

Teorías macrosociológicas del derecho (*)

Panorama y valoración

Por CSABA VARGA

Budapest

Las teorías macrosociológicas del derecho representan una parte del pensamiento referido al derecho de los últimos ciento cincuenta años, que no puede dejarse de lado. Representan una porción del conocimiento que, en su época de formación, acosó con renovados esfuerzos y desde fuera la puerta de acceso del por tanto tiempo fortificado pensamiento jurídico, si no con la esperanza de ser admitido, al menos con la de un encuentro, del que resultara un establecimiento de contactos. Actualmente, debido a la iniciativa de ambas partes, ha llegado a introducirse tan profundamente en el pensamiento jurídico que ambas, sociología y ciencia jurídicas, rivalizan por hacerse objeto de recepción en sus propios dominios.

Por consiguiente, en razón de la historia y de las actitudes multidireccionales es difícil dar sin ambigüedad una delimitación del ámbito cubierto actualmente por las teorías macrosociológicas del derecho. Para circunscribirlo, basta quizá decir que, en el siglo XIX el interés por los hechos, como consecuencia del positivismo, ganó progresivamente terreno en las ciencias sociales, y condujo a la fundación de la disciplina sociológica. El análisis sistemático de la interrelaciones entre hechos sociales condujo a explicaciones teóricas comprensivas, en las que se le dio al derecho un lugar de privilegio (1). En este punto, apenas haría tres advertencias, que puedan al menos hacer menos confusa la respuesta a tal delimitación:

(*) Una primera versión de este estudio se presentó, en forma abreviada, como ponencia principal en el XI Congreso de la IVR y publicada subsiguientemente en: KAMENKA, E.; SUMMERS, R. W.; TWINING, W. L.: *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts*, Duncker & Humblodt, Berlin, 1986 («Rechtstheorie», Beiheft 9).

(1) Véase, por lo que hace a la exposición clásica, p. ej., GURVITCH, G.: *Sociology of Law*, Kegan, London, 1947, cap. 1. Y por lo que hace a los planteamientos modernos, PODGORECKI, A., y WHELAN, Ch. (ed.): *Sociological Approaches to Law*, Helm, London, 1981.

En primer lugar, las teorías macrosociológicas del derecho *no surgieron necesariamente por iniciativa jurídica*. Muchos de sus mejores logros estaban incorporados en obras, cuyo punto de vista original y propósito principal no apuntaba a delimitar el contexto social del derecho y de los fenómenos jurídicos. Unos pocos ejemplos bastan para puntualizar lo dicho: la teoría de Karl Marx emergió del análisis de los elementos y del entorno socio-político de la economía; Emile Durkheim tuvo a la vista la comprensión conceptual del hecho social; Max Weber desarrolló su teoría con la esperanza de resolver el acertijo de la evolución de la economía burguesa, y Talcott Parsons partió en su investigación movido por el interés de definir la interrelación entre estructura social y acción social. Sin embargo, hay un punto de vista muy característico, que prefigura ya el marco de referencia del futuro pensamiento jurídico, según el cual, «el estudio del derecho ya no puede ser abordado como si estuviera reservado exclusivamente a los juristas profesionales» (2). Hay que añadir, no obstante, que esto no ocurría por primera vez en la historia de la ciencia jurídica. Durante mil quinientos años, la *teología* ha desempeñado un papel similar determinando el lugar del derecho en la totalidad social, definiendo sus condiciones de validez y legitimidad, y circunscribiendo su función y razón de ser. Pero esa similitud no se ciñe sólo al hecho de que ambas hayan intentado aproximarse al dominio y valores del derecho desde fuera de él. Podemos mostrar también una relación funcional entre la idea, de base teleológica, del derecho natural, de una parte, y la sociología y el derecho, de otra. Intentaré discutir esto con más detalle luego. Por el momento, séame permitida la conclusión de que disciplinas, no dirigidas en primer término a la especificidad del derecho, pero que investigan el derecho *en unidad con y como uno de los componentes de la existencia social* —como elemento de la superestructura correspondiente a la base económica de la sociedad (Marx), como un factor de integración social (Durkheim), como un medio de ejercer el poder y, sobre todo, de racionalización económica (Weber), o como sub-sistema específico de la sociedad (Parsons)— pueden prestar una ayuda considerable en la investigación del sistema de relaciones sociales que condiciona el derecho.

En segundo lugar, estas teorías *no fueron necesariamente creadas sobre la base de generalizar análisis microsociológicos*. Semejantemente a lo ocurrido con las formulaciones filosóficas y sociales, puede aceptarse en este caso que las presunciones histórico-filosóficas jugaron un papel en la composición del cuadro como un todo, en la formulación de una idea primigenia dentro de un sistema, en otras palabras, en la elaboración de su mensaje básico. Proponer una cuestión de este tipo juega un papel especial cuando se intenta reconstruir la teo-

(2) HUNT, A.: *The Sociological Movement in Law*, Macmillan, London 1978, p. 1.

ría social de Marx. Concretamente, ¿se sigue con rigor lógico a partir de los análisis económicos concretos que se encuentran en *Una contribución a la Crítica de la Economía Política* y en *El Capital* lo que se conoce como tesis de Marx? ¿O posiblemente no ayudaron a organizar los datos de análisis concretos en un sistema definitivo de teoría social las ideas escatológicas así como las presunciones normativas de la filosofía de la historia de Hegel? (3). En el caso de Weber, la bibliografía es más discreta. Aunque nadie puso más empeño por entender el significado del fenómeno burocrático y la racionalización, esta tarea se atribuye sólo parcialmente a la obra y biografía del pensador, y se ve el estímulo en el prusiano arrebatado por el orden estricto y la actitud de la monarquía wilhelmina coqueteando a duras penas con la democracia (4). ¿Quiere decir esto que pueda ponerse en duda la objetividad de la investigación en la ciencia social? Hasta que se encuentre una respuesta más convincente, yo respondería con un definitivo «sí» (5). No obstante, para mí la cuestión fundamental es: si la teoría macrosociológica del derecho no es necesariamente una síntesis de análisis microsociológicos, ¿qué es lo que configura propiamente una teoría sociológica? Bien, mi respuesta puede ser débil, sin embargo no puede decirse mucho más de que su modo de proceder es el *deseo de lograr una explicación comprensiva* de la estructura y factores del movimiento social, *partiendo de la interrelacionalidad del contexto social*.

En tercer lugar, el concepto de la teoría macrosociológica del derecho *no puede limitarse a la sociología del derecho como una rama profesional de la sociología*. Y esto no sólo porque, históricamente hablando, la sociología del derecho es básicamente producto de las condiciones sociales de fines de la pasada centuria: la destrucción de valores que se consideraban eternos llevada a cabo mientras se desarrollaba la libre competencia, el distanciamiento entre ideas y realidad, y por último, aunque no de menor entidad, la evidencia creciente de no ser viable la actitud positivista que preservaba el tradicional mundo conceptual del derecho (6). Pero ante todo y sobre todo porque la teoría macrosociológica del derecho puede desarrollarse inde-

(3) Cfr., e. g., POPPER, K. R.: *The Open Society and its Enemies*, II, Routledge and Kegan, London, 1945, especialmente cap. 21. TUCKER, R. C.: *Philosophy and Myth in Karl Marx*, Cambridge University Press, London, 1962. KOLAKOWSKI, L.: *Main Currents of Marxism*, I, Clarendon Press, Oxford, 1978, especialmente cap. XVI, párr. 2.

(4) Cfr., e. g., BENDIX, R.: *Max Weber. An Intellectual Portrait*, Methuen, London, 1966, especialmente cap. XV. ARON, R.: *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, Paris, 1967, cap. sobre Weber, especialmente párr. 6. Y los juicios críticos de izquierda tales como: WALTON, P.: *Max Weber's Sociology of Law: A Critique*, en CARLEN, P. (ed.): *Sociological Review Monograph*, 23, 1973. Siguiendo a LUKACS, G.: *Die Zerstörung der Vernunft*, 1954, cap. VI, párr. 3.

(5) Por ejemplo, las actas del *Symposium on Scientific Objectivity*, «Danish Yearbook of Philosophy», 14 (1977), Munksgaard, Copenhagen, 1978.

(6) En perfilada formulación, KULCSAR, K.: *A jogzozológia problémái* (Los problemas de la sociología jurídica), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1960, cap. 1.

pendientemente de toda sociología profesional —a partir de investigaciones filosóficas, económicas y, por supuesto, jurídicas— si *su intención y sus resultados* posibilitan esa actitud (7).

En un empeño por encontrar respuesta a la cuestión básica de qué han significado y qué significan para el pensamiento jurídico las teorías macrosociológicas del derecho, me propongo discutir dos problemas. Primeramente, pasaré revista a cómo la aproximación macrosociológica al derecho ha enriquecido el pensamiento jurídico tradicional (I). Este enriquecimiento justifica el papel que las teorías macrosociológicas del derecho han jugado y pueden jugar para ampliar el universo conceptual del derecho y —lo que constituye la única alternativa de desarrollo del pensamiento jurídico— para integrarlo en las ciencias sociales (II).

I. APORTACIONES DE LAS TEORIAS MACROSOCIOLOGICAS DEL DERECHO

El *método jurídico tradicional* contempla el derecho como un fenómeno autoconsistente y autosuficiente. Por lo que hace a su formación, el método se da por satisfecho remitiéndose al Estado dotado de autoridad, que le ha otorgado su validez. Por lo que hace a su funcionamiento, ese método exige sólo que el Estado aplique el derecho observando las pertinentes regulaciones. Los efectos del derecho, simplemente, no revisten interés en el mundo jurídico conceptual. El método tradicional está guiado por un único punto de vista: conformidad con el derecho promulgado, es decir, mera legalidad.

Por lo que hace a sus elementos esenciales, este método implica lo mismo que la doctrina del positivismo legal. Sin embargo, mientras que el positivismo jurídico se configura como una teoría (8), el mundo jurídico conceptual fue el *resultado de una dada situación de hecho*: un accidente necesario, un *complemento ideológico*. Aunque Marx y Engels lo criticaron como la «ilusión jurídica» de la burguesía al nivel de una crítica de la ideología (9), sin embargo era el único mé-

(7) Soy consciente de lo cuestionable de tal opinión; sin embargo, aventuro el parecer de que, por ejemplo, MANGABEIRA UNGER, R.: *Law in Modern Society*, The Free Press, New York, 1976, y los resultados reflejados en obras como, de una parte: ALLOTT, A.: *The Limits of Law*, Butterworths, London, 1980; o, por parte de la filosofía: LUKACS, G.: *A társadalmi lét ontológajáról* (Sobre la ontología del ser social), Magvető, vols. I-III, Budapest, 1976, en algunas de sus partes, principalmente en los desarrollos del vol. II, cap. II, pueden calificarse de teorías macrosociológicas del derecho.

(8) Respecto de sus condiciones sociales, cfr., especialmente, KRSTUFEK, Z.: *Historické základy právního pozitivismu* (Los fundamentos históricos del positivismo jurídico), Academia, Praga, 1967.

(9) MARX, K., y ENGELS, F.: *The German Ideology*, en «Collected Works», Progress, Moscow, 1975, p. 91. Cfr. ENGELS: *Juristen-Sozialismus*, «Die Neue Zeit», 2, 1887, en MARX-ENGELS: *Werke*, 21, Dietz, Berlin, 1979, p. 491.

todo y el único mundo conceptual apropiados, mediante los cuales el dominio del derecho podía interpretarse en concordancia con las exigencias impuestas a la práctica de las profesiones jurídicas (10). La jurisprudencia conceptual considera real lo que el derecho considera que debe realizarse, uniendo ambos aspectos en su propia formación y funcionamiento. Pero, si bien está justificada su crítica ideológica, ésta deja intactas las vías que llevan a su necesario asentamiento como ideología. Queda incólume la necesidad práctica de que, en la medida en que el derecho exige un *conformismo formal a la regla*, se mantiene la ideología de la práctica profesional del jurista, que *presenta ese sistema de reglas y su observancia como una meta suficiente en sí y por sí misma* (11).

El universo jurídico conceptual en cuanto ideología, reclamada por una actividad dada y cuya corrección es convincente, ha de ser obviamente distinguido de su interpretación como teoría, porque *todo lo que se justifica en cuanto definido por exigencias prácticas de la jurisprudencia conceptual como una ideología se torna en falacia que perturba el conocimiento si se interpreta como una teoría*. Las falacias implicadas en la separación entre lo que está «dentro del derecho» y lo que está «fuera del derecho» (12) se originan en el universo jurídico conceptual y casi lógicamente una se deriva de la otra. Conforme al primer supuesto, el derecho es algo que puede ser dominado y circunscrito materialmente: puede reducirse a la formulación y objetivación externas de una norma que prescribe/prohíbe/permite un cierto tipo de conducta (*falacia de la coseidad*). La segunda concierne al efecto práctico del derecho, interpretado de ese modo. Se atribuye el efecto exclusivamente a la norma como si fuera el único determinante lógicamente necesario. Se excluye la interferencia de cualquier otro factor, la determinación del resultado por condiciones concretas

(10) He de hacer notar que aunque Engels no se percató de esa necesidad como ideología, reconoció claramente la *relación ontológica entre la posición dominante y la ideología oficial de las profesiones jurídicas*. «Mas una vez que el Estado se ha independizado de la sociedad, produce inmediatamente una posterior ideología. Ciertamente entre los políticos profesionales, los teóricos del derecho público y los juristas de derecho privado se pierde bonitamente la conexión con los hechos económicos. Desde el momento en que en cada caso particular el hecho económico debe asumir la forma jurídica a fin de recibir la sanción legal, y desde el momento en que, al proceder así, ha de prestarse atención a la totalidad del sistema jurídico ya en marcha, la forma jurídica es, en consecuencia, algo, y el contenido económico, nada. El derecho público y el derecho privado son tratados como esferas independientes, teniendo cada una su propia e independiente evolución histórica, y estando en condiciones una y otra de una presentación sistemática mediante la consistente eliminación de todas las contradicciones internas» (ENGELS: *Ludwig Feuerbach and the End of Classical German Philosophy* 1866, en MARX-ENGELS: *Selected Works*, Progress, Moscow, 1968. p. 617.

(11) Cfr. VARGA, C.: *Towards a Sociological Concept of Law. An Analysis of Lukács's Ontology*, «International Journal of the Sociology of Law», 9 (1981), p. 173, o, de manera más detallada, VARGA: *The Place of Law in Lukács's World Concept*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1985, cap. V, párr. 4.

(12) Cfr. VARGA: *Domaine «esterner» et «domaine interne» en droit*, «Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques», 14 (1985).

y, así, se impide conocer el dinamismo de la relación entre la norma y la práctica social (*falacia de la estatalidad*). La tercera cuenta ya con la posibilidad de cambio en la relación entre norma y efecto. De acuerdo con su posición de partida, el proceso legal dispone de un único factor y consecuentemente toda desviación es un asunto interno de la esfera legal. En consecuencia, la ciencia jurídica tiene como única tarea enjuiciar las realizaciones conformes al derecho y conformes a la práctica social (*falacia de la facticidad*). El cuarto supuesto —por demás, básico en cuanto es el marco teórico y la justificación de los otros— sugiere que hay un dominio específico, autogobernado, cuyo funcionamiento está determinado por sus propias reglas, y es por tanto calculable y previsible y, en cuanto tal, analizable en sí mismo (*falacia de la distinción*).

Si yo ahora intento presentar algunas manifestaciones de las teorías macrosociológicas del derecho que han aportado novedades en el modo de abordarlo, he de dejar claro que cuestionar la independencia de la esfera «legal» no significa ni de lejos negar la *peculiaridad del derecho*, o la incapacidad de definir lo que se entiende como lo «*específicamente jurídico*» (13). Simplemente se quiere decir que la esfera específica del derecho no puede deducirse a partir de sí misma, o interpretada por sí misma; *en ningún momento ha de analizarse como un componente del entorno social*, si bien, las *regularidades básicas de su desarrollo y su funcionamiento emanan del examen de la entidad social como un todo*.

Las teorías macrosociológicas del derecho son tan multidimensionales y están compuestas de tan múltiples elementos que me tengo que limitar por mi parte a indicar sólo algunos dilemas y consecuencias específicos:

A) *Derecho y ley positiva* son categorías que no pueden equipararse. Conforme a una ingeniosa formulación, los límites del derecho han de trazarse «infinitamente» *más allá* de sus fuentes formales, pero al mismo tiempo *dentro de* la «totalidad» de las relaciones humanas (14). Derecho es lo oficialmente promulgado (*derecho positivo*) o reconocido (*derecho consuetudinario*) como derecho, y al mismo tiempo todo lo que oficialmente se realiza en nombre del derecho (*práctica judicial y administrativa*). Evidentemente, el progreso en el modo sociológico de abordar el derecho no reside en el simple hecho de ampliar el concepto de derecho, esto es, añadiendo al derecho promulgado (*law in books*) el derecho practicado (*law in action*) conside-

(13) SELZNICK, P.: *The Sociology of Law*, en SILLS, D. L. (ed.): *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 9, Macmillan and The Free Press, New York, 1968, pp. 51 y ss.

(14) CARBONNIER, J.: *Flexible Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976, cap. 1, párr. 8.

rado asimismo como derecho (15). Más bien reside en el hecho de que *el énfasis se ha trasladado desde el vehículo de normatividad «designado» a su actual funcionamiento*, en otras palabras, *desde el sujeto de mediación al mismo proceso de mediación*. Semánticamente esto suena a paradoja; sin embargo, como una demostración de cambio, está justificada la afirmación de Karl Llewellyn: «“Derecho” sin efecto se aproxima a cero en su significado» (16).

Este desplazamiento en el énfasis toma cuerpo del modo más espectacular en el movimiento realista americano. Sin embargo, teóricamente encuentra más bien sus raíces en los experimentos etnológicos, antropológicos y sociológicos surgidos en el último tercio del pasado siglo, que han contemplado la normatividad en la misma realidad social, es decir, en las relaciones sociales, en las regularidades del tráfico humano. La investigación sobre el desarrollo jurídico y el derecho primitivo era tan estimulante que, con el añadido de teorías especulativas, condujo a partir del inicio de este siglo al establecimiento de sólidos principios sociológicos. Baste la mención de algunos de ellos: *añadido al derecho* positivo, Leo Petrazycki exploró el derecho intuitivo (17); en las normas de los usos, Iliam Graham Sumner identifica la fuente que *promueve* el derecho (18); Eugen Ehrlich pone de manifiesto que el derecho intuitivo se *identifica* básicamente con las normas de los usos, en la medida en que el *derecho vivo* es propiamente el derecho, mientras que el abstracto *derecho promulgado* y el *derecho de juristas* sirve para resolver conflictos concretos sólo si a ese marco de referencia se le suministran garantías artificiales (19). Y todo ello no era sino el principio. Para distinguirla de la moral, Petrazycki concluye que toda relación jurídica consiste en sistemas, mutuamente interdependientes y complementarios, de derechos y deberes. Esa es la estructura básica *imperativo-distributiva* que caracteriza a todo derecho, conforme a la cual la misma actividad genera un sentimiento de deber en alguien y un sentimiento de derecho en otro. Esta realización de *reciprocidad* constituirá el núcleo de la famosa definición de derecho de Bronislaw Malinowski, con el añadido de que «un cuerpo de obligaciones vinculantes consideradas como derecho por una parte y como deber por la otra, adquiere su efectividad por el mecanismo de reciprocidad y publicidad inheren-

(15) Sobre el primer uso de esos conceptos, cfr. POUND, R.: *Law in Books and Law in Action*, «American Law Review», XLIV (1910).

(16) LLEWELLYN, K. N.: *Some Realism about Realism* (1931), en SIMON, R. J. (ed.): *The Sociology of Law*, Chandler, San Francisco, 1968.

(17) PETRAZICKY, L.: *Teoriia Prava i gosudarstva v svjazi s teoriej npravstvennosti* (Teoría del Estado y del Derecho en conexión con la teoría de la moralidad), I-II, Markusheva, St. Peterburg, 1907.

(18) SUMNER, W. G.: *Folkways*, Yale University Press, New Haven, 1906.

(19) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblodt, Munich, 1913.

te a la estructura de... la sociedad» (20). Posteriores síntesis están asimismo basadas en el desarrollo crítico de ésta (21).

La investigación que partía de la estructura normativa como vehículo de normatividad fue reemplazada por el análisis de las funciones que o bien: a) se refieren a lo legal como a su base (*práctica judicial y administrativa*); b) se remiten al efecto de la práctica legal (*sopORTE cívico del derecho*); c) consideran otros modos de realización de funciones sociales semejantes a las anteriores (*derecho primitivo o consuetudinario*). Ambas cosas, la ampliación del concepto y el enriquecimiento del modo de abordar la realidad, son ciertamente inevitables. También son obviamente tentadoras. No obstante, todo ello sólo pretende conducir a una respuesta teóricamente fundada en si puede aclararse cuándo ha desaparecido la normatividad de hecho. En base a la bibliografía accesible, parecería que el pensamiento reduccionista, el argumento *ad regressum*, sería el único camino accesible. Sin embargo, pienso que apoyarse en él es, cuanto menos, dudoso.

La *validez formal*, por ejemplo, que califica al producto de cualquier contenido de algo formalmente definido por las autoridades estatales en cuanto resultado de un procedimiento formalmente definido por el derecho, ha sido, como se sabe, producto de la evolución jurídica europea en la pasada centuria (22). En etapas anteriores de esa evolución, así como en otras culturas, la *validez de contenidos* representada por lo tradicional y lo practicado era la dominante, como por ejemplo el respeto al *ius vetum* en la Europa medieval. El carácter relativo de esta evolución y su caracterización como mero desplazamiento del énfasis se pone de manifiesto por el hecho de que la evolución jurídica se ha caracterizado siempre por la *dualidad*: derecho escrito y no escrito, oficial e inoficial, así como por la cambiante justificación de uno y otro (23). Una aportación reciente proclama haber encontrado el origen de la normatividad específica del derecho legal en la reinstitucionalización de la costumbre (24). Esta respuesta, ciertamente provocativa, es, no obstante dudosa, entre otras razones porque establece un orden cronológico y una conexión causal

(20) MANIŁOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society* (1926), Routledge, London, 1961, p. 58.

(21) En la teoría comparativa de POSPISIL, L.: *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, Harper and Row, New York, 1971, cap. 3, por ejemplo, los componentes de lo jurídico son: autoridad, la intención de aplicación universal, *obligatio* (el binomio derecho-obligación) y sanción.

(22) Con una interpretación y un contexto sociológicos, cfr. LUHMANN, N.: *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en LAUTMANN, R.; MAIHOFER, W., y SCHELSKY, H. (ed.): *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 1 (1970), párr. III.

(23) Esa dualidad se formula como una cuestión de objetivación normativa en VARGA: *Codification as a Socio-Historical Phenomenon*, Akadémiai Kiadó, Budapest (en prensa).

(24) BOHANNAN, P.: *Law and Legal Institutions*, en «International Encyclopedia of the Social Sciences», 9, p. 75.

entre costumbre y ley, viendo en la costumbre el precedente y la forma primitiva de derecho, y porque su carácter especulativo aplaza solamente el problema. Otros tienen a la vista la especificidad actual y tratan de circunscribir el derecho legislado por una estructura fundada en normas secundarias, esto es, que garantizan certeza y autoridad, así como legitimidad, a las primarias (25).

En última instancia, todas esas explicaciones —las generalizaciones etno-antropológicas y las teorías que fijan su atención en el mecanismo específico de formación de un sistema legal— giran en torno a justificarse en la *autoridad*: identifican lo que convierte a las normas o a las prácticas en derecho con la autoridad. Sin embargo, esta búsqueda del elemento autoritativo lleva a optar por una alternativa extrema. En consecuencia, o bien la existencia del fenómeno legal ha de vincularse a la presencia del *Estado* (26), o bien se indica que toda delimitación concebible de la autoridad es tan incierta que sólo puede conducir a difuminar los límites de lo jurídico (27), a su disolución en un *panjuridismo*, que tiende a detectar algo jurídico en todo. Evidentemente, alguna de estas alternativas extremas significaría una elección negadora de la historia. Aferrarse al reconocimiento por parte del Estado eliminaría una buena parte de la evolución de la historia del derecho, y carecería de una explicación de la validez jurídica en la Roma anterior a la época imperial, o del desarrollo del derecho en la Europa medieval y en buena parte de la Edad moderna, de los cuatro mil años de la evolución del derecho chino, o de los sistemas tradicionales en las regiones afro-asiáticas.

Sin intentar dar aquí y ahora una respuesta definitiva, soy de la opinión de Leopold Pospisil: si queremos trazar los límites conceptuales en el espacio y en el tiempo, en lugar de «trazos firmes» debemos señalar algunas «zonas de transición» (28). Ni que decir queda que

(25) HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, cap. V, párr. 3. Y en una reinterpretación sociológica, SELZNICK, p. 52.

(26) Naturalmente, en sí mismo, es un razonamiento *ad regressum*. Pues podría preguntarse desde cuándo y siguiendo qué condiciones se puede hablar de Estado. Sólo después de haber respondido a esto podemos volver a la cuestión propiamente dicha: qué razones han de apreciarse para no llegar a calificar de jurídico el sistema regulativo que no tiene detrás al Estado —en el sentido de la definición anterior—, pero que cumple plenamente su función de resolver conflictos y ofrecer directivas en su propio entorno.

(27) La definición de Hoebel, por ejemplo, habla de «el uso legítimo de la coacción física por un agente socialmente autorizado». Y afirma: «Una norma social es jurídica si en caso de omisión o de infracción pone en marcha, como amenaza o de hecho, la aplicación de la fuerza física a través de un individuo o de un grupo que poseen socialmente el privilegio reconocido de actuar así» (HOEBEL, E. A.: *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge/Mass, 1954, pp. 26 y 28).

(28) POSPISIL, caps. 3 y 6, así como la rectificación crítica: VARGA: *Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospisil and the comparative Study of Legal Cultures*, MTA Szociológiai Intézet, Budapest (papeles de trabajo de la serie «Subdesarrollo y modernización»).

es éste un problema metódico fundamental en toda formación de conceptos. Evidentemente, cuanto más vinculemos el concepto de derecho al derecho *moderno*, el contenido será más rico, pero el concepto será menos operativo: sólo podrá aplicarse al pasado mediante extrapolación, lo que daría una imagen distorsionada. De otra parte, cuanto más universal lo hagamos, más operativo resulta para el objetivo de una investigación histórica comparativa, pero explica mucho menos, ya que tiene que ponerse excesivamente en relación con la historia (29). Por lo tanto, además de dar una, posiblemente substancial, respuesta a la cuestión subyacente, es también una elección metodológica, un resultado de convención lingüística, qué concepto utilizamos.

B) En algunas circunstancias, está delimitada la *relación entre el derecho y el Estado*. Ello implica una cuestión dual: a) ¿de qué modo y con qué rotundidad puede decirse que el *derecho está vinculado al Estado*?; b) ¿de qué modo y con qué rotundidad puede decirse que la pretendida unidad del Estado implica también la *unidad de derecho y orden*? Una respuesta a la primera cuestión conlleva la interpretación de la naturaleza de los sistemas básicos de regulaciones de las *sociedades antiguas* anteriores a la aparición del Estado, de las *sociedades primitivas* no organizadas dentro de una formación estatal, de las *organizaciones amplias* junto al Estado, dentro del Estado y fuera del Estado, así como —aunque solamente como presupuesto ideológico de algunas filosofías de la historia— de las *sociedades comunistas* subsiguientes al desprecio del Estado. Una respuesta a la segunda cuestión implica la clarificación de en qué consiste la *unidad del Estado*. ¿En la organización manifestada en el funcionamiento armonioso del poder o en la unidad esencial —objetiva— de la práctica del poder? Más concretamente, ¿es el *sistema legal*, como sistema vivo en la práctica social —«el sistema funcional de los fenómenos legales de la sociedad»—, organizado en unidad que funciona en verdad armónicamente, o es sólo el resultado final de su funcionamiento lo que hace concebible un sistema? Y de modo semejante: ¿la unidad del sistema legal, interpretado de alguno de estos modos, implica necesariamente la unidad del *sistema jurídico* como un sistema de normas —«un sistema de normas desarrollado conforme a particularidades socio-históricas» (30)—, o puede surgir también la even-

(29) Por supuesto, el dilema emerge en el curso de la reconstrucción del concepto metodológico marxista. Recientemente, por ejemplo, en relación con el concepto de «clase social», DEAK, D.: *Redistribúció és szocializmus* (Redistribución y socialismo), Institute of Social Sciences of the Central Committee of the Hungarian Socialist Workers' Party, Budapest, 1982, intenta poner de manifiesto cómo el concepto que surge de los análisis de Marx ha de ponerse en relación con la definición dada por Lenin. El autor llega a la conclusión de que el concepto de clase social sólo es operativo dentro del capitalismo clásico como comunidad de productores de artículos de consumo basada en una regulación de mercado: su aplicación a otros sistemas implica una extrapolación artificial.

(30) En cuanto a la diferenciación entre «system of law» y «legal system», cfr. KULCSAR, K.: *Historical Development of the Law-Applying Functions*, en PETERI, Z.

tual unidad del sistema jurídico de la coexistencia, confrontación o competitividad de varios sistemas jurídicos?

Pues bien, el resto del problema en este caso reside en la absolutización de los propósitos y logros de la evolución burguesa de las pasadas centurias: vendrían reforzados al retrotraerlos al pasado reciente. Sin embargo, la tarea del punto de vista sociológico cubre un cierto tipo de reconstrucción de historia social. Concretamente: las tareas de describir la génesis de sus conceptos en su desarrollo actual, de formular sus leyes a partir de su interrelación funcional, y de estudiar el soporte ideológico y su aplicación a la realidad sobre la base del papel que actualmente desempeña.

Consecuentemente, la primera conclusión es que la estructura *moderna*, que nos sirve de base natural de comparación, es históricamente *particular*. Por tanto, la *vinculación del derecho al Estado y el reconocimiento de un único sistema jurídico dentro del Estado, son el producto de unas pocas centurias pasadas que conducen a la estatalidad en sentido occidental*. Por ello, desde el punto de vista de crítica ideológica, la *ideología monista* que absolutiza esta evolución es el reforzamiento de las ideas absolutistas dentro del marco del pensamiento jacobino (31). Desde un punto de vista sociológico lo que aquí es de especial interés es que la ideología no es simplemente sinónimo de falsa conciencia, ya que el concepto monista expresa una histórica necesidad real. *La ruta hacia una dominante actividad política como actividad estatal conducida a través de la monopolización de las funciones básicas del derecho —para resolver conflictos (administración de justicia) y para promulgar el derecho (legislación)— como parte de los esfuerzos de centralización del Estado: el uso del derecho como un medio de la política estatal, en interés de una planificación consciente y de una influencia en las relaciones sociales*. La segunda conclusión deriva de la primera: desde el momento en que se trata de una específica tendencia devolutiva, sólo se puede hablar de aproximación o alejamiento respecto de una meta puesta como ideal, pero ciertamente, ni la estatalización completa del derecho, ni sus deficiencias, pueden ser consideradas como un valor absoluto y obvio, o como un modelo de valor:

a) Por lo que hace a la *relación entre el derecho y el Estado*, la novedad de la aproximación sociológica no debe consistir simplemente en una extensión teminológica de los límites del derecho. El momento realmente nuevo y perdurable de la aproximación sociológica consiste en la investigación análoga de los sistemas de regulación no estatales —derecho primitivo, derecho canónico y sistemas de normas de organizaciones amplias— con el derecho estatal. Aunque con-

(ed.): *Droit hongrois-droit comparé/Hungarian Law-Comparative Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970, p. 53.

(31) Cfr., especialmente, GURVITCH, G.: *Expérience juridique et philosophie pluraliste du droit*, Pédone, Paris, 1935.

sidero que el concepto de «sistemas legales privados» (32) es excesivo y es poco probable que la teoría acepte como derecho las normas internas de los clubs, asociaciones, compañías, instituciones, sindicatos y monopolios; sin embargo, el *análisis comparativo de su funcionamiento con el derecho* puede poner de manifiesto nuevas realizaciones, así como ofrecer alternativas al futuro derecho.

b) Por lo que concierne a la posibilidad de coexistencia de *algunos sistemas de derecho dentro de un único sistema legal*, el análisis sociológico fuerza a que se abran las puertas. Ya que, *todo sistema jurídico es por sí mismo una unidad contradictoria, que se desarrolla a través de tensiones y conflictos, y que se reproduce a sí mismo a través de sus propias contradicciones* (33). Esa contradicción también se produce en la estructura del mismo sistema legal, si algunos sistemas jurídicos —debido a razones históricas— forman una «mera... coexistencia de normas» (*pluralismo*), o —debido a las perturbaciones de modernización y adaptación— forman «normas que realizan correlativamente una dinámica unidad de unas y otras» (*duplicidad*) (34). La historia jurídica ya ha explorado la coexistencia de derecho consuetudinario y derecho estatal en las edades antigua y media, la complejidad interna del derecho romano clásico, la administración paralela de justicia por medio de *common law* y *equity* en Gran Bretaña, así como la existencia continuada de lo viejo junto a lo nuevo en la evolución suscitada por la revolución. El derecho comparado ya ha señalado la pluralidad de los sistemas jurídicos mixtos de las sociedades coloniales, así como su externa duplicidad artificial. Por último, la teoría jurídica ha estudiado las cualidades legales, cuasilegales e ilegales de estos fenómenos (35). Bajo tales condiciones, la coexistencia de sistemas de normas revela también que las posibilidades de integración política son limitadas, y que a la racionalidad jurídica no corresponde una idéntica racionalidad política. Concretamente, *la racionalidad jurídica puede aparecer también en una serie de racionalidades que compiten entre sí* (36).

C) La aproximación sociológica al derecho ve en el derecho mu-

(32) EVAN, W. M.: *Public and Private Legal System*, en «Law and Sociology», The Free Press of Glencoe, New York, 1962.

(33) Cfr., desde la vertiente de la sociología jurídica, LEVY-BRUHL, H.: *Tensions et conflicts au sein d'un même système juridique*, «Cahiers Internationaux de Sociologie», XXX (1961). Y desde la teoría y la lógica jurídicas, PERELMAN, Ch. (ed.): *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruselas, 1965.

(34) EÖRSI, G.: *Compartive Civil-Private-Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1979, secc. 268, p. 463.

(35) Cfr., p. ej., POLAY, E.: *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1964. GILISEN, J. (ed.): *Le pluralisme juridique*, Université Libre, Bruselas, 1971, y HOOKER, M. B.: *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975.

(36) Sobre posibles conflictos de los diferentes modos de racionalización propios de las diferentes esferas sociales, cfr. KULCSAR, K.: *Social Planing and Legal Regulation*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XIX (1977).

cho más —y en parte algo diferente— que un acto oficial de promulgación del mismo, más que un producto del Estado. Para ella, el *derecho es un proceso social* que: a) no puede reducirse a una operación especulativa definida por una conclusión lógica, y b) no puede aislarse del entorno social que le condiciona y configura. Eso se refleja en una de las afirmaciones básicas de la sociología jurídica, formulada por Ehrlich como programa de investigación en el prólogo de su obra clásica: «Ahora como antes, el centro de gravedad de la evolución jurídica no reside en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la decisión judicial, sino en la misma sociedad» (37). La naturaleza social del derecho es sostenida por sus condiciones sociales; los hombres configuran condiciones sociales; consecuentemente, estas relaciones se reflejan en la actividad humana.

En la lucha contra el feudalismo, quienes se opusieron al despotismo de los detentadores del poder enarbolaron la bandera del derecho en la niebla de lo suprapersonal. Sin embargo, tan pronto como ellos empezaron a practicar el derecho, se convencieron de que las normas fijadas en los libros eran idénticas a la vida misma y ello ya en el período de luna de miel de este matrimonio entre derecho y vida. Tras esto, nuevamente aparecieron en escena los demiurgos del proceso, realizándolo y soportándolo: los hombres. «Nuestro gobierno no es un gobierno de leyes —se opina juiciosamente (38)—, sino uno de leyes por medio de hombres». Eso se expresa teóricamente por algunas escuelas de sociología jurídica, según las cuales, el procedimiento (39), o al menos la justiciabilidad (40) constituyen la juridicidad: o más aún, el *eventus iudicii*, la posibilidad de veredicto se presenta como criterio de distinción respecto de lo no jurídico, como el carácter específico del derecho (41).

Sin embargo, lo que el derecho es no se basa en sí mismo, y no puede percibirse por sí mismo. Es una formación que *automáticamente remite a algo fuera de él: a la eventualidad de constituirse en un proceso social*. Esta vía sólo es transitable si se transforma en una categoría social: como creación de existencia social, como su elemento constitutivo:

a) En el *universo jurídico conceptual*, de ese *proceso* sólo se presta interés al momento de la promulgación. Es sólo un *derivado lógico*, y no puede ser sino un resultado necesario, si sigue estrictamente sus propias reglas. Y eso significa lo siguiente: en el caso de un hecho

(37) EHRlich (n. 19), trad. de W. L. Moll: *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Harvard University Press, Cambridge/Mass, 1936, p. XIV.

(38) LLEWELLYN, p. 38.

(39) HORVATH, B.: *Rechtssoziologie*, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, Berlin-Grunewald, 1934.

(40) KANTOROWICZ, H.: *The Definition of Law*, ed. A. H. Campbell, University Press, Cambridge, 1958, pp. 78 y ss.

(41) CARBONNIER, J.: *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1978, c. 2, parte I, párr. 2.

dado y de un derecho dado, la misma conclusión se formularía por un juez, o por todos los funcionarios de un juzgado, sin consideración a su edad, o a su cultura, su origen u opinión política, su entorno económico o social, circunstancias todas que están en la base de sus opiniones. Ese mundo conceptual se manifiesta en la concepción formal del derecho comparado, que atribuye un contenido idéntico a expresiones conceptuales idénticas de una norma, haciendo caso omiso de las posibles diferencias de su entorno social, así como de la realidad política y jurídica, como ocurre contemporáneamente con las culturas occidental, soviética, angloamericana o japonesa. Ese es el *more geométrico* modo de abordar el derecho, establecido aproximadamente en la *época de la Ilustración* (42).

Pues bien, el punto de vista sociológico ofrece un panorama completamente diferente. Conforme a él, la personalidad entera participa en el derecho, y el derecho refleja la impronta dejada por la historia y la cultura de una nación. Las *normas* son sólo signos que *por sí mismos no significan nada: son eficaces sólo en la práctica viva de la sociedad*. «La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones de orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede estudiarse como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas» (43). Esta formulación habla contra la falacia de la lógica, esto es, contra la absolutización de la lógica y la degradación de la administración de justicia en una función mecánica (44), sin pretender limitar la *función de control* desempeñada por la lógica. La consecuencia que se infiere es que el proceso de formación del derecho ha de analizarse como emplazado en un entorno social y humano, en el que *el marco organizativo decisorio* (45), *así como el factor humano no pueden calcularse de un modo axiomático-formal, si bien éste tenga un papel influyente en momentos decisivos* (46).

(42) Prestando atención a su naturaleza problemática, VILLEY, M.: *Histoire de la logique juridique*, «Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse», XV (1967), y PERELMAN: *Désaccord et rationalité des décisions*, en «Droit morale et philosophie», Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1968.

(43) HOLMES, O. W.: *The Common Law*, Little Brown, Boston, 1881, p. 1.

(44) «La falacia a la que me refiero es la noción de que la única fuerza en movimiento en la evolución jurídica es la lógica» (HOLMES: *The Path of the Law* (1897), en «The Sociology of Law», ed. Simon, p. 25).

(45) Cfr., p. ej., KULCSAR, K.: *Situation in the Law-Application Process*, 'Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae', XII (1970).

(46) Un desarrollo correlativo de los sistemas de lógica jurídica es la razón creciente de las llamadas «posturas antiformalistas». Sobre la base de las posturas formalistas y antiformalistas, así como sus limitaciones socio-históricas en el modo de abor-

Sin embargo, la *lógica* aparece como un medio específico de *organización, standarización y control*. Esas funciones se manifiestan en cómo *se filtran los problemas sociales a través de conceptos y estructuras normativas y se transforman en problemas jurídicos*, y cómo *las decisiones que conciernen a problemas jurídicos se justifican con referencia a tales conceptos y estructuras normativas*. La sociología interpreta todo eso como una *decisión programada*, que realiza su propia racionalidad en conformidad con el programa elaborado en el curso de la creación oficial de normas. Y así toda cuestión referida a la evaluación concreta del problema concreto se remite a la esfera de la interpretación jurídica, confiriendo a las cuestiones suscitadas la condición de cláusulas de un programa cualificado en cuanto conocido (47). La misma idea se ha formulado en la reconstrucción antológica del derecho. Conforme a ella, el derecho es un específico complejo mediador que tiene su *propio sistema de realización*: sólo eso le permite cumplir su función mediadora. La transformación se realiza *convirtiendo ante todo los conflictos sociales en conflictos dentro del derecho*, y —al operar con leyes válidamente promulgadas y encontrar una solución lógicamente justificable— *redefiniéndolos como conflictos simulados* (48).

b) Si el proceso, presentado por la ideología oficial del derecho como meramente lógico, logra volver a ser social en consideración de todas sus especificaciones esenciales, entonces suministra una prueba convincente del ámbito de participación del entorno social en la vida del derecho. Por ejemplo: 1. Toda decisión es alternativa por lo que representa una elección socialmente condicionada entre varias posibilidades. 2. El derecho es un medio práctico, objetivado mediante su expresión lingüística, aunque su existencia actual está sensible-

dar la cuestión, cfr. VARGA: *Law and its Approach as a System*, «Acta Juridica Scientiarum Hungaricae», XXI (1979), reimpresso en «Informatica e Diritto», VII (1981). Para las reconstrucciones lógicas del razonamiento jurídico, teniendo también en cuenta el factor social, cfr. VARGA: *On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning*, «Logique et Analyse», 61-62 (1973), o reimpresso en PERELMAN (ed.): *Etudes de logique juridique*, V, Bruylant, Bruselas, 1973, párr. 3.

(47) LUHMANN, párr. VI. De hecho, Luhmann no aborda el tema. Da una descripción sociológica del *modelo operativo correspondiente al ideal europeo de legalidad*. Conforme a esa formulación, *sólo los programas tienen racionalidad en sí mismos*; la racionalidad de las decisiones programadas reside exclusivamente en su *conformidad* con ellos. Igualmente, toda esta descripción se basa en la categoría de *expectativas normativas*. Esencialmente esto significa que los hechos de la praxis, posiblemente contradictorios, no modifican para nada el contenido de la expectativa (LUHMANN, párr. I). En ese caso, la reducción de lo ya conocido en el proceso de interpretación equivale a reducir a un conflicto ficticio, tal como lo formula la explicación ontológica. Concretamente se vendría a decir, conforme a la exigencia ideológica y formal de la seguridad jurídica, que puede mantenerse el carácter normativo (o al menos la apariencia normativa) de la expectativa, y ello en todos los casos, aunque posiblemente ello se *oculte* en la interpretación, se dé una *transformación intracognoscitiva*, es decir, se produce un cambio en el programa en el curso de su aplicación.

(48) Cfr. VARGA: *Towards a Sociological Concept of Law. An Analysis of Lukács's Ontology*, p. 173.

mente influida por las *convenciones sociales* concernientes a su significado y aplicación. 3. El carácter permanente y configurador de la práctica social se manifiesta con especial fuerza en el caso de la profesión jurídica, como un estrato separado, cuya obligación, conforme a la distribución social del trabajo, es la de hacer del derecho un proceso social, así como la de colaborar a su reproducción continua. 4. La profesión jurídica puede tener ahora un papel determinante en sistemas sociales donde cuenta con su *propia base de poder*, o allí donde el sistema jurídico se afirma a sí mismo como un *subsistema procedimentalmente independiente* dentro del político (49).

La participación del entorno social en la vida del derecho a dos niveles micro y macro relevantes, y la consideración tanto de la profesión jurídica como de todo aquello a lo que el derecho se remite determina la apreciación de que *el derecho, aislado de todo eso y reducido a su mera base normativa, se convierte casi en una simple abstracción sin sentido*. Unos pocos ejemplos para ilustrar el papel desempeñado por el entorno: sin una transformación simultánea de la sociedad, el derecho oficial no se hubiera convertido en derecho vivo en el sudeste europeo, en Galitzia o Serbia, a comienzos de este siglo (50); la recepción del derecho impulsada por el interés modernizador no podría haber suplantado al derecho existente en Turquía hace unas décadas, o en Etiopía hace una década (51); al mismo tiempo, la formación de un derecho, no impuesto desde fuera, puede quebrar ante usos que se adhieren a los tradicionales sistemas normativos no jurídicos, tal como ha sido el caso del Japón (52). Un conocido ejemplar del papel de las profesiones jurídicas es la contribución que el pedir la opinión de los jurisconsultos o la redacción de documentos por especialistas tuvieron para la innovación del derecho arcaico romano y el medieval europeo; también el hecho de que el campo de actividad del jurisconsulto y del profesor de derecho junto con el del jurista práctico contribuyeron a que tomara cuerpo la aproximación procedimental al derecho —así como a una concepción del derecho—, no como norma general, sino como norma particular, tal como

(49) Las fuentes de esas tesis son divergentes. En mi panorámica, la primera fuente fue LUKACS: *A társadalmi*, vol. II, cap. II. MAYHEW, L.: *The Legal System*, en «Intern. Encycl. of Social Sciences», 9, p. 62.

(50) Como bibliografía de base, cfr. STIERNQUIST, P.: *Political Use of Legal Forms*, en «Scripta Minora», Studier utg. av. Kungl. Humanistika Vetenskapsamfundet i Lund, 1968-1969/1.

(51) Fundamental, SAUSER-HALL, G.: *La réception des droits européens en Turquie*, «Recueil de Travaux publié par la Faculté de L'Université de Genève», 1938. VENDERLINDEN, J.: *Introduction au droit de l'Etiopie moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971.

(52) Cfr. como ejemplo más llamativo, AWAJL, T.: *Les japonais et le droit*, «Revue internationale de Droit comparé», XXVIII (1976). O, desde el punto de vista de la sociología, CHIBA, M.: *The Unofficial Jural Postulates Underlying Attitudes towards Law*, «Zitschrift für Rechtssoziologie», 3 (1982).

ocurrió en Gran Bretaña (53). Igualmente es un indicio del papel desempeñado por el entorno social la quiebra de la asunción de responsabilidades en la vida mercantil y, en consecuencia, la presión de los intereses legales a través de la litigación, lo que cuestiona la presencia del derecho contractual en nuestros días, sobre todo en las esferas civil y mercantil, las más afectadas (54).

D) La lección inequívoca que ha de obtenerse de la argumentación precedente es que el derecho, en todos sus aspectos, es un fenómeno social. Incluso los rasgos que parecen específicamente jurídicos están socialmente condicionados hasta el punto de que —y ello no puede interpretarse sino en el contexto social— no se puede hablar, a fin de cuentas, de una rígida distinción entre las esferas «intrajurídicas» y «extrajurídicas», o trazar los estrictos límites de algo así como lo «inequívocamente jurídico». Por eso resulta claro que el alcance conceptual del derecho es más amplio del que parece sugerir su promulgación oficial y la ideología concomitante. Asume solamente una función absoluta del Estado en el supuesto de que la intención de la esfera política de integrar plenamente la sociedad venga coronada por el éxito. Al mismo tiempo, conforme a su existencia real, el derecho es un proceso social que es algo más y algo diverso de una simple consecuencia lógica de su promulgación oficial: en su práctica está determinado por su entorno social y humano, en su existencia se vincula a la existencia de la sociedad, y en su configuración juega un papel decisivo la profesión jurídica. La aproximación sociológica implica que *el derecho es un complejo: la unidad dinámica de diferentes aspectos y elementos de realidad*, sin que pueda reducirse a uno de esos componentes. En otras palabras, *la existencia del derecho brota de los movimientos de aspectos y componentes que se consolidan y cruzan entre sí; el derecho es una unidad funcional que se reproduce en el curso de continuas mitigaciones y reproducciones de tensiones y conflictos*.

En absoluto es una nueva tendencia del pensamiento jurídico que el concepto del derecho deba reflejar la complejidad del fenómeno jurídico (55). Sin embargo, los análisis toman las más de las veces la dirección metodológica. Concretamente, esos análisis sólo cuentan con los diferentes niveles jurídicos a los que hay que aproximarse con diferentes métodos dentro de una investigación interdisciplinaria (56).

(53) Cfr., ante todo, WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, ed. Johannes Winkelmann, Neuwied, Luchterhand, 1960.

(54) Cfr., por ejemplo, MACAULAY, S.: *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, «American Sociological Review», XXVIII (1963).

(55) Conforme a la famosa definición de POUND, R.: *Jurisprudence*, I, West, St. Paul, 1959, cap. 6, por ejemplo, el derecho es un complejo compuesto de control social, reglas de derecho positivo y proceso de decisión.

(56) OPALEK, K.: *The Complexity of Law and of the Methodology of its Study*, «Scientia», LXIII (1969), menciona, por ejemplo, el nivel del fenómeno y de su signifi-

Conforme al planteamiento macrosociológico, el derecho es la unidad entrelazada de al menos cuatro componentes, y ninguno de ellos puede dejarse de lado si se pretende alcanzar un conocimiento razonable del complejo jurídico. Hay: 1. *La estructura normativa*. 2. *La formación de consciencia* que condiciona directamente y es resultante de la estructura normativa. 3. *La realidad social* configurada y creada por la estructura normativa; y 4. *La profesión jurídica* responsable del establecimiento, así como de la continua reproducción de todas ellas.

El derecho concebido como un todo complejo es obviamente un fenómeno más amplio que la suma total de las normas oficialmente proclamadas y/o actualmente consideradas reglas de decisión. Dentro del complejo jurídico es naturalmente necesario distinguir las reglas y juzgar del funcionamiento del complejo como totalidad sobre la base de esas reglas (57). Sin embargo, el derecho en cuanto unidad funcional no puede deducirse de uno de sus componentes individuales, ni puede ser interpretado. Ahora bien, el derecho concebido como un todo complejo presupone una *aproximación dual*, que se impone también en la realidad. *El funcionamiento del derecho sólo puede y debe evaluarse sobre la base de en qué medida las reglas de decisión proclamadas oficialmente y las actualmente consideradas como tales coinciden o divergen unas de otras*. Al mismo tiempo ha de entenderse que se trata de una evaluación jurídico-legal: *un asunto interno del complejo jurídico. Llega a ser socialmente relevante sólo en la medida en que el actual funcionamiento deja insatisfecho el sistema de realización del derecho*. En otras palabras, la diferencia entre las reglas oficialmente impuestas y las actualmente consideradas como tales resulta un aspecto mucho más dominante, *que todas las cuestiones referentes al carácter «específicamente jurídico» del conjunto* (58).

E) La aproximación sociológica está acentuadamente interesada en los componentes, posible función y actuales límites *del derecho concebido como técnica específica de influencia social*. Naturalmente, su método no es el de asentar tesis firmes sobre el derecho partiendo

cado, mientras que WRÓBLEWSKI, J.: *The Theory of Law. Multilivel, Empirical or Sociological?* «Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities», V (1979), habla de los niveles lógico-lingüístico, sociológico, psíquico y axiológico.

(57) Los críticos de las propuestas para una sociología jurídica arguyen que el dominio de los elementos fácticos conduce a una indiferencia hacia los valores: la normatividad se diluye en práctica cotidiana. Lo mismo se ha dicho sobre el movimiento del realismo americano por SUMMERS, R. S.: *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca, 1982.

(58) He intentado proceder a tal distinción en algunos de mis primeros trabajos. Cfr. VARGA: *Towards the Ontological Foundation of Law: Some Theses on the Basis of Lukacs's Ontology*, «Rivista internazionale di filosofia del Diritto», LX (1983); *A jog mint felépítmény* (Derecho como superestructura), «Magyar Filozófiai Szemle», XXX (1986).

de un cerrado mundo conceptual (59), sino que más bien investigaciones histórico-comparativas y estudios de campo suministran el punto de partida:

a) En el sentido más amplio, *el mantenimiento del orden público, la resolución de conflictos y creación de condiciones sociales* son las tres funciones básicas del derecho, que le han acompañado a lo largo de lo que sabemos de su vida. Las modificaciones históricas se reflejan ampliamente en los cambios de proporción y énfasis de esas funciones. Concretamente, en los primeros períodos de la evolución jurídica, la función del derecho de crear condiciones de vida social era sólo un subproducto, ya que la existencia del derecho se centraba en la solución de conflictos. La primera función se puso en primer plano sólo cuando el derecho se convirtió en un medio inmediato de la política. Sólo en el curso de la evolución moderna de Occidente se separó formalmente y relacionó jerárquicamente la *legislación* de la *aplicación* de la Ley, tomando la primacía la legislación y desplazando a la aplicación a la condición de un reflejo casi mecánico. La aproximación sociológica al derecho, al diferenciar entre funciones manifiestas y latentes, percibe también permanencia en ese desplazamiento del énfasis, al constatar en el proceso de aplicación del derecho la continua plasmación del mismo y lo trata como una permanente función latente (60).

b) En la investigación del sistema de relaciones jurídicas, las líneas más prometedoras han sido definidas por los estudios que sitúan el derecho en *el sistema total de influencia social*. La caracterización del derecho como *ingeniería social* sirve para subrayar el papel configurador y para basarse en un plan consciente (61). Para explicar ese papel, se ha desarrollado una teoría sociológica que coloca el derecho en el sistema de *control social*. Hay diferentes criterios para definir su ubicación como un subsistema en el sistema de control social. Atendiendo a su funcionamiento, el derecho es el *más efectivo*, subordinando por ello a los demás (62); mientras que si se atiende a su organización, el derecho puede ser calificado de *gubernamental* (63). Sin atender a los méritos de respuestas parciales, la sociología estudia el derecho dentro ya del sistema de medios de influencia social, a través de sus interacciones. La teoría que concibe el derecho como *un mecanismo de integración social* se construye sobre la posición

(59) Como ejemplo característico de este efecto, cfr. Kelsen, H.: *The Law as a Specific Social Technique*, en «What is Justice?» Univ. of Calif. Press, Berkeley/Los Angeles, 1960.

(60) Por ejemplo, Kulcsar, K.: *A jogalkalmazás funkcionális elemzésének problémái* (Los problemas de un análisis funcional de la aplicación del derecho), «Allam-és Jogtudomány», XII (1969), p. 610.

(61) Pound, R.: *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922), Yale Univ. Press, New Haven/Londres, 1954, p. 47.

(62) Pound, R.: *Social Control through Law*, Yale Univ. Press, New Haven, 1942.

(63) Black, D.: *The Boundaries of Legal Sociology*, en «The Social Organization of Law», Seminar Press, Nueva York/Londres, 1973, pp. 50 y ss.

clave del derecho en esas interacciones. Integración puede significar el lubricante de la maquinaria social (64), la coordinación de las funciones sociales (65), así como la armonización de los autoregulados subsistemas de cooperación social (66). En esa investigación, la interacción de medios se completa con la interacción de funciones. Por último, la integración es abordada desde un punto de vista político y considerada como *un subsistema dentro del sistema político*. Como apéndice a un intento de síntesis entre las interacciones instrumental y funcional, ese estudio cuenta con la relativa autonomía del complejo jurídico. La concepción del derecho como un subsistema político implica que se le considere *no sólo como medio, sino también como resultado* de la política (67).

c) En la descripción del influjo social del derecho, la sociología necesariamente dirige más lejos su mirada que el tradicional universo jurídico conceptual. Este se da por satisfecho presentando conductas calificadas de obligatorias, permitidas o prohibidas, siendo esto un fin en sí mismo. Al mismo tiempo, la sociología llega a la sorprendente conclusión de que el derecho sirve para la realización de las *más diversas funciones*. En esa variedad de funciones (68), la conducta jurídicamente calificada sólo puede jugar el papel de instrumento. No obstante, la relación entre la función social a realizar y los medios legales puede ser tan compleja que *el fin a realizar con ayuda de ese instrumento tiene solamente función instrumental*. Eso ocurre en los casos en que el motivo social dominante de una regulación se refleja solamente como un efecto adicional del procedimiento jurídico (69).

Al mismo tiempo, esa pluralidad de funciones, que en teoría parece ilimitada, de hecho cubre posibilidades sociales muy limitadas. No vienen solamente a mi mente los peligros de una planificación e intervención sociales aumentados hasta alcanzar dimensiones cósmicas para F. A. Hayek (70). Tengo más bien en mente el hecho de que es meramente *una ilusión o ficción presumir* —y mucho más dar por

(64) PARSONS, T.: *The Law and Social Control*, en «Law and Sociology», p. 58.

(65) BREDEMEIER, H. C.: *Law as an integrative Mechanism*, en *Law and Sociology*.

(66) SAJO, A.: *Társadalmi szabályozottság és jogi szabályozás* (Regularidad social y regulación jurídica), Akadémiai Kiadó, Budapest, 1978, pp. 36 y ss.

(67) Por ejemplo, SHAPIRO, M.: *Political Jurisprudence*, «Kentucky Law Journal», III (1964). KULCSAR, K.: *A politikai és a jogi rendszer* (El sistema político y el jurídico), en *Társadalom politika, jog* (Sociedad, política, derecho), Gondolat, Budapest, 1974.

(68) Por ejemplo, NADER, L.: *The Anthropological Study of Law*, «American Anthropologist», LVII (1965).

(69) Como ejemplo, cfr. DIAMOND, S.: *The Rule of Law versus the Order of Custom*. En WOLFF, R. P. (ed.): *The Rule of Law*, Simon and Schuster, Nueva York, 1971, párr. II.

(70) En primer lugar, HAYEK, F. A.: *The Road to Serfdom* (1944), Routledge, Londres, 1979, e inserto en un marco más amplio, HAYEK: *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, Londres, 1982.

hecho— *que es posible una previsión relevante en la práctica real de la planificación e intervención sociales*. Otro tanto ha de decirse del presupuesto del «buen legislador», que la interpretación práctica de las reglas jurídicas admitía como presunción operativa (71); la práctica a su vez señala meramente la *presencia objetiva de un sistema que sólo tiene laxas interconexiones y tenue organización*. Eso es lo que indica también el punto de vista según el cual «la práctica más bien incoherente —coordinada sólo por su vinculación al status quo— del cambio continuo de detalles pone de manifiesto una renuncia a una transformación comprensiva, estructural del derecho, desde el momento en que nadie puede prever las consecuencias» (72). Por tanto, lo que aquí aparece es un efecto objetivo del sistema, en el que precisamente la mejor legislación se degrada en función de la operación total del sistema, incluida su inercia. Se constata aquí que la sociología realiza algo establecido ya por la reconstrucción ontológica. Según ésta, la existencia social se realiza a través de proyecciones teleológicas, que ponen en marcha cadenas de causas. Ese movimiento, siguiendo sus propias leyes, va más allá de las proyecciones originarias. Dependiendo de las mediaciones existentes, el análisis final detecta lo que hay de más o menos, de similar o de diferente de la tentativa originaria (74).

Por lo que hace a las funciones sociales, una diferenciación tradicional en sociología menciona una *instrumental* y otra *simbólica*. Lo simbólico es obviamente lo opuesto a lo instrumental, si bien haya que decir que lo simbólico puede ser a su vez instrumental, si bien desde una perspectiva diferente, por ejemplo, como una función ideológica. Porque, como resultado del funcionamiento del derecho en su totalidad como ideología, hay que constatar que la *producción meramente simbólica de normas juega también un papel en el cambio social*: puede aumentar el sentido de legitimidad en la dirección dada, al suministrar los medios para su implementación, mientras que hace a la dirección opuesta menos defendible y por ello vulnerable (77). Sin embargo, atendiendo a la clasificación de las regulaciones, sugeriría más bien una, que, en primer término, diferencia entre: 1) formas *reales*, y 2) formas *sustitutorias*. Las segundas pueden ser: 2.1) una regulación *voluntarista*, y 2.2) una regulación *alibi*. La voluntarista

(71) BOBBIO, N.: *Le bon législateur*, en HUBIEN, H. (ed.): *Le raisonnement juridique*, Bruylant, Bruselas, 1971.

(72) LUHMANN, pp. 187 y ss.

(73) Por ejemplo, SAJO, A.: *Preliminaries to a Theory of Law-Observance*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XIX (1977).

(74) LUKACS: *A társadalmi*, etc., III, pp. 295 y ss.

(75) GUSFIELD, J. R.: *Symbolic Crusade-Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, 1966, citado por HUNT, p. 149.

(76) Por ejemplo, cfr. PESCKA, V.: *A jog mint ideológia* (Derecho como ideología), «Allam-és Jogtudomány», XXIV (1981).

(77) Por ejemplo, SELZNICK, p. 57.

se caracteriza por el hecho de que aunque espera jugar un auténtico papel configurador, es incapaz de desempeñar tal papel debido a la violación de los límites naturales de la regulación. En contraste, la regulación alibi, o pretexto, abandona de antemano la realización de cualquier propósito configurador. La razón de ello puede manifestarse bien en: 2.2.1.) una *regulación ficticia*, o bien en el hecho; 2.2.2.) de que *la misma regulación se instituye como actividad sustitutoria*. Es una regulación ficticia si está formulada de manera errada, en cuanto inapropiada para influir legalmente sobre la conducta. Puede ser inapropiada porque: 2.2.2.1) no contiene reglas de conducta, sino *declaraciones* político-ideológicas, o 2.2.2.2) contiene reglas de conducta *no justiciables por sí mismas*, o desprovistas de coerción. Por otra parte, se puede hablar de actividad sustitutoria manifestada a través de una regulación, si en lugar de una medida concreta a seguir en un área dada, se ha previsto la regulación legal como sustitutivo de una reforma necesaria (78).

La utilización de los medios legales como un sustitutivo tiene un variado pasado. Desde el punto de vista de la sociología, las manifestaciones de mayor interés no son las que encubren compromisos políticos y ofrecen una regulación ambigua, como puede observarse bien en los preámbulos de las constituciones (79), sino aquellas que suponen tendencias casi conscientes de dotar al contenido fundamental de la legislación de regulaciones ficticias. Eso ocurre en épocas en las que, debido a la retardada evolución, el Estado policía se ve sometido a fuerte presión, lo que le lleva a usar excesivamente del derecho, la dirección de los cambios pasa a ser de orgánica a inorgánica, impulsos forzados llevan a actuar de remolque, y se cae parcialmente en la tentación de regular ficticiamente. Aunque las consecuencias se manifiesten sólo a largo plazo, son irremisibles. Ello conlleva una pérdida de prestigio del derecho que se considera equilibrado mediante regulaciones que sucesivamente llevan a una acelerada paz, pero son crecientemente inefectivas en su coercibilidad (80).

d) Todo eso suscita la cuestión sobre los *límites sociales del derecho*. Ya aparecía claro a Max Weber que los valores técnicos de la evolución jurídica de Occidente —*racionalización y formalización*— pueden convertirse en sus opuestos si se supera su medida adecuada. La medida adecuada es lo más importante a todo, ya que otras investigaciones han puesto de manifiesto que la misma racionalidad pre-

(78) Ha de advertirse que NOLL, P.: *Symbolische Gesetzgebung*, «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», C (1981), ha discutido también la cuestión estudiando algunos de los hechos que hemos descrito como regulación ficticia.

(79) Por ejemplo, con atención a los preámbulos de las constituciones no socialistas, VARGA: *A preambulumok problémája és a jogalkotási gyakorlat* (El problema de los preámbulos y la práctica legislativa), «Allam-és Jogtudomány», XIII (1970).

(80) Véase, por ejemplo, KULCSAR, K.: *Politics and Law-Making in Central-East-Europe*, en PETERI, Z. (ed.): *Legal Theory. Comparative Law: Studies in Honour of Professor Imre Szabó*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1984, parte II.

senta efectos ambivalentes. Si bien logra una ordenación en una determinada dirección, al mismo tiempo, en otra dirección, *incrementa la irracionalidad de lo no regulado*. Además, la racionalización, llevada a cabo en una dirección, es en sí misma ambivalente, en la medida en que *homogeneiza su objeto* de acuerdo con el cálculo hecho, las más de las veces económico, por lo que toda homogeneización es también una distorsión (81). Excesiva regulación y excesiva formalización sólo pueden conducir a una *racionalización ficticia, que en su efecto final se manifiesta precisamente como imposibilidad de la racionalidad existente, a resultados del funcionamiento anárquico del sistema*. Pero el derecho —en cuanto medio de influencia social y en cuanto sistema institucional que hace efectiva la influencia con su propio aparato— tiene que investigar todos los factores estimulantes y los límites impeditivos que determinan el éxito —marco de referencia y condiciones— de su actividad. Esto, evidentemente, va más allá del problema de la racionalidad en sentido tecnológico. Es el problema de los *paralelismos, tensiones y conflictos de las racionalidades de diferente contenido: económica, política, etc.* Solamente con el método propio de una ciencia social pueden investigarse con éxito sus componentes (82).

F) Las cuestiones suscitadas anteriormente llevan gradualmente a la investigación del *derecho como un medio alternativo*. En el espíritu de un «*dubito ergo sum*», el derecho se cuestiona sobre sí mismo pero sólo para reafirmarse en su posición en la historia de la evolución jurídica. Al mismo tiempo, el planteamiento de esta cuestión nos lleva más allá del universo jurídico conceptual, ya que enfoca de otro modo no sólo las interrelaciones sociales del derecho, sino también sus bases históricas.

Sin embargo, ello ha de considerarse como un resultado natural del método sociológico aplicado a la teoría tradicional de la evolución jurídica. A este efecto, unos pocos ejemplos: las investigaciones histórico-comparativas han puesto de manifiesto que la *costumbre* no puede considerarse el antecedente lógico de la ley (83), debido al carácter histórico de su mutua relación. En otras palabras, pueden coexistir, cumpliendo cada una tareas cualitativamente diferentes (84). También ha puesto de relieve que la *tradicción*, que para Weber era

(81) ZACCARIA, G.: *Razionalità, formalismo, diritto: riflessioni su Max Weber*, «Sociologia del Diritto», VIII (1981).

(82) Considerando experiencias básicas en análisis comparativos, cfr. ALLOTT [y sobre su posición teórica, VARGA: *A job és korlátai: Allott a hatékony jogi cselekvés hatásairól* (El derecho y sus barreras: sobre Allot y los límites de eficacia de la actividad jurídica), «Allam-és Jogtudomány», XXXVIII (1985), 2]. Mientras que tiene a la vista estudios sobre experiencias húngaras. KULCSAR, K.: *Gazdaság, társadalom, job* (Economía, sociedad, derecho), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1982.

(83) Como se postula, por ejemplo, en la teoría de la doble institucionalización (cfr. núm. 24).

(84) DIAMOND, especialmente pp. 117-126.

la petrificación del pasado a superar, lo verdaderamente opuesto a la *racionalidad*, puede contener en sí una racionalidad históricamente verificada e integrada en la tradición. Considerada esa cualidad y debido a su racionalidad, merece ser mantenida (85). O, como consecuencia de los debates sobre la fuerza motriz y el mecanismo de la evolución jurídica, se ha comprobado que la inercia, inherente a la fijación en tradición de lo peculiarmente jurídico, es decir, que el trasplante, la toma en préstamo o la reinterpretación —tan amplios y casi ilimitados—, de *regulaciones ancestrales* y *soluciones institucionalizadas*, puede a veces jugar un papel único (86). Por último, la tipificación marxista basada en la subyacente *formación socioeconómica* se muestra factible de aplicación al derecho desde fuera, dentro de un cierto concepto de totalidad; al mismo tiempo, sin embargo, no aborda características distintivas del derecho. Pues queda por responder la cuestión de las diferentes culturas jurídicas, así como la de las interrelaciones básicas entre las formas de organización social, por ejemplo, las que se dan entre los productos de una organización burocrática emanada de un absolutismo feudal y los de una práctica socialista, los de la *moderna estatalidad* y el *derecho formal moderno* (87).

Si hay algo en común en estos resultados, reside en que los análisis finales reflejan la nueva apreciación de lo *diferenciador*, de lo *diferente* y del *pasado*. Reflejan la realización de valores que pueden conducir a una explicación satisfactoria de las fases de la evolución jurídica (88), y al mismo tiempo suministran modelos, referencias o alternativas para renovar y hacer avanzar nuestra cultura jurídica.

Desde un punto de vista jurídico, la alternatividad tiene dos significados:

a) Uno concierne a las *vías accesibles y transitables simultáneamente por el derecho existente*. Porque, en el caso de un conflicto de intereses, elegir la *litigación es sólo una alternativa estratégica a otros medios de presión de intereses*. Es un procedimiento específica-

(85) MUÑOZ, L. J.: *The Rationality of Tradition*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXVII (1981).

(86) WATSON, A.: *Legal Transplants-An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburg, 1974. WATSON, A.: *Society and Legal Change*, Scottish Academic Press, Edinburg, 1977.

(87) Por ejemplo, VARGA, C.: *Moderne Staatlichkeit und modernes formales Recht*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XXVI (1984). VARGA: *Logic of Law and Judicial Activity-A Gap between Ideals, Reality and Future Perspectives*, en PETERI, Z., y LAMM, V. (ed.): *Legal Development and Comparative Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1982.

(88) La tipificación de los sistemas jurídicos se basa en la tradición de sus valores culturales para CONSTANTINESCO, L.-J.: *Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise*, «Zeitschrift für Rechtsvergleichung», XXII (1981), y se caracteriza por el grado de complejidad demostrable en las relaciones sociales y funciones, según SCHWARTZ, R. D., y MILLER, J. S.: *Legal Evolution and Social Complexity*, «The American Journal of Sociology», LXX (1964).

mente formalizado y asegurado, cuya condición previa es que los *factores de poder* involucrados en el asunto han de ser *desatendidos en aras de resultados normativamente relevantes* (89). Surge inmediatamente la cuestión de quién podría introducirse como tercero para resolver el conflicto: el juez *neutral* con procedimientos fijados, el *mediador* no especializado con procedimientos libres, o el *administrador*, usando de libres procedimientos pero también de su poder (90), o bien la resolución del conflicto se dejaría a las mismas partes interesadas, mediante la aplicación limitada, pero voluntaria de medios legales en su interdependencia continua y mutua, es decir, básicamente, por su intersolidaridad y su aceptación habitual en el tráfico diario (91). Al mismo tiempo, está fuera de las partes implicadas la elección libre de la alternativa. Esa decisión puede depender de la pertenencia a un grupo, o de la continua existencia de tradiciones de las que puede inferirse de antemano con considerable probabilidad que se quiere mantener al derecho legislado automáticamente al margen (92).

b) El otro significado de alternatividad se refiere a la *tipificación histórica* del derecho, a las *posibilidades de reemplazar y sobrepasar* sus formas dadas. Vienen a mi mente los empeños por situar los objetivos básicos de la evolución jurídica sobre las bases de una teoría macrosociológica. Al mismo tiempo, esos empeños no intentan describir las fases de desarrollo, sino que intentan caracterizar a ciertos objetivos como determinantes. Así se formulan tipos, que coinciden en presentar una triple división, representando el tipo medio el presente. Según esto, el presente es el resultado de una superación del pasado, y a su vez exige una superación. Basten unos pocos ejemplos: la tipificación, subyacente a la diferenciación conceptual de Ferdinand Tönnies, contempla las tres fases de la evolución jurídica en el pasado *burocrático-administrativo*, en el tipo presente de *Gesellschaft* sosteniendo valores *individualistas*, y en el tipo futuro de *Gemeinschaft* en el que estarán en primer plano valores *comunitarios* (93).

(89) «... una de las funciones del procedimiento jurídico formal es obligar a las partes de un conflicto jurídico a adaptar sus conflictos concretos a pretensiones sometidas a un enjuiciamiento normativo. Al proceder así, las partes se ven obligadas a aislar las consecuencias normativas y a eliminar extraños factores de poder. Los factores de poder pueden definirse como situados fuera del objeto de investigación...» (MAYHEW, p. 63).

(90) ECKHOFF, T.: *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution*, «Acta Sociologica», X (1966).

(91) MACAULAY, J.; KURCZEWSKI, J., y FRIESKE, K.: *Some Problems of the Legal Regulation of the Activities of Economic Institutions*, «Law and Society Review», XI (1977). FALK-MOORE, S.: *Law as Process*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1978.

(92) El grupo puede significar: una actividad específica, denominación, unidad étnica, etc. Teniendo a la vista su aparición en una medida que influye masivamente en toda la sociedad, y en un caso que suministra un ejemplo extremo del éxito de la modernización y de la integración de la tradición en las formas de modernización. Cfr. KAWASHIMA, T.: *Dispute Resolution in Contemporary Japan*, En T. VON MEHREN, A.: *Law in Japan*, Cambridge University Press, Harvard, 1963.

(93) KAMENKA, E., y TAY, A. E.-S.: *Beyond Bourgeois Individualism: The Contemporary Crisis in Law and Legal Ideology*, en Kamenka, E., y Neale, R. (ed.),

Otra tipificación se basa en los potenciales jurídicos de control social. Sitúa los objetivos fundamentales en el *derecho burocrático*, que actúa como poder *regulador*, en el *orden jurídico* que afirma los valores específicamente jurídicos como valores *autónomos*, y finalmente la evolución de un *orden consuetudinario de mutuas interacciones sociales* (94). Una tercera tipificación surge de las orientaciones tecnológicas de los medios jurídicos, y define las alternativas de evolución como las posibilidades de un derecho *represivo, autónomo y socialmente responsable* (95). Finalmente, la cuarta tipificación, que más bien señala las direcciones de renovación del derecho establecido, diferencia como posibilidades de elección entre la *tecnocrática*, la *legalista* y la *comunal* (96). Pues bien, al menos en algunos de sus elementos, todos esos tipos coexisten obviamente en todos y cada uno de los sistemas jurídicos, y desempeñan un papel en esta o aquella parcela particular. Al mismo tiempo, es igualmente obvio que los complejos jurídicos de los diferentes períodos se caracterizan por la primacía de uno de esos tipos.

Lo más sorprendente en todos esos empeños es el hecho de que los complejos del pasado se describen como estructuras que confirman un deseo regulativo externo descrito puramente como poder. Y cada uno de esos empeños describe lo específico del presente en cuanto sobrepasado por las realizaciones del moderno derecho formal. Y, por lo que concierne al futuro, cada uno de ellos sitúa como meta desembarazarse de las características formales del derecho, edificar éste sobre las potencialidades de una actitud comunitaria e integradora, y dar prioridad a las formas democráticas y a las consideraciones de los no-juristas profesionales como opuestas a estructuras normativas meramente jerárquicas. Eso implica una actitud crítica dirigida en primer término contra la continua y fuertemente limitada dominación de la *organización social burocrática*, que ha desarrollado la moderna estatalidad y el derecho formal moderno.

Al mismo tiempo, está lejos de ser cierto que un cambio radical sea oportuno y factible. La necesidad de dar con formas alternativas se ha expresado de forma más modesta en la bibliografía, cuando se afirma que formas antiguas, existentes todavía en ciertas civilizaciones, de *resolución de conflictos sin reglas de decisión predetermi-*

Feudalism, Capitalism and Beyond, Arnold, Londres, 1975. KAMENKA-TAY: *Social Traditions, Legal Traditions*, en KAMENKA-TAY (ed.): *Law and Social Control*, Arnold, Londres, 1980.

(94) UNGER, caps. 2 y 3.

(95) NONET, P., y SELZNICK, P.: *Law and Society in Transition- Toward Responsive Law*, Harper and Row, Nueva York, 1978, caps. II-IV.

(96) GALANTER, M.: *Legality and its Discontents- A preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization*, en BLANKENBURG, E.; KLAUSA, E., y ROTTLEUTHNER, H. (ed.): *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», VI (1980).

nadas y prefijadas, tienen más posibilidades de futuro (97), o cuando se intenta *excluir ciertos tipos de casos de la regulación jurídica formal* (98), o cuando se propone *aproximar más el lenguaje jurídico a las cuestiones a resolver*, de modo que sea posible comprender la sustancia del caso mediante conceptos jurídicos «socialmente adecuados» (99), o cuando se sugiere una renovación del procedimiento jurídico, de modo que no sería ya suficiente una justificación formal de la decisión referida a las normas jurídicas: una *justificación de contenido* (económica, política, etc.) se requeriría antes de dar una justificación formal de la decisión en cuestión (100).

II. FUNCION DE LAS TEORIAS MACROSOCIOLOGICAS EN LA FUNDAMENTACION DEL PENSAMIENTO JURIDICO COMO CIENCIA SOCIAL

La consecuencia compartida por las diferentes aproximaciones teóricas, que acabamos de contemplar, es la de presentar el derecho unido al entorno social e insertado en el proceso de existencia social. Quizá han puesto de manifiesto también que la superación del universo jurídico conceptual requiere más que la mera intención: supone también un enriquecimiento y un cambio de método. Experiencias pasadas han puesto en evidencia, por ejemplo, que la mera afirmación del carácter social del derecho no conduce a tal superación. A este respecto, uno se encuentra a menudo con dos manifestaciones características: Una, a), afirma que el marxismo desde un principio significa *automáticamente* la aproximación sociológica al derecho, pero que de él no puede surgir la demanda de una superación radical (101). La otra, b), afirma que, si bien es necesario abordar socio-

(97) DEKKERS, R.: *Justice bantou*, «Revue Roumaine des Sciences sociales: Série de Sciences juridiques», XII (1968). DAVID, R.: *Deux conceptions de l'ordre social*, en «Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein», I, Tubinga, Mohr, 1969.

(98) La transferencia de ciertas tareas (p. ej., seguridad social) a la competencia de los sindicatos, los llamados tribunales laborales, y otras experiencias de deslegalización y descriminalización (resultado a menudo sólo de una duplicación de reglas e instituciones), ha encontrado una relevante bibliografía de orientación socialista; sin embargo, no se ha procedido a una comprensión sociológica del tema. Por lo que hace a las experiencias en los países occidentales, desde una perspectiva crítica: ABEL, R. L.: *Delegalization- A Critical Review of Its Ideology, Manifestations and Social Consequences*, en «Alternative Rechtsformen», cit.

(99) LUHMANN, N.: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart, 1974.

(100) Por ejemplo, WASSERSTROM, R. A.: *The Judicial Decision-Toward a Theory of Legal Justification*, University Press, Stanford, 1961, cap. 7. BOLDING, P. O.: *Reliance on Authorities or Open Debate? Two Models of Legal Argumentation*, «Scandinavian Studies in Law», 13 (1969).

(101) Por ejemplo, la mayoría de las contribuciones marxistas a la conferencia del *Research Committee of Sociology of Law of the International Sociological Association*, en Balatón, Hungría, 1976. KULCSAR, K. (ed.): *Sociology of Law and Legal Sciences*, Institute of Sociology of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest, 1977, parte 1.

lógicamente al derecho, su utilidad es sólo concebible dentro del tratamiento conceptual del mismo, *subordinándose* a él (102). En su formulación actual, esos son los dilemas internos del pensamiento jurídico marxista, si bien, las cuestiones involucradas son de significado universal. Analicémoslas:

a) *El marxismo significa desde un principio y automáticamente la aproximación sociológica al derecho.* Esa afirmación puede probarse filosófica y teóricamente. Sin embargo, la cuestión no es la de qué clase de potencial encierra el marxismo, sino qué suministra concretamente aquí y ahora. Esa es una simple cuestión de hecho, a la que sin embargo sólo puede darse una respuesta poco convincente. Por ejemplo, que la primera reconstrucción ontológica del pensamiento metodológico marxista se realizó sólo 85 años después de la muerte de Marx, y que ahora, 15 años después, hay sólo un área particular que ha pasado casi completamente inadvertida, y es la filosofía. Si bien, György Lukács era riguroso no sólo respecto de su propio empeño rupturista, sino con él y a través de él, en estimular un renacimiento general del marxismo. Era riguroso al afirmar que «la elaboración de ciencias de naturaleza universal sobre bases marxistas», lo que «hoy es sólo una tarea, y no algo logrado, ni un resultado existente», es una *tópica* «obligación científica», que «puede ser fructífera en la vida de generaciones enteras» (103). Pues bien, es evidente que no ha aparecido aún una obra modélica de los fundamentos de una teoría social del derecho sobre base marxista, que pueda compararse a la ontología de Lukács, si bien haya intentos parciales. Y como herencia teórica, sólo hay el llamado *normativismo socialista*, que es el producto de una ilusión imbuida de postulados político-ideológicos. Al respetar incondicionalmente lo que ideológicamente ahora existe y al apartar completamente al derecho de los valores específicamente jurídicos, el normativismo socialista se aleja del debate de si el derecho —sin concretar si se trata del derecho capitalista, o socialista o de cualquier otra formación—, el derecho en general, por tanto, puede constituirse en un concepto general inteligible, a manera de un *genus proximum* (104). Y eso nos conduce al segundo razonamiento.

b) *La aproximación sociológica al derecho sólo puede tener un lugar subordinado en la ciencia jurídica.* Con ello se echa en falta la justificación de un tratamiento específico del derecho. Pues la lección del pasado es bien conocida: en el espíritu de la pureza metodo-

(102) Por ejemplo, LUKIC, R. D. (ed.): *Symposium international sur la méthodologie des sciences juridiques*, Academie Serbe des Sciences et des Arts, Classe des Sciences sociales, Belgrado, 1973, especialmente p. 356.

(103) LUKACS, G.: *Postscriptum 1957 zu: Mein Weg zu Marx*, en «Schriften zur Ideologie und Politik», Luchterhand, Neuwied, 1967.

(104) Por ejemplo, SZABO, I.: *Jogelmélet* (Teoría jurídica), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1977, párr. 1.

lógica neokantiana, el normativismo se ha vaciado a sí mismo, al reconocer sólo los valores y eliminar los hechos de la esfera de su investigación; del mismo modo, la sociología jurídica casi se ha hecho estéril al expulsar las cualidades normativas de su esfera de interés (105). Sin embargo, señalar el peligro está totalmente justificado. Pero ello no justifica que la teoría del derecho se ponga al servicio de consideraciones de política jurídica, aceptando sus postulados como un punto de partida incuestionable, y resulte puramente ideológica, como es el caso del normativismo socialista. Y se trasladan esos postulados a la convención lingüística, si se acepta como jurídico sólo lo que llevaba el sello del *reconocimiento estatal* o, lo que es sinónimo, se dejan de investigar con los métodos de la sociología las actuales fuentes del derecho, o la operación mutuamente interdependiente de lo jurídico plenamente desarrollado y su zona de penumbra, así como el papel que en el ámbito desempeñan las diferentes manifestaciones de lo semijurídico y cuasijurídico, o se considera el análisis sociológico sólo como estudio de los *antecedentes o resultado de la legislación oficial*. Pues el supuesto de todo ello es la consideración de la legislación como la fuente exclusiva del derecho, y el conferirle un carácter sagrado. Es necesaria la sociología, aunque no sólo como un método de conocimiento, sino como ayuda práctica para facilitar el éxito en la «realización» de la «voluntad» del legislador.

Así pues, lo que a la luz de la pureza metodológica neokantiana, era sólo concebible como una proyección «sinóptica» de hecho y norma (106), o lo que se consideraba como análisis del «modelo normativo» y su «realización actual» considerados «en su mutua interconexión» (107), constituye ahora el punto de partida de toda investigación en sociología jurídica. Al mismo tiempo, en la relación entre hecho y norma el factor decisivo no es simplemente que «el mismo fenómeno viene definido, y no puede existir el margen de los valores a realizar» (108). Una afirmación de ese tipo debería interpretarse más bien como la lucha de la sociología jurídica por mantenerse como sociología del *derecho*, por preservar lo «jurídicamente distintivo», y consecuentemente el carácter normativo. Para la relación entre hecho y norma, lo decisivo no es el mero hecho del dualismo, ni mucho menos la determinación del aspecto predominante en este dualismo, sino más bien el reconocimiento de *la interdependencia mutuamente inescindible de los hechos sociales, de una parte, y de las nor-*

(105) Cfr., por ejemplo, NONET, P.: *For Jurisprudential Sociology*, en EVAN, W. M.: *The Sociology of Law- A Social -Structural Perspective*, The Free Press, Nueva York, 1980, p. 58.

(106) HORVATH, B.: *A jogelmélet vázolata* (una introducción a la teoría jurídica), Szeged, 1937, VIII.

(107) HORVATH, B.: *Jogelmélet és társadalomelmélet* (Teoría jurídica y teoría social), Szeged, 1935, núm. 7.

(108) Por ejemplo, SELZNICK, P.: *Sociology and Natural Law*, en «The Social Organization of Law», p. 26.

mas sociales y valores, de otra parte. Es el reconocimiento de que, a la vista de sus características significativas, normas y valores son categorías sociales: sólo existen en una forma concretamente condicionada, hecha sensible e interpretable socialmente (109).

Llegados a este punto, la sociología jurídica suministra un estímulo de promoción cuando define su objeto como «fundamentalmente, la crítica ideológica de los sistemas jurídicos existentes» (110). Sin embargo, en mi opinión, no se puede hablar aquí simplemente de «alcanzar una perspectiva» o de maniobrar para el logro de una posición situada «fuera» del sistema legal, esto es, como una relación sólo «externa», en cuyo marco el objeto de investigación es: cómo se infiltran en el razonamiento jurídico los motivos de carácter ideológico (o de clase), haciendo que lo que, en la regulación formal, era una entidad libre de contradicciones se convierta en un contenido socialmente contradictorio (111). Al fin, en el curso de los análisis macrosociológicos es necesario volver al concepto marxista de ideología (112), y *someter el derecho mismo, en cuanto forma de consciencia presente como un medio de actividad social, a la crítica ideológica*. Eso significa que, *al situar en su contexto social las calificaciones dadas de sí mismo por el derecho*, ha de encontrarse una respuesta a las cuestiones: 1) *cómo se transforman esas calificaciones en un ideal y un modelo*; y 2) *cómo se transforman en una fuerza social que tiene un efecto institucionalizado, en un componente de significado formal en la actuación del complejo social como un todo*.

En este punto, las exigencias puestas a las teorías macrosociológicas son, cuando menos, contradictorias. De una parte, se desea la mayor *apertura* posible en su tratamiento, y de otra, una *sensibilidad que mire por lo específico del derecho*. Igualmente, las teorías no macrosociológicas deberían reclamar que las otras teorías prestaran más atención a sus *presupuestos histórico-filosóficos* —motivos escatológicos, asunciones político-ideológicas— de lo que Carbonnier ha

(109) Un análisis apropiado es el que realiza KULCSAR, K.: *A jogszociológia alapjai* (Fundamentos de sociología del derecho), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1976, p. 336, núm. 1, al escribir lo siguiente: «la esencia del estudio sociológico en la ciencia marxista del derecho es que, *en lugar de ser* una manifestación a favor o en contra, que se integra o supera al derecho positivo, contempla «sociológicamente» *al derecho como una forma*, es decir, en su contenido social, sustancia, contexto y función».

(110) KÖNIG, R.: *Das Recht in Zusammenhang der Sozialen Normensysteme*, en HIRSCH, E. E., y REHBINDER, M. (ed.): *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie», 11 (extraordinario), 1967.

(111) *Ibidem*.

(112) Para el concepto marxista de ideología ver: MARX, K.: Prólogo a *A Contribution to the Critique of Political Economy* (1959), en MARX-ENGELS: *Selected Works*, p. 182, y para su interpretación ontológica, *A társadalmi*, etc., de G. LUKACS, volumen III, pp. 10 y ss. Estos conceptos han sido revisados y reinterpretados en un contexto jurídico y político por VARGA: *La séparation des pouvoirs: idéologie et utopie dans la pensée politique*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XXVII (1985), páginas 246-248.

descrito como «gran hipótesis» (113). Al mismo tiempo ha de aceptarse que no sólo las teorías macrosociológicas del pasado tienen supuestos que las sustentan, sino que como una cuestión de hecho es necesario contar con tales supuestos e introducirlos en el caudal de conocimientos: encontrar su lugar en el sistema extremadamente complejo y flexible de nuestros conocimientos, creencias y actividades. Pero es un deseo digno de respeto que las síntesis definitivas de la sociología jurídica —en comparación con las conclusiones, deductivamente «aplicadas», de algunas ciencias sociales— deberían basarse consistentemente en tesis probadas y en resultados parciales empíricamente verificados (114). Sin embargo, permítaseme expresar mi punto de vista de que eso es sólo un *ideal*, al que a lo sumo podemos aproximarnos, si bien esa aproximación —y en nuestro propio interés— sólo puede hacerse *moderamente*. Daré un ejemplo: el deseo formulado por los trabajos contemporáneos de sociología jurídica en América, con el fin de asegurar una separación consistente entre ciencia y política, subrayada por la idea tecnocrática (115), no significa ni puede significar la indiferencia de cualquier teoría por los valores. Bajo el barniz de la novedad, estamos aquí ante un viejo dilema, formulado hace casi 80 años, como cuestión de rectificación de la línea de pensamiento de Félix Somló, un filósofo húngaro, y sociólogo del derecho: *cuanto más perfección immanente alcanza la teoría sociológica, más expuesta se encuentra a ser instrumentalizada por una política cualquiera, si no está bien asentada sobre el fundamento de una teoría de los valores, que ve en la intervención social algo más que una simple técnica, y que no impide la base posible, dirección y finalidad de su utilización* (116). Y con ello vuelvo de nuevo a la mutua interdependencia entre hecho y valor.

Desde el punto de vista de una fundamentación del pensamiento jurídico en clave de ciencia social, veo el papel a desempeñar por las teorías macrosociológicas más en su novedad en el modo de abordar el derecho, que en la madurez de sus logros. Sin embargo, soy de la opinión de que eso no es baladí para el presente, y es resultado deseable para el futuro que su propósito se lleve a cabo.

(Traducción del inglés por JUAN JOSÉ GIL CREMADES)

(113) CARBONNIER: *Flexible droit*, p. 5.

(114) PODGORECKI, A.: *Towards a General Theory in the Sociology of Law*, en «Law and Society», Routledge, Londres, 1974.

(115) BLACK, D.: *The Boundaries of Legal Sociology*, en «The Social Organization of Law», especialmente partes I, III y IV.

(116) Cfr. VARGA: *Somló Bódog jegyzetei Arisztotelész allamböleseletéről* (Postumos comentarios de Félix Somló sobre la Filosofía política de Aristóteles), «Magyar Filozófiai Szemle», XXV (1981), pp. 816-817.