detenidos políticos.

5. LOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA Y OTROS OPERADORES DEL DERECHO

En la bibliografía de las investigaciones sobre los operadores del derecho ocupan un espacio de cierto relieve, aunque inferior al ocupado por las investigaciones sobre los abogados, las investigaciones sobre los funcionarios de policía y sobre la policía en general.

Entre estas investigaciones presentan un particular interés para nuestra disciplina las que consideran al funcionario de policía como aquel que, ante el caso concreto, realiza aquella «selección preliminar de actos, de hechos y de personas susceptibles de desaprobación social», selección que da inicio «al procedimiento sancionatorio», es decir, a aquel procedimiento que encuentra su conclusión

⁵⁰ A. ZARAGOZA, *Abogacía y política*, Madrid, 1975.

en la pronunciación de la sanción emitida generalmente por un sujeto distinto de aquel que ha dado inicio a dicho procedimiento. Y a este propósito puede mencionarse una investigación realizada por V. Goldschmidt⁵¹ en 1966 en la Groenlandia oriental, investigación de la que resulta que el acto con el que el funcionario de policía u otro operador jurídico inicia el procedimiento sancionatorio es un acto condicionado por múltiples factores psicológicos y sociológicos que el autor identifica y valora a través de la verificación de varias hipótesis. Por ejemplo, la hipótesis según la cual las diferencias de personalidad entre los funcionarios de policía adscritos a la misma circunscripción pueden producir diferencias en el comportamiento con el que ellos dan inicio al procedimiento sancionatorio. O, por ejemplo, la otra hipótesis según la cual el agente de policía que participa en la vida social del lugar en el que desarrolla su propio trabajo tendría un comportamiento más «flexible» que otros en cuanto a dar inicio al procedimiento sancionatorio. Un interés análogo para nuestra materia lo presentan en fin aquellas investigaciones que, como la realizada por Albert Reiss⁵², se ocupan del problema opuesto. Es decir, examinan las iniciativas que el ciudadano como víctima o como testigo toma en relación con la policía para poner en movimiento el aparato de la misma y para estudiar por tanto las operaciones que los funcionarios de policía no realizan por su propia iniciativa, sino por una presión externa que les empuja a dar una respuesta a las demandas que les vienen de la gente.

Además de estas investigaciones que estudian aspectos particulares de la actividad de los funcionarios de policía, pueden mencionarse investigaciones de carácter más amplio y comprensivo. Pienso, por ejemplo, en el libro de Skolnick, *Justice without Trial*⁵³, en el que el autor presenta los resultados de una investigación que se ha realizado con el método de la observación con participación y que se desarrolla durante un poco más de quince meses en el departamento de policía de una ciudad de California. En esta investigación, en la que se ha hecho también uso de datos comparativos correspondientes a otros departamentos de policía, puede verse cómo el autor trata ante todo de delinear la personalidad profesional del agente de policía, analizando los elementos particulares que le caracterizan (peligro, autoridad, eficiencia) y especificando el modo en que tales elementos contribuyen a determinar el aislamiento del funcionario de policía en la comunidad y a favorecer en consecuencia la formación de una solidaridad corporativa. Sucesivamente examina la cues-

⁵¹ V. GOLDSCHMIDT, «Primary Sanction Behaviour», en *Acta Sociologica*, X, 1966, pp. 173-90.

⁵² A. J. REISS, *The Police and the Public*, Yale University Press, 1971.

⁵³ J. H. SKOLNICK, *Justice without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*, New York, 1966.

tión de la discrecionalidad, así como el problema del comportamiento de los funcionarios de policía en relación con típicos problemas sociales como la prostitución y los estupefacientes o bien en relación con particulares instituciones informales como el sistema de los informadores y de los agentes provocadores. En fin, analiza las actitudes de la policía en relación con la ley penal y con la administración de la justicia penal, así como el rol de la policía en el sistema de la administración de la justicia. A este propósito son ya notables las páginas en las que el autor pone de relieve el hecho de que los valores del orden público pueden encontrarse en conflicto con los del Estado de derecho y analiza los métodos con los que la policía intenta arreglar este conflicto y actuar al mismo tiempo de un modo que sea coherente con sus propios valores profesionales y con sus propias concepciones sociales.

Otra no menos interesante contribución al estudio de la posición y de la función de los agentes de policía en la sociedad está constituida por el libro más reciente de Maureen E. Cain⁵⁴, en el que la autora presenta los resultados de una investigación dirigida por ella en Inglaterra en un área urbana y en un área rural con el fin de descubrir las fuentes de lo que ella llama «la concepción del mundo» del agente de policía y con el fin de describir las diversas situaciones en que este agente llega a encontrarse operando en una y otra área. Según Cain, en el área rural el agente de policía acusa profundamente la influencia de la comunidad en la que opera y trata de encontrar en el ámbito de aquella comunidad y en los modelos de vida de dicha comunidad los criterios para resolver los inevitables conflictos que él vive, como por ejemplo el conflicto entre su rol profesional y su rol familiar. En el área urbana el agente de policía no experimenta, por el contrario, la influencia del ambiente que lo circunda, porque vive distanciado de aquél ambiente y por ello se siente llevado a asumir actitudes más rígidas, tal como puede ponerse de manifiesto en su tendencia a distinguir con un esquematismo excesivo a los ciudadanos en dos únicas categorías: la de los respetables y la de los desviados. Según la autora, el modelo del agente de policía que opera en el área urbana está sin embargo destinado a prevalecer sobre el del agente de policía que opera en el área rural, y esto por numerosos motivos. Menciona, por ejemplo, el hecho de que en estos últimos tiempos el tratamiento económico de la policía rural ha mejorado notablemente, alcanzando el nivel del de la policía urbana. Los agentes de la policía rural han sido además dotados con un considerable número de medios motorizados y no están ya costreñidos a rondas aisladas. Sobre todo, ellos no se sienten ya dependientes, como lo eran en el pasado, de la comunidad local y se encuentran ahora en condiciones de poder tomar libremente y

⁵⁴ M. E. CAIN, *Society and Policeman's Role*, London, 1973.

posición y la función del sistema jurídico en la sociedad. A tal propósito hay que señalar una reciente colección de contribuciones sobre la enseñanza sociológica del derecho, en la que se pone en evidencia la importancia que los estudios de nuestra disciplina tienen para la formación del jurista⁵⁹. La sociología del derecho, afirman casi todos los autores, es una disciplina de naturaleza sociológica que ejerce sin embargo su función esencial en la facultad de Derecho y en el campo de los estudios jurídicos. Y en este campo de estudios debe contribuir a formar los teóricos y los prácticos del derecho, de modo que los capacite para establecer las conexiones entre las estructuras jurídico-formales y el contexto social y para desarrollar una función que al comienzo del siglo estuvo ligada a las fuerzas progresistas y reformadoras del socialismo naciente y que hoy continúa estando en gran parte en la línea de los movimientos más abiertos y avanzados, sin excluir que en ciertos casos pueda ponerse también al servicio de las fuerzas eficientistas del funcionalismo conservador.

Sobre la posición que los juristas y los operadores del derecho ocupan en la sociedad y sobre las funciones que en ella ejercen, puede ser oportuno mencionar ante todo las investigaciones concluidas por Dahrendorf en torno a 1964⁶⁰, investigaciones que llevaron a este autor a afirmar que en Alemania occidental quienes terminan los estudios jurídicos pueden encontrar con mayor facilidad el camino para acceder a los niveles de las clases superiores y de las élites dirigentes. Varios hechos confirman, según él, esta afirmación. Menciona, por ejemplo, el hecho de que en aquel país quienes provienen de los estudios jurídicos detentan sustancialmente el control de la administración pública y de muchos entes estatales y paraestatales, y tienen también, en comparación con los pertenecientes a otras profesiones, posibilidades bastante mayores para acceder a los puestos directivos de las empresas industriales y comerciales. Menciona además el hecho de que 114 diputados de la cuarta legislatura ejercían la profesión jurídica como jueces, como abogados y como altos funcionarios del Estado, y menciona también el hecho de que en los gobiernos del canciller Adenauer provenían de la facultad de Derecho, además del propio canciller, los dos ministros de exteriores, los cuatro ministros del interior, los tres ministros de finanzas, los cinco ministros de justicia, etc. Según Dahrendorf, la preeminencia de quienes provienen de los estudios jurídicos en las clases superiores y en las élites dirigentes puede explicarse, entre otras cosas, por el hecho de «que el sistema jurídico ocupa un puesto especial en toda estructura social, un puesto que en todo

⁵⁹ TREVES y FERRARI (ed. preparada por), *L'insegnamento sociologico del diritto*, cit.

⁶⁰ R. DAHRENDORF, «The Law Faculties and the German upper Class», en *Transactions of the Fifth World Congress of Sociology*, Louvain, 1964, vol. III.

caso lo liga al sistema más general de valores en base al cual en una determinada sociedad viene medido el valor social de la persona individual». Y de esta preeminencia, añade, tienen una precisa sensación los estudiantes de Derecho, estimulados también por el hecho de que algunos profesores continúan sistemáticamente enseñando «que el operador jurídico tiene una responsabilidad particular en comparación con la totalidad de la sociedad, una responsabilidad que no tienen quienes ejercen las otras profesiones».

Es interesante señalar que estas observaciones hechas por Dahrendorf han sido refutadas por Kaupen en un escrito un poco posterior⁶¹. En este escrito el autor sostiene, efectivamente, que frente a la tesis de Dahrendorf conserva toda su validez la vieja tesis de Saint-Simon, según la cual en la moderna sociedad industrial no debería haber ya lugar para los hombres de leyes, sino solamente para los productores, para los técnicos, para los industriales. Según Kaupen, en la moderna sociedad industrial los juristas desempeñan una función de importancia relevante solamente en el momento en que esta sociedad trata de alcanzar su estabilidad estructural interna. Pero apenas tal estabilidad se alcanza y la sociedad se transforma en sociedad del bienestar, se observa que en los centros de poder los juristas son poco a poco sustituidos por los técnicos y por los hombres de negocios. Y este fenómeno del paso del poder de las manos de los juristas a las de los no juristas es ilustrado por Kaupen con datos estadísticos y con algunas interesantes consideraciones. En Alemania occidental, dice, el número de quienes ejercen la profesión jurídica «está en continua disminución, sea en absoluto, sea en relación con las otras profesiones». Si consideramos, por ejemplo, explica, el porcentaje de los estudiantes de Derecho en relación con el número total de los estudiantes universitarios, encontramos que en 1930 los estudiantes de Derecho eran el 29 por 100, en 1940 este porcentaje se reducía al 21 por 100, en 1950 al 16 por 100 y en 1965 alcanzaba el nivel más bajo del 10 por 100. «Desde 1953 a 1963 —añade— la proporción de los dirigentes industriales provenientes de la facultad de Derecho disminuye en un tercio, del 19 al 12 por 100, mientras que la proporción de los provenientes de la facultad de economía aumenta en el 21 por 100.» Los graduados en economía en los años pasados eran calificados de manera despectiva como «quasi juristas», pero en estos últimos tiempos han crecido notablemente en número y en prestigio. No se puede dejar de reconocer, concluye Kaupen después de estas observaciones, que en la moderna sociedad industrial se manifiesta un proceso de raciona-

⁶¹ W. KAUPEN, *The Role of Law and the Lawyer in Modern Society*, comunicación presentada en 1966 al Congreso mundial de sociología de Evian. He utilizado aquí cuanto tuve ocasión de decir a este propósito en *Nuovi sviluppi*, cit., pp. 155-56.

lización por el que tanto las normas sociales como las normas jurídicas se transforman en normas instrumentales según el modelo medio-fín. Proceso que será controlado, dice, por informaciones técnicas bastante más que por decisiones autoritarias, y proceso en el que los agentes de control serán cada vez más técnicos especialistas y cada vez menos jueces y juristas ligados a los principios de autoridad y conformidad a la ley.

La opinión de Kaupen que hemos recogido aquí no ha quedado aislada. Ha sido compartida por otros autores. Entre nosotros, Bobbio, en un ensayo posterior en algunos años⁶², declara que «el derecho no ocupa ya aquel puesto privilegiado en el sistema global de la sociedad que le había sido asignado durante una larga tradición», y recuerda a este propósito «la mordaz polémica de Saint-Simon contra los legistas y su predicción por el advenimiento de una sociedad gobernada por científicos e industriales». Y Bobbio, que escribe independientemente de Kaupen, explica su punto de vista con argumentos en parte análogos a los utilizados por el estudioso alemán. Es decir, pone de relieve que en la moderna sociedad industrial se está verificando una sensible reducción de la función específica del derecho como medio de control social y ello por varias razones: ante todo por el aumento de los medios de comunicación de masas y por la consiguiente introducción de medios de control de tipo persuasivo y no coactivo cuya eficacia está confiada al condicionamiento psicológico; además por la utilización de los conocimientos cada vez más adecuados que las ciencias sociales están en condiciones de proporcionar sobre las motivaciones de las conductas desviadas y sobre las condiciones que las hacen posible, conocimientos que permiten sustituir por un control anticipado y preventivo el control represivo propio del derecho.

OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

Alcanzado el final de esta *Introducción a la sociología del derecho*, siento el deseo de hacer algunas consideraciones sobre el problema de la definición de la disciplina, sobre la naturaleza y sobre los límites de las distinciones que están en la base de todo mi discurso y sobre los principios y sobre los valores que inspiran el discurso mismo.

En un ensayo publicado en 1968¹ observaba que las discusiones en torno a la definición de la sociología del derecho no versan sobre la definición «real» que indica la esencia de la disciplina definida. Por el contrario, versan sobre otros dos tipos de definición: por un lado, la definición «estipulativa» o mejor «explicativa», que indica el significado que debe ser atribuido a la disciplina de que se trata, entresacándolo del ámbito de un uso precedente; por otro lado, la definición «léxica», que indica el significado con el que resulta usada la denominación de dicha disciplina por un determinado autor o por un determinado grupo de autores, o por una determinada dirección de pensamiento.

En un ensayo posterior, publicado en 1969, debiendo trazar una breve exposición histórica y sistemática de la sociología del derecho, proponía una definición explicativa de la disciplina². Una reflexión más madura me llevaba, sin embargo, poco después, a poner de relieve los inconvenientes de una definición semejante, y en general a constatar la inoportunidad de poner con una definición límites al campo de las investigaciones. Esto explica por qué en este libro, tal como el lector habrá podido advertir, no propongo ninguna definición de la sociología del derecho. Digo solamente que su problema fundamental es el de la relación entre derecho y sociedad, y advierto

¹ Cfr. mi trabajo *La sociología europea del diritto al congresso di Evian*, en TREVES (ed. preparada por), *Nuovi sviluppi*, cit., pp. 147-48.

² Cfr. la voz «Sociología del diritto», en el *Novissimo digesto italiano*, XVII, p. 800.

⁶² BOBBIO, *Il diritto*, cit., pp. 259-62.

al mismo tiempo que no se trata de un problema específico y exclusivo de la disciplina. Esto resulta claro del pasaje de Gurvitch citado al comienzo, pasaje en el que este autor observa que Aristóteles tuvo la intuición de tal problema.

La distinción entre la primera y la segunda parte del libro, es decir, entre el pensamiento de los juristas y el de los sociólogos, por un lado, y las investigaciones empíricas de sociología del derecho, por el otro, es una distinción hecha por razones de orden expositivo y sistemático y es fácil darse cuenta de que es una distinción de carácter convencional, de límites difícilmente determinables y susceptible de numerosas excepciones. No se pueden, efectivamente, olvidar los lazos indisolubles que unen la teoría con la investigación. No se puede además excluir que los juristas y los sociólogos, que en el plano teórico consideran cada uno de los dos términos de la relación entre derecho y sociedad en su globalidad, analicen también elementos particulares del sistema jurídico y del sistema social. Y no se puede, por otro lado, evitar que los investigadores empíricos que asumen como objeto principal de sus indagaciones el análisis de elementos particulares y determinados, extiendan su mirada al derecho y a la sociedad vistos en su conjunto y consideren cada uno de los dos términos de la relación en su globalidad.

El hilo conductor del tratamiento de la primera parte de este libro está constituido por la alternativa entre diversos tipos de solución del problema de la relación entre derecho y sociedad, tipos de solución según los cuales el derecho puede entenderse a veces como variable dependiente y a veces como variable independiente con respecto a toda la sociedad o con respecto a una parte de la sociedad. Y este hilo conductor constituye también la condición que permite ligar el análisis de los sistemas de sociología general con el análisis de los sistemas de teoría general del derecho, dado que en los dos órdenes de sistemas son relevantes estos diversos tipos de solución del problema fundamental.

La distinción hecha al comienzo de la segunda parte entre la sociología del derecho de los juristas y la sociología del derecho de los sociólogos, a mi juicio, sirve para explicar cuáles son los orígenes históricos, cuáles los fundamentos teóricos y cuáles los objetivos de orden práctico y de orden cognoscitivo sobre los que se apoyan las investigaciones empíricas. Tal distinción presenta además un particular interés, porque sirve para indicar cuáles son los lazos que unen a las investigaciones empíricas con la práctica jurisprudencial y legislativa por un lado y con la teoría pura y con la teoría analítica del derecho por el otro.

Al poner de relieve el carácter convencional e instrumental de las definiciones de la sociología del derecho y de las distinciones que están en la base de todo este libro y al poner en evidencia el

hecho de que he preferido abstenerme de dar una definición de nuestra materia, pienso haber explicado mejor por qué en el Prefacio he dicho que mi discurso se inspira en los principios de historicismo y de problematicismo. En sustancia, he creído que no debía proponer una definición de nuestra disciplina, no sólo para evitar, como he dicho, los inconvenientes que derivan de la delimitación arbitraria del campo de las investigaciones, sino también para dar una sensación más precisa, tanto de la relatividad de las definiciones y de las distinciones, como de la pluralidad de las elecciones posibles. Al trazar un amplio cuadro de los diversos problemas y de las diversas direcciones de la materia, he tratado, en fin, de dar indicaciones detalladas sobre la cantidad y la diversidad de las investigaciones a desarrollar y de los objetivos a alcanzar.

Hablando de los métodos de las investigaciones, en armonía con los principios de historicismo y de problematicismo que llevan a no dar a las soluciones alcanzadas ningún valor definitivo y a no atribuirlas ninguna pretensión de exclusividad, he afirmado, pues, como se recordará, que el sociólogo del derecho, en el desarrollo de su propio trabajo, debe conciliar las exigencias de la ciencia con las de la valoración, y por ello al mismo tiempo las exigencias de la razón con las de la libertad. Es fácil darse cuenta de que una afirmación como ésta puede tener un significado preciso no sólo en el plano de la metodología, sino también en el de la ideología. En este último plano no he considerado, sin embargo, oportuno detenerme y extenderme. Nunca he ocultado, sin embargo, cuáles han sido mis tomas de posición en determinadas circunstancias y cuáles las ideologías hacia las cuales van mis preferencias.

INDICE DE NOMBRES

- Abel-Smth, B., 192 y n
Adenauer, K., 204
Adorno, T. W., 147n
Alas, L., 127n
Alejandro I Pavlovic, emperador de Rusia, 27
Alpe, B., 109n
Amari, V. E., 29n
Ammassari, P., 156n
Anderson, N., 143 y n
Aquarone, A., 130n
Aristóteles, 21, 208
Arnaud, A. J., 195n
Arnaud, P., 37n
Aron, R., 56n
Atara, R., 63n
Aubert, V., 10, 96 y n, 136n, 141 y n, 169 y n, 170
Austin, J., 10, 84 y n, 85
- Babolín, A., 135n
Ballesteros, M. V., 167n
Baratta, A., 156, 157 y n
Barbero Santos, M., 184n
Bates, A., 151n, 160n
Batiffol, H., 134n
Bendix, R., 73n
Bentham, J., 10, 27-29, 84
Berger-Kiermasch, J., 160n
Berle, A.-A., 164 y n
Berredo Carneiro, P. E., 37n
Biancardi, R., 147, 148n
Bianchi di Espinosa, L., 188 y n
Blumberg, A. S., 194n
Blumrosen, A., 166 y n
- Bobbio, N., 22n, 59n, 70n, 82n, 95 y n, 97 y n, 113, 114n, 117n, 123n, 134 y n, 153n, 173n, 206 y n
Bohannan, P., 162 y n
Bondonio, P. V., 186, 187n
Both, C., 143 y n
Bouglé, C., 36n
Brandeis, L. D., 131
Bredemeier, H. C., 10, 89, 92-95, 122n
Bricola, F., 157n
Brimo, A., 147n
Brugi, B., 25n
Blumberg, A. S., 194n
Bruno, A., 25n
Buckholz, B., 177 y n
Butta, G., 91n
- Cahn, E., 131 y n
Cahnman, W. J., 52n
Caín, M., 201 y n
Campbell, A. H., 59n
Cantelli, F., 156 n
Capella, J. R., 111n
Caplow, T., 138 y n
Cappelletti, M., 194n
Carbonnier, J., 125, 126n, 132n, 139 y n, 142 y n, 165n, 168n, 175 y n
Cardozo, B. N., 130 y n
Carle, G., 23n
Carlin, J. E., 193 y n, 194 y n
Carrió, G., 123n, 134n
Castellano, C., 187 y n

- Cates, J. N., 165n
 Cattaneo, M. A., 134n
 Cavalli, A., 181n
 Cazzola, F., 156n
 Celoria, M., 188n
 Cerroni, U., 111n
 Cerutti, P. G., 147, 148n
 Cohen, J., 151n, 160n
 Comte, A., 10, 36-41, 44, 55, 63, 85
 Comte, C., 10, 29-31
 Cottino, A., 167 y n
 Cowan, T. A., 145n
 Crespi, 147
 Cressey, D. R., 143n
 Cruet, J., 125n
- Dahrendorf, R., 180-181, 204 y n, 205
 Darwin, C. R., 42, 43
 Davison, W. Ph., 179n
 Demarchi, F., 156n
 Demaría, G., 187
 Denti, V., 169n, 194n
 Deutsch, K., 179n
 Daz, E., 7, 8, 9n, 13, 129n, 141n, 173n
 Díaz, J., 25n
 Díez Picazo, L., 126n, 142n
 Di Federico, G., 186 y n
 D'Orsi, A., 202n
 Dror, Y., 97 y n, 134n
 Duguit, L., 10, 58, 63-66, 125, 133
 Dumont, E., 29n
 Duplessis Le Guelinel, 158n
 Durkheim, E., 10, 24 y n, 33n, 46, 52-57, 58, 63, 66, 73, 85
 Duverger, M., 137n
- Eckhoff, T., 148n, 157 y n, 169n, 171n, 202 y n
 Edinger, L., J., 179n

- Ehrlich, E., 10, 11, 21 y n, 22, 58, 59-63, 127-128, 133
 Eichhorn, 63n
 Engels, F., 10, 100-108, 108-110, 112, 115, 116, 117
 Eulau, H., 194n
 Evan, W., 10, 89, 92-93, 97 y n, 135-36, 145n, 148n, 166n
 Eyden, V. E., von, 148
- Fassò, G., 29n
 Febbrajo, A., 21n, 62n, 63n, 73n, 95n, 128n
 Fedynskij, J., 165n
 Ferraresi, F., 156n
 Ferrari, V., 16, 152n, 158n, 163n, 165 y n, 169n, 170 y n, 204n
 Ferrarotti, F., 42n, 145n
 Feuerbach, L., 101, 113
 Firpo, L., 40n, 101n
 Fisichella, D., 41n
 Forte, F., 186, 187n
 Frank, J., 130
 Frankel-Brunswik, E., 147n
 Freddi, G., 141
 Freund, J., 76n
 Friedman, L. M., 10, 89, 94-95, 98 y n, 165 y n
 Friedmann, W., 27 y n, 28 y n, 97
 Frosini, V., 168n
 Fuà, L., 133n
- Galgano, F., 131n
 Galtung, J., 143 y n
 García Maynez, E., 84n
 García Valdés, C., 184n
 Garzón Valdés, E., 123n
 Garzonio dell'Orto, F., 156n
 Geiger, T., 10, 84, 85, 87-89
 Geiss, C., 129n
 Gény, F., 11, 59n, 124-125, 126n
 Giasani, A., 89n

- Gierge, O. von, 10, 50, 58, 59, 62-63, 69
 Gimbernat, E., 127n
 Giovannini, P., 198 y n
 Giugni, G., 166n
 Glaser, W. A., 168n
 Glastra van Loon, J. F., 10, 96 y n, 168n
 Gnaeus Flavius (*Véase Kantorowicz, H. U.*)
 Goldschmidt, V., 149 y n, 200 y n
 Goode, W. J., 137n, 146n
 Goodhart, A. L., 59n
 Gorecki, J., 161 y n
 Goretti, C., 67n
 Gouldner, A. W., 97n
 Governatori, F., 188 y n
 Granke, A., 158n
 Grawitz, M., 137n
 Greco, D., 185 y n, 188n
 Guastini, R., 102n
 Gubbels, R., 160n
 Gueli, V., 130n
 Gurvitch, G., 10, 21 y n, 22 y n, 33n, 58, 69-72, 208
- Hagen, J., 163n
 Halévy, E., 36n
 Hart, H. L. A., 11, 134 y n
 Hat, P. K., 137n, 146n
 Hauriou, M., 10, 58, 63, 66-68, 69, 125
 Heck, Ph., 127
 Hegel, G. W. F., 101, 102, 104, 111
 Hertz, J., 179n
 Heusin, L., 160n
 Hirsch, E. E., 128
 Hobbes, T., 22, 23, 24 y n
 Hoebel, E. A., 135 y n
 Holmes, O. W., 11, 129 y n, 130
 Horváth, B., 10, 84, 85-87, 175 y n

- Houtte, J. van, 172n
 Huckleberry, K., 162 y n
 Hurst, J. W., 128n
 Husson, M., 134n
 Hyman, H., 137n
- Iggers, G., 36n
 Indovina, F., 198n
- Jhering, R. von, 11, 126-27
 Jruschhof, N., 112
- Kahn-Freund, O., 164n
 Kalven, H., 176 y n, 177 y n
 Kantorowicz, H. U., 11, 59 y n, 127n, 173n, 175n
 Kaupen, W., 157, 158n, 172n, 205 y n, 206
 Kazimircuk, V., 149n, 156n, 159n
 Kelsen, H., 10, 11, 82n, 84 y n, 85 y n, 132-133, 134, 135, 173n
 Kellmer Pringle, M. L., 160n
 Kuhring, H., 158n
 Kulcsar, K., 141n
 Kutchinsky, B., 172n
- Labriola, A., 113
 Ladinsky, J., 98 y n, 192 y n
 Langdell, C., 128n
 Langlois, D., 202 y n
 Laporta, F., 9n, 141n
 Larenz, K., 127n
 Lenin (Ul'janov), V. I., 11, 108-110, 112
 Leonardi, F., 189 y n
 Leontowisch, V., 68n
 Levi, L., 173n
 Levin, A. L., 178 y n
 Levinson, D. J., 147n
 Lewis, P., 194n
 Lindon, R., 202 y n

- Lipari, N., 168n
 Littré, E., 37n
 Locke, J., 22n, 24 y n
 Lombardi, F., 98 y n
 London, E., 142n
 López de Oñate, F., 29n
 Losano, M. G., 127n
 Luhmann, N., 10, 95 y n

 Llewellyn, K. N., 95, 130, 135
 y n
 Llorens, V., 23n

 Macauley, S., 168 y n
 Madge, J., 137n
 Madison, J., 27
 Maihofer, W., 10, 96 y n
 Maine, H. J. S., 42, 43 y n, 49
 Majetti, R., 59n
 Mancini, G. F., 166n
 Mannheim, K., 11, 117n, 173
 Marletti, C., 169n
 Marmier, M. P., 160 y n
 Martinoli, G., 186
 Marx, K., 10, 72, 100-106, 108-
 110, 111, 112, 116, 117
 Mastropol, R., 35n
 Means, G. C., 164 y n
 Melucci, A., 167 y n
 Méndez, A., 34n
 Menger, A., 163 y n
 Merton, R. K., 169 y n
 Miller, S. M., 97n
 Mioni, G., 76n
 Mondolfo, R., 7, 11, 112-120
 Montesquieu, C. L. de Secondat,
 22, 124
 Moore, W., 22n
 Morgan, L. H., 105 y n, 106
 Morin, G., 125n
 Moriondo, E., 141, 187, 188n
 Morris, P., 194n
 Morselli, E., 40n

 Mortara, V., 156n
 Mosquera, L., 9n, 141n
 Movia, G., 156n
 Moya, C., 34n
 Münzer, 117

 Nader, L., 169n
 Naess, S., 171
 Nardi-Greco, C., 21 y n
 Negri, A., 153n
 Neppi Modona, G., 188 y n, 189
 Norseng, P., 141n
 Nussbaum, A., 128 y n

 Odorisio, R., 188n
 O'Gorman, H. J., 193n
 Oppo, A., 169n
 Orru, G., 163n
 Ortega y Gasset, J., 7

 Pace, C., 187 y n
 Pagani, A., 139 y n, 187 y n
 Palomba, 187n
 Pareyson, L., 23n
 Parsons, T., 10, 89-93, 95, 195
 y n
 Pasukanis, E. B., 11, 110-112
 Pergolesi, F., 142n
 Person Blevgad, B. M., 171n
 Petrella, G., 188n
 Pitch, T., 157n
 Pizzorno, A., 52n
 Plateris, A., 158n
 Pocar, V., 159 y n, 163n, 164n,
 169n
 Podgorecki, A., 137n, 149n,
 160n, 171, 172 y n
 Posada, A., 127n
 Pound, R., 11, 129-30
 Prandstraller, G. P., 197 y n
 Predieri, A., 156n
 Primo de Rivera, J. A., 183
 Priula, G., 156n

 Proudhon, J., 72
 Pulitano, D., 188n

 Raspini, G., 187 y n
 Ray, J., 25n
 Rehbinder, M., 10, 62n, 95 y n,
 122 y n, 128 y n, 174 y n
 Reich, N., 163n
 Reiss, A. J., 200 y n
 Renner, K., 11, 117n, 163 y n,
 164
 Resta, E., 191n
 Riaza, 126n
 Ricci-Signorini, C., 161 y n
 Richter, W., 179 y n, 180
 Riesman, D., 151n
 Ripert, G., 125n
 Robson, R. A. H., 151n, 160n
 Rodota, S., 130n
 Rodríguez, L., 127n
 Romano, S., 10, 58, 66, 68, 69
 Romero, A., 21n
 Ronfani, P., 161 y n
 Roosevelt, F. D., 164
 Ros, A., 123n
 Rosenberg, M., 178 y n
 Rositi, F., 167 y n
 Rosselli, C., 72n
 Rossi, P., 164n
 Rousseau, J. J., 24 y n, 114, 115
 Ruemlin, M., 127
 Rueschemeyer, D., 195 y n
 Rumi Paroni, J., 194n

 Saint-Simon, C. H. de, 10, 33-
 36, 37, 41, 44, 205
 Sanford, R. N., 147n
 Sartori, G., 156n
 Savatier, R., 125n
 Savern, M. L., 178 y n
 Savigny, F. K. von, 25-27, 58,
 60, 63
 Sawer, G., 85n
 Scarpelli, U., 134 y n, 153n

 Schelsky, H., 10, 96 y n
 Schorn, M., 179 y n
 Schubert, G., 141n, 176 y n
 Schulz, R., 181n
 Schur, E. M., 144 y n, 151n,
 192 y n
 Schwartz, R. D., 148 y n
 Seelmann, K., 163n
 Segerstedt, T. T., 171
 Selznick, P., 91n, 173 y n
 Simón, R., 148 y n
 Skolnick, J. H., 91n, 148 y n,
 200 y n
 Smigel, E. O., 192 y n
 Smith, D. T., 165n
 Solari, G., 23 y n, 40n
 Speier, H., 179n
 Spencer, H., 10, 41-45, 55, 85,
 192
 Sprague, J. D., 194n
 Spreafico, A., 156n
 Stalin (Dzugasvili), I. V., 111,
 112
 Stammler, R., 63n
 Steiner, H., 181 y n
 Stejnberg, V., 149n
 Stern, J., 25n
 Stevens, R., 192 y n
 Stone, J., 175n
 Stoyanovitch, K., 101n
 Strodtbeck, E. L., 148n
 Stucka, P. I., 11, 110-112
 Sussman, M. B., 165n
 Syrdahl, T., 141

 Tarello, G., 122n, 130 y n
 Taruffo, M., 168n
 Taylor, I., 157n
 Terré, F., 159n
 Thibaut, A. F. J., 25 y n
 Timacheff, N. S., 10, 84-87
 Toharia, J. J., 99 y n, 183, 184
 Tomeo, V., 142 y n, 147, 148n,
 171, 179 y n

Tönnies, F., 10, 11, 23 y n, 46, 47-51, 52 y n, 56-58, 63, 73, 117n

Trappe, P., 87n

Treu, T., 167 y n

Tumanov, V., 149n

Ungari, P., 130n

Vanni, I., 25n

Vasalli, F., 126n

Veniamin, V., 40n

Vinke, P., 168, 172n

Vysinskij, A. J., 11, 111, 112

Walton, P., 157n

Weber, M., 10, 57, 73-83, 84 y n, 85, 86, 89 y n, 91n, 173, 192

Weis Bentzon, A., 141n

Weise, W., 158n

Westley, D. A., 202n

White, M., 123 y n

White, R., 194n

Wolf, P., 141

Wood, A. L., 193n

Woolley, E. A., 178 y n

Wright Mills, C., 153 y n

Young, J., 157n

Young, P., 137n

Zapatero, V., 111n

Zaragoza, A., 9n, 141n, 199 y n

Zeisel, E. H., 176 y n, 177 y n

Zolezzi Ibarcena, L., 98n

Zolo, D., 109n

Zwingmann, K., 181n

INDICE DE MATERIAS

abogados, 28, 45, 80, 81, 192-199

— y clientes, 194, 196

— y médicos, 196

órdenes (colegios) de los, 45, 194, 198, 199

despachos de los, 198, 199

administrador, 136, 202

adopción, 160, 161

análisis de contenido, 140-142, 175

antropología jurídica, 105, 168; véase también derecho primitivo

asociaciones (*Genossenschaften*), 62

avaloración; véase neutralidad de la ciencia y de la investigación

capitalismo, 48, 49, 51, 74, 81, 163; véase también racionalización, socialismo

cárceles, 28, 143

case method, 128

ciencia de la administración, 155, 156

ciencia política, 155-56, 176; véase también política

clases sociales, 48, 49, 71, 161, 192, 196, 204

códigos, 25, 27, 51, 71, 79, 125, 141, 149

coerción, 75, 77, 86, 87, 91, 112

conducta desviada, 138, 157, 158, 172, 206

conflicto; véase lucha de clases; sociedad, concepción de la sociedad como conflicto

contratos, 55, 56, 60-62, 72, 139, 168

contrato y *status*, 43-45, 49, 55

contrato social, 24, 27

control social, 89, 92, 206

costumbre, 25, 26, 45, 61-63, 71, 87, 88, 101, 124, 133, 149; véase también derecho primitivo

criminología, 155, 156-158; véase también sociología del derecho penal

questionario, 145, 146:

uso del, 160, 197

questión social, 35, 40, 44; véase también socialismo

derecho consuetudinario, véase costumbre

derecho de los juristas, 26, 126

derecho del trabajo; véase trabajo

derecho mercantil, 55, 72, 163, 164, 167, 168

derecho y cambio social, 97-99

derecho y desarrollo, 98

derecho y sociedad:

dependencia, 22, 26, 29, 30, 35, 41, 58, 60, 61, 63-65

independencia, 22, 25, 27, 84, 85, 87, 88

problema fundamental, 21, 207

Véase también sociedad, concepción de la sociedad como conflicto
derecho libre, 59, 124, 127, 128
derecho natural:
comunitario y societario, 23, 47-51
y sociología del derecho, 22-24, 25, 81, 172, 173
crítica del, 27, 28, 32, 33
escuela del, 25, 26
teóricos del, 33, 40, 80
Véase también justicia, sentido de la; legitimidad
derecho penal; *véase* sociología del derecho penal
derecho primitivo, 26, 29, 43, 44, 54, 71, 79, 86, 106-108, 133, 135; *véase también* antropología jurídica; costumbre
derecho público y privado, 54, 79, 93
derecho subjetivo, 23, 39, 40, 65, 79
desarrollo histórico del derecho, 33, 38, 43, 44, 54, 80, 101, 104, 106
desviación, *véase* conducta desviada
divorcio, 94, 95, 138, 161, 162, 193
documentación, 139-141:
uso de la, 160-162, 177, 189
deber, 39, 40

economía, 32, 71, 74, 77, 78, 85, 95, 100-117, 163, 164, 168, 187, 188, 205
entrevista, 145, 146
uso de la, 159, 161, 177, 187, 194, 197, 198
escala, 147
escuela histórica del derecho, 25, 26

Estado, 28, 36, 56, 60-62, 66, 67, 68, 69, 86, 91, 100-111, 115:
extinción del—, 108-110, 112
estructura del derecho, 87, 94
experimento, 148, 149:
— legislativo, 148, 149
evolucionismo, 41-45

familia, 38, 43, 45, 49, 54, 60, 101, 105-107:
investigaciones sobre el derecho de—, 158-161
fascismo y nacionalsocialismo, 71, 179, 181-184, 189, 199, 202
filosofía de la praxis, 113-115
fines del derecho, 127
fines prácticos de la ciencia y de la investigación, 31, 59, 82, 83, 127, 130, 131, 152, 153, 185, 191
formalismo, 79, 81, 123
formalismo conceptual y revuelta contra el, 126-128
formalismo jurisprudencial y revuelta contra el—, 128-131
formalismo kelseniano, 132, 133
formalismo legal y revuelta contra el, 123-126
funcionalismo; *véase* sociedad, concepción funcionalista de la función del derecho, 25, 28, 36, 61, 65, 87, 90, 95-99; *véase también* sociedad, concepción funcionalista de la

grupos sociales, 59-63

hechos normativos, 69, 70
hipótesis, 138, 148, 200
hombres de leyes (légistes), 33, 34, 39, 42, 44, 206

huelga, 188
humanismo, 113-115

individualismo, 34, 39, 41-43, 48, 49, 56, 70
ingeniería social, 129
institución, 66-69, 89
intereses, 79, 92, 127, 129
jurisprudencia de los, 127
interpretación, 90, 91, 92, 124, 125, 189
investigaciones empíricas:
juicios de valor en las, 152, 153
desarrollo de las, 16, 121, 122, 174, 175
temas de las, 154-170
Véase también métodos de las investigaciones empíricas

jueces:
y política, 140, 177, 179-184, 188-191
decisiones de los, 124, 141, 148, 175-177, 202; *véase también* sentencias
extracción social de los, 179-184
profesión de los, 28, 45, 139, 188, 190
Véase también jurados; justicia, administración de la
juicios de valor en la investigación, 152, 153
jurados, 28, 144, 149, 176, 177; *véase también* jueces
jurisprudencia sociológica, 28, 129, 130
juristas y sociólogos:
colaboración entre, 137, 146, 150-152, 177
punto de vista de, 77, 135, 136

neutralidad de la ciencia y de la investigación, 31, 82, 83, 152, 153, 209
normas, 30, 40, 60-63, 64, 65, 79, 85, 87, 88, 90, 92, 110, 111, 112, 133, 134, 136, 155
efectos latentes de las, 169, 170

objetores de conciencia, 141
observación, 142-144, 161, 200
opinión de la gente, investigaciones sobre la (KÖL), 154, 158-160, 170-172, 189, 190
ordenamiento jurídico, 68, 69, 124

patria potestad, 159, 160
pena de muerte, 184
poder, 67, 69, 81, 86, 88, 91, 100
legitimación del—, 25, 75, 76
policía, 124, 199-202
política, 39, 40, 75, 91, 95; véase también ciencia política
política del derecho, 100, 131, 168
proceso, 54, 85, 86, 168, 175
propiedad, 25, 56, 60, 104, 105-107, 109, 162-166

racionalización, 73, 74, 78-81, 130; véase también capitalismo
realismo jurídico americano, 130, 135, 176
Rechtstatsachenforschung, 128
religión, 30, 71, 80, 92, 103, 127
revolución, 34, 72, 80, 81, 109, 111, 116, 117, 172
revuelta contra el formalismo jurídico, 123-131

sanción, 53, 87, 90, 91, 98, 148, 149, 171
sentencias, 140, 141, 179, 188; véase también jueces, decisiones de los
sindicatos, 72, 167; véase también trabajo
sistema jurídico, 89-91, 93, 94
socialismo, 44, 46, 51, 56, 72, 81, 100-120, 162-164, 191,

204; véase también capitalismo; cuestión social; lucha de clases; materialismo histórico; sociedad, concepción de la sociedad como conflicto; solidaridad social (solidarismo)

sociedad:

— y comunidad, 24, 47-51
concepción de la sociedad como conflicto, 100-120, 191; véase también derecho y sociedad
concepción funcionalista de la, 41, 44, 46, 71, 84-99; véase también función del derecho
sociedad industrial, 32-36, 39-41, 43, 44, 203-207
sociedad militar, 33, 38, 42, 44
sociedad por acciones, 163, 164, 193

sociología del derecho:

— aplicada, 123, 26
— y sociologías particulares, 133, 135, 136
definición de la—, 207
denominación de la—, 15, 21
enseñanza de la—, 15, 16, 203, 204
problema fundamental de la—, 21, 207, 208
sociología del derecho penal, 54, 55, 149, 156-158, 184; véase también criminología
sociología del derecho público, 154-156
sociología en el derecho, 122, 123, 151
sociología jurídica, 21
sociología política, 76, 155, 156, 176
sociólogos y juristas; véase juristas y sociólogos
sociologías particulares, 133, 135, 136

solidaridad social (solidarismo), 38, 47, 52-57, 63-65; véase también socialismo
statut y contrato; véase contrato y status
sucesión, 60, 165, 166

teoría analítica del derecho, 84, 122, 134
teoría pura del derecho, 84, 122, 133, 134
testamento, 139
tipo ideal, 57, 74, 78
trabajo:
 intelectual y manual, 109, 110

división y organización del—, 26, 55, 64
investigaciones sobre el derecho del—, 132, 143, 149, 166-169

Véase también huelga, sindicatos

transpersonalismo, 70

utilitarismo, 27, 28

vagabundos, 143

violencia, 189, 202

INDICE GENERAL

PREFACIO A LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA	7
NOTA PRELIMINAR, por Manuel Atienza	9
PREFACIO	15
PRIMERA PARTE	
<i>Derecho y sociedad en el pensamiento de los juristas y de los sociólogos</i>	
Capítulo I. <i>El problema de la relación entre derecho y sociedad y sus soluciones contrapuestas</i>	21
1. Los precursores y la alternativa entre independencia y dependencia	21
2. La escuela moderna del derecho natural	22
3. F. K. von Savigny y la escuela histórica del derecho	25
4. J. Bentham y el utilitarismo	27
5. C. Comte y el tratado de la legislación	29
Capítulo II. <i>El derecho como producto de la sociedad</i>	32
1. Los fundadores de la sociología y el derecho	32
2. C. H. de Saint-Simon y la sociedad industrial	33
3. A. Comte y la filosofía positiva	36
4. H. Spencer y el evolucionismo	41
Capítulo III. <i>Formas de sociedad y formas de derecho</i>	46
1. La sociología del derecho como sociología general	46
2. F. Tönnies y la teoría de la comunidad y de la sociedad	47
3. E. Durkheim: solidaridad mecánica y solidaridad orgánica	52
Capítulo IV. <i>Las teorías sociológicas del derecho</i>	58
1. E. Ehrlich y O. Kierke: derecho, grupos sociales y asociaciones	59
2. L. Duguit: el derecho como regla de la vida social	63
3. M. Hauriou, S. Romano y la teoría de la institución	66
4. G. Gurvitch y el derecho como hecho normativo	69

Capítulo V. <i>La racionalidad en la teoría y en la práctica jurídica</i>	73
1. Max Weber y la teoría de la racionalización	73
2. Derecho, poder, costumbre, economía. Los puntos de vista del jurista y del sociólogo	75
3. El proceso de racionalización del derecho y las profesiones jurídicas	78
4. El principio de la neutralidad de la ciencia	82
Capítulo VI. <i>El derecho en la concepción funcional de la sociedad</i> ...	84
1. El funcionalismo europeo: B. Horváth, N. S. Timacheff, T. Geiger ...	84
2. El funcionalismo americano: T. Parsons, W. Evan, H. Brede-meier, L. Friedman ...	89
3. Desarrollos del análisis funcional. Derecho y cambio social ...	95
Capítulo VII. <i>El derecho en la concepción de la sociedad como conflicto</i> ...	100
1. La concepción marxista del derecho y la lucha de clases ...	100
2. F. Engels y el origen de la familia, de la propiedad y del Estado ...	105
3. V. I. Lenin y la transición del capitalismo al comunismo ...	108
4. Las concepciones de los juristas soviéticos ...	110
5. El humanismo socialista de R. Mondolfo ...	112

SEGUNDA PARTE
Derecho y sociedad en las investigaciones empíricas

Capítulo VIII. <i>Origen y naturaleza de las investigaciones empíricas</i> ...	121
1. El reciente desarrollo de las investigaciones empíricas ...	121
2. La sociología del derecho de los juristas. La revuelta contra el formalismo: legal, conceptual, jurisprudencial ...	123
3. La sociología del derecho de los sociólogos: su fundamento teórico y metodológico, su concepción como sociología particular.	132
Capítulo IX. <i>Los métodos de las investigaciones empíricas</i> ...	137
1. El punto de partida ...	137
2. La documentación ...	139
3. La observación, el muestreo, la entrevista, el cuestionario ...	142
4. La medición, el experimento ...	147
5. Los juristas y los sociólogos en la investigación ...	150
6. Los juicios de valor en la investigación ...	152
Capítulo X. <i>Investigaciones sobre las normas y sobre los valores</i> ...	154
1. Los temas del derecho público y del derecho penal ...	154
2. Investigaciones sobre el derecho de familia ...	158
3. La transformación de la propiedad: investigaciones sobre las grandes empresas y sobre las sucesiones ...	162
4. Investigaciones sobre el derecho del trabajo ...	166
5. Investigaciones sobre los efectos latentes de las normas ...	169
6. Investigaciones sobre los valores de la legalidad y de la justicia.	170

Capítulo XI. <i>Investigaciones sobre los operadores del derecho</i> ...	174
1. Las decisiones de los jueces y el funcionamiento del aparato judicial ...	174
2. La extracción social de los jueces y sus relaciones con la política ...	189
3. La administración de la justicia en Italia ...	185
4. La profesión forense. Los despachos jurídicos. Las investigaciones comparativas ...	192
5. Los funcionarios de policía y otros operadores del derecho ...	199
6. El derecho y la moderna sociedad industrial ...	203
OBSERVACIONES CONCLUSIVAS ...	207
INDICE DE NOMBRES ...	211
INDICE DE MATERIAS ...	217

OTROS TITULOS DE LA COLECCION
ENSAYISTAS

ESTE LIBRO SE TERMINO DE IMPRIMIR
EL DIA 8 DE SEPTIEMBRE DE 1978
EN CLOSAS-ORCOYEN, S. L.,
MARTINEZ PAJE, 5,
MADRID-29

1. Mircea Eliade: **Imágenes y símbolos.**
8. José Luis Aranguren: **Crítica y meditación.**
39. Theodor Viehweg: **Tópica y jurisprudencia.**
43. Edgar Morin: **El espíritu del tiempo.**
44. Theodor W. Adorno y Max Horkheimer: **Sociologica.**
51. Jean Paris: **El espacio y la mirada.**
52. Henri de Lubac: **El pensamiento religioso del Padre Teilhard de Chardin.**
58. Antoine Vergote: **Psicología religiosa.**
59. Herbert Marcuse: **Etica de la revolución.**
61. Theodor W. Adorno: **Tres estudios sobre Hegel.**
62. Bertrand Russell: **Análisis de la materia.**
63. Paul Ricoeur: **Finitud y culpabilidad.**
64. José Luis L. Aranguren: **Memorias y esperanzas españolas.**
66. Claude Cuénot: **Nuevo léxico de Teilhard de Chardin.**
68. Ricardo Gullón: **Técnicas de Galdós.**
71. Maurice Merleau-Ponty: **La prosa del mundo.**
73. Aranguren, Bataillon, Gilman, Lafn, Lapesa y otros: **Estudios sobre la obra de Américo Castro.**
74. Carlos Moya: **Teoría sociológica: una introducción crítica.**
75. Eugenio Trías: **La dispersión.**
76. Alexander Mitscherlich: **La idea de la paz y la agresividad humana.**
78. Theodor W. Adorno: **La ideología como lenguaje.**
79. Elías Díaz: **Sociología y Filosofía del Derecho.**
80. Angela Selke: **Las chuetas y la Inquisición.**
81. George Edward Moore: **Defensa del sentido común.**
82. Harvey Cox: **Las fiestas de locos.**
83. E. M. Cloran: **Breviario de podredumbre.**
84. Georges Bataille: **Sobre Nietzsche.**
85. Fernando Savater: **La filosofía tachada.**
86. Gustavo Bueno: **Ensayos materialistas.**
87. Joseph Lortz: **Historia de la Reforma. 2 vols.**
88. Antonio Márquez: **Los alumbrados.**

89. **Presentación del lenguaje.** (Compilación de Francisco Gracia.)
90. Emmanuel Mounier: **Manifiesto al servicio del personalismo.**
91. Walter Benjamin: **Discursos interrumpidos.**
92. Georges Bataille: **La experiencia interior.**
93. E. Trías, F. Savater y otros: **En favor de Nietzsche.**
94. Kostas Axelos: **Hacia una ética problemática.**
95. José Luis L. Aranguren: **Moralidades de hoy y de mañana.**
96. Roland H. Bainton: **Servet, el hereje perseguido.**
97. Charles Fourier: **La armonía pasional del nuevo mundo.**
98. E. M. Cioran: **La tentación de existir.**
99. Friedrich Nietzsche: **Inventario.**
100. Américo Castro: **Sobre el nombre y el quién de los españoles.**
101. Fernando Savater: **Apología del sofista.**
102. Stanislav Andreski: **Las ciencias sociales como forma de brujería.**
103. John Chadwick: **El enigma micénico.**
104. Giordano Bruno: **Mundo, magia, memoria.**
105. Georg Groddeck: **El libro del Ello.**
106. Hannah Arendt: **Crisis de la República.**
107. Ben Rekers: **Arias Montano.**
108. José Luis L. Aranguren: **El futuro de la Universidad y otras polémicas.**
109. Friedrich Nietzsche: **El libro del filósofo.**
110. Jean Baelen: **Flora Tristan: Socialismo y feminismo en el siglo XIX.**
111. Marcelin Defourneaux: **Inquisición y censura de libros en la España del siglo XVIII.**
112. Martin Jay: **La imaginación dialéctica. (Una historia de la Escuela de Frankfurt.)**
113. Frances A. Yates: **El arte de la memoria.**
114. Víctor Gómez Pin: **El drama de la Ciudad Ideal.**
115. Julio Caro Baroja: **De la superstición al ateísmo. Meditaciones antropológicas.**
117. Georges Bataille: **El culpable.**
118. (Serie Maior) Emile Poulat: **La crisis modernista. (Historia, dogma y crítica.)**
119. (Serie Maior) Jean Pierre Faye: **Los lenguajes totalitarios.**
120. Walter Benjamin: **Haschisch.**
121. E. M. Cioran: **El alego demiurgo.**
122. (Serie Maior) Hannah Arendt: **Los orígenes del totalitarismo.**
123. Pierre Teilhard de Chardin: **Las direcciones del porvenir.**
124. Clément Rosset: **La anti-naturaleza.**
125. Gilles Deleuze: **Presentación de Sacher-Masoch.**
126. Allan Janik y Stephen Toulmin: **La Viena de Wittgenstein.**
127. Jean Starobinski: **La relación crítica. (Psicoanálisis y literatura.)**
128. Klaus Dörner: **Cludadanos y locos. (Historia social de la psiquiatría.)**
129. Alfred Schmidt: **Feuerbach o la sensualidad emancipada.**
130. Fernando Savater: **Ensayo sobre Cioran.**
131. Theodor Reik: **Variaciones psicoanalíticas sobre un tema de Mahler.**
132. Carmen Martín Gaite: **Macanaz, otro paciente de la Inquisición.**
133. Theodor W. Adorno: **Dialéctica negativa.**
134. Mircea Eliade: **Iniciaciones místicas.**
135. Carlos Castilla del Pino: **El humanismo «imposible», seguido de Naturaleza del saber.**
136. Georges Bataille: **Teoría de la Religión.**
137. José Luis L. Aranguren: **La cultura española y la cultura establecida.**
138. G. W. F. Hegel: **Historia de Jesús.**
139. Jean Starobinski: **La posesión demoníaca. Tres estudios.**
140. Marc Oraison: **El problema homosexual.**
141. Maurice Blanchot: **La Risa de los Dioses.**
- 142-143. Theodor W. Adorno: **Terminología filosófica (2 vols.).**
144. Quentin Bell: **El grupo de Bloomsbury (edición ilustrada).**
145. Bertrand Russell: **La América de Bertrand Russell.**
146. Varios: **El Club del Haschisch (La droga en la literatura). (Edición de Peter Halning.)**
147. Igor Strawinsky: **Poética musical.**
148. Javier Muguerza: **La razón sin esperanza.**
149. Jean Bécarud: **De La Regenta al «Opus Dei».**
150. Theodor W. Adorno: **Teoría estética.**
- 151-152-153. François Châtelet y otros: **Los marxistas y la política (tres volúmenes).**
154. Bertrand Russell: **El conocimiento humano.**
155. Roberto Mesa: **Teoría y práctica de Relaciones Internacionales.**