

Durkheim y Weber: surgimiento de la Sociología jurídica y teorización del Derecho como instrumento de control social

Albert Noguera Fernández
Universidad Autónoma de Barcelona
albertnoguera78@hotmail.com

RESUMEN

El propósito de este trabajo es detenernos en ver el proceso de conformación de la Sociología jurídica como ciencia autónoma e independiente, así como revisar los escritos de los dos considerados grandes padres de esta disciplina, Emile Durkheim y Max Weber. A partir de sus textos, intentaremos precisar los aportes de ambos en el nacimiento del análisis sociológico-jurídico y en el desarrollo de una concepción sociológica del Derecho, según la cual éste no sólo puede entenderse como un simple proceso de producción y aplicación de normas coercitivas, sino también como un proceso de creación de nuevas costumbres y relaciones sociales que crean una estructura de pensamiento en los ciudadanos y, por tanto, se convierte en uno de los mecanismos más importantes de la dominación y dirección política, el Derecho como instrumento de control social.

PALABRAS CLAVE: Dogmática jurídica, Sociología jurídica, control social, orden legítimo.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to reflect on the creation of juridical sociology as an autonomous and independent science, and to review the texts of the two great founders of this discipline, Emile Durkheim and Weber. Based on their texts we shall try to establish the actual contribution of both thinkers to the birth of the juridical-sociological analysis, and to the development of a sociological approach to Law, according to which, Law cannot be only understood as a simple process of production and application of restrictive rules, but also as a process that creates new customs and social relations that build a structure of thought in citizens, and therefore becomes one of the most important mechanisms of political domination and rule, Law as an instrument of social control. .

KEY WORDS: Legal dogmatism, Juridical Sociology, social control, legitimate order.

Empezaré diferenciando las dos posturas definidas en torno al nacimiento de la Sociología jurídica. Algunos autores como Jean Carbonnier en *Sociología jurídica* (1972), afirman que la Sociología jurídica surge, a finales del siglo XIX y comienzos del XX, de la adaptación o aplicación de los métodos de la Sociología general al campo jurídico¹. Por el contrario, otros autores, como Francisco Ayala (nac. 1906) en su *Tratado de Sociología* (1947), refiriéndose a la Sociología del Derecho, dicen:

«...no ha de pensarse, en modo alguno, que ella aparezca en la historia de la especulación científica como un derivado de la Sociología general. Por el contrario, precede en el tiempo a su constitución como disciplina independiente, y es la propia sociología quien recibe muchos de sus estímulos iniciales a través de la previa consideración científica del Derecho o de algunos de sus problemas».²

No obstante, Ayala hace esta afirmación partiendo de una concepción del Derecho estrechamente vinculada con la estructura de la dominación político-social, con la *ciencia política* («una política desprovista de ordenamiento jurídico sería tan inconsistente en la práctica como inconcebible un Derecho desasistido de organización política»³), identifica Derecho con la Ciencia política, la cual, teniendo sus orígenes ya en Nicolás Maquiavelo (1469-1527), concretamente en *El príncipe* (1513-1515) y *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1513-1517), donde se analiza por primera vez, el aspecto organizatorio de las relaciones de poder y como éstas operan sobre la estructura social, desde una óptica secularizada y como objeto autónomo de estudio (en Aristóteles la política forma parte de la ética y en Tomás de Aquino de la religión), constituye, sin duda, el antecedente de la disciplina sociológica.

A pesar de esta última opinión, existe un consenso generalizado entorno a la primera postura, defendida por Carbonnier. La Sociología jurídica, afirma también Gregorio Robles en *Sociología del derecho* (1993), es a posteriori de la Sociología general y utilizará los conceptos sociológicos generales de descripción de las formas sociales básicas de toda sociedad en su referencia al Derecho⁴. Precisamente, por esta utilización de conceptos paralelos a los de la Sociología formal general, es que le surge a la Sociología jurídica uno de sus principales obstáculos para encuadrarse o abrirse paso en el seno de las disciplinas jurídicas, la dificultad de encontrar su propio «instrumental de análisis», su propio

1 CARBONNIER, J. *Sociología jurídica*. Ed. Tecnos. Madrid. 1982. p. 15.

2 AYALA, F. *Tratado de sociología*. Ed. Losada S.A. Buenos Aires. 1947. T. II. p. 400.

3 Ídem.

4 ROBLES, G. *Sociología del derecho*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. p. 70.

acervo de conceptos, lo cual nos lleva a enfrentar la pregunta, tan debatida tanto en la teoría sociológica como jurídica, de si es posible hablar de un *concepto sociológico del Derecho*. Sobre esta cuestión se han formulado dos posiciones:

La posición sociologista, que establece que sólo es posible un concepto sociológico del Derecho, afirmación que implica la negación de la legitimidad o de la autonomía de lo «jurídico», de lo que es propio de la ciencia del derecho, lo cual es absurdo. Para los sociologistas, el derecho es una realidad social, y no otra cosa, y por consiguiente sólo es investigable mediante los procedimientos de la ciencia que estudia la realidad social, la Sociología. Como señala Gregorio Robles en *Sociología del Derecho*, según estos autores, «la ciencia jurídica (dogmática, teoría general) queda al margen del planteamiento sociologista, ya que no se enfrenta a hechos, sino a meras palabras, buscando no la descripción de lo acontecido, sino la interpretación de textos. La ciencia jurídica tradicional - dicen- no es una verdadera ciencia, sino un residuo metafísico de la cultura occidental que puede cumplir una misión pragmática (aclarar el material normativo, ordenarlo, etc.) pero que no reúne seriamente los requisitos para elevarla a la categoría de ciencia»⁵. Por esta razón, proponen la creación de una nueva ciencia del Derecho, la auténtica y única posible, la Sociología del derecho. A esta posición volveré más adelante al hablar del *movimiento del derecho libre*.

Frente a la posición sociologista, se alza un normativismo cuya idea básica es que el Derecho es un sistema de normas y que por consiguiente, la Sociología del Derecho se tiene que limitar a estudiar los hechos en relación con las normas, sin llegar a obtener una conceptualización propia. Esta postura ha diseñado un determinado tipo de investigación sociológico-jurídica, usual durante los últimos decenios en la sociología jurídica germano-occidental, que se limita a una investigación social empírica, más o menos atórica, de proyectos por encargo. Ésta se ha encaminado a la obtención de información histórico-social a través de la investigación de los hechos jurídicos y a obtener resultados concretos que tributen a la solución inmediata de problemas socioeconómicos, sin prestar atención a la investigación básica teórico-jurídica, que queda desplazada al campo de la teoría y la filosofía del Derecho. Ejemplo de ello son las conocidas investigaciones «KOL» (*Knowledge and Opinions about Law*), indagaciones sobre los niveles de conciencia y cultura jurídica de la población, las actitudes de las personas ante las normas, las investigaciones sobre los operadores del Derecho, etc. El antecedente o raíz de este diseño de investigación sociológico-jurídico germano-occidental, lo encontramos en la influencia de la obra de Emmanuel Kant (1724-1804). En su *Metafísica de las costumbres* (1797), el autor, con respecto a la pregunta ¿Qué es el Derecho?, establece que la única manera de salvar las dificultades gnoseológicas y epistemológicas que ella plantea, es divi-

5 Ídem. p. 126.

diéndola en otras dos: a) la pregunta acerca de «¿Qué es el derecho (*quid sit iuris*)?», la cual debe responderse recorriendo a aquello «que las leyes dicen o han dicho en un cierto lugar y en un cierto tiempo»; y, b) la pregunta acerca de si lo que las leyes dicen «¿es conforme a Derecho?», es decir, si son justas o injustas (*iustum et iniustum*), la cual sólo es posible responder, dice Kant, si el jurista estuviera dispuesto a abandonar por lo menos «por un tiempo aquellos principios empíricos» y a buscar «las fuentes de aquellos juicios en la mera razón» a fin de «construir los fundamentos de una posible legislación positiva»⁶. Kant sustentaba pues, la imposibilidad de una teorización empírica del Derecho, y no hay duda que gracias a la influencia de esta división del cuestionamiento en el desarrollo de la ciencia jurídica, muchas veces, la definición del concepto de Derecho y su teoría no han sido conducidas por una vía histórico-social, sino por la vía meramente «racional» de la filosofía del Derecho y la moral.

No obstante los planteamientos de Kant y de su influencia, incluso hasta nuestros días, en determinados sectores de la sociología germano-occidental, a mediados del siglo XIX tiene lugar en Alemania, fruto del decisivo efecto que causaron tanto los críticos de Kant –los cuales afirmaban que las condiciones histórico-sociales determinan y signan también todo conocimiento del Derecho–, como la obra pionera de Rudolf von Jhering (1818-1892) –principalmente con su obra tardía en dos tomos *El fin en el Derecho* (1877 y 1883) que constituye el paso a una fundamentación sociológica del Derecho–, un cambio profundo en el diseño total de la acción y la investigación de la jurisprudencia, la teoría y la filosofía del Derecho, que nos permite hablar ya del surgimiento de una auténtica «concepción sociológica del derecho» –no sociologista, como veremos después–.

LA CONTRIBUCIÓN DE DURKHEIM Y WEBER EN LA FORMACIÓN DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Fueron Emile Durkheim (1858-1917) en Francia, pero sobre todo, Max Weber (1864-1920) en Alemania, quienes empiezan a consolidar la Sociología jurídica como una ciencia autónoma y con un sistema conceptual propio dentro de la disciplina jurídica. Es cierto que los conceptos que usan los dos autores son, en gran medida, conceptos sociológicos o jurídicos previos, pero que al referirse, dentro del marco de análisis de la Sociología jurídica, los primeros al Derecho y los segundos a su relación con la sociedad, se reformulan y crean su propia idiosincrasia, se convierten en conceptos sociológico-jurídicos, no es lo mismo por ejemplo, una «acción» en el sentido sociológico-jurídico –acción social– que en el sentido de «acción jurídica».

6 Véase KANT, E. *La metafísica de las costumbres*. Trad. Cortina A., Conill J. Ed. Tecnos. Madrid. 1989. pp. 38-39.

La obra de ambos, Durkheim y Weber, puede delimitarse, a partir del estudio que hacen en sus escritos, en dos partes principales: 1) un planteamiento previo de carácter metodológico, de delimitación del método, objeto y función de la Sociología jurídica frente a la Ciencia jurídica tradicional; y, 2) lo que son propiamente sus escritos sociológico-jurídicos. Para el tema que ahora nos interesa, la creación de la Sociología jurídica como ciencia independiente, nos detendremos primero en la primera de las dos partes.

Empezando con Durkheim, su contribución a la formación de la Sociología jurídica puede constatare por atribuírsele la creación de un gran número de conceptos de los que se sirven corrientemente las investigaciones sociológico-jurídicas. La *coacción social*, la *conciencia colectiva*, etc., son nociones que él forjó y que son frecuentemente usadas por los juristas sociólogos. No obstante, la aportación más importante de Durkheim en la formación de la Sociología jurídica como ciencia autónoma, la encontramos en la *regla de la objetividad*, descrita por él, como la primera de las *Reglas del Método sociológico*. En el segundo capítulo de su obra *Las reglas del método sociológico* (1895), Durkheim establece esta *regla de la objetividad*: «Los fenómenos sociales son cosas y deben ser tratados como tales, [...] necesitamos pues, considerar los fenómenos sociales en sí mismos separados de los sujetos conscientes que se los representan. Es preciso estudiarlos desde afuera, como cosas exteriores»⁷.

La idea de tratar los fenómenos sociales y consecuentemente, también el Derecho, como una cosa, ha sido esencial para la Sociología del derecho. Como afirma Jean Carbonnier en su *Sociología jurídica*, «ha sido incluso más esencial aún para la Sociología jurídica que para la Sociología general, pues, para estudiar los fenómenos no jurídicos (salvo tal vez los fenómenos éticos), la posición más natural es mirarlos desde afuera, mientras que el que observa su propio sistema de derecho tiende espontáneamente a meterse dentro de él; y si no puede erigirse en legislador-reformador, se comporta por lo menos como intérprete»⁸.

Hicieron falta pues, las lecciones de Durkheim para sugerir a la Sociología jurídica este «*desde afuera*» decisivo en su constitución. Con esta regla Durkheim establece el fundamento para la aparición de la Sociología jurídica como ciencia separada de la dogmática jurídica, dualismo que será desarrollado en los años siguientes en Alemania, principalmente, por Max Weber.

Muchos autores han atribuido a Max Weber y a sus trabajos de carácter metodológico: Roscher y Knies y los problemas lógicos de la escuela histórica de economía (1903); R. Sammler. *Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung* (1907); su intervención en las discusiones, celebradas

7 DURKHEIM, E. *Las reglas del método sociológico*. Ed. Ciencias Sociales. La Habana. 1972. pp. 60-61.

8 CARBONNIER, J. *Sociología jurídica*. Ob. cit. p. 67.

en el Frankfurter Soziologentag (1910), sobre la problemática metodológica de la ciencia sociológico-jurídica, respondiendo a las conferencias pronunciadas por A. Voigt (*La Economía y el Derecho*) y H. Kantorowicz (*La ciencia jurídica y la sociología*); *Sobre algunas categorías de la sociología comprensiva* (1913); y, el capítulo I de la parte II (*La economía y los ordenes sociales*) de su gran obra *Economía y Sociedad* (1922); el haber delimitado de manera definitiva, el método, objeto y función de la Sociología jurídica.

El gran aporte de Weber en la formación de la sociología jurídica como ciencia autónoma, fue su doctrina, desarrollada en el conjunto de estas obras, del *dualismo* en los tipos de métodos para el análisis de los fenómenos jurídicos. Weber distingue entre el *método dogmático-jurídico* y el *método sociológico-empírico*. En *Economía y Sociedad*, Weber escribió:

«Cuando se habla de *derecho, orden jurídico, preceptos jurídicos*; debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: que significación o que sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal, que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que exista la probabilidad de que los hombres que participen en la actividad comunitaria, sobretudo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica».⁹

La *regla jurídica* y el *ordenamiento jurídico* pueden estudiarse, establece Weber, de dos formas distintas. En su sentido *dogmático*, es decir, como un análisis del contenido objetivo lógicamente correcto de cada uno de los preceptos jurídicos por separado, así como en su interrelación mutua con la finalidad de ordenarlos en un sistema coherente exento de contradicciones, permaneciendo por tanto, en el mundo de los conceptos; o bien, en su sentido *empírico*, esto es, como un análisis causal que trate de analizar las causas y los efectos de la existencia fáctica de un orden jurídico, sus condicionantes causales (factores económicos, políticos, etc.), así como sus efectos, en tanto complejo de máximas normativas que operan como determinante en el pensamiento y actuar social de los seres humanos.

En consecuencia, el derecho, según Weber, puede ser objeto tanto de una investigación normativo-formalista de carácter abstracto, como de una investigación puramente causal.

A parte de Weber, el análisis metodológico comparado entre sociología jurídica y ciencia jurídica tradicional, es abordado en Alemania, también por otros

9 WEBER, M. *Economía y sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1964. p. 251.

autores de la época, como Eugene Ehrlich (1862-1922), en su obra *Metodología de la ciencia del derecho* (1913), y Herman Kantorowicz (nac. 1877) en *La lucha por la ciencia del derecho* (1906). Estos autores, inspirados en Büllow y su escrito *La ley y la función judicial* (1855), fueron los fundadores y máximos representantes del denominado *movimiento del Derecho Libre*.

El *movimiento del Derecho Libre* separaba de manera tajante entre Sociología jurídica y dogmática jurídica y reivindicaba, como establece María José Fariñas Dulce en *La sociología del derecho en Max Weber* (1989), una «sociologización» absoluta del pensamiento jurídico –posición sociologista–, hasta el punto de que la Sociología jurídica aparece con la idea de excluir a la dogmática jurídica. Según los defensores de este movimiento, la ciencia que no se atiene a los hechos de la realidad, no es, en verdad, ciencia. Este argumento fue utilizado contra la dogmática jurídica, en cuanto que esta es una ciencia cuyo objeto es el estudio de las normas jurídicas, con la finalidad de hallar en ellas el contenido de sentido de las mismas y formar un sistema cerrado y coherente¹⁰. En *Metodología de la ciencia del derecho*, Ehrlich llega a escribir que «la Sociología del derecho es la verdadera (y única) teoría científica del derecho»¹¹.

La crítica que Weber lanzó a estos autores¹² gira entorno a la postura extremadamente sociologista mantenida por ellos, entorno a su pretensión de primacía de la ciencia sociológico-jurídica frente a la dogmática jurídica. Para Weber, por el contrario, «existen dos tipos de aproximación al derecho: la sociológica y la jurídica, y consiguientemente dos métodos diferentes, pero ambos igualmente válidos desde el punto de vista científico –la dogmática jurídica es insustituible por la sociología jurídica, y lo es tanto por razones teóricas como prácticas–»¹³. Como establece Elías Díaz en *Sociología y Filosofía del Derecho* (1986), Weber «impide la imposición de la Sociología jurídica sobre la dogmática jurídica, salvando expresamente la idea del Derecho como norma coactiva; con ello, puede decirse, suministra base suficiente para afirmar la coherente compatibilidad entre una concepción normativa del Derecho y una auténtica Sociología jurídica»¹⁴.

En la defensa de este dualismo metodológico, Weber estuvo directamente influenciado por su amigo Georg Jellinek (1851-1911) quien, en sus obras *Teoría General del Estado* (1900) y *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*

10 FARIÑAS, M.J. *La sociología del derecho en Max Weber*. Ed. Universidad Autónoma Nacional de México. México. 1989. p. 58.

11 EHRLICH, E. *Metodología de la ciencia del derecho*. Versión castellana de Marcelino Rodríguez Molinero. Ed. Ariel. Barcelona. 1980. p. 105.

12 La crítica de Weber hacia Ehrlich se hace explícita en el capítulo I de la parte II (*La economía y los órdenes sociales*) de *Economía y Sociedad* (1922); mientras que la crítica lanzada a Kantorowicz tiene lugar en la ya mencionada intervención de Weber en el frankfurter Soziologentag (1910), respondiendo a la conferencia de Kantorowicz titulada *La ciencia jurídica y la sociología*.

13 FARIÑAS, M.J. *La sociología del derecho en Max Weber*. Ob. cit. p. 60.

14 DÍAZ, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Ed. Taurus Ediciones, S.A. Madrid. 1986. p. 145.

(1903), destaca, de forma previa a Weber, la *coexistencia*, juntamente al enfoque estrictamente jurídico del Derecho, que consideraba excesivamente limitado, de un enfoque empírico del mismo, diferenciando lo que, en la segunda de estas obras, denominó la consideración «*naturalista*» o *empírico-causal* y la consideración *jurídica*, propia de la dogmática jurídica. En una nota a pie de página de su ensayo *Roscher y Knies y los problemas lógicos de la escuela histórica de economía*, Weber escribe: «La distinción lógica de principio entre las formaciones conceptuales de la jurisprudencia y de las disciplinas puramente empírico-causales ha sido formulada con claridad por Jellinek en su *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª. Edición, p. 23 y siguientes»¹⁵.

La diferencia entre Jellinek y Weber reside pero, en el grado de profundización que ambos autores dieron a esta distinción de tipos de método para el análisis de los fenómenos jurídicos. Si bien Jellinek reconoció la distinción pero nunca llegó a reconocer una dualidad de objetos correspondientes a cada método, Weber, en cambio, si diferenció, como hemos visto, la existencia de objetos de estudio distintos para el método dogmático-jurídico y el método empírico-causal.

En resumen, y como he señalado, a pesar de las contribuciones de estos otros autores, Durkheim y Weber son considerados como aquellos quienes dotan de identidad, quienes crean, la denominada *Sociología jurídica* como tal. Francia y Alemania, principalmente, son los países donde ésta se crea y desarrolla.

Por el contrario, la presencia de esta ciencia en el resto de países, fue en un primer momento limitada, el pensamiento sociológico en los países anglosajones, Gran Bretaña y Estados Unidos, si bien parte en ambos de la misma fuente, Herbert Spencer (1820-1903), su desarrollo posterior es diferente. En Inglaterra, se hace muy difícil hablar de una Sociología General post-spenceriana —quizá la única excepción la constituya Leonard T. Hobhouse (1864-1929)¹⁶—, y mucho menos de una Sociología Jurídica, las causas han sido señaladas por diferentes autores, Ayala F. en *Tratado de Sociología*, escribe:

«los últimos años del siglo XIX significaron un desvanecimiento de las ilusiones en un orden mundial estable, dentro de un marco institucional capaz de abrir paso por medio de reformas espontáneas a una organización racional de las relaciones sociales. El imperio británico, sostén de aquel orden que se suponía susceptible de progreso indefinido, entra en una fase de contracción. Sus descalabros no asumen, ciertamente, proporciones catastróficas ni autoriza a hablar de liquidación, pero es evidente que la Gran Bretaña está obligada a ceder acá y allá, al mismo tiempo que

15 WEBER, M. «Roscher y Knies y los problemas lógicos de la escuela histórica de economía». En WEBER, M. *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales*. Traducción y estudio preliminar de J.M. García Blanco. Ed. Tecnos, S.A. Madrid. 1985. Pág. 103. Nota núm. 136.

16 Algunas de sus obras principales son: *The Theory of Knowledge* (1898) y *Social developmente* (1924).

comienzan a alzarse frente a ella como potencias mundiales, por una parte, el Imperio Alemán, dispuesto a disputar la hegemonía, y por la otra, los Estados Unidos que, cerrando su crecimiento colonial interno, ingresan con pujanza en el juego de la política internacional. Ante la situación así cambiada, Inglaterra se aferra a su vieja estructura en una actitud conservadora, puramente defensiva, que si no autoriza a mantener la concepción correspondiente a la pasada confianza, tampoco la obliga a crudas confrontaciones con la realidad, como hubiera ocurrido en el caso de una ruptura crítica del equilibrio nacional. No había pues, espacio ni para aquella sociología que quiere ser explicación e instrumento de un orden pacífico en marcha, ni para esa otra que pretende dar razón de la catástrofe y superarla. Por eso la sociología decae, es abandonada»¹⁷.

Asimismo, J. Rumney en su libro *Sociología. La ciencia de la sociedad* (1973), escribe «esta disciplina —la sociología— es esencialmente un producto de la crisis y de las transformaciones sociales repentinas, ahora bien, este país —Inglaterra— fue siempre el de la estabilidad y de los cambios paulatinos, una nación de reforma y evolución y no de crisis y revolución. Por eso, las bases de la vida social no han sido en los primeros tiempos, objeto de la preocupación científica»¹⁸.

En el caso de Estados Unidos, en contraste con Gran Bretaña, sí continúa el desarrollo de la sociología inaugurada por Spencer. La expansión territorial hacia nuevas regiones, que formarían juntas los Estados Unidos, y el trabajo espiritual en éstas —creación de nuevos ideales— que ello exigía, suponía posibilidades y estímulos a la producción sociológica. Y todavía cerrada la expansión territorial, hubo de continuar desarrollándose la misma actitud espiritual a favor ahora de otra expansión, la del capitalismo colonizador, que a un gran ritmo de evolución, daba lugar al sentimiento de una prosperidad indefinida, la cual se prolongó hasta la gran crisis económica que culmina en 1929. Destacan en esta disciplina, Lester Ward (1841-1913) y Franklin Giddings (1855-1931), representantes del denominado *evolucionismo psicológico*, y Charles Horton Cooley (1864-1929) de la orientación *interaccionista*; en el campo de la Sociología jurídica, podríamos destacar a Roscoe Pound (nac. 1870) autor de un artículo titulado *Sociología y Jurisprudencia*, publicado en la obra enciclopédica *Sociología del Siglo XX* (trad. 1965) dirigida por Georg Gurvitch y Wiber E. Moore, y más tarde, de *Introduction to the Philosophy of Law* (1922) y *Social Control Through Law* (1942); Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962) de quien cabe destacar sus obras *The Brumby Bush* (1930) y *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (1960)¹⁹; y, Edgar Bodenheimer (nac. 1908) autor de *Teoría del derecho* (trad. 1942).

17 AYALA, F. *Tratado de sociología*. Ob. cit. T.I. pp. 128-129.

18 RUMNEY, J. *Sociología. La ciencia de la sociedad*. Ed. Paidós. Buenos Aires. 1973. p. 115.

19 En 1925 Yewellyn ingresa como docente en la Columbia Law School, universidad donde empezaba a surgir el *movimiento del realismo legal* y del cual, pronto, Llewellyn se constituirá como

En cuanto a Italia, si bien en Sociología General nunca tuvo gran influencia fuera del ámbito nacional, sólo con Wilfredo Pareto (1848-1923) ésta adquiere universalidad; en su rama jurídica operó una verdadera revolución internacional en la teoría del Derecho, especialmente en lo que se refiere a la sociología jurídico-penal, aquí cabe señalar la antropología criminal de César Lombroso²⁰ (1835-1909), que actuó como antecedente de la sociología del derecho penal italiana, que tuvo como máximo expresión, la sociología criminal de Enrique Ferri²¹ (1856-1929).

Respecto a la constitución de la Sociología en los países de lengua española, su nacimiento coincide con el momento de la definitiva ruptura del Imperio español, que en el proceso de su decadencia, se disgrega en una multitud de nuevos

su máximo exponente. Este movimiento surge como contrapuesto a la entonces concepción formalista dominante de la «jurisprudencia mecánica», según la cual a la hora de resolver un caso, los jueces basan su sentencia estrictamente en la aplicación mecánica de las normas legales sin tener en cuenta su concepción sobre ello, lo que significa que a casos iguales, sentencias iguales. Contrariamente, el realismo legal afirma que una mirada detenida en los factores que realmente llevan a un juez a resolver un caso, rebela que éstos deciden no tomando como principal factor determinante de la decisión las normas legales, sino su sentido de lo que creen que hubiera sido correcto hacer en función de los hechos concretos del caso. Las normas legales se constituyen entonces, como mera justificación o racionalización posterior a una decisión basada en consideraciones no legales sino de sentido.

Ahora bien, dentro del movimiento del realismo legal existían dos concepciones diferentes: la primera, la concepción sociológica, encabezada por el propio Llewellyn. Ésta establece que existen diferentes fuerzas sociales como la socialización de la experiencia profesional o el propio trasfondo económico de los jueces que determinan el «sentido» de los hechos a partir del cual los jueces acostumbran a tomar sus decisiones. Por lo tanto, a partir del estudio de estas fuerzas sociales puede llegarse a una predicibilidad de las sentencias.

La otra concepción es la «idiosincrásica», representada por Jerome Frank en *Law and the Modern Mind* (1930), que afirma que lo que determina el sentido a partir del cual el juez valorará unos hechos, no son fuerzas sociales, sino la indiosincracia personal del juez, la personalidad del juez es el factor principal en la administración de la Ley. (Véase *Internacional Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. pp. 8.999-9.001. En www.utexas.edu/law/faculty/bleiter/LllewellynEncyclopedia.pdf).

- 20 Lombroso fue uno de los más discutidos psiquiatras y especialistas en antropología criminal durante las últimas décadas del siglo XIX y comienzos del XX. Sus investigaciones y observaciones sobre el cretinismo y la locura lo condujeron a sentar la tesis de las bases patológicas, e incluso, criminales, del genio. El genio es, según Lombroso, una forma de epilepsia estrechamente ligada a impulsos criminales. Las ideas de Lombroso se fundaban en gran parte en el modelo de los procesos de degeneración psíquica. Dentro de estos mismos procesos puede estudiarse la delincuencia. Ello llevó a Lombroso a propugnar una revisión del concepto de delito y a considerar la necesidad urgente de reformar las leyes penales. Si el delito tiene una naturaleza patológica, debe curarse más bien que castigarse. La escuela positiva del Derecho penal debe mucho de su impulso a las investigaciones y a las ideas y proposiciones de Lombroso. (FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía*. Ed. Ariel. Barca. 1994. T. III. p. 2208).
- 21 Mientras Lombroso estudió los aspectos patológicos de la criminalidad, Ferri se consagró a las investigaciones de los aspectos jurídicos y sociológicos. Contra el sistema tradicional de la pena por el delito, Ferri propugnó y elaboró en detalle los procedimientos penales de reforma del delincuente. Puesto que el delito es producido por una serie de factores fisiológicos, psicológicos y sociales no imputables al criminal, no se deben establecer leyes penales basadas en la supuesta libertad completa del individuo para cometer o no delitos. Tales leyes penales, dice Ferri, son a la vez injustas y contraproducentes, pues no logran eliminar la criminalidad que se proponían combatir. (Ídem. T. II. p. 1248).

Estados, cortados, o pretendiendo serlo, según el modelo «nacional» que ideológicamente prevalecía y alcanzaba por entonces el punto de su mayor auge en el mundo. Junto con la actitud espiritual propia de la cultura hispánica, debe trabajarse ahora el problema del propio destino, tan enlazado al tema central de la Sociología. En España, debemos señalar como precursor en la elaboración de una obra estrictamente sociológica, a Francisco Giner de los Ríos (1839-1915), que influenciado por el alemán Krause (1787-1832), concibe la sociedad como un organismo de carácter eticista, en el que resulta particularmente notable la concepción del Derecho como uno de sus principios constitutivos. En esta misma línea krausista iniciada por Giner, destacan también Manuel Sales y Ferré (1843-1910) con *Estudios de Sociología. Evolución social y política* (1889), Adolfo Posadas (1860-1944), con *Tratado de Derecho Político* (1935) y Rafael Salillas (1855-1923), que influenciado por la escuela positivista italiana de criminología, escribe *La vida penal en España* (1888)²².

En Latinoamérica y unidos a los procesos de independencia, autores como Domingo Faustino Sarmiento (1811-1888) y José Martí (1853-1895), al escribir desde una óptica humanista y nacionalista y partiendo de la realidad en que vivían y actuaban, sobre los principios de reorganización de la sociedad, constituyen claros antecedentes de la disciplina sociológica, aunque no podemos clasifi-

22 El arraigo del krausismo y, de su concepción del Derecho, en España, puede explicarse como fruto, entre otras causas, de la situación política del país durante la segunda mitad del siglo XIX. En setenta años (1800-1868) de constitucionalismo español, no hubo ningún cambio dirigido a beneficiar a la masa del pueblo, a pesar de las esperanzas puestas por el pueblo en el Partido Liberal –progresista–, en los momentos más influyentes del liberalismo –1820-1823, Guerra Civil 1834-1840, regencia de Espartero 1840-1843, el brevísimo paréntesis de 1854-1855, hasta 1868–, tampoco éstos llevaron a cabo ninguna reforma en tal sentido. Dos son pues, los rasgos que describen el período: el fracaso y la inutilidad de toda reforma –la desconfianza creada de que lo mismo daba que gobernarán unos que otros, pues el resultado sería siempre el mismo– y la corrupción como sistema.

En este contexto, se conforman tres tendencias de pensamiento en la juventud intelectual de la época: 1) la radical, adherida a la democracia y entregada apasionadamente a la revolución; y, 2) la apolítica, dividida en dos grupos: a) el grupo que pretendía superar los viejos partidos (absolutistas y liberales –progresistas y moderados–) y formular una política nueva basada en una teoría filosófica firme –éstos acabarán uniéndose a la democracia–; y, b) un gran número que tenía aversión política por cuanto pudiese poner en peligro, por las continuas oscilaciones del poder, su modo de vida, aunque éste fuese bastante miserable.

Entre las dos primeras tendencias, finalmente unidas, existía un anhelo hacia una imagen anticipada de la forma ideal de sociedad y Derecho a que aspiraban. ¿Cuál era esa imagen de Derecho? La arbitrariedad con que legislaban los diferentes gobiernos a los largo del siglo XIX, hacía que esta imagen ideal no era la ley positiva, proveniente de una autoridad inconstante o arbitraria, sino los derechos naturales, absolutos e imprescindibles, que la teoría liberal había afirmado derivaban de la propia naturaleza del hombre. Eso hizo que la concepción krausiana del Derecho, formulada por Krause en *Derecho natural* (1802) y *Filosofía del Derecho* (1828), heredera del pensamiento de Kant, que planteaba que el Derecho –en el sentido de «lo justo»– no debe buscarse en lo circunstancial, en lo histórico-concreto, sino en la razón y la naturaleza humana, acabara siendo sistema jurídico-filosófico de referencia. (Véase TERRON, E. *Sociedad e ideología en los orígenes de la España contemporánea*. Ed. Península. Barcelona. 1969).

carlos como sociólogos. Ya dentro de la sociología e inspirados principalmente en el positivismo de Comte, sobresalen los chilenos José V. Lastarria (1817-1888), Valentín Letelier (1852-1919) y Juan Enrique Lagarrigue (nac. 1852), el portorriqueño Eugenio María Hostos (1839-1903) con su obra *La moral social* (1888), los hermanos argentinos Francisco (1847-1893) y José María Ramos Mejías y el cubano Bustamante Montoro A.S. con *Sociología jurídica* (1946).

DERECHO Y CONTROL SOCIAL.

Visto como surge la Sociología jurídica y su metodología, detengámonos ahora en el *corpus teórico* de la concepción sociológica del derecho y, concretamente, en uno de sus principios básicos, la concepción del Derecho como instrumento de control social. De entre la gran cantidad de definiciones existentes sobre el concepto de *control social*, partiré, por escoger una, de la establecida por el sociólogo francés A. Viroux en *Léxico de Sociología* (trad. 1964). Se entiende por control social, «el conjunto de los medios y de los procedimientos por medio de los cuales un grupo o una unidad social, encamina sus miembros a la adopción de los comportamientos, de las normas, de las reglas de conducta, en una palabra, de las costumbres, que el grupo considera como socialmente buenas»²³.

En base a esta concepción, la Sociología jurídica aborda el Derecho como principal medio de control social. El Derecho, señala Francisco Ayala (nac. 1906) en su *Tratado de Sociología* (1947), es un sistema unitario y cerrado que ordena la totalidad de los materiales de la experiencia humana, el Derecho recubre normativamente el conjunto de actividades vitales. Esa sistematización contiene, como uno de sus momentos esenciales, el intento de realizar el valor «*justicia*», mediante el cual se «*legitima*» el orden social²⁴. No me detendré ahora en describir como tiene lugar el ingreso de un determinado concepto de *justicia* en la esfera espiritual de los individuos, sólo citar que este proceso no se produce mediante una invocación directa de la justicia según sus concepciones abstractas, sino a partir de una conexión con la costumbre o la realidad histórico-concreta²⁵. «*Orden*» y «*jus*»

23 VIRoux, A. *Léxico de Sociología*. Ed. Estela. Barcelona. 1964. p. 26.

24 AYALA, F. *Tratado de Sociología*. Ob. cit. 1947. T. II. pp. 415-416.

25 Sobre este tema véase a Georg Jellinek con su obra *Teoría General del Estado* (1900), ubicado dentro de la *concepción psicologista del Derecho*, Jellinek defiende que los hombres obedecen o desobedecen las normas impulsados o motivados por un sentido de moralidad, por creer que estas son «justas» o «injustas», y este sentido de moralidad es modelado y determinado, en gran parte, no por principios de justicia absolutos y universales como establece la interpretación iusnaturalista, sino por el poder del hábito, por lo que llaman, la *fuerza normativa de lo real*. El hombre ve lo que constantemente le rodea, lo que sin cesar percibe y sin interrupción ejecuta, no sólo como un hecho, sino también como una norma de juicio, a la que intenta hacer que se conformen y se adecuen los hechos heterógenos y discordantes. (Véase JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos Urruti. Ed. Librería General de Victoriano Suarez. Madrid. 1914. T.I. pp. 423 y ss.).

ticia» son pues, cosas que se implican recíprocamente del modo más riguroso, el Derecho organiza un «orden» y al mismo tiempo lo «justifica». Se convierte en un «orden legítimo», ello nos lleva forzosamente a referirnos de nuevo a Max Weber.

Para Weber, en la conformación de la vida social de los hombres, el Derecho adquiere un carácter central como fuente de orden normativo de las conductas. Como afirma Talcott Parsons (nac. 1902) en *Evaluación y objetividad en el ámbito de las Ciencias Sociales: una interpretación de los trabajos de Max Weber* (1965), «en *Economía y Sociedad*, después de una exposición muy condensada de su posición metodológica, Weber se dedica de inmediato a bosquejar su clasificación de los tipos y de los elementos del orden normativo de la sociedad»²⁶. Empieza, en efecto, con los conceptos de uso y costumbre, para pasar en seguida al concepto de «orden legítimo» y sus tipos: la convención y el Derecho.

«El orden legítimo –dice Fariñas Dulce M.J. en *La sociología del Derecho en Max Weber*– representa, en la teoría sociológica weberiana, la institucionalización de la conexión de sentido de las acciones sociales de los individuos. De tal forma que –los individuos– orientan sus acciones por la *representación* de la existencia de un orden legítimo»²⁷. Éste, el «orden legítimo», es aquel conjunto de máximas de comportamiento, cuyas representaciones operan en los individuos como modelos de conducta.

En el análisis de las formas de elaboración normativa en su evolución histórica, Weber ubica, en las sociedades modernas, el «orden jurídico» dentro de la categoría de «orden legítimo». En la modernidad, el orden jurídico es caracterizado como un orden legítimo que «está garantizado externamente con la probabilidad de coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión»²⁸.

Sin embargo, esta definición no puede llevarnos a encuadrar la definición weberiana de Derecho dentro de la *teoría jurídica de la coacción* (Hobbes, Austin, Kelsen, Olivecrona), la cual considera como eje central del concepto de Derecho, la aplicación de sanciones por parte del aparato coactivo. Como dice Robert Alexy (nac. 1945) en *El concepto y la validez del Derecho* (trad. 1994), «el concepto sociológico de Derecho de Max Weber es mucho más complejo que lo que permite percibir la frase citada»²⁹. La consideración del Derecho, por parte de Weber, como un «orden legítimo» pone de manifiesto su creencia en la rela-

26 PARSONS, T. *Evaluación y objetividad en el ámbito de las Ciencias Sociales: una interpretación de los trabajos de Max Weber*. Versión castellana de O. Colman. En PARSONS, T. y otros. *Presencia de Max Weber*. Selección de José Sazbón. Ed. Nueva Visión. Buenos Aires. 1971. p. 25.

27 FARIÑAS DULCE, M. J. *La sociología del Derecho en Max Weber*. Ob. cit. p. 21.

28 WEBER, M. *Economía y sociedad*. Ob. cit. p. 27.

29 ALEXY, R. *El concepto y la validez del Derecho*. Ed. Gedisa. Barcelona. 1994. p. 22. Nota. 2.

ción existente entre el concepto de Derecho y la teoría de la legitimidad (conexión entre Derecho y Sociología política), conexión desarrollada más tarde por la llamada *teoría del reconocimiento* de Jürgen Habermas (nac. 1929), Ralf Dreier y el propio Robert Alexy, la cual establece que lo que verdaderamente importa en el Derecho es su reconocimiento, su aceptación o, al menos, su aceptabilidad racional³⁰.

En este sentido, en su definición de Derecho, Weber entiende, como dice Fariñas Dulce M.J., dos elementos claramente diferenciados: 1) el elemento de *reconocimiento* o de *legitimidad*, que se da cuando los individuos reconocen un orden como legítimo, orientando hacia él sus comportamientos empíricos. Este elemento representa el elemento interno de caracterización weberiana del concepto de Derecho, en cuanto implica la aceptación del orden jurídico, es decir, su justificación interna; y, 2) el elemento de la *coacción*, que actúa en el nivel de las «garantías» de la legitimidad y de la eficacia del orden jurídico. La coactividad aparece, no como elemento constitutivo, sino como una característica exterior del orden jurídico válido³¹. Como indica A. Febbrajo en *Capitalismo, stato moderno e diritto racionale-formale* (1981), el carácter coactivo del Derecho ha de entenderse «no a nivel de los *fundamentos* de validez, sino a nivel de las *garantías*, que vienen indicados por Weber cuando tiene que distinguir el Derecho de otros fenómenos –como la convención, el uso, la costumbre– tradicionalmente situados junto a él»³². De ahí que podamos atribuir un carácter claramente *consensual* (Derecho entendido como instrumento de control social) a la definición weberiana de Derecho. En este mismo sentido se orienta también la definición establecida por Theodor Geiger (1891-1952) en su teoría de las normas, desarrollada en *Estudios preliminares de Sociología del Derecho* (1947). Geiger afirma que lo primordialmente relevante en el cumplimiento de las normas jurídicas, no es la disposición a la reacción colectiva –organizada– (sanción, coacción), sino el concepto de «expectativa típica de conducta» que adquiere, en su explicación, una importancia central. «No existe –dice el autor– una firme correspondencia entre el origen del contenido de la norma (del modelo) –habitual o estatuido–, por un lado, y la relación del individuo con el modelo $s \rightarrow g$ (situaciones típicas $\rightarrow$ modelos de conducta típicos) consolidado como norma, por el otro. El nuevo miembro individual ejerce quizá el modelo $s \rightarrow g$ originado y acostumbrado en E (orden social), de una manera puramente consuetudinaria, por el ejemplo y la imitación, sin que acaso jamás se dé cuenta conscientemente de que $s \rightarrow g$ es el contenido de una norma. [...] Si el modelo $s \rightarrow g$ está muy profundamente arraigado en E, el individuo por regla general, responderá a s con g irre-

30 Sobre ello, véase KRAWIETZ, W. *El concepto sociológico del Derecho*. Ed. Distribuciones Fontamara S.A. México. 1992. p. 11.

31 Véase FARIÑAS DULCE, M. J. *La sociología del Derecho en Max Weber*. Ob. cit. p. 139-140.

32 FEBBRAJO, A. *Capitalismo, stato moderno e diritto racionale-formale*. En *Max Weber e il diritto*. Edición a cura de Renato Treves. Franco Angeli Editore. Milán. 1981. p. 42.

flexivamente y de manera totalmente automática»³³. Junto a los alemanes Weber y Geiger, el norteamericano Roscoe Pound en una monografía sobre el tema del control social por medio del Derecho, *Social Control Through Law* (1942), expresó también esta idea. Si bien, dice Pound, «durante mucho tiempo en la historia de la civilización, pesa sobre la religión la mayor parte del control social. [...] en el mundo moderno, éste ha quedado completamente secularizado, [...] deviniendo el Derecho el instrumento fundamental de control social». «Desde el siglo XVI, la organización política de la sociedad, ha devenido suprema. [...] todos los instrumentos de control social quedan obligados a ejercer autoridad disciplinaria con sujeción a la Ley y dentro de los límites fijados por la Ley. El grupo familiar, la Iglesia, las asociaciones que sirven en cierta medida para organizar la moral en la sociedad contemporánea, todos cooperan dentro de los límites legalmente preescritos y bajo la mirada escrutadora de los tribunales. Hoy, el control social es, primordialmente, la función del Estado y se ejerce a través del Derecho»³⁴.

Los tres autores coinciden en la concepción según la cual la función del Derecho consiste en ejercer el control social, ahora bien, Weber y Pound coinciden además, y de ahí que los dos hayan sido agrupados bajo el nombre de los *teóricos de la función o de los funcionarios jurídicos*, en afirmar que este control se lleva a cabo mediante un equipo de funcionarios judiciales especializados, especialmente a través de una burocracia de decisión altamente organizada, sobre todo a través del Estado.

En resumen y para finalizar, si tuviéramos que expresar la teoría sobre Derecho y control social de la concepción sociológica del Derecho, ésta podría sintetizarse mediante el siguiente axioma: Con el advenimiento de la modernidad aparece un modelo de complejidad creciente del sistema jurídico –el Derecho se expande al conjunto del cuerpo social– donde existen y se combinan estructuras jurídicas de distinta naturaleza y niveles. Éstas, con un alto grado de perfección y sutilidad, realizan una acción regularizadora de hasta el último rincón de la esfera social, extienden un modelo determinado de *conductas-tipo* en todos y cada uno de los actos humanos, generándose un desarrollo dinámico de un tipo concreto de relaciones sociales que por su praxis repetitiva, deviene normatividad y normalidad (cultura). La acción unitaria del Derecho, en tanto conjunto de presiones exteriores al individuo, presión del contexto sobre el sujeto que se encuentra ante un sistema de esquemas completo de actuar, es interiorizada de forma adaptativa por él, determinando su conducta. El hombre configura para él mismo órdenes normativos cotidianos que reglamentan su actuar en armonía con la vida comunitaria.

33 GEIGER, T. *Estudios preliminares de Sociología del Derecho*. Versión castellana de A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco. Ed. Comares. Granada. España. 2001, pp. 47 y 48.

34 POUND, R. *Social Control Through Law*. New York. 1942, pp. 18-26. Citado por A. S. BUSTAMANTE y MONTORO en *Sociología jurídica*. Ed. Facultad de Derecho. Departamento de publicaciones Universidad de La Habana. 1946. T. II, pp. 41-42.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R.

1994 *El concepto y la validez del Derecho*. Ed. Gedisa. Barcelona.

AYALA, F.

1947 *Tratado de sociología*. Ed. Losada S.A. Buenos Aires.

BUSTAMANTE Y MONTORO, A.S.

1946 *Sociología jurídica*. Ed. Facultad de Derecho. Departamento de publicaciones Universidad de La Habana.

CARBONNIER, J.

1982 *Sociología jurídica*. Ed. Tecnos. Madrid.

DÍAZ, E.

1986 *Sociología y Filosofía del Derecho*. Ed. Taurus Ediciones, S.A. Madrid.

DURKHEIM, E.

1972 *Las reglas del método sociológico*. Ed. Ciencias Sociales. La Habana.

EHRlich, E.

1980 *Metodología de la ciencia del derecho*. Versión castellana de Marcelino Rodríguez Molinero. Ed. Ariel. Barcelona.

FARIÑAS, M.J.

1989 *La sociología del derecho en Max Weber*. Ed. Universidad Autónoma Nacional de México. México.

FERRATER MORA, J.

1994 *Diccionario de Filosofía*. Ed. Ariel. Barca.

GEIGER, T.

2001 *Estudios preliminares de Sociología del Derecho*. Ed. Comares. Granada. España.

JELLINEK, G.

1914 *Teoría General del Estado*. Ed. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid.

KANT, E.

1989 *La metafísica de las costumbres*. Trad. Cortina A., Conill J. Ed. Tecnos. Madrid.

KRAWIETZ, W.

1992 *El concepto sociológico del Derecho*. Ed. Distribuciones Fontamara S.A. México.

PARSONS, T. y otros

1971 *Presencia de Max Weber*. Selección de José Sazbón. Ed. Nueva Visión. Buenos Aires.

ROBLES, G.

1993 *Sociología del derecho*. Ed. Civitas. Madrid.

RUMNEY, J.

1973 *Sociología. La ciencia de la sociedad*. Ed. Paidós. Buenos Aires.

TERRON, E.

1969 *Sociedad e ideología en los orígenes de la España contemporánea*. Ed. Península. Barcelona.

VIROUX, A.

1964 *Léxico de Sociología*. Ed. Estela. Barcelona.

WEBER, M.

1964 *Economía y sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México.

1985 *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales*. Traducción y estudio preliminar de J.M. García Blanco. Ed. Tecnos, S.A. Madrid.