

## XXIII. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

### § 1. Consideraciones generales

TANTO LA teoría del derecho cuanto la sociología jurídica son hijas del siglo XIX,<sup>1</sup> pues a una y otra tendencias son comunes la postura antimetafísica y la consecuente afirmación de la exclusividad del derecho positivo. Por tanto, como estas dos nuevas disciplinas descansan en los presupuestos filosóficos del positivismo, pueden y deben ser tratadas en esta parte de nuestra exposición, no obstante que su desarrollo integral se realizó hasta el siglo presente.

La teoría del derecho y la sociología jurídica se distinguen por cuanto la primera considera al derecho objetivo como una simple suma de normas expedidas por una autoridad social, mientras la segunda investiga las diversas fuerzas sociales que lo producen y configuran.

Ya en la Antigüedad<sup>2</sup> se dieron algunas manifestaciones de sociología jurídica. Más tarde, la doctrina de Montesquieu acerca de la dependencia en que se halla el contenido del derecho respecto de la geografía, el clima y la cultura de un pueblo (ver p. 238), pertenece asimismo a la sociología jurídica.<sup>3</sup> Igualmente forma parte de esta disciplina la concepción económica del derecho de Karl Marx, cuyo mérito consiste en haber puesto por vez primera de relieve el significado de las relaciones de producción para la formación del derecho; la falla de este pensador consiste en su unilateralidad, pues descuidó las restantes fuerzas que actúan sobre el contenido del derecho (ver p. 257).

<sup>1</sup> Acertadamente FECHNER, *Rechtsphilosophie* (1955), p. 267.

<sup>2</sup> ADOLF MENZEL, *Griechische Staatssoziologie*, en: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1936), vol. xvi, pp. 1 y ss.

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748). — Consultese V. D. HEYDTZ, Ch. Baron de Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* (1950).

Estrechamente vinculadas con la concepción materialista de la historia se encuentran las obras: *El derecho civil y las clases populares desposeídas*, de Anton Menger, publicada en los años 1889 y 1890, *El fundamento de la filosofía del derecho*, de Eugen Ehrlich, aparecida en 1913, y el libro de Karl Renner (1870-1950) *Las instituciones fundamentales del derecho privado y su función social*, publicado en 1920.

Pero es en Max Weber (1864-1920) donde se encuentra la primera exposición general de la sociología jurídica. El célebre escritor adoptó como base de sus ideas el concepto de "dominación", al que caracterizó como "la chance de que el contenido de un precepto sea obedecido por las personas a las que se dirige".<sup>4</sup> A las ideas de Weber se liga el sociólogo vienes del derecho Fritz Sander (1889-1939), profesor en sus últimos años en la Universidad alemana de Praga, quien es —en mi opinión— el escritor que logró la primera exposición completa de la teoría sociológica del derecho.

### § 2. Sander y Horváth

Bibliografía: VOEGELIN, Zu Sanders "Allgemeine Staatslehre", en: *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1948), vol. I, pp. 106-135. — DOLP, Die Rechtslehre Fritz Sanders, en: *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1953), vol. V, pp. 192-225.

Fritz Sander, que se formó en la Escuela jurídica de Kelsen, luchó más tarde apasionadamente en contra de ella, al desenvolver su sociología jurídica.<sup>5</sup> Pero su doctrina muestra, a pesar de todo, las huellas de la Escuela kelseniana, pues, al igual que ésta, tiene como fondo la manera de ser del orden jurídico del Estado moderno. Esta característica de su doctrina se pone de relieve con sólo considerar que —para Sander— todo lo que es derecho es engendrado en un "proceso jurídico", de lo que a su vez se deduce que todas las leyes sean, en esencia, "leyes procesales".<sup>6</sup>

<sup>4</sup> WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), pp. 28-30.

<sup>5</sup> SANDER, *Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz* (1923); y *Merkls Rechtslehre*, en: *Juristischen Zeitschrift zu Prag* (1924).

<sup>6</sup> *Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung* (1922), p. 442.

Sander, sin embargo, se distingue del normativismo jurídico por cuanto su punto de partida no son las normas del derecho objetivo, sino las "relaciones entre las personas", a las que el autor que comentamos articula en dos grupos fundamentales: correspondencia y dominación.<sup>7</sup> Las relaciones del primer grupo nacen de un contrato; las segundas toman su origen en "la actividad dirigida a obtener de otro una determinada conducta" y suponen que el sujeto activo posee la fuerza y la voluntad requeridas para inducir a la obediencia; por tanto, la dominación tiene como presupuestos no sólo la existencia de un poder, sino, además, la presencia de "un titular dispuesto a ejercerlo": "un poder —explica Sander— es una posibilidad que permite que una persona, en un tiempo y lugar determinados, pueda, por un acto de su voluntad, ejecutar una acción".<sup>8</sup> Esta posibilidad se presenta al espíritu de la persona contra la que se dirige, en la forma de un deber; en cambio, "la pretensión" es la potestad que pertenece a una persona "para promover la aplicación de la sanción prevista en un ordenamiento".<sup>9</sup> De acuerdo con esta definición, la pretensión supone siempre la existencia de un poder que esté a su vez decidido a aplicar la sanción a solicitud del pretendiente.

De lo expuesto se desprende que Sander solamente reconoce la existencia de *derechos subjetivos*; y, en efecto, lo que generalmente se denomina *derecho objetivo* es caracterizado dentro de esta doctrina como "la fuente de los derechos"; los mandamientos del titular del poder no son "derecho", sino los presupuestos que permiten fundar "los derechos".<sup>10</sup> Por otra parte y en virtud de que todos los derechos —según anteriormente explicamos— son engendrados en un proceso jurídico, las leyes expedidas por el Estado son tan sólo "normas tentativas". Dentro del mismo orden de ideas, el documento constitucional no es para Sander una verdadera constitución, sino un simple "proyecto", ya que del documento mismo no puede saberse si las posibilidades de acción contenidas en él serán o no realizadas.

Finalmente, Sander critica duramente el intento de Kelsen de disolver la teoría del Estado en una teoría jurídica: todo de-

<sup>7</sup> *Allgemeine Gesellschaftslehre* (1930); y *Allgemeine Staatslehre* (1936).

<sup>8</sup> *Allgemeine Staatslehre*, p. 85.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 133 y ss.

<sup>10</sup> *Das Recht*, en: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1932), vol. xii, pp. 1-34.

recho —dice— presupone un poder de dominación: no es el Estado quien puede ser explicado por el derecho sino, a la inversa, es éste el que se explica por aquél, esto es, el derecho se explica en función de una determinada situación social.

También el filósofo húngaro Barna Horváth concibe al derecho como un “proceso”; la particularidad de su doctrina consiste en que otorga al “aparato del proceso” una importancia particular.<sup>11</sup>

### § 3. La sociología del derecho de los países nórdicos

#### a) Las raíces de la sociología nórdica del derecho

Bibliografía: SCHENK, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, en: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1934), vol. xiv, pp. 142-207. — OLIVECRONA, *Einleitung zum Sammelbande der Arbeiten Hägerströms; e Inquiries into the nature of law and morals* (1953). — VEROSTA, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1955), vol. vi, pp. 448 y ss. — CASTBERG, *Problems of legal philosophy* (3<sup>a</sup> edición, 1957).

El fundador de la sociología del derecho de los países nórdicos, Axel Hägerström (1868-1939), sostiene que el único derecho es el positivo. Pero inmediatamente después añade que el derecho positivo no tiene su base, ni en una voluntad de poder, ni en una norma hipotética fundamental de la que derive todo el sistema de las normas jurídicas, sino en una pluralidad de factores sociales, que son los que engendran a las normas coactivas del derecho. Hägerström combatió tanto al positivismo jurídico de Bergbohm cuanto a la teoría pura del derecho de Kelsen, pues una y otra doctrinas apartan al derecho de su medio ético y social y le aislan de todas las restantes fuerzas sociales.

Los trabajos de Hägerström son principalmente de naturaleza crítica. La más conocida de sus obras lleva por título *El concepto romano de obligación a la luz de la concepción general del derecho de los romanos* y fue publicada en el año de 1927; en esta obra, el sociólogo nórdico se propuso demostrar que los conceptos

<sup>11</sup> *Rechtssoziologie* (1934); *Macht, Recht und Verfahren*, en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1936), vol. xxx, pp. 67-85; y *Recht und Wirtschaft*, en: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1951), vol. iii, pp. 331-357.

jurídicos tienen su origen en las concepciones mágicas de épocas pasadas.

Igualmente polémicas son las obras de Anders Vilhelm Lundstedt:<sup>12</sup> este escritor presenta al derecho como la acción refleja de una organización de poder, solución que le condujo a la negación del carácter jurídico del derecho internacional.

### b) Olivecrona

Bibliografía: VERDROSS, *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1941), t. xxi, pp. 502 y ss.

Karl Olivecrona coincide con Hägerström y Lundstedt en la crítica de la jurisprudencia normativa, pero va más lejos que ellos en la explicación de lo que es el derecho: este autor admite la realidad de las normas jurídicas, pero se esfuerza en la determinación de su manera de ser.<sup>13</sup> Las normas jurídicas —dice— no son imperativos comunes y corrientes, no crean relaciones personales entre un superior y un inferior, sino que son más bien "imperativos libres", cuya efectividad deriva de que están dotados de una sanción y van acompañados de una determinada propaganda, por medio de la cual influyen sobre la conciencia de los hombres a los que están dirigidos. Mediante estas ideas, Olivecrona cree poder explicar el deber ser jurídico, al que la teoría pura del derecho opuso la realidad, como una parte del mundo real. Las normas jurídicas no poseen en sí mismas validez objetiva, pero su obligatoriedad descansa, no sólo en la acción refleja de una organización de poder sobre la conciencia del pueblo, sino también en el instinto social del pueblo. Olivecrona, no obstante su sociologismo, aceptó la existencia de "ciertos rasgos fundamentales en la naturaleza humana", que inducen al hombre a comportarse socialmente,<sup>14</sup> con lo que su concepción realista del derecho se aproximó a la doctrina aristotélica del derecho natural.

<sup>12</sup> LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, t. I: *Die falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjektiven Rechten*.

<sup>13</sup> OLVECRONA, *Law as fact* (1939), traducido al alemán con el título *Gesetz und Staat* (1940).

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 45, 81 y 160.

c) *Alf Ross*

De la misma manera que Olivecrona, Alf Ross se esforzó en la explicación sociológica de la obligatoriedad del derecho positivo, que no puede derivar ni de un principio jusnaturalista, ni de una norma hipotética fundamental, sino de determinados procesos sociales.<sup>15</sup> Por otra parte, la obligatoriedad de una norma debe distinguirse de su efectividad: esta última consiste en su cumplimiento y ejecución normales, en tanto la obligatoriedad radica en la aprobación emocional de la norma por aquellas personas a las que está dirigida. Sin embargo, si bien los dos conceptos deben ser distinguidos cuidadosamente, no ha de olvidarse que se trata en ambos casos de hechos sociales. Partiendo de las anteriores premisas, Alf Ross sostiene que la ciencia del derecho es una ciencia del ser, cuyo objeto es el conocimiento de ciertas directrices (*directives*) sociales. Estas directrices, que son precisamente las normas jurídicas, son normaciones externas que pretenden ejercer una determinada influencia (*utterances... with intent to exert influence*), en tanto las proposiciones de la ciencia del derecho son juicios sobre el contenido de dichas directrices, esto es, son juicios sobre un ser.

Conviene hacer notar, ante todo, que si bien la dogmática jurídica pretende ser un conocimiento del contenido del derecho positivo, en la realidad tiene que superar este conocimiento si ha de ser algo más que una simple recopilación y repetición de los mandamientos y de las decisiones legales; tan pronto como la dogmática jurídica interpreta el texto legal, deviene actividad creadora, ya que al desenvolver el pensamiento expresado en la ley descubre nuevas normas. Sin duda, estas nuevas normas no son automáticamente obligatorias, pero llegan a serlo en la medida en que fertilizan la práctica. Por esto la dogmática jurídica no es puramente conocimiento, sino, al mismo tiempo, un desarrollo práctico ulterior del derecho. Más aún, quien concreta y precisa el contenido de una norma jurídica, fortifica a la vez su validez sociológica. La consecuencia que se desprende de las observaciones que anteceden es que no puede existir una dogmática jurídica neutral ante los valores: la sociología del derecho

<sup>15</sup> Ross, *Theorie der Rechtsquellen* (1929); *Towards, a realistic jurisprudence* (1946); *Legal norms and norms of chess*, en: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1958); vol. VIII, pp. 477-487.

debería tomar en cuenta estas conclusiones, pues está obligada a considerar todos los procesos sociales que constantemente contribuyen a dar un nuevo tejido a la alfombra del derecho.

Resulta imposible —como lo hace Alf Ross— la comparación del derecho positivo con las reglas del juego de ajedrez, ya que a éste le falta la dinámica peculiar del derecho. Además, el derecho positivo no es un puro esquema interpretativo, como es el caso del juego de ajedrez, cuyas reglas tenemos que suponer a fin de poder entender las jugadas concretas, sino que es también un orden social coactivo que obliga a todos los que están comprendidos dentro de un determinado círculo social; desde este punto de vista se diferencia asimismo de las reglas del juego de ajedrez, que únicamente ligan a quienes libremente se someten a ellas. Finalmente, podemos dejar de lado las reglas del juego de ajedrez sin afectar la vida comunitaria de los hombres, mientras que el derecho está indisolublemente ligado a ella. Esta última consideración nos revela que el derecho tiene sus raíces necesarias en la naturaleza del hombre, de lo que a su vez se deduce que el sociólogo del derecho, cuando actúa sin prejuicios filosóficos y penetra en lo más hondo de su disciplina, desemboca necesariamente en la idea del derecho natural.