

LOS MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN SOCIOLÓGICA EN DERECHO COMPARADO *

Luis RECASÉNS SICHES, *Profesor
Emérito de la UNAM.*

1. Razones por las cuales el derecho comparado necesita puntos de vista y métodos sociológicos. 2. La tridimensionalidad del derecho. 3. La experiencia jurídica. 4. Motivos y finalidades. 5. El problema de las características de cada área cultural concreta. 6. Otras especificaciones sobre las investigaciones sociológicas en derecho comparado. 7. La consideración de las diferencias semánticas. 8. Estudio sociológico sobre la eficacia (mayor o menor) o la ineficacia de unas normas jurídicas.

1. *Razones por las cuales el derecho comparado necesita puntos de vista y métodos sociológicos.* En los últimos decenios, cada vez más y más, se reconoce con creciente vigor que el derecho comparado no debe desenvolverse como mero parangón y contraste de normas jurídicas (leyes, reglamentos, fallos de los tribunales, resoluciones administrativas, etcétera), sino que imperativamente requiere una doble investigación sociológica: la indagación sobre las realidades colectivas en las cuales, y por virtud de las características de las cuales, se han gestado las normas; y la averiguación de cuáles son los efectos que, una vez emitadas, han producido las normas, esto es, la pesquisa sobre la eficacia mayor o menor, o la ineficacia que esas normas hayan tenido.

Esto debe ser así, por razones esenciales. En contra del pensamiento que predominó durante el siglo XIX, e incluso en los comienzos del XX, el derecho no es, de ninguna manera, no puede ser en caso alguno, un sistema de proposiciones lógicas de las cuales quepa predicar el atributo de verdad o falsedad. Haberlo creído así fue un error de superlativo tamaño, descomunal en lo teórico y funesto en la práctica y, a la vez, fuente principal de otras muchas equivocaciones.

Las normas del derecho positivo no son enunciados de ideas con intrín-

* SECCIÓN I: C) El Derecho Comparado. Sus métodos La unificación del derecho:
2. *Los métodos de investigación sociológica en derecho comparado.*

seca validez; ni son tampoco descripciones de hechos; ni son expresión de ningún ser. Por el contrario, las normas del derecho positivo son instrumentos prácticos, elaborados y contruidos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos.

El derecho como realidad es un arte práctico, una técnica, una forma de control social. De ese utensilio, que el derecho es, no se puede predicar la verdad ni la falsedad, porque el derecho no es un ensayo de conocimiento, ni vulgar ni científico.

Claro que el derecho puede y debe ser enjuiciado desde los ángulos de otros valores, por ejemplo, desde los puntos de vista de justicia, dignidad de la persona individual, libertades básicas del ser humano, conveniencia, oportunidad, servicio al bienestar general, viabilidad, eficacia, prevención de mayores males, etcétera; en suma, desde los ángulos de la justicia y de los demás valores por ésta implicados, así como también desde el punto de vista de otros valores, que suelen englobarse bajo la denominación de prudencia.

La inmediata derivación de ese gran error, a que acabo de referirme, consistió en haber querido tratar el derecho empleando los métodos de la lógica tradicional, es decir, de la lógica habitualmente llamada matemático-física, deductiva, sistemática, de la lógica de la inferencia, que va desde su fundación en el *Organon* de Aristóteles hasta las lógicas simbólicas contemporáneas. Esa lógica de la inferencia vale para la matemática, la física y otras ciencias de la naturaleza; pero es inservible para el tratamiento de los problemas prácticos de conducta humana, entre ellos, de las cuestiones jurídicas. Cuando en los asuntos prácticos de la humana existencia se quiere neciamente emplear la lógica de lo “racional”, ésta, cuando no produce distorsiones teóricas y además catástrofes prácticas, se muestra como inservible.

Ahora bien, que nadie se asuste ni escandalice, interpretando torcidamente lo que acabo de decir, como un propósito de entregar la jurisprudencia a un vitalismo irracional, irresponsable, a la irrupción de la arbitrariedad, al imperio del capricho, al reino de la corazonada injustificable. No se trata de eso. De ninguna manera. En el campo de la jurisprudencia lo que debemos expulsar de éste es sólo la lógica de “lo racional”. Pero esa lógica pura tradicional *no es la totalidad de la lógica*, antes bien, tan sólo una provincia particular del *logos*, al lado de otras zonas de éste, de otras regiones del *logos*, las cuales son tan “lógica” como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta. Entre esas otras provincias o zonas de la lógica, figura el *logos* de los asuntos humanos o “lógica de lo razonable”, la cual, entre otras características, posee las siguientes: está impregnada o empapada por juicios de valor, por relaciones entre valores y propósitos,

por nexos entre propósitos o finalidades y medios; maneja las lecciones extraídas de la experiencia práctica vital e histórica; y establece sus juicios, no como conclusiones de unas premisas, sino a la luz de los efectos deseados como propósitos.

La producción del derecho es provocada por la conciencia de unas necesidades humanas en la convivencia y cooperación sociales, de unas penurias y dificultades en este campo, de unos conflictos y desajustes entre intereses opuestos; así como por la conciencia de unos valores, que son estimados como los criterios, de acuerdo con los cuales deben ser elaboradas las normas que satisfagan aquellas necesidades.

Al producir derecho, con éste se intenta crear un instrumento práctico, el cual, al ser manipulado en la vida social, produzca como efectos las satisfacción de aquellas necesidades y la resolución de aquellos conflictos, de acuerdo con las directrices de valor consideradas como válidas.

Las consideraciones que anteceden señalan ya las razones, por virtud de las que todo problema jurídico (legislativo, reglamentario, contractual, jurisdiccional, etcétera) debe ir acompañado de análisis sociológicos. Primero, debe ir acompañado por el estudio de los problemas prácticos de convivencia y cooperación que actúan como motivos para la producción de las que todo problema jurídico (legislativo, reglamentario, contractual, históricas ya tenidas en las mismas cuestiones o en otras que en alguna medida sean similares. Tercero, por el cálculo de probabilidades respecto de la viabilidad o practicabilidad y de la eficacia que puedan obtener las normas que van a ser dictadas. Cuarto, por la verificación de los efectos que las normas ya dictadas hayan tenido.

Todos estos puntos pueden ser aclarados y justificados a la luz de una concepción tridimensional del derecho, así como también, mediante un estudio de la “experiencia jurídica”.

2. *La tridimensionalidad del derecho.* Ciertamente que el derecho está integrado por normas de impositividad inexorable, esto es, coercitiva. Dicho sea de paso, Kelsen analizó magistralmente esta dimensión de la peculiar normatividad jurídica. Pero el derecho no es ni puede ser entendido sólo en tanto de un conjunto de normas con específicas estructuras, que hayan surgido por arte mágico o de encantamiento, y anden flotando como una especie de totalidad cerrada e independiente.

Por el contrario, esas normas se han producido como la respuesta a la conciencia de determinadas necesidades humanas —unas, de carácter universal, otras, concretas, particulares, características de una cierta situación social, de un cierto tiempo y de un cierto lugar, en suma, de una especial situación histórica. En esta dimensión, el derecho tiene una raíz de realidad

social, surge de unos hechos sociales y se encamina a la ordenación y configuración de tales hechos.

Así, en este sentido, el derecho es un instrumento que desempeña una función en la realidad de la vida humana, la función de satisfacer ciertas urgencias del hombre. Esta función es tan necesaria como cualquiera de las funciones fisiológicas en el cuerpo o de las mentales en la psique. Pero a diferencia de las meras funciones biológicas, el derecho, al igual que otros productos culturales, esencialmente apunta hacia la realización de unos valores específicos, a los que se refiere intrínsecamente, y en cuyo cumplimiento se justifica. La intencionalidad valorativa, el propósito de encarnación o institucionalización humana de unos especiales valores, pertenece de modo esencial a la realidad del derecho y, por lo tanto, pertenece también como parte esencial al concepto de lo jurídico.

De tal guisa, resulta que advertimos en el derecho tres dimensiones: *a*) una normatividad específica, es decir, coercitiva o, expresándolo mejor, de imposibilidad inexorable; *b*) un origen en realidades sociales, en hechos humanos de interacción, estimulados por otros hechos consistentes en la aguda y a veces dolorosa conciencia de unas necesidades, de unas penurias, de unos conflictos; todo ello condicionado e influido por otros hechos colectivos; *c*) la referencia intencional a unos valores específicos (justicia, libertad, bienestar general, etcétera), el propósito de cumplir las exigencias o los requerimientos dimanantes de tales valores. Así pues, las tres dimensiones del derecho son: *normatividad, realidad social o hechos sociales, y valor*, o metas axiológicas. He aquí la tridimensionalidad del derecho.

Ahora bien, la concepción tridimensional a la altura del pensamiento presente no consiste solamente en reconocer esas tres dimensiones. Desde hace más de medio siglo varios iusfilósofos hablaron de que el derecho puede, e incluso debe, ser estudiado, desde el punto de vista de su normatividad, desde el ángulo sociológico, y también a la luz de los valores, o, sea, de los criterios axiológicos. Lo nuevo en la concepción tridimensional, que en el presente se va abriendo más ancho camino, es no limitarse a subrayar estas tres dimensiones, sino, además, consiste también, y sobre todo, en poner de manifiesto que esas tres dimensiones se hallan recíprocamente trabadas o ligadas entre sí de modo indisoluble, de tal manera, que en cada una de esas tres dimensiones se reflejan de modo necesario las otras dos. Es decir, hay entre las tres dimensiones nexos de implicación necesaria, esencial. Cuando se contempla el derecho como un hecho, como una obra humana, en él vemos, además, que se encarna una obra humana precisamente con forma de normatividad inexorable o coercitiva, creada, no sólo para satisfacer unas ciertas necesidades, sino también cabalmente para cumplir con los requerimientos de unos específicos valores. Tal es, en sustancia, la concepción que Miguel Reale ha presentado sobre la tridimensio-

nalidad del derecho, versión que yo he incorporado a mi propia filosofía jurídica, reelaborándola en algunos matices, con el propósito de darle todavía más rigor.

3. *La experiencia jurídica.* En mi opinión, la experiencia jurídica es una experiencia especial, la cual opera como factor o como fuente en la generación y en el desenvolvimiento del derecho en términos generales, y en la producción de las normas jurídicas de toda especie —genéricas, particulares e individualizadas—; y también como estímulo y directriz orientadora en la crítica estimativa y en la filosofía de los valores jurídicos.

Hablamos de “experiencia jurídica”, porque nos hallamos ante algo *dado*, de modo directo e inmediato, ante nuestra conciencia. Ahora bien, eso *dado*, que constituye la “experiencia jurídica”, es un conjunto *muy complejo, pero unitario*, de diversos datos, los cuales están recíprocamente entretejidos. Ese conjunto de datos, complejísimo pero unitario, consiste en unos hechos de relaciones interhumanas, propiamente sociales, hechos en los que encarna una dimensión conflictiva, es decir, una tensión dramática, un choque entre diversas necesidades y aspiraciones humanas, y de ambas con las limitaciones que la realidad circundante impone.

Esas aspiraciones están re'acionadas no sólo con necesidades y deseos, sino que, además, están cargadas con referencias a valoraciones, todo lo cual plantea, quíerase o no, perentoriamente, un *problema práctico*, que está demandando un tratamiento y una solución.

Esa experiencia es, por lo tanto, una experiencia a la vez de realidades, tal y como ellas son, y además de ideas, de afanes, y de necesidades. Tales realidades no son simples realidades frías, sino realidades vistas ya directamente a través de lentes estimativos; realidades que, entre otros componentes de esas mismas realidades, incluyen como ingredientes de ella unas valoraciones hechas por los hombres —creencias y convicciones estimativas—, diferentes a veces en los varios interesados, profesadas por los diversos hombres y los varios grupos involucrados en esos hechos conflictivos.

Tal experiencia, incluye también y, además, el hecho de que quienes profesan esas estimaciones o propugnan determinadas aspiraciones ideales pretenden que éstas concuerdan con criterios de valor objetivamente válidos.

Tales hechos, dotados de tan complejas y variadas dimensiones —íntimamente trabadas entre sí—, se presentan como problemas prácticos que requieren solución, como necesidades efectivamente sentidas por las gentes implicadas en esas realidades; como urgencias que demandan satisfacción, la cual, además, se siente y se piensa como imprescindible para la subsis-

tencia y la buena marcha de la sociedad concreta en la que emergen esas cuestiones.

Se trata no de una experiencia fría, mera conciencia de datos tal y como ellos son, sino, diríamos, de una conciencia caliente, de la conciencia de un drama, de la conciencia de conflictos, de la conciencia de aspiraciones, de entusiasmos por ciertos ideales, del ímpetu de determinadas pretensiones o de determinados deseos. Y, al mismo tiempo, se trata de la conciencia dolorosa de penurias, de dolores, de desajustes, de inquietudes. Y se trata también conjuntamente de un afán de certeza y de seguridad que venga a aliviar la ansiedad de la incertidumbre y el dolor de la inseguridad. Pero todo esto, no de cualquier manera, sino precisamente de acuerdo con lo que se considera como exigencias de justicia.

Los datos de esa experiencia jurídica son muy variados; pero todos ellos están en estrecho entrelazo: datos de realidades sociales; dentro de esas realidades, datos que consisten en sentimientos de escasez, de carencia, en apuros, en dolores, en protesta, en anhelos, en afanes, en programas, en intuiciones de justicia por las personas afectadas; pensamientos de justicia en los sujetos principales de esa experiencia —por ejemplo, en las personas afectadas, en el legislador, en los funcionarios administrativos y en los jueces—, choques de intereses contrapuestos —en ocasiones, unos que parecen legítimos y otros ilegítimos; pero en otras ocasiones, entre dos o más intereses, todos ellos legítimos, aunque no puedan ser satisfechos por completo—; el peso específico propio de determinadas realidades sociales, por ejemplo: de algunos hechos económicos, que tienden a seguir sus propios mecanismos; o de la influencia de añejas tradiciones; o de la inercia de ciertas rutinas.

En suma, se trata de la experiencia de problemas prácticos de convivencia y de cooperación interhumanas, erizados de dificultades, problemas que demandan un tratamiento adecuado y una solución, al menos relativa, de acuerdo con pautas de justicia, conforme a criterios de valor. Esos problemas prácticos, por ser tales, y en tanto que tales, consisten en colisiones, en disputas, que requieren ser solventadas prácticamente; y precisamente ser solucionadas de *modo ejecutivo*, es decir, no tan sólo en el plano de la teoría, sino al nivel de la realidad efectiva, de manera decisoria e impositiva.

Esta experiencia es lo que en términos generales engendra la producción de todo derecho; y la que en cada caso opera como estilo para la producción de cada una de las normas jurídicas, lo mismo de las legales que de las reglamentarias, que de las particulares de los negocios jurídicos, que de las sentencias judiciales y de las resoluciones administrativas.

Entre los componentes de la experiencia jurídica que deben ser estudiados sociológicamente para la feliz realización de cualquier programa de

derecho comparado, figuran los siguientes: el llamado sentimiento jurídico; la llamada experiencia de la injusticia; los datos biológicos y los factores psíquicos; algunos de los deseos sociales básicos; las realidades y estructuras sociales preexistentes al derecho y coexistentes con él; el factor de poder político; los factores económicos; los datos de la experiencia histórica; los factores religiosos; los datos de razón, y la intuición de los valores.

4. *Motivos y finalidades.* El derecho *expresado en normas formuladas* (constitución, leyes, reglamentos, negocios jurídicos, sentencias judiciales y resoluciones administrativas) es vida humana objetivada, es decir, está constituido por objetivaciones de la vida humana. El derecho en la medida en que *es cumplido* por sus sujetos, o en que es *individualizado* por los órganos jurisdiccionales, reactualiza, revive aquellas formas de vida humana objetivadas en las normas jurídicas; es vida humana objetivada *revivida*. Pero sucede que, cuando las formas de vida humana objetivadas en el derecho, al igual que todas las demás objetivaciones de la cultura, son revividas, esto rara vez acontece a manera de una copia fotográfica, de la reproducción de un discurso grabado en cinta magnética. Por el contrario, los sujetos que reviven esas formas, los sujetos que cumplen lo dispuesto en las reglas jurídicas, así como también los órganos jurisdiccionales que individualizan tales reglas, introducen algunas innovaciones, nuevos matices, correcciones, adaptaciones, mayores o menores, pero siempre en alguna medida.

Ahora bien, lo que importa señalar aquí ahora, es que el derecho, al igual que toda otra obra humana, tiene la misma estructura que las conductas vivientes de la vida humana; estructura que consiste en que la acción o la obra es estimulada por un *motivo* y se dirige a la realización de un *fin*. O lo que es lo mismo, empleando otras palabras: toda acción humana (y su resultado en la obra que produce) tiene un *por qué* y un *para qué*.

Debemos abandonar aquella interpretación excesivamente simplista de la estructura teleológica o finalista de la acción humana, que fue corriente en el pensamiento del siglo xix. Según ese pensamiento, que debemos rechazar —por ser insuficiente—, se entendía la finalidad como inversión mental de la causalidad: se pensaba que el fin era el efecto deseado, el cual se había anticipado mentalmente; y que el medio era la causa, que se buscaba como adecuada para producir el fin (efecto) apetecido. Yo no diré que esto sea inexacto; pero debo afirmar que es insuficiente; porque en tal explicación no aparece la auténtica raíz humana del proceso teleológico o finalista. Por debajo y antes de ese esquema de anticipación intelectual del proceso causal, hay una específica raíz humana, un *motivo*,

un particular *por qué* (que en este caso no significa causa), el cual consiste en que el hombre siente una urgencia, una penuria, un vacío, una dificultad, que le estimula a buscar, imaginar algo, con lo cual pueda colmar esa apetencia. Esto es lo que constituye el *por qué* inicial de la acción, por ejemplo: el hombre primitivo siente miedo de los animales salvajes, y tal temor le incita a buscar, a imaginar algo que remedie esta penuria: una cabaña. El *por qué* de lo que va a hacer consiste en la conciencia de la necesidad que trata de satisfacer. Ya ha imaginado que construyendo una cabaña o una casa satisfará esa urgencia. Pues bien, la casa *imaginada*, *propuesta*, constituye el *para qué* o *finalidad* de su acción. Una vez que ha determinado tal finalidad, buscará las actividades y las cosas (fuerza de brazos, piedras, maderas, etcétera, en el ejemplo indicado) para construir su cabaña o su refugio. Esas actividades, empleadas sobre esos materiales, constituyen los *medios* para realizar el fin propuesto —constituyen las causas eficientes cuyo efecto será la finalidad deseada. Nótese que el esquema fin-medio (causalidad invertida mentalmente: efecto-cause) sólo entra en escena después de haberse producido el anterior hecho, pura y típicamente humano, a saber: el *motivo* (*por qué*) y el *fin* al servicio de éste (*para qué*). Sólo después de ese proceso, el fin es puesto como tal; y, subsecuentemente se buscan los medios para realizar tal fin de modo efectivo. De suerte que resulta que el esquema *medio-fin* se apoya y queda inserto en un supuesto más radical, que consiste en la conexión *motivo-fin*. Claro es que, por otra parte, podemos, además, concebir la totalidad de este complejo, en la medida en que desemboca en su cumplimiento, como el medio para satisfacer la necesidad, la conciencia de la cual actuó como motivo y estimulante de todo ese proceso.

Pues bien, todo ese proceso (necesidad sentida, búsqueda imaginativa del remedio para tal necesidad, posición de este remedio como fin o propósito y elección de los medios reputados como pertinentes y oportunos) puede y debe ser *analizado sociológicamente*.

Eso que he llamado necesidad suele ser, es casi siempre, un problema social práctico, es decir, un problema de convivencia y cooperación interhumanas, que debe ser resuelto de acuerdo con los valores correspondientes. Respecto de tal problema, las tareas de sociología jurídica al servicio del derecho comparado, deben indagar, entre otros, los siguientes puntos:

A) De qué *modo* se ha sentido la necesidad, el problema o el conflicto; *quiénes* han tenido conciencia de tal necesidad, por ejemplo, si solamente los interesados e involucrados directamente en tal problema o también otros grupos sociales por vía de simpatía; asimismo las diversas fuerzas de poder político y, sobre todo, en qué medida y de qué modo el legislador ha tenido tal conciencia.

B) Cuáles son las causas que han provocado tal problema, es decir, cuáles son los hechos sociales antecedentes y concomitantes que han engendrado el problema y lo mantienen vivo; por ejemplo: factores religiosos, dificultades económicas, fenómenos de poder social en términos generales y específicamente de poder político, realidades biológicas (verbigracia: una epidemia, un rápido aumento de la población, un volumen enorme de mortalidad infantil, o un incremento en el número de los ancianos —por virtud de los progresos de la higiene y de la medicina— etcétera).

C) Realidades físicas, en tanto que condiciones e influencias en la vida humana y en relación con las estructuras y los procesos sociales existentes, por ejemplo: algunos fenómenos geográficos y meteorológicos, densidad mayor o menor de la población, abundancia o escasez de recursos naturales, etcétera.

D) Configuraciones sociales preexistentes, firmemente establecidas por el peso de una tradición o por la vigencia efectiva de unas convicciones, o por la inercia de unos usos y costumbres.

E) Los ideales o aspiraciones que alientan en las conciencias de los afectados e involucrados directamente en el problema, y también en las conciencias de los integrantes de otros grupos sociales a quienes no atañe de manera inmediata esa cuestión, pero cuyos intereses pueden ser perjudicados o beneficiados en forma indirecta por la forma como se intente resolver el conflicto.

F) La tabla jerárquica de valoraciones (correctas o incorrectas, más o menos correctas) que *real y efectivamente* inspiran la vida social de una determinada comunidad; y, sobre todo, las pautas axiológicas que *de facto* rigen el orden jurídico en vigor.

G) La proximidad y la fidelidad, mayores o menores, entre la conciencia de los legisladores y la conciencia de los seres humanos que integran la realidad social de un cierto país, en un determinado momento histórico.

H) Las rectificaciones que el legislador o el pueblo, o el legislador y el pueblo, consideren que deben ser llevadas a cabo, por razón de exigencias de justicia, en las que antes no se había pensado o que fueron desveladas y enseñadas a través de la experiencia histórica.

I) Si, y hasta qué punto y en qué medida, al afrontar un problema de *iure condendo* se tiene por conveniente tomar como inspiración algunos modelos de derecho extranjero. En este punto, habría que analizar, además, hasta dónde haya una mayor o menor similitud entre las situaciones rea-

les del país extranjero en el que se produjeron aquellas normas y las situaciones efectivas de la comunidad para la cual se trata de legislar.

J) Si el legislador intentó o no anticipar mentalmente los efectos reales que una determinada norma habría de producir; o, por el contrario, cometió la imprudencia de moverse en una esfera abstracta, poblada no por los seres humanos reales entretejidos en unas fuertes estructuras sociales y movido por vigorosas tradiciones o por nuevos anhelos y afanes, antes bien poblada por meros entes imaginados por la fantasía.

Esos varios temas de investigación sociológico-jurídica, que acabo de indicar, representan tan sólo unos pocos ejemplos, nada más que ligeros y brevemente abocetados, entre otros muchos que deben ser analizados por el estudioso del derecho y, también y sobre todo, por el cultivador del derecho comparado.

5. *El problema de las características de cada área cultural concreta.* En la historia, cada cultura representa una especial interpretación, una similar articulación y una particular puesta en práctica del sistema de funciones que integran la vida humana: religión, filosofía, ciencia, arte, política, derecho, economía, técnica, etcétera. Seguramente, el conjunto de funciones que integran la existencia del hombre no es fortuito, sino que constituye la expresión de la realidad humana esencial. Pero esa realidad esencial, en cuanto a sus funciones, se manifiesta *de modo diferente en cada situación histórica*, en cada cultura, e incluso en cada uno de los periodos de una misma cultura. El hombre hace siempre *las mismas cosas*, desenvuelve las mismas funciones, pero esas mismas cosas y funciones que hace, *las hace siempre de modo diferente*. En toda situación histórica de cualquier lugar nos encontramos con que el hombre se preocupa de su destino trascendente, hace conocimiento, política, derecho, economía, técnica (mágica o racional, rudimentaria o avanzada), arte, etcétera; pero el derecho de un pueblo es diverso del de otros pueblos, y aun dentro del mismo pueblo, el derecho de hoy no es igual al derecho de ayer. Esa variedad y ese cambio que notamos no sólo respecto de cada una de las funciones de la vida humana, sino también respecto del modo como todas ellas se hallan mutuamente relacionadas y entretejidas dentro de cada cultura. Se percibe, por así decirlo, una unidad de estilo en cada cultura: hay, hasta cierto punto, una afinidad entre las ideas sobre el mundo y la vida, las condiciones morales, los usos colectivos, las costumbres políticas, las estructuras y prácticas económicas, la sensibilidad artística, el derecho, las obras artísticas, etcétera. Además, cada cultura articula esas varias funciones en una singular perspectiva o estructura.

Las observaciones que anteceden no implican de ninguna manera que

tengamos que concebir cada cultura como una unidad viviente separada de las demás, como una especie de organismo espiritual con existencia propia, a la manera de las infundadas fantasías de Spengler. Eso es mera fantasmagoría románticoide, puro capricho imaginativo, sin ninguna base en la realidad, es más: en notoria contradicción con lo que la experiencia muestra. En efecto, la historia y la sociología de las diversas culturas ponen de manifiesto que hay intercomunicación y recíprocas influencias entre éstas, y que, hasta cierto punto, se puede hablar con verdad de una unidad del proceso histórico universal. Las diversas culturas históricas representan solamente concreciones varias y cambiantes del desenvolvimiento humano. Entre ellas se dan recíprocas influencias, a veces de combinación e incluso de fusión. Uno de los estudios de mayor envergadura en la sociología de la cultura y de la historia, el de Alfredo Weber, ha aclarado decisivamente este punto referente a la variedad de las culturas y a las recíprocas influencias entre ellas. Weber distingue entre el *proceso civilizador*, que es común a toda la humanidad, por una parte y, por otra, las diferentes *unidades culturales*, por ejemplo: la cultura hindú, la china, la griega, la romana, la islámica, y la moderna occidental. Y se debe añadir que, dentro de cada una de esas y otras culturas particulares, puede diferenciarse entre áreas regionales y subregionales, así como también entre sucesivos periodos.

Cada grupo cultural encarna matices peculiares en el modo de pensar, de sentir y de obrar, los cuales están en recíproca correlación, y que vienen a constituir una singular fisonomía diferente de la que presentan otros grupos culturales. Pero los grupos culturales no son entidades aisladas e independientes, sino que, por el contrario, hay o puede haber recíprocas influencias entre ellos.

En cambio, el *proceso de la civilización* o civilizatorio o civilizador, es bastante unitario y homogéneo, pues consiste en un caudal común, en progresivo aumento, constituido por aportaciones varias, las cuales, si bien proceden de diferentes pueblos, han sido aceptadas por la mayoría de la humanidad. Este patrimonio del proceso de civilización comprende, entre otras cosas, los medios de dominio sobre la naturaleza (imperio técnico del hombre sobre el contorno), las experiencias psicológicas y sociales —como las contenidas en proverbios—, algunas formas y conductas económicas, algunas instituciones jurídicas y políticas y algunas formas de relaciones interhumanas. Muchos y diversos grupos históricos han contribuido a ese caudal de la civilización universal. Dicho caudal se presenta con un alcance mundial, sea como realidad práctica lograda, sea como aspiración, y extendiéndose progresivamente sobre la faz de la tierra.

Mientras que cada grupo cultural, por ejemplo, la cultura hindú, conserva algunos caracteres propios peculiares que constituyen su genio y su fiso-

nomía especiales —diferentes del genio y de la fisonomía de otros grupos culturales—, en cambio, el uso de la rueda, del arado, del automóvil, de la ciencia médica, de las radios de transistores, de la declaración de derechos del hombre, del sufragio como modo de decisión política, etcétera, no está restringido a un pueblo singular o a un determinado grupo de pueblos. Por el contrario, todo eso se ha convertido y sigue convirtiéndose en un patrimonio cada vez más generalizado —o en parte en un deseo cada vez más extendido entre las gentes que aún no han conseguido el disfrute de tales beneficios—. Claro es que, a este respecto, habrá que distinguir entre la adhesión o la aspiración a tales conquistas de la civilización, por una parte, y el éxito efectivo en la práctica de ellas, por otra parte.

6. *Otras especificaciones sobre las investigaciones sociológicas en derecho comparado.* En lo que concierne a los métodos sociológicos en el derecho comparado, lo que acabo de exponer muestra la necesidad de emprender, por lo menos, las siguientes investigaciones: 1) indagar cuáles son los principios, los criterios, las normas y las instituciones que se han generalizado, hasta el punto de que en parte constituyen ya un patrimonio común de grandes sectores de la civilización humana; y, a este respecto, averiguar las causas y las razones por las cuales esto es así; 2) señalar las ideas, las pautas, las normas y las instituciones cuya efectividad parece ser deseada por la mayoría de los pueblos, puesto que éstos les dan su adhesión, pero cuyo ejercicio efectivo todavía no se ha conseguido en algunas áreas; y en relación con esto, investigar las causas, las condiciones y las razones que han impedido un eficaz trasporte de esos modos jurídicos en algunos pueblos; 3) enunciar cuáles son los matices peculiares que el carácter de cada cultura imprime sobre las instituciones y principios jurídicos aceptados generalmente por todos; y cuál sea la significación y el alcance de esas particularidades; 4) indicar cuáles son los modos jurídicos que aparecen como exclusivos de cada cultura; hasta qué punto tal exclusividad sea irreductible, y en qué medida y bajo qué condiciones esa exclusividad sea superable.

Aunque yo discrepe en gran volumen frente a la filosofía jurídica de Filmer S. C. Northrop, parécenme muy interesantes algunas observaciones que formula, para los estudios de derecho comparado, así como la tipología de normación jurídica que dicho iusfilósofo norteamericano establece. El derecho opera con normas en las cuales se refleja de modo inmediato el *ethos* de la cultura particular dentro de la cual se produce y, por lo tanto, las valoraciones sobre las que tal cultura está fundada. Según Northrop, hay tres tipos de normación jurídica: a) el tipo intuitivo mediador; b) el tipo propio de la historia natural o, mejor dicho, de las ciencias biológicas, y c) el tipo contractual abstracto.

SOCIOLOGÍA Y DERECHO COMPARADO

87

El primer tipo, el *intuitivo mediador*, predomina en las culturas confucianistas, budistas, taoístas hindúes (no arios); y consiste en el hecho de que predominantemente las disputas son resueltas, sea directamente por las partes, sea por un mediador o amigable componedor, tomando en consideración las particularidades del problema concreto, en todas sus ramificaciones familiares, de aldea, presentes, pasadas y futuras, y adoptando como criterio una intuición de lo que parece justo en el caso particular. Este tipo de derecho se funda en una epistemología en la cual el conocimiento empírico pleno, directo y exacto, sobre cualquier individuo, sobre cualquier relación o sobre cualquier acontecimiento de la naturaleza, revela siempre una dimensión de unicidad. Por lo tanto, según eso, no se debe tratar un punto individual, por ejemplo, una persona, o una situación, o una disputa entre personas, como un caso particular incluido dentro de una regla general, pues tal proceder actuaría en contra de los hechos efectivos y falsificaría la naturaleza humana.

El segundo tipo es el de un derecho como objeto de una especie de *historia natural*; y expresa sus normas mediante la sintaxis del lenguaje cotidiano o del sentido común; y describe los supuestos de hecho en los términos de una cierta situación familiar, tribal, etcétera, términos que originan unas pautas regulares, obtenidas por inducción de una determinada realidad social. A este tipo pertenecen las regulaciones jurídicas de la China tradicional, las leyes de Manú, las normas hindúes de antiguo origen ario y los códigos musulmanes. En este tipo de orden jurídico, las disputas son resueltas autoritariamente por un árbitro, según unas *reglas* tradicionales, tenidas como de sentido común, y considerando a todos los litigantes en un plano de igualdad, y sin tomar en cuenta sus particularidades existenciales.

En tercer tipo de derecho, o sea el *contractual abstracto*, reemplaza el lenguaje cotidiano del sentido común con una terminología técnica, y opera con normas generales y abstractas. Este tipo fue producido por los filósofos y juristas estoicos, principalmente los de Roma, que fueron quienes crearon la ciencia occidental del derecho. Sus normas no están ligadas a una tradición singular y tienen una gran tesis de generalidad.

En todo caso, parece imperativo averiguar las influencias que sobre el derecho ejercen las ideas religiosas y morales, en general la concepción del mundo y de la vida, que anima expresa e implícitamente en una cultura; cuál es el papel que juegan los intereses económicos, y cuál es la acción de los factores de poder político. Hay que poner de manifiesto también el rango que el derecho tiene y la función que éste desempeña dentro de cada cultura. Así, por ejemplo, como observa Josef L. Kunz, la actitud de la antigua cultura china respecto del derecho es por entero diferente, e incluso opuesta, de la que ha regido en términos generales en Occidente

desde Hesiodo: en la China antigua el derecho era una cosa secundaria, y ciertamente no una cosa buena, sino más bien mala. Los llamados “ritos” constituían la norma rectora para lograr la armonía universal. Cuando se hace necesario recurrir al derecho, esto prueba que las pautas anteriores han quebrado. El chino antiguo miraba el procedimiento judicial como algo grosero, malo, dentro de cuyos cauces las cosas ya no se ajustan por mediación amistosa de hombre a hombre, sino que lleva a que haya vencedor y vencido, de modo que una de las partes ya no pueda levantar la cara. Para presentar otro ejemplo, entre los muchísimos posibles, recuérdese que en la cultura islámica lo jurídico y lo religioso andan íntimamente entremezclados en muchos aspectos, en contraste con la distancia que ordinariamente guardan en los países de cultura occidental en el presente.

Sin embargo, por otra parte, hay que notar también el hecho de extraordinario relieve en nuestro tiempo: el hecho, certeramente glosado por el profesor Myres S. McDugal, de que “en el mundo actual las gentes piden cada día más y más valores comunes que trascienden las fronteras de los Estados nacionales”. “De hecho, a pesar de las fronteras, aumenta la interdependencia de los pueblos para dominar los factores que afecten al aseguramiento de sus pautas valorativas; y, así, ocurre que los hombres se vuelven cada vez más realistas en su percepción de tales interdependencias, y, por tanto, ensanchan el campo de sus identidades, de suerte que en sus demandas incluyen y más y más de las cosas que tienen en común con sus prójimos.” Entre los muchísimos ejemplos que de esto podrían ser aducidos, está el hecho de cómo se ha multiplicado a través del mundo entero la preocupación por los derechos fundamentales del individuo humano; a pesar de que, por otra parte, nunca los derechos básicos del hombre hayan sido violados en una extensión tan grande y con una parecida intensidad a como lo han sido y siguen siéndolo en los Estados totalitarios (de cualquiera de los tres tipos de totalitarismo, los cuales, aparte de diferencias meramente accidentales, tienen una identidad esencial). Otro ejemplo de demanda de valoraciones comunes lo hallamos en los movimientos cada vez más extendidos en el mundo entero en pro de una participación universal de todas las gentes en los beneficios de la cultura y en pro de una generalización cada vez mayor de niveles más altos de vida y de servicios de asistencia social; en suma, en pro del fomento del desarrollo integral en los pueblos hoy llamados subdesarrollados.

7. La consideración de las dimensiones semánticas. Dice un proverbio italiano que el traductor, por muy bueno que sea, tiene siempre algo de traidor respecto del texto traducido. Tal observación puede aplicarse a las traducciones de obras de todo género; pero cobra una importancia especialmente grande en el campo de los textos jurídicos. Hoy en día se ha

recogido una voluminosa experiencia sobre los hechos de que las traducciones a idiomas no occidentales de muchas palabras que denotan conceptos e ideas importantísimas está muy lejos de transmitir el sentido que tales vocablos tienen para nosotros. Por ejemplo, las palabras: libertad, seguridad, vida privada, honor familiar, matrimonio, divorcio, precio, compensación, daños y perjuicios, responsabilidad, etcétera. A veces, esos vocablos jurídicos y otros muchos cobran matices diferenciales, incluso en los varios idiomas de los pueblos de cultura occidental.

Todas esas diferencias se hacen patentes en los estudios de derecho comparado, cuando éste estudia la imitación o trasplante de normas e instituciones de un pueblo a otro.

Por otra parte, hoy en día, filósofos, antropólogos, sociólogos, filólogos y juristas están de acuerdo en reconocer un hecho que tiene un alcance decisivo. Se trata del hecho de que las palabras aisladas, por sí mismas, carecen de una significación definida. Las acepciones que figuran en los mejores diccionarios son el resultado de procesos de abstracción y tienen un alcance nada más que muy relativo y convencional. Los vocablos cobran un sentido definido en relación con dos contextos. Primero, en relación con el *contexto de la frase*. Segundo, y esto es lo principal, lo que tiene más importancia, en el *contexto de la situación real* en la que y para la que la frase es emitida. Resulta, pues, obvio, que no se puede entender un texto legal ni una decisión jurisdiccional, como no sea relacionando este texto con la realidad humana en la cual y con destino para la cual fue establecido.

Ahora bien, es obvio que la situación real referida puede ser aclarada sólo mediante un estudio sociológico.

8. *Estudio sociológico sobre la eficacia (mayor o menor) o la ineficacia de unas normas jurídicas.* La disciplina del derecho comparado no puede, no debe consistir en el estudio comparativo de meros textos legales y jurisprudenciales. No son éstos los objetos de comparación, sino los “derechos”. El derecho positivo se compone no meramente de los textos con apariencia de validez formal, sino de las normas válidas que además operan real y efectivamente. Operar real y efectivamente significa que la mayoría de los sujetos de esas normas las cumplen; y significa, además, que los órganos encargados de imponer el cumplimiento proceden, cuando sea necesario, a la individualización coercitiva de tales normas, es decir, imponiendo las sanciones previstas en las normas.

Hoy, la inmensa mayoría de los teóricos del derecho admitimos que, a pesar de lo que unos textos legales puedan decir, el desuso, el no cumplimiento por los obligados y, sobre todo, el no cumplimiento por los órganos jurisdiccionales, destruye la validez formal de la norma. Si un comparatista tuviese la ocurrencia de ponerse a comparar meros textos, no

estaría comparando diferentes derechos, sino comparando a veces simples fantasmas.

Por virtud de lo dicho, al comparatista le incumbe, a este respecto, averiguar, ante todo, si una norma legal tuvo o tiene eficacia, el grado mayor o menor de esa eficacia, o si, por el contrario, carece de efectividad.

Pero con eso no termina en este punto la labor del comparatista. El estudioso del derecho comparado debe, además, averiguar, sociológicamente, cuáles son las condiciones y factores de la eficacia de unas normas, de sus grados de mayor o menor eficacia, o de su ineficacia. Sólo cumpliendo estas tareas se realizará la misión del derecho comparado.

Además, con gran frecuencia sucede que unas normas jurídicas tuvieron eficacia durante un determinado tiempo, más largo o más corto; pero que después fueron perdiendo eficacia, cuando cambiaron considerablemente las realidades sociales.

Una de las partes de la investigación sobre la eficacia o ineficacia de unas normas jurídicas suscita el estudio de las condiciones de posibilidad o de imposibilidad de cumplimiento o realización.

La imposibilidad puede ser física; o psicológica (porque la norma contrarie diametralmente tendencias, impulsos, afanes, etcétera, difícilmente desarraigables de la realidad humana); o social (porque unos muy vigorosos factores y mecanismos colectivos de hecho impidan la viabilidad de lo dispuesto en las normas); o específicamente económicas (por la carencia de los medios indispensables).

Este tema, el de la *imposibilidad*, ha sido reactualizado en el presente por muchos estudios sobre la llamada “naturaleza de las cosas y de los hechos”. Dicho sea de paso, lo que viene en cuestión desde el punto de vista de la axiología o valoración jurídica, y también desde el ángulo de la sociología del derecho, no es propiamente la naturaleza de las cosas, sino la naturaleza del hombre concebida axiológicamente o estimativamente, en relación con la contextura y las leyes fácticas funcionales del cuerpo, del alma, de las realidades físicas circundantes y de las relaciones y procesos sociales; todo ello referido a los fines o propósitos humanos, justificados sobre la base del reconocimiento de unos ciertos valores. Pero cierro esta digresión, porque mi tema aquí no es el de la naturaleza de las cosas. Mencioné este punto, porque de él forma parte el estudio sobre la imposibilidad de realización de ciertas pretendidas normas jurídicas.

También guarda alguna relación con la llamada “naturaleza de las cosas” la cuestión sobre la congruencia o incongruencia, sobre la adecuación o inadecuación de los medios elegidos para el logro de determinados fines. Son muchos los casos en los cuales podemos decir, respecto de una norma jurídica, no tanto que es ineficaz (por falta de cumplimiento y por falta

de imposición), sino más bien *inoperante*. Solemos llamar inoperante aquella norma, la cual, a pesar de haber sido observada y en su caso impuesta, no aportó la realización de las finalidades propuestas. Y esto fue así, porque los medios que el legislador eligió no resultaron los adecuados para dar efectividad a la meta teleológica establecida, sea porque los medios mostraron ser ineficaces para producir los efectos propuestos como fin, o sea, también, porque esos medios produjeron, además, otros efectos que resultaron o contraproducentes o detestables.