

ANA LUCIA SABADELL

# MANUAL DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

*Introducción a una lectura externa del Derecho*

(2da. Ed. revisada y ampliada.)

Traducida con fines estrictamente académicos  
para la Universidad Nacional de Canindeyú  
por  
Arnaldo Martínez M. y Gabriela Villalba

Editora Revista de los Tribunales  
Sao Paulo, 2003.

## Introducción a la segunda edición

La sociología jurídica tiene como objeto de estudio la realidad del derecho y esto impone al investigador la necesidad de acompañar las transformaciones que sufre el sistema jurídico, actualizando constantemente sus referencias. Por tal motivo, en la nueva edición de nuestro Manual, realizamos una revisión completa, esperando ofrecer al lector una visión más abarcante de esta disciplina.

Las modificaciones introducidas en esta edición son de dos órdenes. En primer lugar, en todos los capítulos se hicieron revisiones, actualización de la bibliografía, ampliación y actualización de datos estadísticos. En segundo lugar, fue ampliado el estudio de algunos temas. En la *Unidad<sup>1</sup> I* fue introducida una presentación de la contribución de Montesquieu para la sociología jurídica; en la *Unidad IV* realizamos un estudio más abarcante sobre la anomia, el derecho alternativo, el préstamo jurídico y la aculturación jurídica; en la *Unidad V* fue ampliado el estudio del pluralismo jurídico; en la *Unidad VI* profundizamos el análisis de la problemática del poder; en la *Unidad IX* fue hecha una presentación mucho más extensa de la sociología aplicable al Derecho.

La nueva edición continúa siendo fruto de las experiencias de enseñanza de la sociología jurídica y pretende constituir una ayuda para los estudiantes de Derecho que cursan esta disciplina y necesitan de un punto de referencia al mismo tiempo simple y abarcante.

El programa aquí presentado corresponde a las posibilidades de enseñanza (y de aprendizaje) de los conceptos y de los debates fundamentales de la sociología jurídica en el ámbito de un curso de dos semestres.

El carácter didáctico del libro llevó a abandonar las maneras académicas y usar las palabras más simples posibles, para permitir al alumno que ingresa en la Facultad de Derecho, sin conocimientos previos de sociología, asimilar la materia.

Otra consecuencia del carácter didáctico fue desistir de la tentación de comentar la abundante bibliografía sobre los temas aquí abordados. El alumno no precisa de tales “sutilezas” en su primera familiarización con la materia. Además de eso, el corto espacio de tiempo dedicado a esta disciplina en los cursos de graduación en Derecho impide la concretización de un proyecto de tal naturaleza. En todo caso, algunas informaciones más detalladas son dadas en *notas a pie de página*, que complementan el texto.

Al final de cada capítulo son indicados, en la sección “*Para ir más lejos*”, trabajos, principalmente en portugués y español, que permitirán profundizar los conocimientos en temas específicos. Las indicaciones completas de los trabajos citados en el texto se encuentran en la bibliografía<sup>2</sup>.

Algunos manuales de sociología jurídica hacen una presentación de la evolución histórica de la disciplina en diversos países, dando mayor enfoque al estudio de conocidos autores; otras obras didácticas se dedican más a la presentación de los principales temas y conceptos de la disciplina.

---

<sup>1</sup> N.d.t. En la versión original de Sabadell, el libro está dividido en “Lecciones”. Pero, para adecuarlo a la nomenclatura en uso en los programas del Paraguay, se ha optado por el término de “Unidad”, en vez de “Lección”. Se ha realizado una única alteración en el orden de las unidades con respecto al original, por razones didácticas de adecuación a la realidad de la UNICAN. La Unidad VIII del libro pasó a ser la X en esta traducción; la IX del libro, pasó a ser VIII en esta traducción y la X tomó el número IX.

<sup>2</sup> N.d.t. En esta primera versión de la traducción del libro de Sabadell, realizada con fines estrictamente pedagógicos para los alumnos de la UNICAN, a falta de la versión castellana del libro, todavía no se ha incluido la sección “*Para ir más lejos*”, que no es otra cosa sino la compilación de las referencias de las fuentes ya citadas en el mismo texto. Las notas a pie de página presentan estas fuentes.

En este libro fue hecho, a título de introducción, una presentación sucinta de las diversas escuelas jurídicas, para posteriormente concentrarse en la definición y presentación temática de la sociología jurídica. También se destaca que los temas específicos de la sociología jurídica fueron trabajados introduciendo conceptos de sociología general, esenciales para la comprensión de la sociología jurídica.

## ÍNDICE<sup>3</sup>

### Unidad I: ESCUELAS JURÍDICAS

1. Escuelas moralistas del derecho (derecho natural o <i>Iusnaturalismo</i> ).....	8
1.1 <i>Iusnaturalismo</i> griego.....	9
1.2 Escuela medieval o teológica.....	10
1.3 Escuela del derecho natural racional.....	11
1.3.1 Hugo Grotius (1583-1645).....	12
1.3.2 Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716).....	13
1.3.3 Iluminismo jurídico.....	14
1.3.4 Immanuel Kant (1724-1804).....	14
2. Escuelas positivistas del derecho.....	16
2.1 Teorías positivistas centradas en la legislación.....	16
2.1.1 Thomas Hobbes (1588-1679).....	16
2.1.2 Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).....	17
2.1.3 Hans Kelsen (1881-1973).....	17
2.2 Teorías positivistas centradas en la aplicación del derecho.....	18
2.2.1 Jurisprudencia de los intereses ( <i>Interessenjurisprudenz</i> ).....	18
2.2.2 Realismo jurídico ( <i>Legal realism</i> ).....	19
2.2.3 Escuelas positivistas de carácter sociológico.....	20
2.2.3.1 Charles de Montesquieu (1689-1755).....	21
2.2.3.2 Escuela histórica del derecho.....	21
2.2.3.3 Escuela marxista.....	22
2.2.3.4 Émile Durkheim (1858-1917).....	23
3. Conclusión: diferencia entre Escuelas moralistas y Escuelas positivistas.....	25

### Unidad II: ABORDAJE SOCIOLÓGICO DEL SISTEMA JURÍDICO

1. Sociología del derecho (abordaje positivista)
2. Sociología en el derecho (abordaje evolucionista)
3. Otras concepciones de la sociología jurídica
4. Definición de la sociología jurídica

### Unidad III: LA FUNCIÓN DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y LA EFICACIA DEL DERECHO

1. Tridimensionalidad del derecho y especificidad del abordaje sociológico.
2. Efectos sociales, eficacia y adecuación interna de las normas jurídicas.
3. Análisis empírica de la eficacia de la norma jurídica
4. Factores de eficacia de la norma en el derecho moderno
  - 4.1 Factores instrumentales
  - 4.2 Factores referentes a la situación social

---

<sup>3</sup> N.d.t. Como se trata de una traducción en curso, que va siendo entregada por partes, los números de página definitivos de todo el índice irán al final, una vez concluida la traducción y hechas las revisiones finales. Se mantiene, sin embargo, el esquema, porque brinda una visión general del contenido programático.

## **Unidad IV: CONFLICTOS, INTEGRACIÓN Y CAMBIOS SOCIALES. EL PAPEL DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

1. Teorías funcionalistas y teorías del conflicto social.
2. Anomia y reglas sociales.
  - 2.1 El concepto de anomia
  - 2.2 A anomia en Durkheim
  - 2.3 A anomia en Merton
  - 2.4 Consideraciones críticas acerca de la anomia
  - 2.5 Actualidad de la anomia
    - 2.5.1 Anomia e ineficacia del derecho
    - 2.5.2 Anomia y poder
    - 2.5.3 Anomia y pluralismo cultural
3. El derecho como propulsor y obstáculo de la mudanza social
  - 3.1 El concepto de mudanza social
  - 3.2 Relaciones entre derecho y sociedad
  - 3.3 Relaciones entre el sistema jurídico y la mudanza social
  - 3.4 Actuación del derecho como factor de mudanza social
    - 3.4.1 intensidad de la mudanza y “derecho alternativo”
    - 3.4.2 Esferas de manifestación de la mudanza
    - 3.4.3 Ritmo de la mudanza

## **Unidad V: LEGITIMIDAD Y DERECHO. EL DERECHO COMO FACTOR DE CONSENSO SOCIAL**

1. Monopolio de violencia legal
2. Legitimidad del poder
3. El papel del derecho en el proceso de legitimación del poder político.  
Legitimidad formal y material
4. Crisis de legitimidad
5. Pluralismo jurídico
  - 5.1 Definición y criterios del pluralismo jurídico
  - 5.2 Teorías del pluralismo jurídico
    - 5.2.1 Teorías tradicionales del pluralismo jurídico
    - 5.2.2 Teorías modernas del pluralismo jurídico
  - 5.3 Crítica del pluralismo jurídico

## **Unidad VI: PODER, ESTADO Y CONTROL SOCIAL**

1. Control social
  - 1.1 Concepto
  - 1.2 Formas de control social
    - 1.2.1 Sanciones formales e informales
    - 1.2.2 Control positivo y negativo
    - 1.2.3 Control interno y externo
  - 1.3 Finalidades del control social
    - 1.3.1 Perspectiva liberal-funcionalista
    - 1.3.2 Perspectiva de la teoría conflictiva

- 2. Poder y burocracia
- 2.1 Poder
- 2.2 Burocracia
- 2.2.1 Definición
- 2.2.2 Burocracia y control social

## **Unidad VII: CONTROL SOCIAL Y DERECHO**

- 1. Características del control social a través del derecho
- 1.1 Amenaza de coerción
- 1.1.1 Diferencias con las sanciones sociales
- 1.1.2 Formas y grados de coerción en el sistema jurídico
- 1.2 Tipos de sanciones jurídicas
  
- 2. La óptica funcionalista del control social a través del derecho
  
- 3. Abordaje crítico del control social a través del derecho
- 3.1 Funciones declaradas y funciones latentes
- 3.2 Negación de la ideología funcionalista con relación al control social
- 3.2.1 Illegitimidades del poder punitivo
- 3.2.2 Inexistencia de la distinción entre Bien y Mal (“normalidad del crimen”)
- 3.2.3 Inexistencia de culpabilidad personal (pluralismo cultural)
- 3.2.4 Imposibilidad de resocialización
- 3.2.5 Desigualdad en la aplicación

## **Unidad VIII: ESTRATIFICACIÓN SOCIAL Y DERECHO**

- 1. Introducción
  
- 2. Perspectivas sociológicas de análisis de las clases sociales
- 2.1 Abordaje cualitativo y cuantitativo
- 2.2 Abordaje objetivo y subjetivo
- 2.3 Elementos de definición de la clase social: desigualdad, movilidad, legitimación
  
- 3. Las clases sociales en la perspectiva de la sociología jurídica
- 3.1 Derecho moderno y “neutralidad de clase”
- 3.2 Intereses de clase y formación del sistema jurídico
- 3.3 Clases sociales y aplicación del derecho

## **Unidad IX: SOCIOLOGÍA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO**

- 1. Introducción
  
- 2. Operadores del derecho
- 2.1 Magistratura
- 2.1.1 Posición constitucional de la magistratura
- 2.1.2 Perfil social de la magistratura
- 2.1.3 Sociología de la actividad judicial
- 2.2 Abogacía
- 2.3 Policía
  
- 3. Acceso a la Justicia
- 3.1 Barreras de acceso a la Justicia
- 3.2 Tentativas de reforma

3.3 Iniciativas de reforma en el Brasil

4. Opinión pública y derecho

### **Conclusión - DEFINICIONES SOCIOLOGICAS DEL DERECHO**

1. Definición monista ampliada
2. Definición pluralista
3. Definición constructivista-comunicativa

### **Unidad X: PROBLEMAS y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN EN LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA**

1. Introducción

2. Características de los métodos de investigación en la sociología jurídica

2.1 Formulación de hipótesis de trabajo

2.2 inducción

2.3 Objetividad

3. Principales métodos de investigación

3.1 Observación

3.2 Cuestionario

3.3 Entrevista

3.4 Trabajo con documentos

3.5 Estudios de caso

3.6 Métodos experimentales

## Unidad I ESCUELAS JURÍDICAS

### SUMARIO

1. Escuelas moralistas del derecho (derecho natural o Iusnaturalismo). 1.1 Iusnaturalismo griego. 1.2 Escuela medieval o teológica. 1.3 Escuela del derecho natural racional. 1.3.1 Hugo Grotius (1583-1645). 1.3.2 Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716). 1.3.3 Iluminismo jurídico. 1.3.4 Immanuel Kant (1724-1804). 2. Escuelas positivistas del derecho. 2.1 Teorías positivistas centradas en la legislación. 2.1.1 Thomas Hobbes. (1588-1679). 2.1.2 Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). 2.1.3 Hans Kelsen (1881-1973). 2.2 Teorías positivistas centradas en la aplicación del derecho. 2.2. 1. Jurisprudencia de los intereses (*Interessenjurisprudenz*). 2.2.2 Realismo jurídico (Legal realism). 2.2.3 Escuelas positivistas de carácter sociológico. 2.2.3.1 Charles de Montesquieu (1689-1755). 2.2.3.2 Escuela histórica del derecho. 2.2.3.3 Escuela marxista. 2.2.3.4 Émile Durkheim (1858-1917). 3. Conclusión: diferencia entre Escuelas moralistas y Escuelas positivistas.

Por “escuela jurídica” se entiende un grupo de autores que comparten determinada visión sobre la función del derecho, sobre los criterios de validez y las reglas de interpretación de las normas jurídicas y, finalmente, sobre los contenidos que el derecho debería tener. En otras palabras, cada escuela jurídica ofrece una respuesta diferente a las tres cuestiones: “el qué es”, “cómo funciona” y “cómo debería ser configurado” el derecho.

Con el correr de la historia del derecho surgieron varias escuelas jurídicas. Estas deben ser consideradas como producto de determinadas épocas y culturas jurídicas. Esto no significa, no obstante, que cada época tenga una única escuela jurídica. Al analizar un determinado período histórico podemos encontrarnos con la existencia de varias tendencias, no siendo extraño detectar una fuerte rivalidad entre ellas (conurrencia entre teorías).

Pero además de diferencias, pueden también ser identificados puntos de continuidad: las ideas de una escuela son frecuentemente retomadas por otros autores, que posteriormente las desarrollan desde otra perspectiva, dando surgimiento a una nueva escuela.

Es justamente la existencia de características en común la que permite clasificar las escuelas jurídicas en dos grandes grupos: moralistas y positivistas (Dimoulis, 1999). El objetivo del capítulo es proporcionar una visión de las características más importantes de escuelas de ambos los grupos. Esto permitirá comprender el surgimiento del abordaje sociológico del derecho, que llevó, posteriormente, a la creación de la disciplina “sociología jurídica”.

### **1. ESCUELAS MORALISTAS DEL DERECHO (DERECHO NATURAL: EL IUSNATURALISMO)**

Existen autores que creen que el derecho es predeterminado por “leyes”. Cuando hablamos en “leyes” que condicionan la existencia del derecho no nos referimos a aquellas que encontramos en los códigos, sino a valores, principios, obligaciones y también a reglas de la propia naturaleza, que influyen la vida del hombre en sociedad. Las Escuelas moralistas parten de la idea de que el derecho es predeterminado por tales “leyes”, que hacen parte del derecho natural. Existen básicamente dos formas de concebir el derecho natural.

La primera entiende que el derecho natural es algo dado, inscrito en la “naturaleza de las cosas”, independientemente del juicio que el hombre pueda tener sobre el mismo. Por ejemplo, una regla de derecho natural es que solamente las mujeres son capaces de



embarazarse y, después del parto, producir leche materna. Aunque los hombres no se conformen con esta regla, hasta el presente no existe posibilidad alguna de que una persona del sexo masculino pueda embarazarse. Podemos decir que se trata de una regla de derecho natural que, a pesar de no ser un derecho escrito, influencia el derecho creado por los hombres. Basta recordar las normas constitucionales y laborales que ofrecen una protección especial a las mujeres en el período de gestación y amamantamiento.

La segunda vertiente ve el derecho natural como un derecho ideal, o sea, como un conjunto de normas justas y correctas, que deben hacer parte del derecho positivo, del derecho creado por los hombres. Ejemplo: el derecho natural entiende que todos los seres humanos nacen iguales y deben ser tratados de forma igual, sin discriminaciones fundamentadas, por ejemplo, en la raza o en el origen étnico. Esta visión permite criticar las normas jurídicas que establecían, en el pasado, la esclavitud y otras formas de discriminación de los negros y de los indios y reivindicar reformas que puedan garantizar la plena igualdad de los seres humanos, apartando todas las discriminaciones raciales. En la actualidad, la discusión sobre el derecho natural sigue esta segunda vertiente.

### **1.1 *Iusnaturalismo* griego**

En la Grecia antigua encontramos un gran desarrollo del pensamiento filosófico y político. Comparando la cultura griega con la de otros pueblos de la antigüedad, sobre todo con los romanos, podemos decir que los griegos fueron grandes filósofos del derecho. Hasta los días de hoy encontramos autores y escuelas jurídicas que utilizan conceptos y argumentos provenientes de la filosofía griega. La actividad legislativa era considerada como una parte necesaria del gobierno de la ciudad y, dependiendo del régimen político, las leyes eran establecidas y aplicadas por los reyes o por el pueblo (*demos*, significa el conjunto de los ciudadanos; con la palabra *kratein*, que significa la posesión del poder, tenemos una *democracia*). Así mismo, ni los filósofos ni los políticos griegos se dedicaron a la interpretación del derecho escrito y en ninguna de las ciudades griegas se formó una clase de juristas que ocupase del desarrollo de una ciencia jurídica. El ejemplo de Atenas, que es el más conocido, nos indica que estamos ante un modelo jurídico radicalmente diferente de los nuestros y muy compatible con el pensamiento político que se desarrolló en su territorio. En el período democrático, las decisiones de la política cotidiana eran tomadas en asamblea de la cual participaban todos los ciudadanos. Cuando se trataba de actividad de carácter legislativo, la decisión era tomada por una asamblea compuesta por ciudadanos escogidos a través de sorteo público. En casos de litigio entre ciudadanos decidían tribunales populares, compuestos de 200 a 500 jurados también escogidos a través de sorteo. Observe-se que los atenienses excluían las mujeres y los extranjeros del concepto de ciudadano (Wesell, 1997, pp. 118 y sgts.)

La práctica del derecho era, entonces, compatible con una determinada idea de democracia. Es decir, el sistema jurídico fundamentado sobre normas escritas (*nomoi*) era considerado un resultado de la política y de las particularidades de cada ciudad de la Grecia antigua (una conducta podía ser punida en Atenas y no serlo en Esparta).

Los filósofos griegos, sin sentirse limitados por el Derecho escrito y sin darle una importancia particular, realizaban análisis sobre el mundo, la sociedad y su organización política. Así, fueron desarrolladas varias líneas filosóficas: atomismo, sofismo, idealismo, realismo, epicureísmo, estoicismo. Todas tenían, no obstante, una base en común: existe una naturaleza muy bien organizada (*Physis*) que el hombre trata de conocer. Esta naturaleza funciona según un orden, al cual son sometidos todos los seres animados o inanimados. Se trata de las reglas de derecho natural que no están escritas, pero que existen en el mundo y que el hombre acata. El derecho natural era para los griegos el

cuerpo de normas invariables y de validez general, independientemente de los intereses y de las opiniones prevalecientes en cada sociedad. Muchos filósofos griegos identificaban el fundamento del derecho natural con la justicia y la razón. Estos partían del entendimiento de que las “leyes” del derecho natural imponen a los hombres una serie de límites, que condicionan su vida. Ejemplos: el individuo necesita comer, si él opta por no comer, eso lo llevará a la muerte (ley); no es posible estar en dos ciudades en el mismo día y hora (límite).

Esto significa que existen leyes y límites impuestos por la naturaleza, que rigen independientemente de la voluntad y de los intereses del hombre. Así, el derecho natural es, al mismo tiempo, anterior a la creación de la sociedad y de las instituciones políticas y superior al derecho escrito, establecido por cada sociedad. Según los filósofos griegos, el derecho positivo depende de los intereses y de la utilidad, y por tal motivo es imperfecto y mutable.

El pensamiento griego consideraba entonces que la naturaleza es de por sí ordenada, y que posee una serie de reglas. El término cosmos (universo) significa para los griegos “mundo con reglas”, o sea, la naturaleza ordenada de la cual el hombre hace parte. Cosmos posee también un segundo significado: indica belleza (la palabra “cosmético” deriva de este término), demostrando así, la gran admiración por la perfección del orden natural.

En el derecho natural se detectan dos momentos importantes:

a) Constatación. Se constata que el hombre hace parte de un cosmos (naturaleza ordenada), que impone todas reglas y límites. Se trata, por tanto, de una constatación del poder de la naturaleza.

b) Aplicación. El concepto de naturaleza abarca la sociedad como un todo. Así, puede considerarse que ciertos valores humanos son estables, permanentes e inmutables; porque hacen parte del cosmos que posee su propio equilibrio. El hombre constituye apenas una pequeña partecita del cosmos.

En este contexto, la expresión “naturaleza de las cosas” significa que, cuando hay una duda, un conflicto o un problema, la actitud a tomar es la de observar la situación y de ésta surgirá, de modo natural, la respuesta.

Ejemplo: si un filósofo griego tuviese que explicar jurídicamente por qué la mujer es inferior al hombre, él podría decir que esto se debe a su constitución física. Siendo la mujer físicamente más débil, esto la impediría de ejercer determinadas tareas. Partiendo de este raciocinio, sería posible justificar una restricción de los derechos de la mujer, sometiéndola al control masculino, debido a su “natural” incapacidad. En otras palabras, las relaciones desiguales y el status social inferior de la mujer eran justificados a través de un dato de orden natural.

En esta misma línea de raciocinio, Aristóteles (384 a.C. — 322 a.C.) justificaba la esclavitud a través de las condiciones físicas, intelectuales y morales de determinadas personas, que eran nacidas solamente para hacer trabajo manual bajo el mando de otras y que deberían, inclusive, ser felices de haber encontrado un amo que les diese protección (Aristóteles, 1991, libro 1, cap. 1, pp. 9-16).

Resumiendo: el derecho natural es entendido como un conjunto de principios o ideas superiores, inmutables, estables y permanentes, cuya autoridad proviene de la naturaleza y no de la voluntad de los hombres.

## 1.2 Escuela medieval o teológica

La idea de la existencia de un derecho natural atravesó toda la edad media, influenciando el surgimiento de otras escuelas, entre las cuales la más importante es la Escuela teológica. Iniciamos citando un interesante análisis de la filósofa Hannah Arendt (1906-1975) que no permite vislumbrar las diferencias entre esta escuela y el *iusnaturalismo* griego. Arendt llama la atención sobre la existencia de dos cosmologías (cosmovisiones), o sea, de dos visiones o explicaciones del mundo (Arendt, 1999, pp. 28 sgts., 187, 400 sgts.; cfr. Altvater, 1994, p. 192).

Existe una cosmología antigua, según la cual el mundo es compuesto por una diversidad de seres, siendo el hombre uno de ellos. En esta cosmología antigua, los hombres son considerados como mortales en cuanto el mundo es considerado como inmortal. Esta forma de concebir el mundo corresponde a la idea del *iusnaturalismo* griego, donde la naturaleza con sus leyes y límites se impone a los seres humanos.

Existe también una segunda cosmología (más moderna), que la autora denomina como cosmología cristiana.

En esta el hombre es colocado en el “centro del mundo”, porque es considerado como inmortal. O sea, la condición de inmortalidad coloca el hombre en una posición de superioridad ante de los demás seres. Al contrario, el mundo es considerado como materia perecible. Esto es debido a la influencia del pensamiento cristiano, que afirma que el hombre fue hecho a la imagen y semejanza de Dios, y que su alma permanecerá viva después la muerte. En la mentalidad cristiana, Dios reserva al hombre un futuro infinito: después el Juicio final irá al infierno o al paraíso, y el mundo será destruido.

La Escuela teológica considera también el derecho natural como inmutable, estable y permanente. Sin embargo, según la interpretación de los autores cristianos, este derecho no puede ser observado directamente en la naturaleza. Su fuente es la religión. El derecho natural se fundamenta en la voluntad de Dios (y es producto de la fe) que crea una ley eterna para gobernar el universo. El Dios cristiano da al hombre el poder de dominar el mundo y, al mismo tiempo, le otorga un código de leyes. Son leyes que imponen al hombre determinadas conductas. De esta forma, el Dios cristiano se propone regular la vida humana a través de un derecho. Un ejemplo son las doce tablas de Moisés que dictan reglas sobre como regular al hombre en la sociedad. En la Biblia y en otros textos sagrados aparece muchos otros ejemplos.

El poder de la religión afectó la sociedad feudal europea como un todo, influenciando inclusive el derecho secular. Las conductas que lesionaban los valores religiosos fueron duramente reprimidas y los tribunales de la Inquisición perseguían los herejes y todos aquellos que se desviaban de los principios cristianos.

## 1.3 Escuela del derecho natural racional

A partir del siglo XVI, y hasta finales del siglo XVIII, ocurre el desarrollo del *iusnaturalismo* racionalista. En esta época comienza a desarrollarse la economía capitalista y surgen importantes avances en las ciencias exactas y biológicas, gracias a la aplicación de métodos experimentales. Los cambios políticos repercuten en las áreas “humanas” y, sobretodo, en la filosofía y en la visión del derecho.

Según el racionalismo jurídico, el derecho constituye un orden preestablecido, derivado de la naturaleza del hombre y de la sociedad. La enseñanza del derecho no puede ser, sin embargo, ofrecida a través de textos o tradiciones “sagradas”, como sustentaba la Escuela teológica. La razón humana es el único medio adecuado para

descubrir los fundamentos del orden jurídico natural. Cuando estos autores hablan de la razón humana, se refieren a la capacidad de raciocinar, de ponderar y reflexionar del hombre.

Así hubo una innovación: ya no se habla de los designios de Dios, sino de la importancia de la razón humana. No obstante, es necesario entender que existe una evolución del pensamiento racionalista. Los autores de los siglos XVI y XVII, a pesar de pregonar la necesidad del uso de la razón, continúan vinculándola a un pensamiento de carácter religioso (fundamentación de carácter teocrático). Estos autores viven un momento de transición. No buscan en los textos sagrados una revelación del presente, pero todavía sienten la necesidad de afirmar que la capacidad de raciocinar tiene un origen divino, es una especie de don concedido por Dios.

Cuando nos aproximamos a los textos de autores racionalistas del siglo XVIII, percibimos que estas se distancian del pensamiento teocrático, o sea, no consideran necesario justificar la razón a través de la religión.

Así mismo, una característica común a todos los autores racionalistas es la sustitución de los métodos del pensamiento dogmático de la teología por el uso de la razón; la ciencia jurídica se vuelve laica, y desarrolla una intensa actividad metodológica para reestructurar sus modos de pensamiento (cfr. Hespanha, 1998, pp. 111, 150).

Dentro de esta escuela destacaremos las ideas de tres filósofos que se ocuparon del derecho. Se trata de Grotius y Leibniz, que adoptan un compromiso entre el pensamiento teológico y el sistema racionalista, y de Kant que incorpora en su teoría las ideas del movimiento iluminista. También haremos algunas referencias a este último movimiento.

### **1.3.1 Hugo Grotius (1583-1 645)**

Grotius, filósofo y jurista holandés (obra principal: *De iure belli ac pacis*, 1625), es considerado como fundador del *iusnaturalismo* moderno. Para Grotius, la verdadera naturaleza de los hombres es la razón, en el sentido de racionalidad. Esto significa que lo natural es idéntico a lo racional. De esta forma, el autor libera el pensamiento filosófico y jurídico de la referencia las ideas y principios teológicos, considerando inadecuado el recurso a otras fuentes que van más allá de la propia razón humana. Es que el uso de otras fuentes podría conducir a errores. Si la razón humana es necesariamente común a todos los hombres, debe ser independiente de las enseñanzas de una determinada religión, aceptada por una parte de la humanidad.

Para resumir esta tesis, Grotius escribió una famosa y “escandalosa” frase: “Aun siendo blasfemia decir que Dios no existe, o que este no se interesa por los asuntos humanos, los principios del derecho natural permanecerían válidos, porque son fundamentados en la justa razón, o sea, en la verdadera naturaleza del hombre y de la sociedad. Por consecuencia, los principios de la política y del derecho pueden (y deben) ser deducidos del raciocinio lógico, aplicando los métodos matemáticos de demostración.”

Según este autor, es inherente al hombre el deseo de sociabilidad, o sea, la necesidad de convivir con los demás de forma armónica, estableciendo lazos de solidaridad. Este deseo (*appetitus societatis*) constituye el principio fundamental del derecho natural del cual resultan otros principios de derecho, como la necesidad de respetar los contratos y de reparar los daños. Créase así un derecho natural que resulta de una deducción lógica y que posee validez universal, siendo que todos los seres humanos de todas las sociedades y épocas son dotados de la misma razón. El derecho que resulta de la voluntad de Dios o de los hombres puede ser diferente del derecho

natural-universal. No obstante, solamente este último ofrece el criterio de justicia, por ser inmutable e independiente de una voluntad individual.

### 1.3.2 Godfried Wilhelm Leibniz (1646-1716)

Leibniz, filósofo y matemático alemán (obras principales: *Nuevos ensayos sobre el intelecto humano*, 1703- 1705; *Monadología*, 1714), adopta También la tesis de que la vida en sociedad se regula por principios de derecho natural. Este derecho sería producto de la “eterna razón” divina, la única capaz de establecer las reglas adecuadas para la convivencia en sociedad. Leibniz reconoce, en cuanto iusnaturalista, que las leyes producidas por los hombres (leyes positivas) pueden ser injustas.

Uno de los elementos más importantes en la obra de Leibniz es el reconocimiento de la libertad humana. Observase que el reconocimiento de esta libertad está vinculado a una idea religiosa: Dios concede la libertad, mas es el hombre quien la “administra”. Por esto podemos decir que este reconocimiento todavía es hecho dentro de una visión teocéntrica. Dios existe y todo depende de su voluntad. La verdadera voluntad de Dios es que el hombre, creado a su imagen y semejanza, sea responsable de sus actos. Según el autor, el hombre es un instrumento de Dios. Se trata, sin embargo, de un instrumento vivaz y libre, que debe contribuir a la construcción del bien común, escogiendo libremente sus caminos.

Tenemos aquí una visión de la sociedad que aun siendo teológica, rompe con el pensamiento de la estaticidad y de la predeterminación del mundo y de su orden. Cada hombre es señor de su destino y determina libremente sus actos.

### 1.3.3 Iluminismo jurídico

El iluminismo constituye un amplio movimiento que tomó gradualmente todo el continente europeo en el siglo XVIII, y tuvo una connotación revolucionaria. Está en la base de la Revolución Francesa de 1789 (libertad, igualdad y fraternidad; derechos naturales del individuo). Este movimiento alcanza todos los aspectos de la vida del hombre en sociedad e inclusive las ciencias y tiene amplias repercusiones en el plano jurídico.

El iluminismo criticaba y cuestionaba la sociedad de aquella época (Antiguo Régimen) como un todo. Las principales críticas se referían: a) a la desigualdad ante la ley, que era mantenida por el sistema político. La sociedad de “castas” (para usar la justa expresión: estamental), se dividía entre reyes, nobles, clero, militares y plebeyos. Eran concedidos privilegios legales, dependiendo del status social de cada individuo; b) a la existencia de la servidumbre, esto es, de personas que no gozaban de libertad; c) a la limitación del derecho de propiedad y de la actividad económica en general; d) el autoritarismo de los monarcas y a la exclusión de la participación popular en los asuntos políticos; y) el “absolutismo” de la iglesia y a la intolerancia (recuérdese la presencia de la Inquisición); f) a la crueldad de la justicia penal; g) a las condiciones de vida inhumanas, vinculadas a la organización social del período<sup>4</sup>.

La esperanza del iluminismo era que la lógica y la ciencia formasen el fundamento de un nuevo aprendizaje seguro para toda la Europa civilizada, combatiendo todas las formas del pensamiento dogmático. La propuesta es de renovación radical, guiada por la razón humana, que debe ser utilizada libremente y públicamente para una revisión crítica

---

<sup>4</sup> La evolución histórica demostró que los ideales iluministas de libertad, igualdad y fraternidad fueron “temperados” por los fuertes intereses capitalistas, que bloquearon los movimientos de crítica y de emancipación intelectual y política.

de todos los principios de la vida social. El objetivo era alcanzar la felicidad del hombre, que ganaría su autonomía intelectual, tomándose finalmente “mayor de edad”.

El derecho natural medieval se fundamentaba en una arquitectura estática del mundo, donde era decisivo el concepto de la jerarquía y autoridad. En la concepción iluminista, al contrario, el derecho debe ser fundamentado en el principio de la libertad del individuo y puede ser justificado solamente si permite la realización del bien común y del bienestar de las personas. El inmovilismo de la jerarquía natural es substituido por el principio de la racionalidad y de la utilidad del derecho para las personas (Luhmann, 1997, p. 27; Dimoulis, 2000, pp. 2 17-220).

El derecho tiene así que regirse por los principios de la razón y, por tanto, debe ser claro y cierto. No pueden existir leyes oscuras, es necesario que sean establecidos principios generales que permitan trabajar con el derecho bajo otra perspectiva. Uno de los objetivos de los juristas ilustrados es la construcción de un sistema jurídico que pueda ser aplicado a toda sociedad. Se trata de la tentativa de aplicación masiva del derecho, con el propósito de condicionar las grandes masas a las reglas del sistema capitalista que se encontraba en franco desarrollo (Sabadell, 2001-la).

En este sentido, los autores iluministas elaboraron propuestas concretas para la reformulación del derecho europeo del Antiguo Régimen, con el objetivo de tornar sistemática su aplicación. Uno de los autores más importantes del iluminismo jurídico es el filósofo, jurista y economista italiano Cesare Beccaria (1738- 1794), que escribió en 1764 una obra intitulada *Dei delitti y deile pene* (“De los delitos y de las penas”). Beccaria aplicó las ideas iluministas al campo del derecho penal, proponiendo la adopción de la presunción de inocencia, la abolición de las penas corporales y la introducción de la pena privativa de libertad.

Fue en este contexto donde surgió la idea moderna de Constitución política. Hasta entonces no existían Constituciones. La creación de un texto constitucional, superior a las demás leyes y incluyendo los principios fundamentales de la organización social y política fue la primera etapa en el proceso de codificación del derecho. En el transcurrir del siglo XIX fueron elaborados en muchos Estados de Europa y de América los primeros códigos (civil, penal, comercial etc.), que tenían por objetivo crear normas jurídicas simples, coherentes y ordenadas de forma sistemática.

### **1.3.4 Inmanuel Kant (1724-1804)**

La Escuela racionalista encuentra un representante “radical” en la figura de Kant, uno de los más famosos filósofos de la cultura occidental. Sus ideas deben ser consideradas una consecuencia de la corriente iluminista en el campo de la política y del derecho.

Inmanuel Kant escribió, entre otras, la obra *Metafísica de los costumbres* (1797) y el famoso ensayo *¿Qué es el iluminismo?* (1783). El derecho para Kant se fundamenta en la razón humana y, aunque en la práctica esto no ocurra, así debería serlo.

¿Qué significa esto? Un racionalista reconoce la existencia de un derecho positivo (en el sentido de leyes aprobadas por el poder político), mas lo somete a un deber ser, que son los principios de organización de la sociedad establecidos por la razón. Solamente la razón permite distinguir lo justo de lo injusto y decir si el derecho en vigor es un verdadero derecho. Si el derecho vigente no estuviera de acuerdo con las exigencias de la justicia, entonces él debe mudar, para tornarse un verdadero derecho. En este sentido, el criterio de lo “justo” es para Kant la esencia del derecho.

Para este autor, el derecho debe garantizar la libertad de todos. Debe ser compuesto por normas generales, a través de las cuales la libertad y el arbitrio de cada persona puedan conciliarse con la libertad y el arbitrio de todos los otros. Esto puede realizarse a través de un proceso racional de reflexión pública sobre la organización de la vida social, que permita conciliar los intereses de todos los ciudadanos. Una tal configuración del derecho es posible solamente en una sociedad “iluminada”, o sea, compuesta por personas “adultas”.

Kant entiende que las personas dejan de usar el propio raciocinio, de forma independiente, cuando siguen las orientaciones de otros, sin pasar por un proceso de reflexión individual. El autor afirma, en un sentido figurativo, que tales personas permanecen en la “menoridad” y que el iluminismo, o sea, la posibilidad de tornarse una persona esclarecida, significa justamente superar esta menoridad, que se perpetúa por culpa del propio individuo<sup>5</sup>.

Las consecuencias de este discurso pueden ser resumidas en la rechazo de cuatro argumentos de justificación de una opinión o decisión: la) Rechazo de cualquier argumento de autoridad. No debemos aceptar una opinión asumida por una persona respetada por el su conocimiento, sin hacer un examen propio de la su justificación. b) Rechazo de cualquier decisión tomada por una mayoría si ella no está basada en la razón humana. Ejemplo: la población de determinada localidad es consultada para saber se está a favor o en contra de la pena de muerte y la mayoría responde favorablemente; para un iluminista esto no significa la aceptación de esta opinión, pues cualquier decisión de una mayoría solo es válida si es racional. c) Rechazo de la fuerza. Los poderosos pueden imponer sus decisiones, causando miedo a los otros. Esto no puede, sin embargo, fundamentar la obligación de obediencia de los demás. Los ciudadanos poseen el derecho de resistir las órdenes que consideran contrarias a los imperativos de la razón. d) Rechazo de los intereses y deseos personales como justificación de una acción. Antes de actuar de una determinada forma, debemos pensar si nuestra acción posee una justificación. En este sentido, no debemos hacer al otro, aquello que no nos gustaría que se hiciese con nosotros. Se trata del imperativo categórico: debemos actuar de forma tal que nuestra acción pueda ser adoptada como regla general.

Comparando las ideas racionalistas con las escuelas anteriormente citadas, constatamos el rechazo al argumento de la fundamentación del derecho en el cosmos o en Dios. La responsabilidad de la convivencia en sociedad pertenece exclusivamente al hombre. No obstante, podemos detectar una continuidad con el discurso de la “naturaleza de las cosas”, introducido por los griegos, por el hecho de ver a la razón humana como algo natural, esto es, que resulta de la naturaleza del hombre.

La Escuela moralista-racionalista llega a la actualidad a través de investigadores como Jürgen Habermas (1929-) y Robert Alexy (1945) en la Alemania, y Ronald Dworkin (1931) en el espacio anglo-sajón. Esta corriente busca en la interpretación del derecho la solución “justa” para cada caso concreto, por medio del diálogo y de la argumentación racional fundamentada en argumentos moralistas<sup>6</sup>.

En conclusión, el jurista que se atiene a esta línea trabaja con definiciones substanciales (o materiales) del derecho: derecho es lo que es justo, correcto, conforme los mandamientos de la moral. Se defiende, así, la primacía del derecho justo sobre el derecho vigente. Delante de normas que contrarían los principios de justicia, el jurista

---

<sup>5</sup> La ilustración es la salida del hombre de su minoría de edad. El mismo es culpable de ella. La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no yace en un defecto del entendimiento, sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro. (Kant. 1998-a p.53)

<sup>6</sup> Habermas, 1997; Alexy 1994; Dworkin, 1999.

debe tener dos posturas: si las normas vigentes fueren extremadamente injustas deben ser excluidas del sistema jurídico; en los demás casos, las normas vigentes deben ser corregidas por el juez, o sea, interpretadas de acuerdo con los principios del derecho justo<sup>7</sup>.

## **2. ESCUELAS POSITIVISTAS DEL DERECHO**

Las Escuelas positivistas entienden el derecho como un sistema de normas (reglas), que regulan el comportamiento social. Regular el comportamiento social significa influenciar y cambiar el comportamiento del hombre. El derecho, entonces, es elaborado con el objetivo de gobernar. O sea, el derecho es un instrumento de gobierno de la sociedad. Y por detrás de este orden de “comando” está siempre una voluntad política. Esto no quiere decir que esta voluntad política sea el resultado de un proceso democrático. Significa solamente que esta voluntad existe y constituye la causa o la “fuente” del derecho. Veamos el ejemplo del aborto. En los ordenamientos jurídicos modernos (Estados constitucionales) existen en general tres posibilidades de reglamentar la materia: a) se acepta el aborto (derecho a la autodeterminación de la mujer); b) no se acepta en hipótesis alguna (derecho del feto a la vida); c) se acepta bajo ciertas condiciones (armonización de los dos derechos).

Un sujeto político, ante este “abanico” de posibilidades, escoge una de ellas. Su opción no es siempre la más justa ni la más adecuada. La cuestión central en el positivismo es que los adeptos de esta escuela ven en el derecho la expresión de una voluntad política mutable. Lo que hoy es un delito puede no ser mañana. Pasaremos ahora a conocer algunos autores y algunas corrientes positivistas.

### **2.1 Teorías positivistas centradas en la legislación**

#### **2.1.1 Thomas Hobbes (1588-1679)**

En sus obras principales (*Sobre el ciudadano*, 1642; *Leviatán*, 1651), el filósofo inglés Thomas Hobbes afirma que es necesario establecer límites para la convivencia social. A diferencia de Grotius, Hobbes no considera que la solidaridad sea una característica natural del hombre. La búsqueda de la convivencia social tiene por objetivo la satisfacción de necesidades personales y no se da de forma armónica. En este sentido, afirmará que el “estado de naturaleza” es sinónimo de “estado de guerra”, donde cada individuo lucha apenas por sus intereses. Partiendo de tal perspectiva, queda claro que el derecho que emana del estado de naturaleza no constituye un “buen derecho”. De la naturaleza humana deriva el deseo ilimitado y la idea de que el “hombre tiene derecho a todo”. Esto desencadena un proceso destructivo. Solamente la creación de un derecho positivo permite a los hombres vivir de modo ordenado, según los mandamientos de la razón humana.

Los hombres deciden entonces establecer un contrato social: abandonan las armas y entregan los derechos naturales a una autoridad central, a un soberano, Hobbes preconizó el poder absoluto, afirmando que solo así sería posible organizar la convivencia en sociedad, garantizando la seguridad de todos. No importa si el poder será ejercido por un rey o por una junta de gobierno, lo importante es que exista alguien que tome decisiones en nombre de todos e imponga una orden, pacificando la sociedad.

En la visión de Hobbes es preferible un derecho establecido e impuesto por una autoridad antes que las “verdades” del derecho natural, presentadas por los autores

---

<sup>7</sup> Cfr. los análisis en Soriano, 1997, pp. y sgts.; Atienza, 1991 pp 177 y sgtes.; Dimoulis, 1999, pp. 14 y sgts.



racionalistas. la existencia de una ley ruin es siempre preferible a una situación de ausencia de ley. Los hombres deben obedecer el derecho positivo porque solo así pueden ser garantidos la seguridad y el bien común. Esto explica la famosa frase de Hobbes: “*auctoritas non veritas facit legem*” (la autoridad hace la ley, no la verdad).

Esta es la primera teoría que justifica la superioridad del derecho positivo ante el derecho natural. Aquí, el contenido del derecho es establecido por una voluntad política y las normas son respetadas, porque aquel que las ordena posee también el poder de coacción.

### **2.1.2 Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)**

Dentro de la concepción positivista del derecho, el autor más democrático es Rousseau, filósofo suizo, que pasó gran parte de su vida en Francia (obra principal: *Del contrato social*, 1762). Este autor “deposita” el derecho en las manos del pueblo, que puede modelarlo según su libre voluntad. El autor afirma que los hombres establecen un pacto social para evitar la injusticia y la guerra. Discordando de Hobbes entiende, sin embargo, que es el pueblo que debe hacer y aplicar sus leyes. Esto indica que estamos ante un autor democrático, diferente de Hobbes que atribuye todo el poder al monarca. Rousseau coloca la cuestión de: ¿qué es una ley? Es una declaración pública y solemne de la voluntad general sobre un objeto de interés común. Así, la ley es una voluntad, que resume decisiones e intereses de la colectividad (*volonté générale*).

¿Por qué se afirma que Rousseau es positivista? Porque el derecho para él es el producto de una voluntad política. El poder legislativo toma decisiones que deben ser respetadas, no existiendo aquí una instancia de control, como en el *Iusnaturalismo*, que pueda examinar si este derecho es o no correcto.

### **2.1.3 Hans Kelsen (1881-1973)**

Este jurista, de origen austríaco (obra principal: *Teoría pura del derecho*, 1934), dio una rigurosa fundamentación metodológica a la visión positivista del derecho, desarrollada en el siglo XIX en países como Francia y Alemania. Kelsen elimina cualquier pregunta sobre las fuerzas sociales que crean el derecho. Para los adeptos del positivismo jurídico (o *Iuspositivismo*) existen apenas las normas jurídicas, estableciéndose entre ellas determinadas relaciones.

El objeto de la ciencia jurídica es examinar cómo funciona el ordenamiento jurídico. Como dice Kelsen, el derecho es el conjunto de normas en vigor y el estudio de las mismas debe ser realizado sin ninguna interferencia sociológica, histórica o política. En la opinión de Kelsen “la juridicidad parece emanar de valores internos al discurso del derecho, valores que la voluntad política o la utilidad social no pueden substituir” (Hespanha, 1998, p. 195).

La constitución crea una jerarquía de las fuentes del derecho, una pirámide normativa (constitución, ley, decreto). Para la teoría kelseniana, lo que principalmente interesa son las relaciones entre las diferentes normas jurídicas (“estática del derecho”). Este autor También analiza las competencias de los órganos estatales y los procedimientos de creación de normas (“dinámica del derecho”).

A pesar de su concepción puramente jurídica del derecho, Kelsen no niega que existan clases y conflictos sociales, que incidan sobre la creación y la aplicación del derecho. No obstante, el autor entiende que estos temas no son objeto de la ciencia jurídica, sino de otras disciplinas como la sociología, la Ciencia política, la filosofía, la

teología. En esta perspectiva, las causas de creación de una norma y el problema del respeto a ella en la práctica son hechos empíricos (origen y resultado de la norma jurídica), que no interesan al jurista, investigador de la naturaleza de la norma jurídica. No compete al jurista el estudio del comportamiento humano o de las relaciones entre derecho y sociedad.

Muchos estudiosos dicen que el *iuspositivismo* es un abordaje ingenuo del derecho, porque no ve que el mismo es predeterminado por los intereses sociales, siendo muchas veces el resultado de un juego de intereses. En la verdad, Kelsen percibe muy bien este contexto, solo que él entiende que los estudios de las normas jurídicas no abarcan otra cosa que las propias normas. Su obra busca la pureza metodológica, intentando separar los diferentes niveles del discurso científico. Ejemplo: si un juez decide una causa de forma contraria al contenido de una ley, esto es considerado en la teoría kelseniana un acto ilegal. ¿Por qué debería, sin embargo, el juez aplicar la ley, aunque la considere injusta? la respuesta es que el juez no puede decidir como ciudadano, según lo que él — o la sociedad — considera más justo. El juez debe decidir según el derecho en vigor, pues su función es aplicar la ley.

Como ciudadano, el magistrado puede hasta negarse a la obediencia, cuando está en desacuerdo con determinadas normas jurídicas y regímenes políticos, o sea, cuando considera que el derecho positivo es contrario a su ideal de justicia. Esto no puede, sin embargo, ser hecho en el ámbito de las funciones que el Estado le delegó. Mantener una adecuada separación de papeles (roles: juez y ciudadano) es lo que pregona la denominada “teoría de la interpretación distanciada del derecho” (Dimoulis, 1999, pp. 25-26).

## **2.2 Teorías positivistas centradas en la aplicación del derecho**

Hobbes, Rousseau y Kelsen elaboran teorías positivistas centradas en la legislación. la voluntad del legislador es considerada como la espina dorsal del sistema jurídico. En la historia del pensamiento jurídico encontramos También teorías del derecho positivo centradas en la su aplicación. Estas consideran como decisivos los procesos de interpretación del derecho a través de los tribunales y de la administración pública. Los representantes de estas escuelas parten de la posición de que los órganos encargados de la aplicación del derecho son aquellos que concretizan el contenido de la ley y, a veces, alteran su significado.

Quien adopta esta tesis elabora un análisis anti formalista del derecho, considerando que el positivismo centrado en la legislación comete el error de interesarse principalmente por aquello que está escrito en los diplomas legales, ocupándose de una “letra muerta”. El interés por la realidad del derecho, tal como éste resulta de su aplicación, motivó a varias escuelas jurídicas a efectuar aquello que se denominó de “revuelta contra el formalismo”, o sea, revuelta contra un análisis del sistema jurídico que insistía en la letra de la ley y en las construcciones formales sobre la validez del derecho. Entre las Escuelas positivistas anti formalistas presentaremos aquí la jurisprudencia de los intereses y el realismo jurídico.

### **2.2.1 Jurisprudencia de los intereses (*Interessenjurisprudenz*)**

Este abordaje es asumido por juristas alemanes de la Escuela de Tubinga, cuyo representante más conocido es Philipp Heck (1858- 1943) (obras principales: *Interpretación del derecho y Jurisprudencia de los intereses*, 1914; *Formación de conceptos y jurisprudencia de los intereses*, 1932).

Constituyendo cualquier caso jurídico un conflicto de intereses (materiales, éticos, religiosos etc.), la decisión a ser tomada debe basarse en una ponderación de los intereses en cuestión. La particularidad del sistema jurídico es que tal ponderación debe ser hecha llevando en consideración el contenido de la ley. Esta teoría concede un amplio espacio de actuación al juez, afirmando que de la “letra de la ley” no siempre resulta una respuesta unívoca. El juez debe entender cuáles son los intereses en juego, en cada caso concreto, y ofrecer una solución que sea conforme al espíritu y a la finalidad de la ley. En otras palabras, la ponderación de intereses hecha por el magistrado debe ser conforme a la intención del legislador, que ya jerarquizó los intereses “colisionantes”.

De esta manera, los adeptos de esta corriente afirman que, aunque los tribunales puedan decidir con una cierta flexibilidad (porque la ley no prevé soluciones claras para todos los casos), deben evitar una solución subjetiva. Heck insiste en el deber de obediencia de los jueces a la ley, solo que esta obediencia debería ser una “obediencia inteligente”, que toma en consideración la situación social en el momento de la decisión, siendo que el legislador se limita a dar orientaciones generales y nunca ofrece una respuesta concreta.

En otras palabras, cuando el juez aplica una ley, debe hacer un trabajo de adecuación de esta a la situación que le es sometida, actuando como un “*pensador adjunto*” del legislador. Tenemos aquí una escuela jurídica de corte sociológico, porque se preocupa de las condiciones de aplicación del derecho en la realidad social, o sea, con el contexto de conflictos de necesidades humanas en el cual el derecho está inserto.

## **2.2.2 Realismo jurídico (*Legal realism*)**

El realismo jurídico comenzó a desarrollarse hacia finales del siglo XIX en Escandinavia y, sobretudo, en los EUA, donde se tomó una teoría muy importante, debido al sistema jurídico adoptado (*common law*, fundamentado en los precedentes de la jurisprudencia y no exclusivamente en la legislación).

Los representantes más conocidos son, en los EUA, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), Roscoe Pound (1870-1964), Jerome Frank (1889-1957) y Karl Llewellyn (1893-1962), y, en los países de la Escandinavia, Axel Hägerström (1868-1939), Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Hans Knut Olivecrona (1897-1980) y Alf Ross (1899-1979).

El realismo jurídico escandinavo realiza principalmente análisis metodológicos y filosóficos sobre lo que es el derecho (investigación teórica). El realismo norteamericano se dedica al estudio de la práctica jurídica, esto es, de los factores que influyen las decisiones de los tribunales. Ambos se interesan, sin embargo, por la dimensión humana del fenómeno jurídico, considerando el derecho como un hecho social y no como un conjunto de normas abstractas.

Los adeptos de esta corriente entienden que la teoría jurídica debe solamente describir las decisiones de los órganos que son competentes para aplicación del derecho. Un realista dirá que las normas escritas no tienen mucha relevancia, porque parte de la idea que no es posible aplicar el derecho tal como está previsto en la ley. Cuando un realista pregunta lo que prevé el derecho, no considera importante el contenido de la norma escrita y las enseñanzas de la doctrina, sino el modo de aplicación de la norma en cada momento histórico. Según una distinción hecha por Roscoe Pound a inicios de siglo XX, no interesa el derecho “en los libros” (*law in books*), sino el derecho “en acción” (*law in action*). En esta óptica teórica, el derecho es *aquello que los órganos competentes dicen que es el derecho*. O, según una famosa definición dada por Oliver Holmes en

1897: “entiendo como derecho las profecías sobre aquello que los tribunales van hacer en la práctica” (Holmes, 1897, p. 461).

Ejemplo: una ley prevé la concesión de licencia remunerada pos parto por un lapso de tiempo razonable, para atender a las necesidades del recién nacido. Los tribunales conceden a las madres una autorización para apartarse del trabajo por un período de 12 meses, rechazando sistemáticamente los pedidos de los padres de usufructuar una licencia similar. Alguien podría decir que esto no es justo, porque un permiso de maternidad de duración anual es excesivo. Otros podrían decir que la negación de los pedidos de los padres hiere el principio de la igualdad. Los tribunales podrían responder que esto es una cuestión de interpretación y que la ley les concede una competencia exclusiva para decidir en tales casos, no especificando ni el sexo del beneficiario, ni la duración de la licencia. El realista dirá que “el derecho” concede una licencia-maternidad de 12 meses, no permitiendo la licencia-paternidad. Hasta este punto la elección metodológica del realista coincide con aquella del positivista jurídico: los dos se interesan por aquello que prevé el derecho y no por opiniones subjetivas sobre lo justo y lo adecuado.

El realista se distancia, sin embargo, del iuspositivista en un punto crucial. El iuspositivista hace siempre un juicio de valor jurídico sobre la jurisprudencia, examinando si la decisión tomada está conforme con el derecho vigente (*ley*). El realista, al contrario, se interesa exclusivamente por el derecho “en acción” y considera inútil (o imposible) dar una interpretación correcta u objetiva. Entonces, aunque los tribunales hagan una interpretación evidentemente contraria al sentido de las normas vigentes, el realista continúa considerando como derecho aquello que dicen los tribunales.

El realismo jurídico es una teoría positivista porque sustenta que el derecho es establecido a través de una voluntad política. Según la visión realista, el poder de definición del derecho está en las manos de los tribunales y de la administración y poco depende del legislador. El interés se traslada a los órganos autorizados para aplicar el derecho, o sea, para aquellos que configuran el derecho “en acción”.

Los representantes del positivismo jurídico critican a los realistas por ignorar que el derecho moderno se fundamenta en las decisiones del legislador. Además, muchos autores sustentan que el realismo es una teoría ingenua del punto de vista sociológico, ya que muchos realistas no examinan las razones de la elección de una interpretación, que pueden ser jurídicas (respeto a la voluntad del legislador), políticas (posición política de los jueces) o sociales (origen de clase, intereses personales).

### **2.2.3 Escuelas positivistas de carácter sociológico**

Todas las Escuelas positivistas que fueron hasta aquí presentadas reconocen que el derecho es el producto de una voluntad política, que se crea en un determinado momento y se extingue en otro. No obstante, estas escuelas no tienen el interés en hacer una lectura sociológica del derecho.

Tal interés es expresado, al contrario, por las corrientes sociológicas del positivismo, que plantean las siguientes cuestiones:

- a) ¿Quién crea el derecho y por qué?
- b) ¿Por qué una norma es (o deja de ser) aplicada?
- c) ¿Cuál es la relación entre el derecho y la realidad?

Las corrientes sociológicas del positivismo tratan estas cuestiones tanto en la perspectiva interna del derecho (“de dentro para fuera”), como en la perspectiva externa (“de fuera para dentro”). Vamos aquí a presentar cuatro abordajes sociológicos del

derecho, cuyos representantes pueden ser considerados como precursores de la sociología jurídica<sup>8</sup>.

### 2.2.3.1 Charles de Montesquieu (1689-1755)

El filósofo francés Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu (obra principal: *Del espíritu de las leyes*, 1748) quedó conocido como el teórico de la separación de los poderes, que inspiró las Constituciones de finales del siglo XVIII en los Estados Unidos y en la Francia. Menos conocidas son las sus investigaciones sobre la organización social y política de varios países.

Montesquieu analiza los factores naturales (características climáticas, suelo) y sociales (hábitos, religión, organización económica y política) que explicarían las diferencias entre las legislaciones de los diversos pueblos (Montesquieu, 1997 y 1997-a).

En función de esta multiplicidad de factores surgen variados sistemas jurídicos. Por esta razón, no es posible hablar en la existencia de un único modelo de derecho “*lusto*” o adecuado. El autor fundamenta sus análisis en investigaciones sobre los sistemas jurídicos de varias épocas y países, incluyendo la China y el Japón, y realiza un abordaje del derecho que podemos denominar de relativista.

Al analizar las causas de la diversidad del derecho en el mundo, Montesquieu sustenta que las leyes siguen las costumbres de cada pueblo. Alterar estas costumbres a través de un cambio de leyes sería, de un modo general, un acto de tiranía y probablemente no tendría mucho éxito, debido a la resistencia de la comunidad (libro XIX; 1997, pp. 359 y sgts.). \*

Las observaciones de Montesquieu parecen hoy triviales. Debemos, sin embargo, recordar que a mediados del siglo XVIII, el derecho era visto por los racionalistas como expresión de los mandamientos universales de la razón humana o como resultado del contrato social y de la voluntad del monarca. Por este motivo, el análisis de Montesquieu sobre las causas sociales de la diversidad de las legislaciones constituye una verdadera “*revolución teórica*”, que abre un camino para la investigación sociológica del derecho y de la política (Althusser, 1985, pp. 28-41).

### 2.2.3.2 Escuela histórica del derecho

Esta escuela surge en la primera mitad del siglo XIX, En territorios alemanes. Representantes principales son los juristas Gustav Hugo (1764-1844, obra principal: *Manual del derecho natural en cuanto filosofía del derecho positivo*, 1798) y Friedrich Carl von Savigny (1779-1861, obras principales: *Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, 1814; *Sistema del derecho romano actual*, 1839). El surgimiento de esta escuela fue relacionado por algunos autores con la falta de un Estado nacional en la Alemania hasta las últimas décadas del siglo XIX, hecho que habría llevado “a valorizar las formas tradicionales y espontáneas de organización política (...) presentes en la tradición nacional” (Hespanha, 1998, p. 181).

La Escuela histórica se presenta como reacción a la escuela del derecho natural racional. Para los adeptos de la visión histórica, el derecho no deriva de una razón universal válida para todo el género humano y resumida a través de codificaciones

---

<sup>8</sup> Para una amplia presentación de los precursores de la sociología jurídica cfr. Treves, 1996, pp. 30-54.

generales, aplicables en todos los países y épocas. Según esta escuela, la evolución histórica es determinada por la presencia de un espíritu peculiar: el espíritu del pueblo (*Volksgeist*) o la opinión de la nación (*Meinung der Nation*). El *Volksgeist* marca todas las manifestaciones de una nación, y se encuentra también en el origen del sistema jurídico. En vez de indagar el que debería ser el derecho, esta corriente se dedicó a estudiar su formación en la sociedad. En cuanto producto histórico, el derecho fue relacionado con la idea de nacionalidad y con las particularidades de cada pueblo. Así, los representantes de esta escuela rechazaron las tentativas de una codificación del derecho según modelos racionales, considerados “artificiales”.

En la opinión de Savigny, el espíritu del pueblo se revela a través del derecho costumbrista (“derecho popular”), de los trabajos de intelectuales nacionales que se dedican a estudiar las raíces del derecho y sistematizan sus tendencias (“derecho sabio”) y, finalmente, a través de obras literarias, que resumen y preservan el espíritu popular.

La Escuela histórica aproximase de una concepción sociológica del derecho, en la medida en que considera importante el surgimiento “espontáneo” del derecho en las tradiciones populares, demostrando así, un particular interés por la investigación de las tradiciones jurídicas. La afirmación de Gustav Hugo de que “las leyes no son la única fuente del derecho” — subentendiendo que la verdadera fuente del derecho encontrarse en las tradiciones creadas por el pueblo<sup>9</sup>—, pronuncia una tesis central de la sociología jurídica moderna, que se interesa por la “realidad del derecho” (ver Lección 5, 5). Así siendo, la Escuela histórica realiza una lectura del carácter social de los fenómenos jurídicos.

### 2.2.3.3 Escuela marxista

La Escuela marxista se inicia con las obras y las actividades políticas de dos pensadores alemanes: Karl Marx (1818-1883), cuya obra principal es *El Capital*, libro de carácter eminentemente económico, y Friedrich Engels (1820-1895). Los dos autores escribieron inúmeras obras de interés político y filosófico, donde abordan cuestiones jurídicas.

El marxismo no es apenas una teoría elaborada por un grupo restringido de intelectuales, como las otras teorías que presentamos en este capítulo. El marxismo es un fenómeno de masas, relacionado con el movimiento socialista mundial y con las experiencias de los países que conocieron una revolución comunista.

Presentamos aquí sucintamente algunos aspectos de la visión crítica del marxismo sobre el derecho<sup>10</sup>. Se parte del principio que el derecho presupone el Estado: surge solamente cuando hay una sociedad políticamente organizada, con órganos capaces de establecer reglas e imponer el cumplimiento de las sus prescripciones.

Esto significa que el derecho apenas confirma y fortalece las relaciones sociales, aplicando reglas a situaciones preexistentes. Marx observó que el derecho desarrollado en la sociedad capitalista establece normas universales y uniformes para sujetos desiguales, perpetuando así las diferencias sociales, basadas en la explotación del trabajo de las clases populares por los detentores de capital.

En la visión marxista, el derecho no es un fenómeno autónomo ni resume ideales abstractos (igualdad, libertad, justicia, orden, seguridad). El derecho corresponde a las

---

<sup>9</sup> A. Dufour, Derecho histórico (Escuela del), in Arnaud, 1999, p. 252.

<sup>10</sup> Cottretrel, 1991, p. 99 y sgts., y 1996 pp. 119 y sgts.; Tomasic, 1986, pp. 11 y sgts.; Naves, 2000.

relaciones económicas que predominan en la sociedad. La sociedad se encuentra dividida en clases, en la que se desarrolla un proceso de dominación y de represión de las clases inferiores por parte de las clases privilegiadas, que detentan el poder. El derecho refleja esta realidad social, dado que su configuración corresponde a las relaciones que se dan entre las clases sociales. Por ejemplo, las normas relativas al derecho de propiedad protegen, de un modo general, los intereses de las clases sociales más pudientes.

En esta perspectiva el derecho aparece como expresión de los intereses generales de la clase dominante. Más específicamente, el derecho moderno es considerado como un instrumento ideológico y político de dominación de la clase capitalista (burguesía) sobre la sociedad. En otras palabras, el derecho constituye un medio de reproducción del sistema económico capitalista, fundado en la explotación de la fuerza de trabajo por los detentores de los medios de producción.

En síntesis, no existe, para los marxistas, un derecho sin Estado, ni un Estado sin derecho. El derecho creado y aplicado por los aparatos del Estado cumple una determinada función social: es un instrumento de reproducción de la desigualdad social, a pesar de poder ser utilizado algunas veces por los dominados como un arma contra la clase dominante.

#### **2.2.3.4 Émile Durkheim (1858-1917)**

Durkheim fue el primer profesor a ser titular de una cátedra universitaria de "Sociología" (creada en 1913 en París). Y considerado como el precursor inmediato de la sociología jurídica (obras principales: *De la división del trabajo social*, 1893; *Las reglas del método sociológico*, 1895).

Durkheim entiende que el derecho es un fenómeno social. La sociedad humana es el medio donde el derecho surge y se desarrolla, pues la idea del derecho se enlaza a la idea de conducta, de organización y de cambio. Durkheim adoptó la visión metodológica "positivista" del fundador de la sociología Auguste Comte (1798-1857), pero criticó el carácter filosófico e inclusive "metafísico" de las teorías de Comte, insistiendo en la necesidad de la investigación empírica antes de hacer afirmaciones y elaborar leyes sociológicas.

Según Durkheim, "la primera regla y la más fundamental es considerar los hechos sociales como cosas" (1999-a, p. 15). Esto significa que el sociólogo debe estudiar la sociedad de forma objetiva. Esta es un organismo poderoso, que desarrolla una vida propia, no depende de la voluntad y de los deseos de los individuos, sino de los hechos sociales.

El autor define como hecho social "toda manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coerción exterior" (Durkheim, 1999-la, pp. 13, 105, 124). En palabras más simples, Durkheim entiende como hecho social cualquier norma que es impuesta a los individuos por la sociedad. El autor denomina a las normas como hechos sociales para indicar dos elementos importantes: primero, que el origen de todas las normas es la sociedad (y no el legislador o determinados individuos); segundo, que las normas no son simples "palabras", sino existen objetivamente en la sociedad y el sociólogo debe estudiarlas como hechos, o sea, como "cosas".

En esta perspectiva, las reglas del derecho son hechos sociales muy importantes, porque imponen a los individuos obligaciones y modos de comportamiento, aptos para garantizar la cohesión social.

Las sociedades presentan una estructura de relaciones y de vínculos recíprocos que el autor denomina de solidaridad. Este es un dato objetivo. La mayor parte de las actividades humanas presupone el relacionamiento con otros individuos de forma estable, duradera y según reglas concretas. Esto indica que hay lazos sociales concretos, o sea, que el individuo no es aislado ni la evolución social depende de su voluntad. La solidaridad social solo puede funcionar si existen formas de control y de constreñimiento aplicables a los individuos que no respetan las reglas vigentes y amenazan la cohesión social. Cada sociedad establece un padrón de comportamiento que corresponde a su "consciencia colectiva" (o "consciencia común").

Durkheim define la consciencia colectiva como "el conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al promedio de los miembros de una misma sociedad" (Durkheim, 1999, p. 50). El derecho resume y fortalece esta consciencia y garante la estabilidad social a través de la aplicación de sanciones contra los individuos desviantes.

Durkheim considera el derecho como un "símbolo visible" de la solidaridad social (1999, p. 31). En otras palabras, el derecho torna visible el tipo de estructura social existente, siendo que este "siempre varía de acuerdo con las relaciones sociales que rige" (1999, p. 109).

El autor distingue dos tipos de solidaridad social, esto es, de los formas de vínculo entre los miembros de la sociedad, la primera se encuentra en las sociedades antiguas y puede ser llamada de solidaridad mecánica (o por semejanza). Tales sociedades imponen a sus miembros deberes particularmente rígidos. Todos deben respetar las reglas establecidas por la autoridad. Los valores sociales derivan de la tradición y de la religión y el grupo se organiza como una verdadera comunidad, fundamentada en relaciones de parentesco y en la preservación de la propiedad colectiva.

La solidaridad mecánica se fundamenta en la semejanza de los miembros de la sociedad, o sea, en la uniformidad del comportamiento. Quien no respeta las reglas es considerado agresor del orden social; el robo no es, por ejemplo, considerado como agresión a un particular, sino como una violación de los principios fundamentales de la comunidad. El agresor es, por tanto, considerado como enemigo público y será sometido a una punición inmediata y fuerte.

La sociedad moderna, por el contrario, se caracteriza por la solidaridad orgánica (o por desemejanza). Se trata de una sociedad compleja, fundamentada en la división del trabajo, según el principio de la especialización. El individuo no se vincula directamente a valores sociales, no está sometido los lazos tradicionales, la obligaciones religiosas o "comunitarias". La solidaridad se crea a través de redes de relacionamiento entre individuos y grupos, donde cada uno debe respetar las obligaciones asumidas por contrato. El propio individuo se autocontrola, porque sabe que si no actuara de una determinada forma (estudiar, trabajar, ganar salario, invertir), no podría sobrevivir en esta sociedad fundamentada en la propiedad privada, en la competencia y en el intercambio de bienes de valores equivalentes.

El autor consideró que la distinción entre derecho público y derecho privado no es satisfactoria desde el punto de vista sociológico. La distinción debe basarse en el tipo de solidaridad que prevalece en la sociedad (Durkheim, 1999, pp. 36-37). El tipo de derecho que corresponde a la solidaridad mecánica es el derecho penal, que se hace acompañar de sanciones represivas (punición del desvío). El individuo está vinculado a los valores de una sociedad homogénea, que impone un comportamiento uniforme. El derecho que resume la solidaridad orgánica comprende el derecho civil, comercial, administrativo y constitucional, que se hace acompañar de sanciones restitutivas (reparación de daños). Este tipo de sanciones garante la diferenciación de la sociedad en funciones



especializadas, donde es necesaria la cooperación. El incumplimiento de obligaciones contractuales crea una responsabilidad de tipo patrimonial (y no penal).

Podemos esquematizar el análisis de Durkheim sobre las formas de solidaridad social y sus consecuencias para el derecho de la siguiente forma:

<b>Solidaridad</b>	<b>Vínculo social</b>	<b>Derecho</b>	<b>Tipo de Sanción</b>	<b>Objetivo de la sanción</b>
<b>Mecánica</b>	<i>Semejanza</i>	<i>Penal</i>	<i>Represiva</i>	<i>Reprobación</i>
<b>Orgánica</b>	<i>Diferenciación</i>	<i>Contractual (Público/ privado)</i>	<i>Restitutiva</i>	<i>Restauración</i>

Como observa Georges Gurvitch “el desarrollo paralelo del Contrato y del Estado, ambos acompañados de sanciones restitutorias, es la manifestación más exacta del fortalecimiento de la solidaridad orgánica y del derecho que le corresponde. Según Durkheim, este desarrollo conduce a la realización de los ideales de la igualdad, de libertad y de fraternidad en el campo del derecho”, siendo que los individuos son considerados como titulares de derechos y no como cosas sometidas a un sistema de obligaciones y de sanciones<sup>11</sup>.

### **3. CONCLUSIÓN: DIFERENCIA ENTRE ESCUELAS MORALISTAS Y ESCUELAS POSITIVISTAS**

Las Escuelas moralistas fundamentan el derecho en una autoridad bien determinada (Dios, naturaleza, razón humana) que no tiene un carácter histórico, y no es un producto político. Para tales escuelas el derecho es inmutable, estable y permanente. Las Escuelas positivistas consideran el derecho como un producto histórico de una determinada sociedad, resultado de una voluntad política.

Hay que destacar el hecho de que existen muchos autores que reciben influencias de ambas concepciones (moralista y positivista), dificultando así la identificación de la opción teórica de cada autor (es este, por ejemplo, el caso de Hobbes).

En todo caso, la presentación de varias escuelas jurídicas nos permite llegar a una conclusión: las escuelas más recientes tienden a “desmitificar” el derecho, haciendo una lectura más realista. Esto acontece principalmente con las Escuelas positivistas, que relacionan los fenómenos jurídicos con el Estado y con los cambios históricos. En este sentido, podemos decir que las Escuelas positivistas y, sobretudo, aquellas de carácter sociológico, se aproximan a un análisis sociológico del derecho, planteando la cuestión del origen del sistema jurídico y de la función que éste cumple en la sociedad.

<sup>11</sup> Gurvitch, 1968, pp. 245-246. La tesis de Durkheim sobre la imposición progresiva de la solidaridad orgánica es desmentida por la forma de división del trabajo en nuestras sociedades, donde prevalece el trabajo homogeneizado y frecuentemente poco especializado (Marconi, 1974, pp. 54 y sgts.). Esa tesis es también invalidada por la enorme importancia de la represión penal, esto es, de las sanciones represivas en las sociedades modernas.