

2ej
15



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL DERECHO Y LA ESTRUCTURA SOCIAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANTONIO ALONSO PESADO

Asesor de Tesis: Lic. Salvador López Mata

MEXICO, D. F.

1983



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

EL DERECHO Y LA ESTRUCTURA SOCIAL.

I N D I C E

CAPITULO I

"Objeto de la Sociología del Derecho"

Introducción.

- a) El objeto de la Sociología del Derecho según Max Weber.
- b) El objeto de la Sociología del Derecho según Georges Gurvitch.
- c) El objeto de la Sociología del Derecho según Recaséns Siches.
- d) El objeto de la Sociología del Derecho según Roscoe Pound.
- e) El objeto de la Sociología del Derecho según Emile Durkheim.
- f) El objeto de la Sociología del Derecho según Eugene Ehrlich.
- g) El objeto de la Sociología del Derecho según René Barragán.

CAPITULO II

"El Derecho es una Relación con la Estructura Social"

- a) El Derecho expresado en forma Imperativa.
- b) El hecho social y sus elementos esenciales.
- c) Diferencia entre Sociedad y Comunidad.
- d) El Derecho como regulador de la sociedad.
- e) La idea del Derecho Social.
- f) Concepto Intitucional del Derecho.

CAPITULO III

"Efectos que Produce el Orden Jurídico Sobre la Realidad Social"

- a) El Derecho Positivo constituido actua como una poderosa fuerza social.
- b) Derecho y Poder.
- c) El Reconocimiento o Acentación de las Normas Jurídicas.
- d) Derecho y Arbitrariedad.
- e) Justicia Derecho y Arbitrariedad.
- f) La función de Certeza y Seguridad.
- g) La organización del Poder Político.
- h) La Legitimación del Poder.
- i) La Limitación del Poder Político.

Conclusiones.

Bibliografía.

CAPÍTULO I

OBJETO DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO.

Introducción: El Derecho considerado como orden normativo constituye en su más estricto sentido el objeto particular de la ciencia jurídica y desde un punto de vista sociológico, es posible el estudio del Derecho considerado como hecho social o como un conjunto de fenómenos que se dan en la realidad social.

Esto es precisamente el objeto particular de la Sociología Jurídica, es decir, el estudio del Derecho en su contenido sociológico bajo dos aspectos fundamentales: a) para determinar cómo la regularidad del obrar colectivo encaminado a un fin intervienen en la formación y en la transformación del Derecho y b) para determinar cómo es que el Derecho una vez creado o formado influye en la realidad social de la que necesariamente participa.

Max Weber.— Expone "Que la delimitación de las respectivas esferas del Derecho público y del Derecho privado no es todavía uniforme. En épocas pretéritas lo era menos aun. La posibilidad de establecer una distinción puede incluso faltar por completo. Tal cosa ocurre cuando los derechos y las atribuciones, especialmente en lo que atañe al poder de mando, tienen por sí mismos el carácter de privilegios (o prerrogativas, como suele decirse en relación con el jefe del Estado). La facultad de fallar una determinada causa, la de llevar a las armas o de exigir en cualquier forma obedecer a ciertas personas, representan en tal hipótesis derechos subjetivos adquiridos y eventualmente, pueden ser objeto de un negocio jurídico, una enajenación o una transmisión hereditaria, como lo es —verbigracia, la facultad de arrotchar un pedazo de tierra"⁽¹⁾ El poder jurídico no tiene en este caso una estructura jurídica de instituto, sino que se constituye mediante socializaciones y compromisos concretos entre los diferentes titulares y pretendientes de las facultades subjetivas de mando.

El poder político de mando no difiere entonces esencialmente del que ejercen el señor de la casa —dominus—, el señor territorial o el coronel.

En todos estos poderes encontramos un rasgo común: el "Patrimonialismo". Todo lo que corresponde a nuestro Derecho "público" constituye, de acuerdo con aquella concepción y hasta donde de la misma llega (pues nunca ha sido desenvuelta con rigor absoluto), el objeto de un Derecho subjetivo de los titulares concretos del poder, en la misma forma que una pretensión jurídica privada.

(1) Weber Max. Economía y Sociedad, tomo I, Fondo de Cultura Económica. 1944

Pero la formación del Derecho puede asumir un carácter — enteramente onuesto y en tal caso no es posible hablar de Derecho privado relativamente a muchas de las manifestaciones a lo que correspondería esta denominación, en el último de los sentidos en que fue empleada por nosotros, tal cosa ocurre — cuando faltan las normas objetivas que estatuyen pretensiones jurídicas o expresado en otro giro: cuando la totalidad de las normas vigentes posee, jurídicamente, carácter de "reglamento", y los intereses privados no son pretensiones subjetivas — garantizadas, sino que tienen solamente en su favor la probabilidad de una protección derivada en forma refleja de la reglamentación en vigor.

Hasta donde esta situación llega (y tampoco ha prevalecido de manera universal) todo Derecho se reduce a un fin de la administración: el gobierno. El concepto de "administración" no pertenece exclusivamente al derecho público. Hay administración privada, la de la propia hacienda o la de una empresa lucrativa, por ejemplo, la que es realizada por órganos institucionales del estado o por otros legitimados por éste, es — decir, por institutos públicos heterónomos. En el sentido más amplio el círculo de la "administración pública" encierra tres clases de tareas, a saber: creación del Derecho, ampliación — del mismo y lo que queda de la actividad de los institutos públicos después de separar aquellas dos esferas: la que llamaremos gobierno hay que distinguir: 1.—Un aspecto positivo: El fundamento de la legitimidad de sus atribuciones. El gobierno moderno se desenvuelve sobre la base de una competencia "legítima que desde el punto de vista jurídico descansa, en última instancia, en un poder concedido por las normas constitucionales del instituto estatal. Weber nos dice con respecto a la legitimidad lo siguiente "el problema de la legitimidad lo tendremos que fundamentar de un modo más general. El hecho de que el fundamento de la legitimidad de esta forma de dominación no sea una mera cuestión de especulación teórica o filosófica, sino que da origen a diferencias reales entre las distintas estructuras empíricas de las formas de dominación, se debe a ese otro hecho general inherente a toda forma de dominación e inclusive a toda probabilidad de la vida: la autojustificación" (2)

Encontramos también: 2.—Un aspecto negativo: los límites de una libertad de movimientos, con las que no puede dejar de

(2) op cit. Weber Max. Economía y Sociedad. F.C.S. 1944.

de contar.

Pero su esencia específica radica precisamente, en el aspecto positivo, en que no sólo tiene por objeto el respeto a la realización del Derecho objetivo vigente porque vale como tal y sirve de fundamento a los derechos subjetivos adquiridos, sino también la realización de otros fines de índole material: políticos, morales, utilitarios, o de cualquier otra índole.

En el estado moderno existe precisamente la tendencia a aproximar entre sí, elude el punto de vista formal la aplicación del Derecho y la administración (en el sentido de gobierno).

Aludimos a la jurisdicción administrativa porque en el ámbito de la actividad judicial suele imponerse al juez actual, en parte por medio de normas jurídicas, en parte también doctrinalmente, la obligación de resolver las controversias de que conoce atendiendo a principios materiales: moralidad, equidad, conveniencia etc.

Y por otra parte le otorga el estado, determinados recursos para proteger sus intereses. La indiscriminación entre los simples que tienden a la reparación de un daño, o como nosotros diríamos, "pretensiones de Derecho Civil" y la exigencia de un castigo, bajo el concepto unitario de "expiación", se explica atendiendo a dos peculiaridades del derecho y la coacción jurídica:

1.— En primer lugar, la falta de un análisis de la noción de "culpa" y de los grados de culpabilidad, en relación con la intención del delincuente.

El hombre sediento de venganza no toma en cuenta el motivo subjetivo, sino que se preocupa solamente por el resultado de la conducta ajena. (Este era el primitivo sentido de la acción de *nauesie* romana hacían responsable al propietario de la bestia que no se conducía como era debido. Sucedió lo propio en el caso de la *voxae datio* de animales, para fines de venganza).

Toda injuria es un delito que exige una expiación.

2.— Por otra parte, el mismo carácter de las "consecuencias jurídicas" de la sentencia y la ejecución — como diríamos nosotros — tiende a evitar el establecimiento de una distinción entre las sanciones civiles y penales.

"De la venganza parte principalmente el camino que conduce en línea recta al establecimiento de un proceso penal sujeta a reglas y formas fijas" (3)

(3) *op cit.* Weber Max. *Economía y Sociedad*. F.C.E. 1944.

La tipificación de ciertos consensos y, sobre todo, de ciertos convenios que la conducta de los particulares va creando en forma consiente, al separar las respectivas esferas de intereses con ayuda de asesores debidamente preparados así como los precedentes judiciales, son por consiguiente, fuentes primarias de la creación de normas jurídicas. De este modo ha surgido en realidad, la mayor parte del common Law inglés. La amplia influencia de los expertos, prácticos y jueces versados — guen el mismo fin en forma profesional cada vez mas acusada, imprime a casi todo el Derecho que así surge el carácter de un Derecho de los juristas. No por eso se niega la circunstancia de que en la formación del Derecho concurren algunas determinantes de orden puramente afectivo, el sentimiento de equidad por ejemplo.

Pero la observación revela hasta que punto es fluctuante el funcionamiento del "sentimiento del Derecho".

Además de la creación jurídica directa hay que considerar los siguientes factores: La nueva orientación de la acción comunitaria, en un principio no interesada en las probabilidades de la coacción jurídica, que coloca a los jueces ante situaciones nuevas; la actividad de los asesores profesionales (abogados de las partes) en cuanto a dicha actividad se orienta por las probabilidades de una determinada actividad de los jueces y órganos coactivos; las consecuencias de los precedentes judiciales. Y cuando existe la representación de ciertas normas que valen para la conducta y que son obligatorias para decidir la contienda, no son consideradas en un principio como resultado u objeto posible de estatutos humanos. Su existencia legítima descansa en la absoluta santidad de ciertas prácticas como tales, cuyo desconocimiento acarrea maleficios o produce la intranquilidad de los espíritus o la ira de los dioses.

Ello es también necesario cuando en el curso del procedimiento hay discusión acerca de la comprobación de los hechos.

Desde el punto de vista jurídico, el Derecho moderno se compone de preceptos jurídicos, es decir de normas abstractas de acuerdo con cuyo contenido una determinada situación de hecho debe proceder tales o cuales consecuencias jurídicas. La división más corriente de las normas jurídicas es, como en toda clase de ordenamientos, lo que consiste en agruparlos en "imperativos", "prohibitivos" y "permitivos". De estas tres clases de normas surgen los derechos subjetivos en ejercicio de los cuales un individuo puede ordenar, prohibir, o permitir a otro un determinado comportamiento. A este poder jurídicamente limitado y garantizado, respecto a una acción, corresponden, sociológicamente hablando, las siguientes expectativas:

1.—La de que otros observen una determinada conducta. 2.—La de que omitan un determinado proceder; ambos forma de exigencia y, 3.—La de que no estorben una acción o una omisión del derecho habiente (facultades).

Por otro lado Weber distingue entre la convención y el Derecho agregando:

"Un orden debe llamarse: a) Convención: cuando su validez está garantizada externamente por la probabilidad de que, dentro de un determinado círculo de hombres, una conducta discordante obrá de tronezar con una relativa reprobación general y prácticamente sensible; b) Derecho: cuando está garantizado externamente por 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" (4)

La Sociología del Derecho de Weber contiene un estudio comparativo de las instituciones jurídicas, el cual le sirve de base para formular el concepto de dominación jurídica y al respecto nos dice: "Dominación es un estado de cosas por el cual una voluntad manifiesta (mandato) del dominador o de los dominadores influye sobre los actos de otros (del dominado o de los dominados), de tal suerte que en un grado socialmente-relevante estos actos tienen lugar como si los dominados — hubieran adoptado por sí mismos y como máximo de su obrar el contenido del mandato (obediencia)". (5)

Weber analizó en mi criterio desde un punto de vista Sociológico la división del Derecho en varias ramas y mostró — que distinciones tales como las que se hacen entre Derecho público y privado, Derecho civil y Derecho penal, formuladas de manera típica ideal resultan carentes de una finalidad práctica en ciertas estructuras políticas. Es conveniente advertirse de que como una consecuencia de reflexionar lo que antes se dijo surge la conclusión consistente en que el Derecho subjetivo concebido como privilegio personal impide la creación del Derecho público e inversamente, la validez del Derecho — privado no es pensable si únicamente el propósito del Derecho reside en los deberes administrativos que debe realizar el gobierno. Weber se sirve de ejemplos históricos para mostrar — que las clasificaciones del Derecho que se consideran como — fundamentales se basan en factores de carácter sociológico.

Weber ha demostrado que la estructura del Derecho determina la creación de un nuevo Derecho. Uno de los mas importantes factores dentro de esta estructura consiste en el grado —

(4) op cit. Weber Max. Economía y Sociedad. F.C.E. 1944.

(5) op cit. Weber Max. Economía y Sociedad. F.C.E. 1944.

de racionalidad del sistema jurídico, el cual influye en su carácter formal. Como elementos que forman parte del contenido material del Derecho, podemos considerar la extensión de la libertad contractual y la relación entre libertad y coacción. Esto no depende propiamente de los textos jurídicos, sino de la existencia de determinadas condiciones sociales.

Las transformaciones del orden jurídico no pueden ser explicadas en términos puramente jurídicos. Weber, al tratar estos aspectos de la Sociología Jurídica, muestra con ejemplos tomados tanto del Derecho positivo como del Derecho natural que los cambios en el sistema jurídico están condicionados en cierta manera por los grupos sociales que defienden sus propios intereses. Estas autoridades subordinan la predictibilidad a las consideraciones prácticas y convenientes, las que indudablemente corresponden a los principios éticos de las autoridades de preferencia.

Para poder comprender el Derecho, se debe apreciar tanto el enfoque jurídico como las personas que formulan y aplican el Derecho.

Y de esta forma Weber nos explica:

"La creación del Derecho y su aplicación pueden ser racionales o irracionales. Desde el punto de vista formal son lo segundo, cuando para la regulación de la creación de normas o de la actividad judicial se recurre a procedimientos no controlados racionalmente, como por ejemplo, los oráculos y sus edaneos. Aquellas actividades son irracionales desde el punto de vista material, cuando la decisión de los diversos casos depende esencialmente de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales. La creación y la aplicación del Derecho pueden ser racionales, en sentido formal, o en sentido material. Todo Derecho formal es cuando menos, relativamente racional" (6)

(6) Weber Max. Economía y Sociedad. Versión española de Eduardo García Máynez y Eugenio Imaz, tomo II. Fondo de Cultura Económica.

George Gurvitch.— Este brillante sociólogo expone su doctrina sobre la Sociología Jurídica en su obra, en la que aporta esta definición de esta ciencia: "La Sociología Jurídica es la parte de la Sociología del espíritu que estudia la realidad social plena del Derecho, partiendo de sus expresiones sensibles y exteriormente observables en conductas colectivas efectivas, organizaciones colectivas efectivas, organizaciones cristalizadas, prácticas consuetudinarias y tradiciones o comportamientos novadores y en la base morfológicas, es decir, las estructuras especiales y la densidad demográfica de las instituciones jurídicas".(7)

Como propósito de la Sociología Jurídica, señala el propio autor la interpretación de las citadas conductas colectivas y de las manifestaciones materiales del Derecho, como base en las significaciones internas que las inspiran, pasando de los símbolos —reglas de antemano, el Derecho organizado, los procedimientos y las sanciones—, a las reglas flexibles y al Derecho espontáneo. La Sociología Jurídica, señala dicho autor, considera la variedad cuasi-infinita de las experiencias, de todas las sociedades y de todos los grupos, describiendo los contenidos concretos de cada tipo de estas experiencias, expresadas en fenómenos exteriormente observables y que muestran la realidad plena del Derecho.

Gurvitch señala para la Sociología Jurídica una triple problemática: a) Problemas de Sociología Jurídica sistemática, que habrán de resolverse en lo que propone llamar Microsociología del Derecho; b) Problemas de Sociología Jurídica diferencial, que propone resolver en lo que llama Tipología Jurídica de las agrupaciones particulares y de las sociedades globales, y c) Problemas de la Sociología Jurídica genética, que habrán de ser analizados en lo que llama Macrosociología dinámica del Derecho.

Para justificar la anterior división tripartita de la Sociología Jurídica, advierte que cada sociedad está compuesta por una multitud de agrupaciones particulares y cada grupo particular, cada unidad colectiva real, está compuesta de una multiplicidad de formas de sociabilidad de manera que cuando se habla de un tipo social es necesario distinguir si se trata de un tipo de "sociabilidad", de un tipo de "grupo" o de un tipo de "sociedad global" y da el siguiente ejemplo:

"Francia es un tipo de sociedad global distinta a los di

(7) Gurvitch George. Elementos de Sociología Jurídica, Editorial José M. Cajica, Mexicana Paris 1940.

ferentes tipos de grupo que la componen: Estado, Municipalidades, Servicios Públicos, Sindicatos, Iglesias, Sociedades filantrópicas, familias, etc., y a su vez los tipos de estos -- distintos grupos difieren de las formas de sociabilidad que los componen, ya que en el interior de un grupo como el Estado, el sindicato, etc., se observan en diferente grado de intensidad las relaciones de acercamiento o alejamiento, fusiones en masa, comunidad, comunión, etc., que es justamente lo que constituye una pluralidad de normas de sociabilidad. De esa suerte en el ámbito del Derecho que corresponde a los tipos de grupo y a los tipos de sociedad global, se da siempre una multiplicidad de las formas de sociabilidad".(8)

Microsociología del Derecho.— Gurvitch propone esta denominación para aquella parte de la Sociología Jurídica que habrá de ocuparse de resolver, según se dijo, la problemática de la Sociología Jurídica sistemática y expresa, recurriendo a la Física, que en ella se distingue, por una parte la macrofísica cuyas particularidades se fundan en el cálculo de probabilidades y por otra la microfísica que estudia la fenomenología de los electrones, de las ondas y de los cuanta; de la misma manera y haciendo clara referencia a la microfísica, propone que la Sociología debe llegar a desentrañar los elementos microscópicos simples e irreductibles que integran toda realidad social y señala que estos elementos microsociológicos no son los individuos, sino "las maneras de estar ligados en el todo y por el todo, las formas de sociabilidad".

La Microsociología del Derecho, por tanto, habrá de ocuparse de las "especies de Derecho" subsumidas en los sustratos profundos de las formas de sociabilidad.

Derecho social de la masa, o Derecho de integración de la masa.— Gurvitch, toda vez que conforme a su pensamiento la masa implica el grado más débil en la fusión y el más fuerte en presión considera que el Derecho social de la masa es el menos intenso en cuanto a su violencia; en efecto, señala que si la validez de todo Derecho deriva de la garantía en que se apoya, en la estabilidad y firmeza del hecho normativo en que funda su fuerza obligatoria, el Derecho de la masa apenas si afirma su validez; pero son mas brutales las reacciones espontáneas que acompañan a su infracción.

Derecho social de la comunidad o Derecho de integración en la comunidad.— Representando la comunidad el grado medido

(8) op cit. Gurvitch George. Elementos de Sociología Jurídica, Editorial José M. Cajica, Mexicana París 1940.

de presión y de fusión, el Derecho que de ella se deriva se caracteriza por una validez y una violencia media. La comunidad, en concepto del autor mencionado, constituye una sociabilidad de las más favorables para enjendrar el Derecho, ya que en ella las creencias jurídicas tienden a prevalecer sobre las creencias morales y los éxtasis religiosos y míticos religiosos y mágicos predominantes en la Comunidad, lo que refuerza la validez del Derecho social de la comunidad, en función de la eficiencia de la garantía espontánea que da a la fuerza obligatoria de su Derecho y disminuye paralelamente la reacción espontánea contra las infracciones, dulcificándose sensiblemente la brutalidad de la reprobación. La atmósfera de la comunidad, en suma, resulta un medio favorable al equilibrio entre el Derecho social objetivo y los derechos sociales subjetivos que paralelamente tienden a afirmarse en el dominio del Derecho de la comunidad.

Señala Gurvitch: "Que si la forma de sociabilidad representada por la comunión supone el grado más débil en presión, debería por tanto ser el Derecho social derivado de dicha manifestación, más intenso en validez y menos intenso en violencia; sin embargo ocurre todo lo contrario, ya que la validez del Derecho de la comunión tiene un carácter carismático y místico y corta duración; por tanto resulta menos garantizado en su eficacia; sin embargo la violencia de la reacción espontánea contra la infracción del Derecho social de la comunión aumenta en cuanto la reprobación se inspira más en creencias religiosas y mágicas que en las convicciones jurídicas onestas. En el ámbito de las pretensiones son desechadas a un segundo término: de ahí que las reglas que integran la comunión pierdan fácilmente su carácter jurídico." (9)

Si la sociabilidad por interdependencia y delimitación comprende relaciones de acercamiento, de alejamiento y mixtas, el Derecho individual correspondiente a estas manifestaciones resulta ser a) Derecho individual de alejamiento, b) Derecho individual de acercamiento y c) Derecho individual mixto.

Derecho interindividual de alejamiento.— Es el que nace de los conflictos, de las luchas, de los combates y de las competencias, que justamente reglamenta: es el Derecho de guerra por excelencia y se caracteriza por el hecho de que en el ámbito de los deberes y pretensiones predominan las pretensiones, con predominio por tanto del elemento atributivo que provoca el alejamiento, sobre el elemento imperativo.

(9) *op cit.* Gurvitch George. *Elementos de Sociología Jurídica*, Editorial José M. Cajica, Mexicana París 1940.

Derecho interindividual de acercamiento.— Nace de relaciones con terceros, pasivas, creando una unión entre los sujetos que entran en relación —entre el donante y donatario,— entre el que hace concesiones y el que acepta—y se caracteriza porque el elemento imperativo predomina sobre el elemento atributivo; pero cuando la donación se completa mediante el principio "dando y Dando"— carácter de toda donación en la sociedad arcaica— las concesiones unilaterales se tornan recíprocas, transformándose el Derecho interindividual de acercamiento en derecho interindividual mixto.

Derecho interindividual mixto.—Es el equivalente a un equilibrio entre el alejamiento y el acercamiento, es la especie de Derecho individual más extendida y en ella se piensa cuando se opone el Derecho interindividual y el Derecho intergrup al Derecho social.

"La manifestación clásica de esta especie de Derecho mixto se tiene en el contrato que presupone por una parte la convergencia de la voluntad de los contratantes para establecer una obligación común válida para el futuro —acercamiento—, así como la oposición de dos o varias voluntades para establecer deberes opuestos—alejamiento—." (10)

El Derecho interindividual mixto realiza una delimitación de pretensiones y deberes buscando su equivalencia, donde las relaciones mixtas llegan a ser con más facilidad — hechos normativos que engendran el derecho interindividual intergrup al.

Tipología Jurídica de los Grupos Particulares.—Gurvitch en esta rama de la sociología jurídica, se refiere al dominio de la tipología jurídica de los grupos particulares y de las sociedades globales, a partir no ya de las manifestaciones de la realidad jurídica que implican las "especies de Derecho". Por ello el análisis de la problemática de la Sociología Jurídica de los grupos particulares propuesta por dicho autor, parte de la clasificación de los tipos de grupos, de las unidades colectivas en cuya función será estudiada la realidad del Derecho. Para fundamentar debidamente tal clasificación propone la siguiente clasificación: 1.—Su extensión, 2.—Su duración, 3.—Su función, 4.—Su aptitud, 5.—Su principio que rige su organización, 6.—La forma de coacción y 7.—La medida de unidad, teniendo por tanto los siguientes grupos:

- a) Grupos particulares y grupos globales.
- b) Grupos temporales y grupos durables.

(10)op cit. Gurvitch George. Elementos de Sociología Jurídica, Editorial José M. Cajica, Mexicana París 1940.

c) Grupos de parentesco, de localidad, de actividad económica, de actividad no lucrativa, místicos, estáticos y grupos de amigos.

d) Grupos de división y grupos de unión.

e) Grupos inorganizados y grupos organizados.

f) Grupos que disponen de la coacción condicionada y grupos que disponen de la coacción incondicional.

g) Grupos unitarios, federalistas y confederalistas.

No todos estos grupos son favorables por su estructura a la constitución de "cuadros jurídicos", ya que algunos de ellos carecen de la estabilidad necesaria para tal efecto, como es el caso de las multitudes, reuniones, etc., y en otros casos se trata de grupos inorganizados que sólo con grandes dificultades pueden constituir cuadros organizados. De esta suerte, a partir de los grupos sociales que realizan valores, que producen hechos normativos y que por tanto regulan hechos jurídicos propios, propone dicho autor la siguiente clasificación de cuadros o estructuras de Derecho:

a) Estructuras de Derecho ascético—místico, caracterizada por su extraterritorialidad, por el predominio del elemento comunión y por los valores éticos.

b) Estructuras de Derecho político, caracterizadas por su territorialidad, por su rigidez legislativa y por el predominio del elemento comunidad.

c) Estructuras de Derecho económico: en ellas predomina la característica de extraterritorialidad, así como el elemento masa y las características de flexibilidad, elasticidad y movilidad.

d) Estructuras de Derecho puro e independiente, propias del Derecho Internacional y el Estado.

e) Estructuras de Derecho sujetas a la tutela del Estado son aquellas que están subordinadas al Estado, como es el caso del Derecho privado.

Sociología Jurídica Genética.—Gurvitch, al plantear los propósitos de esa parte de la Sociología Jurídica, apunta con claridad que pretende plantear la problemática del origen de las sociedades, señalando categóricamente que la finología Jurídica genética solo puede tener por objeto la investigación de los dos siguientes problemas: a) El estudio de las regularidades tendenciales en el interior de cada tipo de sistemas jurídicos y b) el estudio de los factores de estas regularidades y con más generalidad, de todas las transformaciones de la vida del Derecho.

En síntesis Gurvitch nos define a la Sociología Jurídica de la siguiente forma:

"Podemos definir a la Sociología del Derecho como el estudio de la plenitud de la realidad social del Derecho, que—

pone los géneros, los ordenamientos y los sistemas del Derecho, así como sus formas de comprobación y de expresión en correlaciones funcionales con los tipos de cuadros sociales apropiados; investiga al mismo tiempo las variaciones de la importancia del Derecho, la fluctuación de sus técnicas y doctrinas, el papel diversificado de los grupos de juristas y, finalmente, las regularidades tendenciales de la génesis del Derecho y de los factores de éste en el interior de las estructuras sociales, globales y parciales." (11)

Considero que es conveniente explicar el sentido en que Gurvitch emplea algunos términos fundamentales.

Por el término géneros del Derecho se debe entender la distinción que establece entre ellos según su carácter interno; así por ejemplo, la distinción entre Derecho Social y Derecho interindividual se da sobre las bases de que en el primero la idea del todo entendido como el nosotros de un grupo, una clase, una sociedad global, intervienen en forma directa en el entrelazamiento de las pretensiones y deberes; y en el segundo, el todo no figura en el encadenamiento de las pretensiones y los deberes. Estos géneros se subdividen en subgéneros, por ejemplo, el Derecho social en: Derecho de la masa, de la comunidad y de la comunión. Se entiende por ordenamiento jurídico la jerarquía y equilibrio de los géneros de Derecho, tales como el Derecho del Estado, el Derecho Sindical, el Derecho eclesiástico, el Derecho agrario etc.

En lo que se refiere a las formas de Derecho deben entenderse por ellas las diversas maneras de afirmar y comprobar el Derecho, así como de expresarlo. También hay que caer en la cuenta de que hay una independencia entre las formas de Derecho y los géneros de Derecho, los ordenamientos jurídicos y los sistemas de Derecho, esto es, que los mismos géneros, ordenamientos y sistemas de Derecho pueden comprobarse y expresarse de manera diferente y, a la inversa, diversos géneros, ordenamientos y sistemas de Derecho pueden comprobarse y expresarse.

(11) Gurvitch Georges. Problemas de la Sociología del Derecho. Artículo publicado en el tomo II del libro Tratado de Sociología,. Editorial Kanelusz.

Recaséns Siches.—Nos dice: "El Derecho en su producción, en su desenvolvimiento, en su cumplimiento espontáneo, en las transgresiones que sufre, en su aplicación forzada, en sus --proyecciones prácticas se muestra como un conjunto de hechos sociales." (12)

Explica diciendo que hay gentes que dictan leyes, reglamentos, sentencias, etc. Todos esos casos no son actos de la vida social. Son hechos sociales.

Vemos que las gentes se afanan, en sus movimientos políticos, por la configuración del Derecho en un determinado sentido. En esos procesos sociales encaminados a la gestación y desenvolvimiento del Derecho pasan o influyen: las tradiciones de unas determinadas modas colectivas de la vida; las necesidades presentes; las creencias religiosas; las convicciones morales; las ideas políticas; los intereses económicos; -- las representaciones colectivas que los hombres tienen de la nación, de la religión de la aldea, de la humanidad; los sentimientos colectivos de reparación, de esperanza y de preferencia de que están animados. etc. Por lo tanto, todos esos --fenómenos constituyen hechos sociales.

Hallamos también el ingrediente jurídico efectivo, solo -- que en otra forma, en aquellas conductas ilegales, cuyos actos están dominados por la preocupación de eludir las consecuencias que el Derecho prescribe para tales comportamientos.

En todos los aspectos presentados por las consideraciones anteriores quedan claras dos cosas: A) El Derecho que en un determinado momento, constituye el resultado de un complejo de factores sociales. B) El Derecho que desde el punto de vista Sociológico es un tipo de hecho social, actúa como una fuerza configurante de las conductas, bien moldeándolas, bien interviniendo en ellas como auxiliares o como balanza, o bien preocupando en cualquier otra manera al sujeto.

El maestro Recaséns Siches, asigna dos series de temas a la Sociología del Derecho:

"En la primera nos señala diciendo que "El estudio de como el Derecho representa el producto de procesos sociales.

Y en segundo plano el examen de los efectos que el Derecho ya producido (de cualquier índole que sea) causa en la sociedad.

Estos efectos pueden ser de varias clases: Positivos de configuración de la vida social; Negativos es decir, de fracaso; de interferencia con otros factores (económicos, religio-

... sos etc.), produciendo combinaciones muy diversas, e imperativas algunas veces; de reacción, contribuyendo a formar corrientes adversas contra las normas vigentes, para derogarlas y sustituirlas". (13)

Como investigación sociológica general, la Sociología Jurídica no versará sobre la sucesión de acontecimientos singulares en un determinado proceso histórico concreto, sino que estudiará en términos generales la realidad social del Derecho, analizando la disposición y el funcionamiento de los factores que intervienen en su gestión y en su evolución o no se ocure, como lo hace la Historia, de relatar en su individualidad y en su sucesión los hechos que han pasado, sino que estudia el funcionamiento de los tipos de mecanismos productores de esos hechos; estudia las constelaciones típicas de factores que influyen en la génesis y en la configuración del Derecho; estudia las formas y los complejos sociales en los cuales surge el Derecho; la relación en la realidad social entre el Derecho y los otros contenidos de la vida (religiosos, científicos, filosóficos, técnicos, económicos, sexuales etc.)

Considero que el maestro Recaséns Siches cuando se refiere al tema de la Sociología Jurídica cabe decir que sobre los procesos sociales encaminados a la gestación del Derecho influyen una serie de factores, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes: las necesidades existentes en un momento dado, las creencias religiosas, las convicciones políticas y las morales, los sentimientos de justicia, los sentimientos de esperanza y de mejora de la sociedad existente, etc. Todos estos fenómenos son hechos sociales.

Por lo que hace al segundo de los temas de la Sociología Jurídica se puede afirmar que los efectos que produce el Derecho una vez creado son diversos; positivos, es decir, de configuración de la vida social de acuerdo con el Derecho tomado como modelo; negativos, esto es, de fracaso en cuanto a esa configuración; ~~de interferencia en relación con otros factores~~, por ejemplo, religiosos, económicos, etc.; de reacción en contra las normas vigentes en un momento dado, con la finalidad de derogarlas y, en su caso, sustituirlas por unas nuevas.

(13) op cit. Recaséns Siches Luis. Sociología. Editorial-Forrda. S.A. México 1958.

Roscoe Pound.— Principal representante de esta Escuela del positivismo sociológico norteamericano, Pound, haciéndose eco del planteamiento propuesto por James, pretende reemplazar, en la ciencia jurídica el racionalismo por el empirismo y el pragmatismo y así viene a negar la existencia de principios jurídicos eternos o inmutables, ante la afirmación de que el Derecho es fluido y que cambia cuando cambian las condiciones sociales a las que debe su vida y de que la verdad de sus principios en que se sustenta es relativa y no absoluta.

Pound considera: "Que la jurisprudencia es una ciencia de ingeniería social que se ocupa de la esfera de los asuntos humanos en la que pueden lograrse resultados mediante la sociedad política organizada; de ahí que el Derecho venga a ser un instrumento para mejorar el orden social y económico mediante la sociedad política organizada; de ahí que el Derecho venga a ser un instrumento para mejorar el orden social y económico mediante un esfuerzo conciente e inteligente. El Derecho no se ocupa sino de intereses, aspiraciones y pretensiones; un Derecho no es sino uno entre varios medios para la satisfacción de los intereses, el orden jurídico por tanto no se ocupa primordial y exclusivamente de Derecho." (14)

Pound con James, admite que la esencia del bien está en satisfacer las demandas, pero como no es posible dar satisfacción a todos, deben satisfacerse en todo momento tantas demandas como sea posible y de ahí que la función del Derecho ante las demandas, pretensiones e intereses que se contraponen mutuamente, sea la de reconciliar, armonizar y lograr compromisos entre esos intereses.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, Pound señala así su siguiente concepción del Derecho: "Me limito a considerar el Derecho como una institución social para satisfacer necesidades sociales —las pretensiones y demandas implícitas en la existencia de la sociedad civilizada— logrando lo más posible con el mínimo de sacrificio, en tanto en cuanto pueden ser satisfechas esas necesidades o realizadas —tales pretensiones mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad políticamente organizada" (15)

Esta jurisprudencia sociológica norteamericana surgió no sólo como protesta contra los conceptos iusnaturalistas, sino también como reacción contra la esterilidad y formalismo de -

(14) Pound, Roscoe. Sociología y Jurisprudencia. Artículo publicado en el libro, La Sociología del Siglo XX, Editorial-El Ateneo, Buenos Aires.

(15) Ibidem.

Para Pound la Sociología del Derecho constituye una ciencia del Derecho, considerado a éste como una forma especializada de control social, y a la primera como una ciencia social. Este es, podríamos decir su concepto de la Sociología Jurídica:

"Parece consistir en el estudio del orden legal, esto, es, el conjunto de causas legales que la autoridad invoca para guiar las decisiones judiciales y administrativas (merced a las cuales el régimen en vigor se mantiene) y en el estudio de las relaciones del orden legal con la Sociología".(16)

Los estudios de carácter sociológico deben estructurarse al rededor de los caracteres que presenta el Derecho según las versiones científicas que presenta el pensamiento jurídico dogmático, las cuales dice Pound son las siguientes:

- a) La actitud funcional, según la cual se lleva a cabo un estudio de los significados posibles del Derecho por medio del análisis de sus relaciones con el proceso total del control social y como parte de este proceso.
- b) La tendencia hacia la justicia preventiva.
- c) La tendencia a considerar de manera primordial a ciencias sociales.
- d) La intención del Derecho a cooperar con las demás ciencias sociales.
- e) El estudio de los límites de la acción legal.

(16) ob cit. Pound, Roscoe. Sociología y Jurisprudencia. Artículo publicado en el libro, La Sociología del Siglo XX, Editorial El Ateneo. Buenos Aires.

Emile Durkheim.— Nos dice: "Que el símbolo visible de la solidaridad social —forma de sociabilidad— es el Derecho de manera que en mismo es posible encontrar las variedades —esenciales de la solidaridad social; y a la inversa toda clasificación válida para la investigación sociológica de las especies de Derecho sólo puede hacerse en función de una clasificación de las formas de solidaridad." (17)

Piensa que el Estado no ha existido en todas las épocas de la vida social, que no desempeña desde su nacimiento el mismo papel; por tanto, a la Sociología Jurídica le incumbe la tarea de distinguir las especies de Derecho y propone esta —primera clasificación: a) El Derecho correspondiente a la "solidaridad", por semejanza, y b) El Derecho correspondiente a la "solidaridad" orgánica, por desemejanza. Como ejemplo de Derecho conforme a la solidaridad mecánica, viene al Derecho penal; y como ejemplo de solidaridad orgánica de Derecho, viene al Derecho familiar, contractual, mercantil, administrativo, constitucional y de procedimientos.

Considera Durkheim que el Derecho puede definirse como —"reglas con sanciones organizadas", en oposición a las "reglas con sanciones difusas" propias de la moral y de ahí que los dos tipos de reglamentación jurídica, paralelas a las dos formas de solidaridad que propone, impliquen dos tipos diferentes de sanciones organizadas; es decir, el Derecho correspondiente a la solidaridad orgánica va acompañado de sanciones repressivas. La sanción represiva viene a representar —una sanción impuesta por la sociedad, un deshonor, un castigo o un reproche público; por el contrario la sanción repressiva consiste en volver las cosas a su estado anterior, tiende al restablecimiento a su forma normal de las relaciones perturbadas.

Las sanciones repressivas y el Derecho penal al que acompañan protegen las similitudes sociales más esenciales; el crimen entraña una ofensa de los estados fuertes de la conciencia colectiva y de ahí que mientras más predomina en una sociedad la solidaridad homogénea, sin ningún intermediario y en ese caso predomina más el Derecho repressivo se encamina mediante las sanciones repressivas a la protección a la sociedad en funciones especializadas, en actividades personales individualizadas.

(17) Durkheim, Emile. Las Reglas del Método Sociológico. Versión española de Aniba Leal, Editorial La Pléyade.

Dentro de los dos fundamentales tipos de reglamentación-jurídica propuestos por Durkheim, encuentra además otros subtipos: y así dentro del Derecho restitutivo, se encuentra por una parte el Derecho contractual propiamente dicho y otro derecho que sobrepasa al contrato v.gr. el Derecho doméstico, el sindical, el constitucional. Llega además a observar que "no todo es contractual en el contrato" dado que frecuentemente nuestra cooperación voluntaria nos crea deberes que no hemos adquirido y con ello se anticipa a la idea de los contratos de adhesión. Encuentra así mismo dentro del Derecho restitutivo un Derecho de carácter negativo que se reduce a una mera abstención, v.gr. el Derecho real, al que considera no corresponder ninguna especie de solidaridad y menciona finalmente el Derecho de cooperación positiva, como el único que simboliza la solidaridad orgánica y que se divide en los dos subtipos inicialmente mencionado.

Durkheim desarrolla una teoría del progreso fincada en la creencia de un ideal preconcebido, en al búsqueda de fases históricas de desarrollo de la sociedad global, fases equivalentes a grados de progreso moral, bajo la aseveración del ser más elevado valor de la solidaridad orgánica y el Derecho restitutivo que la solidaridad orgánica y que mientras mas avanzadas son las sociedades, mas predominan las sanciones represivas extremadamente severas; pero evolucionadas las sociedades, las penas son mas atenuadas, hasta la eliminación casi total de la represión por la restitución y de esa suerte se remite el Antiguo Testamento y a las Leyes del Manú, donde es posible notar la más severa represión; posteriormente la Ley de las XII Tablas producto de una sociedad más evolucionada, viene a apoyarse en sanciones más atenuadas. Señala Durkheim que al comparar, así mismo, las primeras codificaciones de las sociedades cristianas —leyes sálicas, leyes de los visigodos, burgundios, etc.— con las leyes de la Edad Media y estas últimas con la de los tiempos modernos, que de hacerse la misma observación. Durkheim hubo después de rectificar esta posición al reconocer que "acontece que al pasar de una especie inferior a otra mas elevada, no se vé que la pena se reduzca como se podía esperar, porque en el mismo momento, la organización social", de donde las sanciones represivas no evolucionan necesariamente en función de la solidaridad mecánica.

Considero que Durkheim desarrolló de manera más amplia una microsociología jurídica que una tipología jurídica de las sociedades globales, sin embargo, presentó, sobre bases generales, los lineamientos de esta última.

Eugen Ehrlich.— En su obra de Sociología Jurídica, pronunciaándose abiertamente contra el carácter científico de la Dogmática del Derecho a la que considera no una ciencia, sino una técnica que sirve a fines concretos, señala dos pronósi--tos fundamentales de su obra: 1.—Demostrar que la ciencia — Dogmática del Derecho no es sino una técnica relativa, inca--paz de aprehender, en vista de su sistematización táctica, — sino la cara más superficial de la realidad efectiva del Dere--cho y 2.—Describir, prescindiendo de toda técnica, la reali--dad integral y espontánea del Derecho en sus sustratos profun--dos, mediante un procedimiento metódico y objetivo.

Ehrlich, en cuanto al primero de sus pronósi--tos, parte del análisis de tres postulados fundamentales de la ciencia -- dogmática jurídica: a) La negación de toda libertad del juez, quien esta por proposiciones fijadas de antemano. b) La denegación de todo Derecho frente al Estado y c) La unidad del Dere--cho, identificada con la coherencia sistemática de las pro--posiciones jurídicas.

En torno al primer postulado relativo a la unión del -- juez a proposiciones abstractas del Derecho fijadas de antema--no, señala Ehrlich que ello no es sino el resultado de una re--cepción artificial del Derecho extranjero —Derecho romano — por los países de la Europa continental. Respecto del segundo postulado que hace depender todo Derecho del Estado, señala -- dicho autor que fue adoptado para llenar las necesidades del -- absolutismo monárquico y que de ahí paso a los regímenes cons--titucionales y republicanos. Los juristas de la Edad Media y -- de la época actual han renunciado a este postulado, bajo la -- influencia conjugada de grupos autónomos en el interior del -- Estado y de las organizaciones internacionales. Finalmente -- con respecto a el último postulado que proclama la unidad mo--nista del Derecho, considera Ehrlich que representa un procedi--miento conscientemente ficticio basado en el racionalismo -- deductivo, toda vez que entra en conflicto con la realidad vi--va del Derecho en la que sobresalen la autonomía jurídica de -- los grupos sociales múltiples y la pluralidad de usos de los -- círculos particulares.

Dice Ehrlich: "Que el Derecho surge de los usos y prácti--cas consuetudinarias de la comunidad y que el individuo obede--ce a las normas por la fuerza psicológica de hábito y la su--gestión, sin reflexión, de manera que la eficacia del Derecho se apoya principalmente en la acción muda de las asociaciones que integran los individuos y que el centro del desarrollo --

del Derecho en nuestra época, como en cualquier otro tiempo, — no debe buscarse ni en la ley, ni en la jurisprudencia o en la doctrina, ni en general en un sistema de reglas, sino en la sociedad misma". (19)

Expresa Ehrlich que las proposiciones jurídicas abstractas formuladas por el Estado son como la espuma que se forma en la superficie de las aguas: no se dirigen en el fondo a — los tribunales estatales y a otros órganos, los grupos, los individuos viven en una vida jurídica de plena ignorancia del contenido de esas proposiciones, únicamente conocen el orden jurídico espontáneo de la sociedad, frente al cual aquellas — reglas no son sino una corteza superficial y de ahí que solo una ínfima parte del orden jurídico de la sociedad sea realizado por la legislación del Estado; la mayor parte del Derecho espontáneo, habrá de realizarse con absoluta independencia de las proposiciones jurídicas abstractas.

El Derecho viviente que condiciona a la sociedad se aleja de las previsiones codificadas y se encuentra en perpetuo cambio y movimiento y ejemplificado en: la abolición de la esclavitud en la Edad Media, en la liberación de los campesinos en Inglaterra, en la formación de los sindicatos, en el desarrollo de las convenciones colectivas de trabajo, aclara que su realización ha sido posible con plena independencia de las — proposiciones abstractas del Derecho, siendo además ignorados por las leyes del Estado estos fenómenos sociales y sólo reconocidos con gran retardo por el propio Estado.

Advierte Ehrlich que bajo las proposiciones abstractas — del Derecho elaboradas por el Estado relativas a los conflictos entre individuos y grupos, se afirma un Derecho que condiciona a la sociedad en un orden pacífico interno y como este Derecho fundamenta todas las reglas y es más objetiva que toda regla, viene a constituir un orden jurídico de la sociedad y es justamente el estudio de este orden de la tarea específica de la Sociología Jurídica que se distingue de la ciencia — dogmática jurídica, porque aquella observa un método puramente desinteresado, fundado exclusivamente en la observación y por su objeto particular de estudios. El sociólogo del Derecho habrá de tomar como punto de partida la capa más profunda de la realidad jurídica, el orden pacífico interno, espontáneo y directo de la sociedad, explicando las condiciones que deben intervenir, para que se deduzcan de este orden las — reglamentaciones procedistas:

Considero indudablemente que resultan a todas luces muy meritorias las aportaciones de Ehrlich a la temática fundamental de la Sociología Jurídica, desde el punto de vista del — papel que juega la sociedad en la génesis del Derecho; pero es

(19) Ehrlich Eugen. Fundamental Principles of The Sociology of Law.

del Derecho en nuestra época, como en cualquier otro tiempo, no debe buscarse ni en la ley, ni en la jurisprudencia o en la doctrina, ni en general en un sistema de reglas, sino en la sociedad misma". (19)

Expresa Ehrlich que las proposiciones jurídicas abstractas formuladas por el Estado son como la espuma que se forma en la superficie de las aguas: no se dirigen en el fondo a los tribunales estatales y a otros órganos, los grupos, los individuos viven en una vida jurídica de plena ignorancia del contenido de esas proposiciones, únicamente conocen el orden jurídico espontáneo de la sociedad, frente al cual aquellas reglas no son sino una corteza superficial y de ahí que solo una ínfima parte del orden jurídico de la sociedad ser realizado por la legislación del Estado; la mayor parte del Derecho espontáneo, habrá de realizarse con absoluta independencia de las proposiciones jurídicas abstractas.

El Derecho viviente que condiciona a la sociedad se aleja de las previsiones codificadas y se encuentra en perpetuo cambio y movimiento y ejemplificado en: la abolición de la esclavitud en la Edad Media, en la liberación de los campesinos en Inglaterra, en la formación de los sindicatos, en el desarrollo de las convenciones colectivas de trabajo, aclara que su realización ha sido posible con plena independencia de las proposiciones abstractas del Derecho, siendo además ignorados por las leyes del Estado estos fenómenos sociales y sólo reconocidos con gran retardo por el propio Estado.

Advierte Ehrlich que bajo las proposiciones abstractas del Derecho elaboradas por el Estados relativas a los conflictos entre individuos y grupos, se afirma un Derecho que condiciona a la sociedad en un orden natífico interno y como este Derecho fundamenta todas las reglas y es más objetiva que toda regla, viene a constituir un orden jurídico de la sociedad y es justamente el estudio de este orden de la tarea específica de la Sociología Jurídica que se distingue de la ciencia dogmática jurídica, porque aquella observa un método puramente desinteresado, fundado exclusivamente en la observación y por su objeto particular de estudios. El sociólogo del Derecho habrá de tomar como punto de partida la capa más profunda de la realidad jurídica, el orden natífico interno, espontáneo y directo de la sociedad, explicando las condiciones que deben intervenir, para que se deduzcan de este orden las reglamentaciones propuestas.

Considero indudablemente que resultan a todas luces muy meritorias las aportaciones de Ehrlich a la temática fundamental de la Sociología Jurídica, desde el punto de vista del papel que juega la sociedad en la génesis del Derecho; pero es

necesario considerar, a nuestro juicio, algunas aberraciones en su sistema; en efecto parece ser justificable el abismo que tiende entre la ciencia dogmática jurídica y la Sociología jurídica, pero sólo desde el punto de vista de que tal separación contribuye a fijar el objeto y métodos propios de la Sociología Jurídica; por otra parte no debe perderse de vista que ambas ciencias tienen necesariamente que encontrarse en el análisis de la realidad social en que se fundamenta y a que se refiere el Derecho: más que separarse ambas ciencias, deben auxiliarse y ello no implica demérito alguno de su autonomía. Ehrlich se excede en el papel que la sociedad tiene ante el Derecho y ante el Estado y si bien es cierto que habla de un orden jurídico estatal, en el que también existen capas profundas y unión espontánea política distinta de otras uniones espontáneas; pero la atribución exclusiva y única de la sociedad como centro del desarrollo del Derecho lo lleva a desvincular el Derecho representado por la norma abstracta, de la realidad social a que se refiere, limitando erróneamente su eficacia bien sea a capas superficiales de la realidad social, bien sea a la acción irreflexiva y muda de las asociaciones que integran los individuos; esto lo lleva a sostener un divorcio entre la sociedad y la legislación del Estado cuyas normas abstractas no pueden comprender toda la realidad social, posición que consideramos igualmente incorrecta, toda vez que la sociedad es fundamento del Estado en el que se desarrolla el Derecho. Que de ninguna suerte puede divorciarse ni el Estado, ni la sociedad a que se refiere y en la que igualmente se funda.

Ehrlich confunde el problema de la génesis de las normas con las normas mismas. Una es la explicación en torno al origen de las normas, la cual tiene un carácter sociológico jurídico, y otro es la descripción de las normas como específicos substratos de sentido, y consideradas independientemente del proceso en virtud del cual son creadas. Sólo esta distinción de campos nos puede librar del naturalismo sociológico jurídico del cual Ehrlich puede considerarse un representante.

Ahora bien, si las reglas de conducta se consideran como hechos sociales, entonces sólo pueden ser conocidas por hechos sociales, entonces sólo pueden ser conocidas por medio del método inductivo.

El Derecho y la relación jurídica no pertenecen al mundo de lo empírico, pero las ideas que tenemos de ellos se han formado sobre la base de hechos que han sido observados. La ciencia del Derecho en cuanto ciencia empírica ha de inducir los conceptos jurídicos de su objeto: la realidad social. En relación con la naturaleza de la Sociología Jurídica, afirma:

Ehrlich que: "Puesto que el Derecho es un fenómeno social, cada clase de ciencia jurídica (Jurisprudencia) es una ciencia social; pero la ciencia jurídica en el sentido propio del término es una parte de la teoría científica de la sociedad. La Sociología del Derecho es la teoría científica del Derecho".
(20)

Por otra parte, cabe decir que la Sociología del Derecho debe comenzar con la averiguación del Derecho viviente. Su atención deberá dirigirse principalmente a lo concreto no a lo abstracto. Es únicamente lo concreto lo que puede ser observado.

El Derecho no es un mandato, sino un producto de las relaciones entre los hombres, un hecho social. El Derecho no es regla de conducta individual sino social, de acuerdo con esto podemos decir que no hay derecho individual, el Derecho en amplio sentido es Social. Podemos afirmar que el Derecho es el orden interno de las asociaciones. Un grupo de hombres se convierte en una asociación, en virtud de su organización, por la norma que indica a cada uno de ellos la posición que ocupa y el papel que le corresponde desempeñar. El Derecho es de manera fundamental organización, regulación de la conducta de los hombres que forman parte de la asociación. El carácter jurídico de una norma se debe a la función ordenadora y conformadora de las relaciones interhumanas, lo cual es independiente de su formulación. Aquí es conveniente distinguir entre la norma jurídica y la proposición jurídica. Esta distinción la plantea Ehrlich siguiendo el orden de ideas de su concepción acerca del Derecho. Por lo que toca a la distinción de referencia, expresa el autor mencionado:

"No hay que confundir norma jurídica con proposición jurídica. Proposición jurídica es la formulación en forma vinculativa, en una ley o en un código de un precepto jurídico. Norma jurídica, en cambio, es el precepto jurídico convertido en obrar humano, tal como rige, aún desprovisto de formulación verbal, en una asociación quizá insignificante". (21)

Bajo la influencia de una sustrata lógica jurídica, la cual nació con el fenómeno histórico conocido como la recepción del Derecho romano, piensa el jurista que tanto las decisiones de las autoridades judiciales como las de las autoridades administrativas se basan en la substitución de un hecho bajo una proposición jurídica previamente existente. Siguiendo

(20) op cit. Ehrlich Eugen. Fundamental Principles of The Sociology of Law.

(21) Ibidem.

unas ideas que nos parecen insólitas, declara Ehrlich que el problema en la mayoría de los casos descansa en una cuestión de hechos y no sobre una de Derecho; en otros términos el problema por resolver es el del orden interno de las asociaciones, dicho problema lo resuelve el juez valiéndose de la prueba testifical, de la prueba pericial, de los contratos, de los testamentos.

El Estado abarca mediante su legislación una parte insignificante de vida jurídica; gran parte de la vida del Derecho ocurre al margen de la ley y se desarrolla en el seno de las instituciones sociales.

El único Derecho que el Estado crea propiamente es aquel que está constituido por las normas con las que el propio Estado regula su funcionamiento en tanto asociación jurídica; ese derecho está formado por las normas que integran el Derecho político, el constitucional y el administrativo. Las otras clases de normas a las que el Estado les presta una vigencia formal tienen un origen diferente al estatal, a saber: las asociaciones o la sociedad. Las más importantes de esas normas son aquellas que establecen el orden entre las asociaciones que componen la sociedad. Estas normas se imponen en un principio por la presión social; después, es el Estado el que se encarga de imponerlas. Por último, las demás normas sancionadas por el Estado son de segundo orden en virtud de que no crean un orden en el seno de las asociaciones, ni dentro de la sociedad, sino que su función es mantener el orden dentro de las asociaciones. Estas normas son normas de decisión, las cuales sólo entran en vigor en los casos muy raros de conflicto, y representan un mandato del Estado a sus órganos sobre la manera de decidir una controversia, o bien normas adjetivas tales como las del Derecho penal y el Civil que no se destinan a regular directamente la vida, sino que su función consiste en mantener la regulación jurídica establecida por otra instancia.

René Barragán.—Nos dice en primer lugar que hay que — identificar el carácter formal de lo normativo. En toda sociedad culta los problemas que suscita la convivencia y el choque de los intereses individuales, han de ser resultados con arreglo a normas.

Estas normas pueden ser de distinto carácter: morales, jurídicas, convencionales, técnicas etc. Todas ellas son mandatos.

Ahora bien, todo mandato implica la estimulación de que una conducta es preferible a otra, y esta estimación, a su vez implica el acatamiento de un valor reconocido. Se advierte por tanto, que hay algo en todas las normas que trasciende a ellos, y es el criterio de estimación, el valor que postulan. Lo propio de la norma, considerada en sí, es simplemente su estructura imperativa.

El valor que postula es ajeno a ella; es también un producto de la cultura, pero exterior a la norma. El valor contenido en una norma puede ser muy diverso, sin que por eso se altere la forma imperativa de la norma.

Corresponde a Stammler el mérito de haber distinguido — con toda nitidez, respecto al Derecho, la forma de contenido. El contenido del Derecho está proporcionado, en cada época, — por la suma de aspiraciones sociales; es por tanto, un hecho empírico y variable.

Y así expresa René Barragán esta idea: "La forma es el modo de ordenar esas aspiraciones en un querer entrelazante, autárquico e invariable, es decir, en un mandato social inextinguible. Lo propiamente jurídico de la forma de exhibición y no el contenido mutable de las aspiraciones sociales". (22)

Lo que se dice de la norma jurídica puede decirse de todas las demás especies de normas. Lo que tienen de normativas su forma imperativa; el contenido les es proporcionado por el conjunto de las convicciones sociales de cada época, y los valores a que la misma aspira. Es por eso que, aunque siempre ha habido normas morales, jurídicas y convencionales, ha sido tan distinto su significado en una y otra época; a cambio de su contenido, aunque no su forma de imperatividad.

Carácter social del Derecho.—Si el contenido de las normas es empírico, y variable, se sigue de aquí que el único me-

(22) Barragán René. Bosquejo de una Sociología del Derecho. Instituto de Investigaciones Sociales de la U.N.A.M. México, 1965.

dio de distinguir entre normas morales, jurídicas y convencionales, es el análisis de su forma, fijando, por ejemplo, un diferente tipo de sanción que cada una de ellas trae aparejada tal es lo que han hecho con todo detenimiento los filósofos del Derecho, a punto tal que puede decirse que la cuestión esta definitivamente resuelta.

El presupuesto de una investigación sociológica del Derecho, tiene que ser un concepto a priori del mismo, pues de otro modo no sería posible distinguir, en el abigarrado mundo social, los fenómenos jurídicos de los que no lo son. Ahora bien si no en las palabras, si en cuanto al fondo, todas las teorías de Derecho como el sistema de normas coactivas que regulan convivencia social "la nota de coactividad" (o coactividad) significa que la norma jurídica llegado el caso podría ser aplicado por la fuerza del poder público. (No es necesario sin embargo, que esto ocurra; basta con la posibilidad de que suceda). Y esto distingue suficientemente a la norma jurídica de la moral o la convencional que no están sancionadas de la misma manera.

Así, pues, la noción de Derecho ambas apuntadas, será la que se utilice.

Definiendo así el Derecho nos encontramos que este presenta, sociológicamente, un doble aspecto: Por una parte es un sistema de reglas de conducta que siguen la convivencia social; se trata de normas que se presentan como pensamientos como vida humana objetivada; es el Derecho en sentido estricto.

Por otra parte tenemos una serie de hechos que directa o indirectamente se refiere a esas reglas de conducta; esos hechos son, o bien fenómenos intersíquicos —juicios, sentencias, críticas, discusiones, ideales, etc.—o bien realidades materiales— libros, expedientes, cárceles, etc.— Estas últimas, las realidades materiales deben ser eliminadas de toda consideración jurídica, puesto que, como ha demostrado con toda claridad Kelsen, son cosas indiferentes, que lo mismo pueden servir a fines jurídicos que no jurídicos. En cambio los fenómenos intersíquicos que en algún modo se refieren al sistema regulativo del Derecho, constituyen lo que podríamos llamar la vida jurídica, el modo efectivo en que se realizan las normas jurídicas.

Derecho y vida jurídica; normas y hechos por ellas regidas; normatividad y socialidad son dos aspectos que sociológicamente presenta el fenómeno jurídico.

Surge ahora una pregunta ¿cómo se relacionan ambos aspectos? Hemos advertido ya que el sistema normativo-jurídico rige una cantidad enorme de hechos sociales de las más diversas

índoles —económicos, políticos, familiares, religiosos, etc. — y sin embargo, en su forma es siempre lo mismo.

Y es que lo propiamente jurídico es sólo la forma. Son los hechos y deseos de la vida social lo que proporciona al Derecho su contenido. Cuando una sociedad considera que determinados hechos o concenciones deben ser realizadas a toda costa los incorpora al Derecho, o, en otras palabras, les da la forma de normas coactivas. Por eso Thering ha definido al Derecho como "la forma de aseguramiento procurada por medio del poder coercitivo del Estado, de las condiciones de la vida de la sociedad". El revestimiento de las instituciones sociales con normas coactivas es lo que constituye el orden jurídico de cada época.

Así es como el Derecho —sistema de normas— tiene por sustento real los fenómenos intersúcticos de lo que he llamado vida jurídica se condiciona mutuamente.

El Derecho, como norma, rige la vida jurídica, pero ésta, con sus aspiraciones, hechos, programas políticos, configura a su vez el nuevo Derecho.

Los fines del Derecho:

- 1.— El Derecho consiste exclusivamente en el sistema de normas jurídicas vigentes.
- 2.— El sistema jurídico de normas vigentes se refleja en hechos intersúcticos que directa o indirectamente se refieren al Derecho (vida jurídica).
- 3.— El Derecho es la forma normativa coactiva que revisten los más importantes fenómenos sociales.
- 4.— Derecho y vida jurídica se determinan mutuamente.— El Derecho rige la vida social, pero está, a su vez, transformada el Derecho.

De lo anterior se desprende que el Derecho es para la sociedad un simple medio de que se vale para cumplir sus fines. El Derecho, como forma que es, puede adoptar todos los contenidos y servir a los más variados intereses prevonderantes — han proporcionado el contenido del Derecho vigente.

"El Derecho es una super estructura, una postconstitución normativa que tiene por misión el sostenimiento del orden social efectivo de una época y un país. La justicia no es el fin inmediato del Derecho. Antes que ella está la seguridad, la conservación del orden social reinante. Si el Derecho mutable lo es porque también lo es el orden social al cual —sirve". (2)

(2) Barragán René. Bosquejo de una Sociología del Derecho. Instituto de Investigaciones Sociales de la U.N.A.M. México, 1965.

El orden social de cada época es el resultado de las luchas internas de la sociedad. En esta lucha juegan un papel de primera importancia la economía y la política. El orden económico-político que resulta de la lucha, es después consagrado por el Derecho, que es la manifestación de la voluntad social dominante. El vencedor quiere asegurar su triunfo, prolongarlo al porvenir, y el Derecho, que es norma abierta al futuro, viene en su ayuda.

El Derecho es superestructura, no solamente de la economía y de la política, sino además, de la organización familiar, religiosa y moral de una sociedad. Todo lo que tiene valor jurídico.

En suma, el fin inmediato del Derecho es la conservación del orden social. Con ello sirve también a la justicia, ya que ésta, o se piensa que coincide con el orden social existente, que como tal, tiene ya existencia, en cierto modo, en el mismo orden social; se ha incorporado a él como fuerza que es preciso tomar en cuenta.

Considero que René Barragán, distingue indebidamente entre el objeto y los problemas de la Sociología Jurídica, ya que cuando se refiere al objeto de una ciencia se encamina uno al núcleo de cuestiones que se tratan.

Para el sociólogo antes mencionado, el objeto de la Sociología Jurídica consiste en el establecimiento de las conexiones que están presentes siempre ante el Derecho y los demás fenómenos sociales.

CAPITULO II

El Derecho es una relación con la estructura social.

El Derecho expresado en forma imperativa.—Se debe distinguir la norma jurídica del derecho, aquélla como expresión o representación imperativa de lo que es derecho, y éste como una ordenación objetiva, exterior, de las personas y las cosas. El derecho es por tanto, una relación social; lo cual no implica una identificación de lo jurídico y lo social, ya que no toda relación social, por el solo hecho de serlo, es una relación jurídica. El orden normativo (éste comprende, además de las normas jurídicas, las normas morales *stricto sensu* y las normas religiosas); podemos comprobar que el derecho participa del orden social, del cual es también un sector, puesto que lo social abarca, además de las normas de las normas de derecho, una gran cantidad de costumbres y usos no jurídicos, las llamadas reglas de trato social, y un conjunto de relaciones sociales inspiradas en convicciones morales y religiosas que podemos designar con el término moralidad o moral-social.

En efecto, basta observar con alguna atención la vida social, para darnos cuenta de que todos los días entramos en relaciones con nuestros semejantes, relaciones que están regidas por reglas que acatamos espontáneamente, porque al conducta prescrita por ellas es ya en nosotros un hábito, una segunda naturaleza, ó bien porque esa conducta está determinada por sentimientos y convicciones morales y religiosas. En todos estos casos nuestra actividad se desarrolla libre de cualquier exigencia de una posible coerción. Así, cuando felicitamos a un amigo con motivo de su cumpleaños, o le damos el pésame por haber perdido a un familiar, cuando socorremos a un necesitado o contribuimos para edificar un templo, o bien para sostener una obra de beneficencia, es claro que intervinimos en relaciones con nuestros prójimos, pero nuestros actos no caen bajo la razón formal de una deuda exigible por parte de aquellos a quienes favorece nuestro comportamiento. En muchos de estos casos, o sea cuando obramos de acuerdo con nuestras convicciones morales y religiosas, estamos sometidos a normas que nos imponen deberes, por lo mismo nos sentimos constreñidos por una necesidad moral, por una exigencia racional que mueve nuestra voluntad y en este sentido determina nuestras acciones; mas esta exigencia proviene de nuestra conciencia, y no se traduce en exigibilidad, en facultad para otro de constreñirnos a realizar determinados actos.

Esto significa que no toda nuestra conducta social puede

ser medida ni está regida por el criterio racional de la justicia. Nuestra actividad se inspira y obedece en un gran número de casos, a otros criterios, a otras especies del bien: a consideraciones de utilidad, de conveniencia, de cortesía, de gratitud, de matrimonio, de amor. Lo que hacemos por caridad, por amor, no es cosa a la que estamos obligados en justicia, no es algo que se nos pueda exigir jurídicamente, que esté ordenado en forma directa al bien común, fin propio de la sociedad. Es cierto que algunos de estos criterios, en cuanto rigen con nuestras relaciones con nuestros semejantes, participan en cierta medida del criterio de la justicia; por lo cual se ha considerado la religión, la piedad, la gratitud, la amistad, liberalidad y algunas otras virtudes, partes notenciales de la virtud de la justicia. Pero como la justicia exige dar a otro lo que se le debe conforme a la igualdad, en orden al bien común, es claro que en los casos antes citados y en otros muchos, estrictamente no cabe hablar de una deuda de justicia; ya por que se trate de un deber moral o religioso, como sucede en los actos de caridad, o porque no sea posible aplicar el criterio de la igualdad, como ocurre en los casos de piedad filial y religiosa, puesto que ni a Dios ni a nuestros padres podemos darles, con igualdad, lo que les debemos.

En cambio, aquellas relaciones sociales que son medidas adecuadamente por el criterio de la justicia, que están ordenadas inmediatamente al perfeccionamiento de la sociedad, a la realización del bien común que es su fin propio, son relaciones sociales de carácter jurídico. Es, pues, de acuerdo con el fin, como debemos clasificar las relaciones sociales — jurídicas y no jurídicas.

Para Worms los hechos de relación en la sociedad se dividen en dos grupos según que en el fondo estén constituidos o dominados por la espontaneidad o por la coacción y nos dice: "Los fenómenos de relación espontáneos, son las costumbres, la religión, la ciencia, el arte. La existencia de una coacción — legal caracteriza al derecho, y la tendencia a una dominación coercitiva, es la esencia de la política". (24)

Si Worms se hubiese preguntado por qué unas relaciones sociales se manifiestan espontáneamente y otras requieren el ejercicio de la coacción, habría comprendido que su explicación es puramente descriptiva y por esto mismo insuficiente, ya que no da razón de la causa del fenómeno, que es lo que aquí interesa, limitándose a hacer constar la existencia de éste, que en tal virtud resulta literalmente una apariencia; pues una explicación integral de las relaciones sociales, que no son meras relaciones inter-individuales, tiene que atender a la realidad profunda de tales relaciones que es precisamen-

te el acto humano en el cual encontramos las ideas de finalidad, de libertad, de autodeterminación, y que consiguientemente no constituye un fenómeno. Es verdad que las relaciones sociales que tienen carácter jurídico, son coercibles ya que la coercibilidad es una propiedad de la norma jurídica, no es una nota esencial; pero no toda relación social impuesta coercitivamente es por esto sólo relación de derecho. De otro modo habría que considerar como jurídicos, tanto un orden social justo, humano, como un orden social injusto, tiránico. La coerción se convierte en jurídica, se justifica o legitima, por el fin del Derecho y no a la inversa; luego es este fin el que debe servirnos de criterio para determinar las relaciones sociales que tienen el carácter de jurídicas, y no una propiedad del Derecho que deriva de su fin y puede faltar en algunos casos; pues tal cosa equivaldría a definir al hombre como el animal que habla, dejando fuera de la definición a todos los individuos privados físicamente de la facultad de hablar.

Podemos distinguir, primero, la relación inter-individual o inter-subjetiva, de la relación social propiamente dicha, y luego subdistinguir en ésta la relación jurídica de la que no tiene este carácter. La relación inter-individual es la que se da directamente entre dos personas, sin objeto intermedio, tal como ocurre en la relación amorosa, ya se trate de de concupiscencia o de amor de amistad; pues en el primer caso el amante se ama a sí mismo en el ser amado, y en el segundo caso el ser amado es el término del amor, con el cual se identifica el amante, de modo que en ambos casos no existe un objeto intermedio; en tanto que en la relación social, además de que se da entre dos personas a través de un objeto tiene siempre a constituir, integrar o perfeccionar en cierta medida el ser de una sociedad. Y la relación social solo tiene el carácter de jurídica, cuando se ordena justamente al bien común, cuando su objeto constituye lo suyo para una persona, y una deuda correlativa o lo debido para la otra, cuando, en su ma, la relación social puede ser estrictamente medida por el criterio de la justicia. Cualquiera otra relación podrá ser social, pero no tiene el carácter de jurídica si su objeto no es exigible en justicia, si no se presenta bajo la razón formal de deuda. Ahora bien, son las relaciones sociales que se ordenan justamente al bien común de la sociedad, las relaciones que objetivamente deben ser calificadas de jurídicas y que constituyen el contenido propio de las normas de derecho; por tanto, el derecho es lo expresado o representado en forma imperativa por las normas jurídicas, es decir, el conjunto de relaciones sociales que se ordenan, de acuerdo con el criterio de la justicia, al bien común.

Los deberes jurídicos estos deben cumplirse aún cuando — el obligado actúe a regañadientes. La observancia de tales deberes, como la de todos los demás, es voluntaria unas veces e involuntaria otras; pero tanto en el caso en que el sujeto — obró con espontaneidad como en el de sujeción voluntaria pero no espontánea o, también, en el de imposición forzada, cabe — hablar de cumplimiento de la norma.

La coercibilidad deriva, como escribe Del Vecchio, "de — que el Derecho es un límite, un confín entre el obrar de va — rios sujetos". (25)

Si el obligado transgresa ese confín, o no ejecuta la conducta que hace posible el ejercicio o permite la satisfacción de las facultades del pretensor, jurídicamente existe la posi bilidad de constreñirlo a la observancia.

Al sostener que el Derecho es coercible, o para hablar — de modo más preciso, que los deberes que estatuye ostentan — tal atributo, no por ello admitimos la teoría que hace de la coacción un elemento esencial de la regulación jurídica, ni — el aserto de que una norma sólo puede formar parte de un sistema si se encuentra sancionada por otra del mismo ordenamiento. Coercibilidad significa, dentro de nuestra terminología, — posibilidad de cumplimiento no espontáneo y, por ende, de imposición coercitiva. Mas de aquí no se sigue, en modo alguno, que un precepto sólo sea jurídico cuando ésta sancionado por otro de igual naturaleza; cuando es sancionador de otra norma de Derecho, o cuando se ordena imponer coactivamente la conducta prescrita.

Precisamente en cuanto, según enseña Del Vecchio, el Derecho no persigue el perfeccionamiento del obligado, sino la satisfacción de las facultades del pretensor, en su esfera se acepta la imposición coercitiva y, con ello, tal satisfacción se asegura. Al sostener que la posibilidad de cumplimiento no espontáneo y, en la mayoría de los casos, de imposición forzada, es necesario atributo de los deberes que dimanar de las — normas del Derecho, no aludimos a una simple posibilidad fáctica, es decir, a la de que realmente siempre se puede constreñir a la observancia de esos deberes.

Si entendiéramos así el concepto, mas bien habría que — sostener que el mencionado atributo no es, elemento definitorio del deber jurídico, y ello no sólo porque hay ciertas normas de Derecho que no se encuentran sancionadas por otras del sistema, sino porque en ocasiones no es posible aplicar los — preceptos sancionadores.

(25) Del Vecchio Giorgio. *Filosofía del Derecho*, 3ª ed. castellana, tomo II.

Así el maestro García Máynez nos define a la coercibilidad "como posibilidad de cumplimiento no espontáneo y por ende, de imposición forzada, las dificultades desaparecen, y el mencionado atributo puede predicarse lo mismo de un sistema jurídico que de cada una de sus normas". (26)

Y dice así el error está, pues, en hacer depender la índole jurídica de aquél y de estas de la existencia de los preceptos de sanción y coacción.

Y el maestro nos define a la sanción como: "consecuencia normativa que el incumplimiento de una norma produce en perjuicio del obligado". (27)

Si quien ha contraído una deuda se niega a cubrirla en la fecha del vencimiento, y la otra parte pide al juez que se condene al deudor a pagar lo que debe, y en caso de que no pague, se le embarguen sus bienes, se rematen y con el producto del remate se solvete el adeudo, el incumplimiento de la obligación que nace del contrato es condicionante de varias consecuencias que conviene distinguir con esmero. Una de esas consecuencias estriba en que, hallándose abstractamente protegido por la ley el interés del mutuante, este tiene el derecho de solicitar de los órganos jurisdiccionales que declaren la existencia de la obligación del mutuario, lo condenen al pago y, en caso de incumplimiento de la sentencia, impongan coactivamente su observancia. Esta primera consecuencia recibe el nombre de derecho de acción, y a ella corresponde el deber estatal de aplicar al caso, por medio de órganos ad hoc, las normas que lo rigen, a fin de esclarecer si existe o no el derecho substancial invocado por el demandante, y que en la hipótesis con que estamos ejemplificando, deriva del contrato de mutuo y consiste en la facultad de exigir la devolución de lo prestado. En la hipótesis que estamos considerando la sanción se traduce para el demandado, en un deber jurídico, este deber es distinto del carácter primario que nace del contrato de mutuo, ya que, precisamente por dimanar de la sentencia, puede en caso de incumplimiento del fallo judicial, dar lugar a la ejecución forzosa. Ello por otra parte, permite distinguir las nociones de sanción y coacción. La última supone el empleo de la fuerza pública, y su finalidad consiste en hacer efectiva la consecuencia sancionadora, cuando el sancionado no acata voluntariamente el deber en que tal consecuencia consiste.

(26) García Máynez Eduardo. Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. S. A. México.

(27) Ibidem.

Cabalmente la pena supone que el deber jurídico ha sido violado. Coactiva a la sanción retributiva. La coacción es, pues, el medio de hacer realmente efectiva, no la disposición jurídica principal, sino la pena prevista para su transgresión.

El Hecho Social y sus elementos esenciales.— Analizaremos una obra que es sumamente importante llamada La Nación, de su autor Delos, el cual agudamente analiza la naturaleza del hecho social, el que reduce a una relación con tres términos: persona-objeto-persona. No se trata de la relación que une a una persona directamente con otra u otras, y que sería inter-subjetiva o inter-individual, sino de la relación que une a dos o más personas mediante un objeto que funge como intermediario, y que es exterior a las personas que vincula o pone en relación; sin que esta exterioridad deba entenderse en un sentido físico, ya que el objeto puede ser un fin, una idea, una relación espiritual, que sigue teniendo carácter objetivo por cuanto constituye una realidad independiente de las disposiciones subjetivas, concretas, de las personas a las cuales une. "si se nos permite dar un ejemplo, imaginemos un manantial que brota en el desierto, al cual acuden los hombres a beber juntamente con sus rebaños. Este manantial es, en sentido el más inmediatamente físico, el objeto que los pone en relación: todos los lazos de solidaridad, de interdependencia, de concurrencia, de hostilidad que nacen entre ellos, tienen al manantial por objeto y por causa. El mismo fenómeno se encuentra en todos los dominios de la vida social. La conservación de la especie es el objeto intencional que provoca la unión y las relaciones de los sexos; y el hijo que perpetúa la especie, es el objeto, muy real esta vez, de relaciones de parentesco y familiares. La ciencia es la realidad, perfectamente objetiva, pero espiritual, que une no solamente a estudiantes y profesores, a autores y lectores, sino a todos los miembros de un medio cultural, y determina específicamente un orden de relaciones. En todos los casos, la relación social no es simplemente un hecho de influencia inter-individual, una relación inter-psicológica, un lazo de persona a persona; es preciso contar siempre con un término objetivo, y, en este sentido extra-individual y exterior. Es este término objetivo, el que es común, y da al hecho social su generalidad; por no siendo objetivo y exterior, puede tener relaciones con un número indeterminado de personas. Estas se agregan al grupo adhiriéndose a su objeto, y éste hace la unidad entre ellas. Es él, tam

bién, el que determinan y mide las relaciones de los miembros entre sí: los que son juzgados por el grupo según sus actitudes respecto del fin o de la idea común. Así, en toda relación social, hay ciertamente un comportamiento individual, un estado de conciencia subjetiva, pero éstos son determinados por el objeto, alrededor del cual se anudan los lazos y las solidaridades". (28)

De este brillante análisis del hecho social, fácilmente podemos desprender sus elementos: las personas, el objeto y la relación. Según esta doctrina, es el objeto el determinante de la relación social; lo cual no significa que se desconozca el valor del elemento personal, ni mucho menos que se niegue, ya que el objeto mismo, en muchos casos, es puesto como fin o idea de obrar por las personas, y aún en aquellos casos en que es independiente de éstas y hasta cierto punto se les impone, ellas pueden influir en él, cuando menos para modificarlo.

Sociedad y Comunidad.—Ahora bien, los hechos sociales—vale decir las relaciones sociales— pueden reducirse a dos grandes categorías: un que comprende las sociedades, y la otra las comunidades. Podemos así, hablar de relaciones societarias y comunitarias. La base de esta distinción radica en la naturaleza del objeto: cuando éste es, por decirlo así, puesto por las personas a las que vincula—en cuanto éstas tienen conciencia de él y libremente lo aceptan como fin común de sus esfuerzos—, estamos en presencia de relaciones comunitarias; si por el contrario es el objeto el que se impone a las personas y determina sus relaciones, aún antes de que ellas tengan conciencia del tal objeto y de los vínculos que produce, se trata de relaciones societarias.

Y según Delos: "Los lazos de sociedad tienen por origen, una representación, una idea o alguna cosa que puede reducirse a ella. Los lazos comunitarios, al contrario, tienen más bien por causa un hecho —la naturaleza, el medio, el estado social—". (29)

El mismo autor aclara que la sociedad, una vez instituida, se convierte en un hecho; pero no por esto se transforma en comunidad, como tampoco la comunidad deja de serlo por el hecho de que las personas tengan conciencia del objeto que las une, o por que se dote a la comunidad de una organización societaria. Lo que sucede es que entre las personas vinculadas por relaciones societarias, pueden aparecer relaciones co

(28) Delos. La Nación, tomo I., Capítulo IV.

(29) Ibidem.

munitarias, y a la inversa. Así, en la familia el parentesco por consanguinidad es esencialmente una relación comunitaria; mientras que todo lo contractual que hay en ella, por ejemplo el régimen de lo bienes de acuerdo con las capitulaciones matrimoniales, da origen a relaciones societarias.

A estos dos tipos de relaciones sociales, corresponden dos tipos de coerción. La que es propia de las sociedades se funda en la exigencia de que se realice el fin común, el objeto-ideal, y se impone por el grupo a través de una autoridad constituida. Tiene un carácter racional y moral, puesto que se expresa por normas —las normas jurídicas—, que están fundadas en un fin valioso, y se dirigen a la conciencia. En cambio, la coerción en los casos de relaciones comunitarias, reviste una forma determinista que se opone al modo racional y moral de la norma y de la autoridad.

La conformidad de los actos es obtenida, no por obediencia a una ley, sino por la impresión de similitudes: el individuo recibe su marca, es condicionado por ellas; y aunque de allí resulten simpatías, aspiraciones, ideas comunes, la prioridad del medio objetivo se afirma por el modo determinista de las coerciones.

Otro rasgo que distingue a la comunidad de la sociedad, es que la primera, en cuanto comunidad, es acéfala, amorfa, carece de autoridad. Esto no quiere decir que carezca de organización formal y específica de poder: la autoridad.

Aun cuando esta teoría suscita alguna objeción, particularmente en lo que se refiere a su aplicación —Delos, considera que el Estado es una sociedad, no una comunidad— y al respecto nos dice que el Estado es esencialmente sociedad: procede de una idea madre, de la idea de un orden de derecho, considerado como el bien común más general de los hombres. Aunque generaciones enteras de ciudadanos puedan vivir sin tener subjetivamente conciencia de ella, la conciencia del Estado se refugia entonces, toda entera, en una clase dirigente, o bien en la persona de un jefe; sin embargo, el Estado permanece —siendo una sociedad: procede de una idea, y la sociedad política es tanto más perfecta, como la idea del fin es más clara, más precisa, y más brillante precede a la acción política.— Es ella la que asegura la existencia del Estado, su cohesión, su marcha.

En términos generales es aceptable por su claridad y su precisión, y por su fundamentación realista. Por otra parte, ella nos muestra la relación estrecha que existe entre el Derecho y la sociedad.

El Derecho como regulador de la sociedad.— Ya otros sociólogos, incluyendo algunos de orientación positivista, habían subrayado esta íntima conexión de las sociedades y el derecho; y hasta se llegó a afirmar la primacía del hecho jurídico respecto de los demás hechos sociales, sosteniendo el carácter formal de aquél, y por lo mismo comprensivo y en cierto sentido determinante de estos últimos, que vendrían a constituir, frente al derecho, la materia social.

Así Worms expresa a este respecto: "El derecho no es un orden de fenómenos particulares, tales como los fenómenos económicos, domésticos, morales, religiosos, científicos, etc. Es la manera como todos estos fenómenos deben realizarse para permanecer dentro de los límites de la corrección legal. No tiene materia propia, sino que le da una forma determinada a numerosos actos. Se puede pensar en citar algunos hechos esencialmente jurídicos, tales como el funcionamiento de los tribunales y los actos de procedimiento. Pero su fin es siempre hacer regular diversas situaciones económicas, domésticas, morales, etc., porque los procesos no pueden resolver sino cuestiones que corresponden a uno u otro de estos dominios".

(30). De este carácter formal del Derecho, desprende el sociólogo citado dos consecuencias, una objetiva y otra subjetiva. Objetivamente el Derecho da fijeza a los fenómenos sociales, los que pierden al ser regulados jurídicamente, cuando menos una parte de su dinamismo natural. Tanto el Derecho consuetudinario como el Derecho escrito, oponen igual resistencia a las modificaciones; por lo cual hacía observar Carlos Marx que la vida económica cambia con mayor rapidez que las leyes destinadas a regirla. Subjetivamente, esta fijeza que imprime el derecho a los hechos sociales facilita su estudio y comprensión por parte del observador, lo cual se traduce en un mejor conocimiento de los mismos, en precisión y claridad.

Este punto de vista que reconoce al orden jurídico un cierto privilegio de generalidad, ha sido muy discutido; hasta se ha llegado a sostener que la distinción de los diversos órdenes de hechos sociales, sólo tiene un valor subjetivo, ya que no se trata sino de diversos ángulos desde los cuales el espíritu contempla y estudia el mundo social. Y claro que esta tesis tiene un fondo de verdad, por cuanto en la realidad los hechos sociales se distinguen por su fin, y en cada uno de ellos se advierte la influencia que ejercen los demás; pero

esto no impide que se atribuya validez objetiva a tal distinción, y consiguientemente que se reconozca, una cierta primacía al derecho, por razón de su carácter formal, respecto de los demás hechos sociales.

La idea del Derecho social.—En este mismo orden de ideas, una teoría más elaborada sobre la relación entre sociedad y derecho y que coincide en muchos puntos con la concepción institucional, es la del Derecho social, sustentada por Gurvitch.

Según esta teoría el derecho social es un derecho de integración, de comunión entre los miembros que constituyen una colectividad o grupo humano, una "totalidad", una asociación, de colaboración. La unidad que encarna todo grupo o asociación, encauzando y equilibrando múltiples intereses, postula la existencia de ese derecho de integración, sin el cual no podría existir la unidad. Y esta totalidad no coincide con la noción de persona moral o persona jurídica colectiva; pues en una asociación de colaboración, también denominada "persona colectiva compleja", ante todo se considera la multiplicidad de intereses que representan sus miembros, en su esfuerzo constante por lograr su unificación: es este proceso de integración de la totalidad lo que constituye propiamente el Derecho social; el cual se impone mediante una coacción condicional, ya que le basta a cualquier miembro del grupo separarse para eludir sus acuerdos o sanciones.

El derecho social sigue en sus transformaciones a la totalidad que él integra; pero la exigencia de seguridad hace que en un momento dado este derecho de integración, en evolución constante como la comunidad de que emana, se condense en un esquema racional, se le asignan fines limitados, y se le sancione con una coacción incondicional. Recibe entonces el nombre de derecho condensado u organizado. Tal es el caso del Derecho constitucional. Sin embargo, esta estructura estática del derecho condensado, superpuesta a la comunidad o totalidad de que se trata, no detiene la marcha de ésta en su esfuerzo constante de integración, de unificación de sus miembros, a base de encontrar fórmulas que resuelvan sus conflictos, conjugando los intereses opuestos. Y esa realidad subyacente continúa elaborando, en la medida en que sigue integrándose, su derecho social. Ilega así un momento en que el derecho condensado, dado su carácter estático, no corresponde a las exigencias de la realidad, mejor expresadas por el derecho social. Entonces surge el problema sobre la primacía de estos derechos, primacía que indudablemente corresponde al derecho social, ya que el esquema estático del derecho organizado, sólo es válido en tanto que coincide con algunos de los

fines perseguidos por la realidad subyacente, por esta totalidad o comunidad que representa su soporte y que le da la vida.

El propio Gurvitch ha definido al derecho social, como - el derecho autónomo de comunión por el cual se integra de una manera objetiva cada totalidad activa, concreta y real, y que encarna un valor positivo.

Conforme a las categorías tradicionales, la noción de poder se relacionaba siempre con la noción de Estado, de tal suerte que se trataba siempre de un poder estatal. Así, el derecho se fundaba en la idea de subordinación o cuando más en la idea de coordinación, en el caso del contrato, correspondiendo a estos derechos de subordinación y de coordinación, - las nociones de justicia distributiva y justicia conmutativa, respectivamente.

Gurvitch nos dice al respecto: "El poder —de acuerdo con la idea del derecho social—, no es un poder de dominación, - sino de integración de la comunidad política subyacente; está fundado sobre el derecho social que se desprende de esa comunidad y no sobre un derecho de subordinación; el hecho de que este derecho de integración política esté sancionado por una coacción incondicional, no lo transforma en derecho de subordinación, sino solamente lo condensa en un derecho social de una especie particular: derecho social condensado, onuesto al derecho social puro." (31)

De acuerdo con esta breve exposición, las notas esenciales del derecho social son las siguientes: en primer término, - su función general es integrar objetivamente una persona colectiva compleja, una totalidad, mediante la comunión o unificación de sus miembros; el fundamento de su fuerza obligatoria consiste precisamente en que la formulación de este derecho tiene lugar de una manera directa por la misma totalidad que él integra; su objeto es reglamentar la vida interior de la totalidad; la relación jurídica que establece se manifiesta exteriormente, por un poder social que regularmente se - ejerce por la coacción condicional; este derecho tiene primacía sobre el derecho condensado que se impone mediante una coacción incondicional; y finalmente, el sujeto al cual rige el derecho social, es precisamente la persona colectiva compleja.

Esta teoría confirma la estrecha relación que existe entre estas dos realidades: derecho y sociedad. El derecho es - el modo como se realiza el esfuerzo colectivo de integración de una sociedad; la sociedad no se explica ni puede subsistir

ni existir sin el derecho, ya que éste es la regla de su génesis y de su vida. El derecho es siempre derecho de una sociedad, y no se concibe una sociedad sin derecho. De ahí la idea del derecho social, que coincide en muchos de sus desarrollos con la concepción institucional del derecho.

Concepción Institucional del Derecho.—La concepción institucional del derecho, aunque no con este nombre, se encuentra en sus lineamientos y conclusiones fundamentales en el pensamiento jurídico tradicional contenido en la filosofía aristotélico-tomista; pero su nuevo planteamiento y desarrollo actual se deben a Hauriou y Renard. Se presentó primero como una solución realista del problema de la personalidad jurídica colectiva o personalidad moral, y en este sentido sólo significó una doctrina más que vino a formar parte, si se quiere, una parte muy importante de la Filosofía del Derecho; pero bien en la fecundidad de esta solución permitió o hizo necesario ampliar sus bases, para convertirla en una doctrina general del derecho.

De acuerdo con el pensamiento de Renard, la concepción institucional del Derecho —a la que también llama concepción analógica del derecho—, y nos dice este autor que implica una triple verdad jurídica: 1.—) "el fundamento de la seguridad de la vida humana, se encuentra en la primacía de la justicia, encarnada en las leyes positivas; 2.—) el orden jurídico se halla en la base del poder; y 3.—) la diferenciación o concepción analógica del orden jurídico." (32)

El profesor Carlyle, profesor de la Universidad de Oxford en su relación titulada "La concepción medieval del derecho", presentada en la tercera sesión del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho. Significa una certera condenación del voluntarismo jurídico, para el cual la fuente inmediata y normal de la ley se encuentra en la voluntad del legislador, del gobernante. Frente a quienes afirman abiertamente o a través de rodeos o encubrimientos que los gobernantes pueden hacer no importa qué, supra jus et contra jus et extra jus, la doctrina medieval sostiene que la voluntad del rey, del príncipe y del emperador —la voluntad del gobernante—, está sometida a la justicia. Es decir, el derecho no es simplemente, lo que manda o quiere el gobernante como regla de la vida social, aun cuando su observancia pueda ser asegurada por medios coercitivos, sino en tanto que ese mandato, esa voluntad y esa regla son justos.

Las leyes positivas son el cuerno del derecho, cuyo espí

(32) Renard, La filosofía de la Institución, París, 1939.

ritu es la justicia.

La segunda verdad es complementaria de la primera. El orden jurídico está en la base del poder público. El orden jurídico está en la base del poder público. El orden jurídico a que se alude aquí es el derecho en sentido objetivo, que estrictamente implica el poder, ya que representa una síntesis del derecho subjetivo y el poder. En otros términos: el derecho objetivo no sólo comprende facultades o derechos subjetivos, sino también poderes; si desde el punto de vista metafísico importan los derechos, porque la sociedad es para las personas humanas y no la persona humana para la sociedad, desde el punto de vista social es el poder el que importa, porque la sociedad no ayuda a la persona a desarrollarse y a alcanzar su fin por el ejercicio del poder. Sin embargo, este poder no es absoluto; pues tal cosa equivaldría a divinizar el Estado y sus poderes soberanos, cayendo así en otro extremo igualmente falso, el de la divinización de la persona y de sus derechos intocables, hecha por el liberalismo individualista. Ahora bien, recuérdese que el derecho objetivo representa una síntesis del derecho subjetivo y el poder. Es decir: el poder es una facultad cuyo ejercicio está ordenado a una función del bien común, bien común que comprende la tutela de las prerrogativas esenciales de la persona humana, los derechos subjetivos que la ley positiva no puede desconocer; y recíprocamente, hay en todo derecho subjetivo un elemento de poder, lo cual significa que cuando menos secundariamente está ordenado al bien común.

La tercera verdad en que se funda la concepción institucional del derecho, se refiere según se indicó antes, a la diferenciación o aplicación de la analogía al orden jurídico. No hay orden jurídico solo sino que más bien existe una pluralidad de órdenes jurídicos, cada una de sus estructuras interiores y relacionados entre sí, exteriormente; cada uno de ellos realiza de modo diferente y no en la misma medida la razón de derecho, por lo cual no se les puede calificar de jurídicos unívocamente, sino analógicamente. El orden jurídico es diferenciado; en la cima, dos sistemas jurídicos perfectos: el derecho de la sociedad religiosa y el derecho de la sociedad política —expresa Renard—; abajo de ellos, la variedad indefinida de los sistemas jurídicos imperfectos, constituidos para regir la vida interior de las instituciones establecidas sobre estas dos sociedades fundamentales, sea en el interior de una o de la otra, sea con miras a arreglar sus relaciones exteriores, se trata de una analogía de atribución o de proporción consistente en atribuir al mismo término a una serie de cosas, en razón de la relación que ellas mantienen con —

otra cosa, la que sólo posee, formalmente, en perfecta plenitud, la realidad significada por este término: los analogados secundarios se enganchan al rededor del primer analogado. Ejm: la analogía significa por el término cuerno: primer analogado, el cuerno biológico; analogados secundarios, el cuerno social, un cuerno de doctrina, un cuerno de tropa; a esta primera analogía pertenece la relación del derecho subjetivo con el derecho objetivo.

Dos primeros analogados que solamente tienen plena razón de derecho, y un gran número de analogados secundarios, que participan solamente por parte ova de esta razón.

En que consiste esta razón de derecho, que sólo poseen plenamente los analogados principales: Esta razón de derecho participa tanto del orden social como del orden moral. El derecho sugiere primeramente la idea de orden, y el orden tiene por fin reducir una multitud a la unidad, sin absorber la diversidad en la unidad: ordenar las partes en un todo sin destruirlas. El derecho es el principio que informa o más bien conforma a la sociedad; toda sociedad tiene necesariamente su derecho, y una sociedad sin derecho sería un todo inorgánico, algo absurdo. La idea de orden es, por esto, el primer rasgo de la razón del derecho.

El orden jurídico se instituye siempre entre personas a las que ordena imperativamente al bien común, de tal suerte que sólo en cuanto existe este ajustamiento puede calificarse de jurídica la regla que lo establece; y de este ajustamiento o adecuación al bien común desprende la regla de derecho su obligatoriedad. Este segundo rasgo de la razón de derecho se completa con un tercero, que estriba en su exterioridad. El carácter exterior del derecho estriba u obedece a que el espíritu humano está sumergido en la materia; si fuera una substancia puramente espiritual, no estaría sometido al régimen social ni, por consecuencia, al derecho. Pero este rasgo exterior de lo jurídico no significa que al derecho no le interesen las intenciones, sino simplemente que las conoce a través de los signos exteriores que las traducen o las hacen presumir. Así pues, los tres elementos constitutivos de la razón de derecho, son: la idea de orden, el imperium, y la exterioridad; el derecho es un orden imperativo, externo.

Esta razón de derecho sólo se encuentra realizada plenamente en las sociedades perfectas; por esto cabe distinguir dos tipos de desenvolvimiento analógico: la analogía de pro--

porcionalidad que consiste en atribuir a diferentes cosas el mismo término en razón de que ellas poseen, cada una intrínsecamente aunque en grados diversos, la realidad significada -- por este término.

Por otro lado existe entre los derechos correspondientes a las dos sociedades perfectas, la política y la religiosa; y la analogía de proporción o de atribución, que no sólo comprende los derechos de las instituciones o sociedades secundarias, sino también el derecho de las relaciones de los Estados soberanos entre sí y con la Iglesia, así como las múltiples significaciones derivadas del concepto del derecho, tales como las nociones de ley, derecho subjetivo, ciencia jurídica, jurisprudencia.

Esta breve exposición de la doctrina institucional muestra que no sólo representa una solución realista al problema de la personalidad jurídica colectiva, sino que a la vez resuelve satisfactoriamente las cuestiones fundamentales del derecho; y que en consecuencia no debe ser considerada como una pieza o doctrina particular dentro de la filosofía jurídica, sino como una doctrina general, como una filosofía institucional del Derecho.

CAPITULO III

EFFECTOS QUE PRODUCIR EL ORDEN JURIDICO SOBRE LA REALIDAD SOCIAL.

Para entender la repercusión que tiene el Derecho sobre, la sociedad debemos primero analizar a la sociedad como una entidad en un sistema de relaciones entre los hombres que es el lugar en donde se produce la cultura: el lenguaje, el arte, la ciencia, la moral, la religión, así como el mismo Derecho. En todas las sociedades humanas se ha presentado el fenómeno jurídico, de ahí que se haya afirmado frecuentemente que donde existe la sociedad hay Derecho.

El Derecho es un producto cultural, que no se puede explicar en función de elementos individuales, tales como la creación personal del hombre de gran talento o genio jurídico sino por el contrario con la intervención de elementos sociales, tales como el deseo de seguridad o certeza que experimentan los hombres que pertenecen a un conglomerado humano cualquiera que sea.

El Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. El derecho surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás —certeza—; pero no sólo certeza teórica (sabe lo que se debe hacer), sino también certeza práctica, es decir seguridad: sabe que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente. El Derecho no es puro dictamen, mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro, norma garantizada por el máximo poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar.

Por lo expuesto se puede afirmar que hay una interacción entre la sociedad y el orden jurídico, el Derecho se origina en la sociedad también lo es que el Derecho una vez creado influye a su vez sobre la sociedad. Como se ha podido desprender de su concepto, el orden jurídico es ante todo un sistema que establece sanciones. Por sanción como ya se ha explicado debemos entender el medio de que se sirve el Derecho para provocar un comportamiento de acuerdo con lo que él establece y en caso de que no se logre este comportamiento se seguirá, una consecuencia: la sanción, que se dirige a ocasionar un daño en la esfera de intereses (propiedad, libertad y vida) del infractor de las normas jurídicas.

Es conveniente advertir que la amenaza de sanciones no -

siempre evita la conducta antinormativa, pero indudablemente que es un factor a lado de otros, que ejerce una presión sobre el comportamiento humano. No obstante que existen una serie de elementos que inducen a que el hombre se comporte de acuerdo con las normas existentes en una sociedad, subsisten ciertas tendencias que impulsan al ser humano a contravenir la costumbre y la ley. Al lado de los factores que nos llevan a ajustar nuestra conducta a las normas, tales como las exigencias de la moral y de la tradición y las recompensas positivas para llevar a cabo la conducta que de uno espera la sociedad; tales como celebridad, prestigio económico, existen sanciones externas para los transgresores de las normas sociales.

Las sanciones en términos generales son:

el ridículo.

La suspensión temporal de un miembro del grupo.

La censura.

La expulsión de grupo.

Las pecuniarias.

Los privatorios de la libertad.

La privativa de la vida.

Las sanciones se correlacionan con los grupos sociales-- en los cuales operan de la siguiente forma: cada grupo social dispone de un conjunto de sanciones que impone a los transgresores de las normas del grupo.

Los miembros de un grupo informal, por ejemplo, un grupo de amigos puede imponer sanciones diversas a los que violan las normas del grupo, las cuales pueden ser: el ridículo y la burla, o bien la expulsión del grupo.

En las organizaciones formales, por ejemplo, en una empresa, existen castigos definidos para los que transgredan -- sus normas. El trabajador que desobedece las reglas de la compañía puede ser despedido.

Los miembros de un sindicato pueden ser expulsados por -- violación de las normas de ese grupo social. En algunos países la conducta inmoral de un abogado amerita la suspensión o baja, la exclusión de la actividad profesional. La Iglesia puede imponer sanciones tales como la excomunión, la penitencia; la amenaza de castigo eterno. La eficacia de las sanciones religiosas depende de la creencia de ideas religiosas y en el -- reconocimiento del funcionario religioso de que se trate.

El Estado es el único grupo social que puede servir de la fuerza física para imponer el orden y la conformidad.

El Estado puede imponer una gama de sanciones que van -- desde las pecuniarias y las de privación de la libertad hasta la pena de muerte.

Depende de la forma que el Estado asuma, la cual puede ser democrática o autocrática, será la forma en que se limite en el primer caso a sancionar a un conjunto reducido de actos prohibidos u ordenados o, como en el segundo caso, se intente controlar mediante sanciones una gran parte de la esfera social relativa a la conducta humana.

Aun cuando una gran mayoría de los hombres se abstienen de violar las normas jurídicas por las posibles consecuencias que ello trae consigo, siempre existen hombres que no se detienen ante la amenaza de la aplicación de la sanción y se lanzan a la comisión de delitos. En esta hipótesis el conjunto de sanciones estatales no son una fuerza motivadora suficiente para controlar la conducta humana y con ello lograr la conformidad.

Las sanciones como medio, nos llevan a controlar la conducta de los miembros del grupo social, formando así, parte del control social.

El Derecho Positivo constituido actúa como una poderosa fuerza social. — "El Derecho, ya constituido, es un hecho social, que concurre con los demás hechos sociales en la estructuración de la colectividad y en los procesos dinámicos de ésta. Es decir, el Derecho no es sólo el efecto de una serie de hechos sociales, sino que además, ya una vez formado constituye una causa de otros muchos fenómenos sociales" (33)

Esta segunda parte de la Sociología Jurídica estudia las motivaciones psíquicas que inducen a los hombres al cumplimiento de las normas jurídicas; así como estudia los varios factores objetivos que condicionan positiva o negativamente la realización efectiva de lo ordenado por el Derecho.

Cuando es promulgada una ley y publicada en el periódico oficial, desde ese momento dicha ley se convierte en una fuerza actuante en el seno de la sociedad; se convierte en un factor configurante de muchas conductas humanas.

Son muchas y muy diversas las motivaciones que pueden inducir a los hombres a cumplir las normas jurídicas: desde el reconocimiento suscitado por una convicción ética, hasta el puro miedo a las sanciones que las normas jurídicas señalan para sus violaciones. Entre esos motivos figuran muchos otros de muy diferentes clases p.e.: un sentido ético fundado en la justificación del Derecho; la violación patriótica; la creencia religiosa de que las autoridades ejercen un poder delegado por Dios; el efecto de la impresión que producen las forma

lidades solemnes de que suele ir acompañado la creación del Derecho; los intereses en pro de la estabilidad y de la seguridad; el hábito de determinadas formas de conducta; las emociones favorables que suscita el Derecho; la sugestión de la imitación; el temor a las sanciones; etc.

Así por ejemplo, muchos ciudadanos, una vez enterados de las disposiciones de dicha ley las cumplirán por su propia voluntad, obedeciendo en los diversos casos a diferentes motivos. Unos ciudadanos percatados de su deber moral de obedecer el Derecho Positivo —porque éste constituye una condición necesaria para la conservación de la buena marcha de la sociedad—, adecuarán su conducta a la mera norma, en virtud de esos motivos éticos.

Otros ciudadanos, que tengan una conciencia ética menos clara y recta, pero que desean paz y tranquilidad, ajustarán su conducta a la nueva ley, impulsados por el deseo de verse libres de las sanciones que está determinada para los infractores. Los sujetos en los que recae la calidad de funcionarios públicos, encargados de velar por el cumplimiento de la ley y de imponer las sanciones por ésta prevista en caso de incumplimiento pondrán en práctica las conductas necesarias para la realización de esos menesteres; unos guiados por el sentido del honor y de la responsabilidad inherentes al cargo que desempeñan; otros movidos por el deseo de evitar las sanciones disciplinarias o penales que suscitara la infidelidad en el cumplimiento de los deberes de su cargo. Otras gentes, que no quieren someterse a la nueva norma jurídica, pero que, a la vez, tampoco quieren caer bajo sus sanciones, inventarán sutilmente comportamientos para burlarla de manera que quedan indemnes. Por fin, hay sujetos carentes del mínimo necesario de sentido ético y, además, sobre las cuales no obran las intimidaciones de la sanción, que tratarán de violar o violarán las leyes y serán objeto de la imposición de los actos coercitivos predeterminados por ésta. He aquí pues, una serie de fenómenos varios, en los cuales advertimos la acción del Derecho como una fuerza social, que produce una serie de múltiples efectos.

Se hace patente ese mismo tema de estudio, sólo que de modo inverso, en los casos en que una regla jurídica elaborada formalmente —es decir, dictada por la autoridad señalada como competente para ello y según los trámites preestablecidos— no obtenga su reconocimiento y un cumplimiento normal. Este es el caso de las normas respecto de las cuales se dice que quedaron tan sólo en el papel, que quedaron como mera letra muerta, sin obtener efectiva realización.

En estos casos, tales normas jurídicas —que fueron como todas efecto de una serie de valores sociales— resultaron in-ventos como fuerzas efectivas para configurar realmente las relaciones sociales que querían regular. Estas cosas plantean el problema de la investigación de cuáles son los ingredientes, cualidades y condiciones que las normas jurídicas han de reunir para ser eficaces.

Así pues, uno de los temas de esta segunda parte de la Sociología del Derecho consiste en el estudio de las motivaciones psíquicas que inducen a la observancia de las normas jurídicas. Estas motivaciones son muy varias, como se ha podido ver en los ejemplos aducidos. Entre ellos, figuran desde el puro miedo a la sanción hasta el respeto al Derecho; y también otros muchos de diferentes clases: la impresión que producen las formalidades solemnes, las creencias religiosas de que las autoridades ejercen un poder delegado por Dios, los intereses en pro de la estabilidad, etc.

Y los más de las veces se combinan de las motivaciones.

Hay también ocasiones en las que una nueva ley ni es reglizada ni queda tampoco como mera letra muerta, sino que provoca una reacción revolucionaria. Los funcionarios tratan de imponerla; los sujetos que han de cumplirla no sólo no lo hacen sino que se rebelan activamente contra ella.

En virtud de lo expuesto, cabe afirmar que esta segunda parte de la Sociología del Derecho estudia, los hechos de la determinación de la conducta humana por virtud de la existencia de normas jurídicas. Trata de explicar la acción del Derecho como una fuerza que moldea la conducta humana, y cuales son las condiciones de su eficacia o de su ineficacia.

También por este lado, la Sociología del Derecho desemboca en la sociología del poder. Recuérdese que el Derecho, como efecto de una serie de constelaciones y de procesos Sociales, constituye el resultado de unos fenómenos de poder colectivo; por lo cual la Sociología del Derecho tiene que referirse a la Sociología del Poder. Pues bien en esta segunda parte nos hallamos también con el problema de la eficacia del Derecho positivo es un problema de hasta que punto este consigue el poder necesario para realizarse. Bien entendido que, es el ingrediente más importante del poder social.

Considero al respecto que las convicciones éticas, que encarnan en conductas, se convierten en fuerzas sociales por dos causas: primero, porque se trata de una relación no solamente intelectual, sino además emotiva; y, además, también —porque se da similitud entre las convicciones de los miembros de un grupo, lo cual multiplica la fuerza de éstas.

Derecho y Poder.— A través de la historia se manifiesta una transformación del poder en Derecho. Al estudiar la historia del Estado nos podemos percatar de que muchos Estados históricos debieron su origen a la fuerza. Los antiguos Estados griego y romano, se fundaron merced a la acción bélica de tribus conquistadoras precedentes del norte, que dominaron a la población autóctona. Las tribus germánicas que invadieron el decadente Imperio Romano establecieron su dominación sobre Italia y las provincias romanas.

Como el estudio de la historia nos muestra éstos y otros múltiples ejemplos más de la transformación del poder en Derecho, algunos autores alemanes han visto una correlación necesaria entre el poder y la formación del Estado y consecuentemente entre el poder y el Derecho.

Luis Gumplowicz, en su libro, La Lucha de Razas ha sostenido que todos los Estados históricos se han originado de la sujeción de un grupo de hombres por otro grupo étnicamente diferente. En conclusión para este autor el Estado es el resultado de la lucha de razas en la cual la más fuerte prepondera sobre la más débil. A esta concepción la podemos ubicar dentro de la corriente biológica del Darwinismo social porque se aplica el principio de Darwin de la supervivencia del más fuerte. La conquista y la dominación desde fuera no han sido los únicos medios de llegar a fundar un estado y un gobierno, y en consecuencia, de crear un Derecho que sea la resultante de la voluntad del grupo dominante que se lo impone al grupo, dominado.

Ya vimos ejemplos de cómo la dominación de un grupo externo es la que funda el Estado, ahora voy a señalar algunos ejemplos de cómo el Estado surge como consecuencia de la fuerza de un grupo preponderante en el interior. Los Estados Unidos deben su independencia y su forma de gobierno a su lucha revolucionaria contra Inglaterra. El actual Estado Soviético debe su existencia a la revolución bolchevique de 1917. En estos casos la independencia se produjo por la conquista del poder desde dentro un cambio definitivo en la estructura del Estado.

De lo anterior expuesto, podemos concluir que la violencia y la fuerza han sido la base sobre la cual se han edificado muchos Estados y Gobiernos. A través de la historia siempre se ha intentado transformar el poder conseguido por la fuerza en Derecho. Los nuevos dominadores han tratado, la mayor parte de las veces, con éxito, de establecer una base jurídica sobre la cual se funden sus decisiones u órdenes, des-

de luego que aquí se nos presenta un problema muy interesante a nuestro entender que consiste en averiguar, cual es el fundamento de las transformaciones del poder en Derecho.

Se han admitido diversas opiniones sobre la razón que —permite explicar la transformación de la fuerza en Derecho, — que aquí se van a exponer. En virtud de este principio el gobernante emite órdenes y disposiciones, que se transforman en normas jurídicas porue sus destinatarios al cumplirlas reiteradamente llegan a tener la convicción de que son normas jurídicamente obligatorias.

Podemos analizar que el poder se transforma en Derecho — por una necesidad inmanente a la naturaleza del poder, a saber: la necesidad de permanecer, de mantenerse por algún tiempo. El poder por si mismo no puede subsistir, necesita transformarse en derecho para permanecer. Sin el Derecho no es posible que ningún poder tenga duración, de ahí que, por ejemplo, en toda revolución triunfante se requiere el establecimiento de un nuevo orden jurídico sobre la base de la creación de — una nueva Constitución.

Por otra parte, el poder, la fuerza, para que exista — realmente necesita encontrar un fundamento de validez en un conjunto de normas que sean aceptadas por la mayoría del pueblo. Sin esta aceptación de las normas jurídicas por parte — del pueblo no se puede afirmar que el poder se ha consolidado. Por eso el poder y el Derecho se implican recíprocamente: el poder necesita transformarse en Derecho para permanecer; y a su vez, el Derecho necesita del poder para su eficacia, es decir, para regir efectivamente en la vida social.

Al estudiar las relaciones entre el Derecho y los elementos de la estructura social ya mencionados vemos que importancia de correlación existe entre el derecho y el poder.

Ahora analizaremos la cristalización de ese poder que — viene a ser la dominación:

En su concepto mas general, y sin hacer referencia a ningún contenido concreto, la "dominación" es uno de los más importantes elementos de la acción comunitaria. En rigor, no toda acción comunitaria ofrece una estructura de este tipo. Sin embargo, la dominación desempeña en casi todas sus formas, aun allí donde menos se sospecha, un papel considerable. Así ocurre, por ejemplo, en las comunidades lingüísticas. No sólo ha influido con frecuencia de un modo decisivo, en la evolución de las grandes comunidades lingüísticas unitarias, la elevación de un dialecto a idioma oficial de la organización política mediante la imposición forzosa (como ha ocurrido en Alemania), y no sólo —para tratar del caso inverso— se ha producido, en virtud de la separación política, una decisiva di-

ferenciación idiomática (Holanda contra Alemania), sino que — la dominación ejercida en la "escuela" determina también del modo más duradero y constante la forma y la preponderancia — del lenguaje escolar oficial. Todas las esferas de la acción comunitaria están sin excepción profundamente influidas por la forma de dominación. Esta y la forma en que se ejerce es en — muchísimos casos lo único que permite convertir una acción comunitaria amorfa en una asociación racional. En otros casos, — la estructura de dominación y su desenvolvimiento es lo que constituye la acción comunitaria y la que determina unívocamente su dirección hacia un fin. Especialmente en las formas sociales económicamente más destacadas del pasado y del presente — en el régimen de gran propiedad, por una parte, y en la explotación industrial capitalista, por otra —, la existencia de la dominación desempeña un papel decisivo. La dominación es un caso especial del poder. "Como ocurre en otras formas del poder, en la dominación no existe de ningún modo una tendencia exclusiva o siquiera constante, por parte de sus beneficiarios, a perseguir intereses puramente económicos o a ocuparse preferentemente de bienes económicos. Mas la posesión de bienes — económicos y, por consiguiente, de poder económico, es con — frecuencia una consecuencia, y muchas veces una consecuencia deliberada, del poder, así como uno de sus más imponentes medios". (34)

No obstante, no toda posición de poder económico se exterioriza en forma de "dominación" en el sentido que aquí damos a este vocablo. Y no toda "dominación" se sirve de medios económicos para sostenerse y conservarse. Mas en la mayoría de — sus formas, y justamente en la más importante, ocurre hasta — cierto punto que la manera de utilizar los medios económicos — para conservar la dominación influye de un modo decisivo sobre la estructura de ésta. Además la mayoría de las comunidades económicas, y entre ellas justamente las más modernas e — importantes, muestran una estructura de este tipo. Y, finalmente, la estructura de dominación por escasamente vinculada — que se halle su peculiaridad económica, constituye casi siempre y en gran medida un factor económicamente importante y en cierta forma condicionando económicamente.

Aquí nos proponemos encontrar, por lo pronto, un principio en lo posible sólo general, inevitablemente poco concreto y aun por necesidad formulable de modo un tanto vago, acerca de las relaciones entre las formas de la economía y las de dominación. A este fin necesitamos una definición más precisa —

de lo que significa para nosotros "dominación" y de su relación con el concepto general de poder. En el sentido general de poder y, por tanto, de posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena, la conducta ajena, la dominación puede presentarse en las formas más diversas. Como ha ocurrido eventualmente, se pueden, por ejemplo, concebir los derechos que se conceden a uno contra otro o contra otros como una facultad de dar órdenes al deudor y, por lo tanto, se puede concebir todo el universo del Derecho privado moderno como una descentralización de la dominación en manos de los que están autorizados legalmente. Entonces, el trabajador dispondría de poder y, por tanto de "dominación" frente al empresario en lo que toca en sus reclamaciones de salarios; el funcionario frente al rey en lo que se refiere a sus pretensiones de sueldo, etc., lo cual daría lugar a un concepto terminológicamente algo incorrecto y en todo caso sólo provisional, pues, por ejemplo, los mandatos del poder judicial a los insolventes deberían ser cualitativamente distinguidos de aquellos "mandatos" del acreedor a los deudores todavía no encauzados. Por el contrario, puede desarrollarse una situación considerada como "dominante" en las relaciones sociales de salón, en un mercado, en una cátedra universitaria, entre la oficialidad de un regimiento, en cualquier relación erótica o caritativa, en una discusión científica o en un juego deportivo. Tomando de modo tan amplio, el concepto de "dominación" no sería empero, una categoría científicamente utilizable. En tan amplio sentido resultaría aquí imposible una completa casuística de todas las formas, condiciones y contenidos del "dominar". Por eso, al lado de otras numerosas formas posibles nos representamos dos tipos radicalmente opuestos de dominación. Por una parte, la dominación mediante una constelación de intereses (especialmente mediante situaciones de monopolio); por otra, mediante la autoridad (el poder de mando y deber de obediencia). El tipo más puro de la primera forma es el dominio monopolizador de un mercado. El tipo más puro de la última forma es el poder ejercido por el padre de familia, por el funcionario o por el príncipe. El primero se basa, en su aspecto puro, principalmente en las influencias que, a causa de cualquier posesión (o de los precios fijados en el mercado), se ejercen sobre el tráfico formalmente "libre" de los dominados, que se inspiran en su propio interés. El último se basa en el hecho de recurrir al deber de obediencia con absoluta independencia de toda suerte de motivos e intereses.

Cada uno de ellos se convierte fácilmente en su contrario. Por ejemplo, toda gran central bancaria y todos los grandes bancos de crédito ejercen con frecuencia una influencia "dominadora" sobre el mercado capitalista a causa de su posición monopolizadora. Puede imponer a los que buscan crédito ciertas condiciones para su concesión y, por lo tanto, pueden ejercer una influencia considerable sobre su conducta económica en favor de la liquidez de su propio capital disponible, pues los solicitantes se someten en su propio interés a las condiciones impuestas para la concesión de crédito y deben afianzar eventualmente tal sometimiento a las disposiciones ajenas por medio de garantías. Sin embargo, los bancos de crédito no recurren para ello a una "autoridad", es decir, a un derecho a la obediencia, independiente de todo interés, por parte de los que están efectivamente sometidos a su albedrío. Persiguen sus propios intereses, y lo hacen así aun cuando los que están sometidos a su jurisdicción obran de un modo formalmente "libre" de acuerdo con los suyos, es decir, aun cuando estos últimos persigan intereses racionales dictados por las circunstancias. Todo participante en un monopolio, aunque sea incompleto, que en un amplio sentido y a pesar de la competencia "prescribe" los precios a los competidores y adversarios comerciales, es decir, que puede forzarles a adoptar una actitud conforme a sus intereses, se encuentra en la misma situación aun cuando no les imponga el menor deber de someterse a tal dominio. No obstante, toda forma típica de dominación en virtud de una constelación de intereses, y sobre todo en virtud de la posesión de un monopolio, puede transformarse gradualmente en una dominación autoritaria. Por ejemplo, los bancos de crédito exigen para la mejor comprobación del destino dado a un dinero la intervención de sus directores en el Consejo de administración de las sociedades anónimas que han solicitado crédito, pero el Consejo de administración da órdenes terminantes a la dirección de la empresa en virtud del deber de obediencia. Puede ocurrir también que un banco de emisión induzca a los grandes bancos a adoptar una serie de condiciones y persiga con ello, en virtud de su poderío, una supervisión decisiva y reglamentadora de su conducta frente a los clientes, ya sea para alcanzar fines de política monetaria o económica, o bien, en tanto que está expuesto a la influencia del poder político, para alcanzar fines puramente políticos; por ejemplo, a fin de asegurar la preparación financiera para la guerra. Si puede conseguirse tal supervisión y pueda luego formularse en forma reglamentaria, se crean entonces trámites especiales para la decisión de los casos dudosos. Y si esta -

reglamentación adquiere un carácter cada vez más riguroso --- todo lo cual es teóricamente posible, la entidad en cuestión puede, por efecto del dominio ejercido, compararse con la autoridad que posee una instancia burocrática oficial sobre los que están sometidos a ella, adquiriendo tal subordinación el carácter de una relación de obediencia de carácter autoritario. Lo mismo ocurre con el dominio que ejercen las fábricas de cerveza que disponen de capital sobre los detallistas, con una agrupación gremial alemana de editores en lo que respecta a los libreros, con la Standard Oil Company frente a los que trafican con petróleo, con la dirección del Sindicato del Carbón frente a los que en él se abastecen. Mediante un desarrollo consecuente y de un modo gradual, pueden todos ellos transformarse en agentes de ventas a comisión de sus proveedores y quedar sometidos a la autoridad de un jefe, hasta el punto de que, al final, no podrán ya acaso distinguirse exteriormente de los capataces y de otros empleados privados. Existe un tránsito gradual que va desde la dependencia de hecho a la esclavitud formal de la Antigüedad, así como, ya en las Edades Media y Moderna, desde la dependencia del artesano de la industria de exportación respecto al comerciante bien introducido en el mercado a la dependencia, tan varia, de la industria doméstica y, finalmente, al trabajo a domicilio sometido a la reglamentación autoritaria. Y desde aquí existe a su vez un tránsito gradual hasta la situación de cualquier oficinista, técnico o trabajador que mediante un contrato de trabajo en el que consta formalmente una "igualdad de derechos" y mediante aceptación formalmente "voluntaria" de lo "ofrecido", se coloca, sin embargo, de hecho bajo una disciplina que no se diferencia ya de la existente en un negociado oficial y, finalmente, en una organización militar. De todos modos, la diferencia entre los dos últimos casos --- el hecho de que el trabajo o el empleo sean voluntariamente aceptados y abandonados, en tanto que el deber impuesto por el servicio militar (entre nosotros, en opción al antiguo enganche a base de soldada) es enteramente obligatorio ---, esta diferencia es más importante que la existencia entre el empleo oficial y el privado. Pero como también la relación de subordinación política puede ser libremente aceptada y hasta cierto punto libremente perdida, lo mismo que las dependencias feudales y en algunos casos inclusive las dependencias patronales del pasado el tránsito a la forma de relación autoritaria (por ejemplo, de los esclavos) enteramente involuntaria y para los sometidos completamente insoluble, es también fácil y posible.

Por naturaleza, inclusive en toda forma de relación autoritaria basada en el deber existe, por lo mismo que se obedece, — una cierta proporción mínima de interés, un móvil inevitable de obediencia. Todo aquí es, por tanto, variable y fluctuante "A pesar de todo, y con el fin de establecer un general distinciones útiles dentro del flujo del acontecer real, deberemos determinar rigurosamente la oposición radical que existe, por ejemplo, entre el cambio en el mercado regulado exclusivamente por compromiso de intereses, esto es, entre el poder efectivo puramente derivado de la posesión de bienes, y el poder autoritario del poder de familia o del monarca que se limita a recurrir al deber de obediencia." (35)

Pues la multiplicidad de las formas del poder no se agota en los ejemplos aquí citados. La misma posesión de bienes no ejerce simplemente poder en la forma indicada del mercado. Como ya hemos visto, aun en las relaciones sociales indiferenciadas y cuando implica cierto modo de vivir, dicha posesión otorga un amplio poder social que se revela en la posición ocupada por el hombre que "lleva un gran tren", "tiene una casa" o por la mujer que "abre un salón". En ciertas circunstancias, todas estas relaciones pueden adontar rasgos autoritarios. Y dan lugar a una dominación, entendida en aquel amplio sentido, no sólo el tráfico de mercado, sino también en las relaciones convencionales de la vida social, desde los llamados "leones de los salones" hasta los privilegiados arbiters elegantiarum de la Roma imperial y las cortes de amor de las damas provenzales. Y tales situaciones de dominación no se limitan a la esfera del mercado o de la relación social privada. A veces puede ejercer una hegemonía despótica considerable, sin necesidad de poseer un poder formal un Empire State —mejor dicho, los hombres que influyen en él autoritariamente o por medio del mercado—, tal como lo rebelan típicamente Prusia en la Unión aduanera y en el Imperio Alemán o, en grado menor, la ciudad de Nueva York en los Estados Unidos de América. La burocracia prusiana ejercía este poder en la Unión aduanera porque la zona abarcada por su territorio era, por su mayor extensión, el mercado decisivo; lo ejercía en la Confederación germánica, en parte porque poseía la más extensa red de ferrocarriles, el mayor número de cátedras universita-

rias. etc., y podía paralizar las administraciones correspondientes de los demás estados de la confederación que, desde un punto de vista formal, poseían iguales derechos; en parte por otras razones análogas. Nueva York lo ejerce en una esfera política más restringida en cuanto sede de los grandes poderes financieros. Se trata de formas de poder derivadas de constelaciones de intereses, iguales o parecidas a las relaciones de poder del mercado, pero que en el curso de su desenvolvimiento se transforman fácilmente en relaciones autoritarias formalmente establecidas o, mejor dicho, que puede socializarse en una heterocefalia del poder de mando y del aparato coactivo. Además, y en virtud de su irregularidad, la dominación — condicionada por las constelaciones de intereses o por circunstancias de mercado, puede producir una sensación más agobiadora que la causada por una autoridad expresamente establecida mediante deberes fundados en la obediencia. Pero ello no puede importarnos para la concepción sociológica. En lo que sigue nos proponemos emplear el concepto de dominación en un sentido limitado, que se opone radicalmente al poder condicionado por constelaciones de intereses, especialmente las de mercado, poder que en todas partes se basa formalmente en el libre juego de los intereses. En nuestro sentido es, por lo tanto, idéntico al llamado poder de mando autoritario.

Consiguientemente, entendemos por "dominación un estado, de cosas por el cual una voluntad manifiesta mando del dominador o de los dominadores influye sobre los actos de otros del dominado o de los dominados, de tal suerte que en un grado socialmente relevante estos actos tienen lugar como si los dominados hubieran adoptado por sí mismos y como máxima de su obra el contenido del mandato que se transforma en obediencia". (36)

Si se quiere tomar por base el concepto de dominación indicado, es inevitable formular la anterior definición con la reserva de un "como si". Por una parte, no son suficientes para nuestros fines los meros resultados externos, el cumplimiento efectivo del mandato, pues no es indiferente para nosotros el sentido de su aceptación en cuanto norma válida. Por otra parte, el enlace causal que liga el mandato a su cumplimiento puede adoptar formas muy diferentes. Desde el punto de vista puramente psicológico, un mandato puede ejercer su acción mediante compenetración —endopatía—, mediante inspiración, por persuasión racional o por combinación de algunas de estas tres formas capitales. Desde el punto de vista de su mo

tivación concreta, un mandato puede ser cumplido por convencimiento de su rectitud, por sentimiento del deber, por temor, por mera costumbre o por conveniencia, sin que tal diferencia tenga necesariamente un significado sociológico. Mas, por otro lado, el carácter sociológico de la dominación ofrece diferentes aspectos de acuerdo con las divergencias existentes en los fundamentos generales de su validez.

Como hemos visto, numerosos puntos de transición conducen desde el primer amplio sentido que hemos dado al hecho de hacerse valer una dominación (en el mercado, en los salones, en el proceso de la discusión o donde fuere) hasta el limitado significado con que últimamente lo empleamos. Para la más rigurosa determinación de éste último deseamos indicar brevemente algunos aspectos. Una relación de dominación puede, desde luego, presentar, por lo pronto, un doble aspecto. Los modernos funcionarios de diferentes negociados están mutuamente sometidos, cada uno dentro de la jurisdicción de otros, a un poder de mando. Esto no presenta dificultades para su comprensión. Pero cuando se encargan, por ejemplo, un par de botas a un zapatero, ¿domina éste sobre el cliente o el cliente sobreacué? La respuesta a esta pregunta sería muy distinta según los casos, pero puede decirse casi siempre que la voluntad de cada uno de los dos sobre un sector parcial del proceso influye, y en este sentido también domina la voluntad del otro inclusive contra su resistencia. Por este motivo es difícil elaborar un concepto preciso de la dominación. Y así ocurre asimismo en todas las relaciones de intercambio, inclusive en las de tipo ideal. Además, cuando, por ejemplo, un artesano trabaja en virtud de un nombramiento fijo, ¿es dominador dentro de su competencia profesional o está dominado? Y en este último caso, ¿por quién lo esta? Se tiende aquí a rechazar la aplicación del concepto de dominación, excepto cuando, por un lado, se aplica a los posibles operarios sometidos a su poder, y cuando, por otro, se refiere a los que pueden ejercer una autoridad sobre el artesano, es decir, a las personas que ejercen sobre él un poder de mando o de inspección. Esto es, espero, lo que significaba la limitación a nuestro concepto más restringido. Más la situación de un alcalde de aldea y, por tanto, de una autoridad puede estar determinada de la misma manera que la de dicho artesano. Pues la diferencia entre un negocio privado y el desempeño de un cargo público, tal como existe entre nosotros, es solo el producto de una evolución y en modo alguno está en todas partes tan bien perfilada. Para la concepción popular norteamericana, por ejemplo, la --

autoridad de un juez no constituye un business diferente del de un banquero. El juez es un hombre dotado de un privilegio de dictar una sentencia (decisión) en favor de una parte por medio de la cual ésta puede obligar a la otra a realizar algo o, al revés, le permite defenderse contra sus pretensiones. — En virtud de este privilegio disfruta de utilidades directas, legítimas e ilegítimas, por cuya posesión paga a una parte de sus honorarios el jefe del partido político que le ha proporcionado su situación. Por nuestra parte, atribuiremos una dominación al alcalde de aldea, al juez, al banquero y al artesano solamente cuando exijan y (en un grado socialmente relevante) encuentren obediencia en sus mandatos. Un concepto de amplitud adecuado sólo puede obtenerse haciendo referencia al poder de mando, si bien no hay que olvidar que en la realidad de la vida todo es fluctuante.

Es completamente comprensible que a los efectos de la — consideración sociológica sea determinante, no el aspecto ideológico de tal poder deducible en forma dogmático-jurídica de una norma, sino el aspecto fáctico; esto es, se comprende que el ejercicio de una pretendida autoridad para dar determinadas órdenes produzca efectivamente consecuencias socialmente importantes. Sin embargo, la consideración sociológica se apoya naturalmente en el hecho de que el poder de mandar fáctico — suele exigir el complemento de un orden normativo legal, y — opera así forzosamente en relación con el sistema de nociones jurídicas.

El Reconocimiento o Aceptación de las Normas Jurídicas.

Llegamos ahora a una cuestión que tiene gran abolengo — en la Ciencia jurídica y en la Filosofía del Derecho, pero — que en verdad no pertenece a ninguna de las dos, puesto que — su lugar está en la Sociología del Derecho. Me refiero a la — cuestión llamada del "reconocimiento".

Bierling.—Define "que los conceptos que se trata de éstos son independientes de todo Derecho positivo, y son formales y condicionantes de todo pensamiento jurídico en el hecho del — reconocimiento táctico y general de las normas jurídicas por la sociedad, en una especie de asentamiento o aceptación",

(37) Esta teoría, en la medida en que pretenda ser encuadrada dentro de la ciencia jurídica y constituir una fundamentación del deber jurídico, es inaceptable. Pero en cambio contiene — un germen de verdad, si la miramos con una observación sociológico-jurídica. No sirve para fundar la validez formal del — Derecho, ni tampoco para justificar y explicar el deber jurídico; pero apunta a una verdad sociológica, cuando se refiere al hecho de que se produce una especie de reconocimiento social de las normas jurídicas. En efecto, ese hecho de reconocimiento o de aceptación de las normas jurídico-positivas por parte de la mayoría de los componentes de la sociedad estatal es precisamente lo que dota a ella de eficiencia, de realidad

La norma jurídica —al igual que las demás normas sociales— para que sea cumplida, para que se convierta en fuerza configuradora de las conductas requiere un reconocimiento, — una adhesión de la comunidad, es decir, de la mayor parte de los sujetos que integran el grupo. Gracias a ese reconocimiento, las normas se incorporan a la vida del grupo; se transforman en convicción de éste, en el caso de que ya antes no lo — hubiera sido.

Para Timasheff, el reconocimiento consiste en una doble tendencia: "a) la tendencia hacia configurar la propia conducta de acuerdo con la norma y b) la de querer que la conducta de los demás se configure también según dicha norma".(38)

Adviértase que el reconocimiento o aceptación de una norma o de un sistema normativo no implica necesariamente una — adhesión íntima a su contenido. Puede darse esta íntima convicción sobre el valor del contenido de la norma. Pero puede también no darse esa íntima convicción sobre el valor del contenido y entonces basarse el reconocimiento en otros motivos.

(37) Bierling. Ernest R. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. 1883 y Juristische Prinzipienlehre. 4 tomos. 1905.

(38) Timasheff N.S. An Introduction to the Sociology of Law. 1939. Cambridge University in the Social Sciences.

Pero puede también no darse esa íntima convicción y entonces basarse el reconocimiento en otros motivos. Por ejemplo, se puede basar en el reconocimiento de que ha sido dictada por una autoridad legítima, o en la consideración de que es mejor que haya una norma, aunque ésta sea imperfecta, a que no haya ninguna, etc.

Desde el punto de vista de la singularidad o generalidad del reconocimiento, éste puede ser de dos clases: directo o indirecto.

El reconocimiento directo es el que se refiere a una norma determinada. Puede fundarse en las más diversas bases.

El reconocimiento indirecto es aquel que se refiere no a una norma determinada, sino a un complejo de normas. Por ejemplo: reconozco todas las normas de un sistema jurídico, por virtud de pertenecer a éste, cuya legitimidad fundamental — acento; o, también, reconozco las normas que reconocen los demás, v. g.; mis conciudadanos, mi grupo religioso, mis colegas o las personas en cuyo juicio confío.

Desde el punto de vista cuantitativo, el reconocimiento indirecto tiene más importancia que el directo, pues ni siquiera los abogados conocen todas las normas vigentes, pero en cambio las reconocen todas ellas como obligatorias.

Ahora bien, el reconocimiento básico es el directo, pues sobre él se fundan los reconocimientos indirectos. En efecto, para que pueda darse el reconocimiento indirecto de un conjunto indeterminado de normas, es necesario que haya el reconocimiento directo de una norma por lo menos, es decir, de aquella norma sobre la cual se fundan o de la cual derivan las demás. Por otra parte, para que una masa de gentes tribute reconocimiento indirecto a un complejo de normas, es menester que éstas se hallen reconocidas directamente por alguien. Por ejemplo por las autoridades a quienes se reputa como legítimas. Si esas normas no son reconocidas por dichas autoridades, tal vez pueda subsistir por algún tiempo el reconocimiento indirecto de la masa, pero poco a poco se irá extinguiendo. Así mismo, si dichas autoridades pierden el carácter de legítimas ante la conciencia de las gentes, desaparecerá el reconocimiento de las normas que se basaba en el hecho de su aceptación por dichas autoridades, salvo el caso de que independientemente de la fuente de su procedencia las normas en cuestión hubiesen sido objeto de un reconocimiento directo en cuanto a su contenido.

El hecho de saber que la norma está sostenida por una convicción colectiva ejerce un poderoso influjo. Es la influencia que dimana de saber que todos los demás, es decir, los miembros del grupo reconocen como válida la norma, y que, además

, por lo tanto, reaccionarán probablemente contra el infractor.

Por otro lado Kelsen afirma: "que las normas, en tanto - que normas y nada más que como tales, no son un factor activo o actuante en el mundo de los hechos. Pero, en cambio, la representación de las normas que los hombres se forman en su conciencia, con todos los ingredientes intelectuales y emotivos anejos a ésta, constituyen fenómenos anímicos que en efecto actúan como factores reales en el mundo de los hechos. Lo que constituye un factor real y activo en la efectividad de los hechos es el influjo que en la conducta de los hombres -- ejerce la conciencia que tengan de las normas." (39)

Así pues, la norma en sí misma, como pura significación - ideal, no produce por sí sola efectos causales sobre la conducta. Actúa únicamente en la medida en que la representación psíquica de la norma se convierte en una convicción. Uno de los factores, que a manera de motivos, juegan un papel importante en el humano decidir de la conducta, es la representación que los hombres se forman de la norma. Esta representación puede ser mas o menos clara o confusa, directa o indirecta, conocida por su sentido o por sus sanciones, etc.

Las normas jurídicas tienen su especial título de validez, que es un título jurídico. Pero su eficacia, es decir, el hecho de su cumplimiento depende en gran parte de que exista una convicción ética general y de que el sujeto sepa que dicha convicción existe. Esta convicción puede referirse a la legitimidad de la autoridad que dicta las normas; y puede referirse también al contenido de esas normas.

El saber que existe una convicción colectiva en apoyo de una norma ejerce de ordinario un gran influjo sobre la conciencia de las gentes: suele actuar como una especie de barrera o de censura frente a la tentación de una conducta contraria.

Considero que la importancia del reconocimiento o aceptación de las normas jurídicas por los individuos que deben cumplirlas, observando a este respecto que cuando no se da tal aceptación suelen producirse diversos tipos de hechos encaminados a eludir las leyes, de cualquier naturaleza, sea material civil, venal, etc.

(39) Kelsen Hans. Compendio de Teoría general del Estado. Prólogo del maestro Recaséns Siches. 2a. edición., Barcelona, Editorial Bosch, 1934.

Derecho y Arbitrariedad.— En un sentido más amplio, arbitrario equivale a caprichoso, entraña rompimiento de toda regla. Es todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o por el capricho, esto es lo que dice el Diccionario de la Academia de la lengua española al respecto. Sin embargo, no es esta la acepción que generalmente se le atribuye frente al derecho, pues en este caso, sólo se califican de arbitrarios los actos de la autoridad, y no los de un particular; y la arbitrariedad se contraponen inmediatamente al modo de ser de la norma a su aspecto regular —recuérdese que toda norma es regla— y sólo inmediatamente a su finalidad: la justicia.

Lo que ataca ante todo el acto o mandato arbitrario, es la regularidad de la norma, y sólo por cuanto ésta es un sustrato del fin justo ataca también la justicia. Pero puede darse un acto arbitrario de la autoridad, que sea justo si bien en este caso nos referimos a la justicia como criterio ético y no a la justicia legal implícita en el derecho positivo. Ejemplo: estando claramente comprendido un caso en una disposición vigente de derecho positivo, injusto, un juez lo resuelve de acuerdo con el criterio ético de la justicia, sin aducir ninguna razón para dejar de aplicar el precepto legal. La decisión en esta hipótesis es arbitraria, porque desconoce o rompe la regla contenida en el precepto legal; pues si bien esta regla no es estrictamente una norma jurídica, debe ser observada, no por lo que ella representa en sí misma, sino por cuanto forma parte de un todo, de un ordenamiento jurídico en el cual establecen los procedimientos regulares para obtener la abrogación de un precepto que se considera injusto.

La justicia legal concretizada o actualizada por ese ordenamiento jurídico positivo considerado como un todo, exige por razones de seguridad que no son ajenas a la propia justicia, que las autoridades al igual que los particulares observen las leyes humanas —salvo aquellas que son contrarias a la ley divina positiva, o que mandan cometer un pecado grave—, sin perjuicio de reclamar su derogación o abrogación cuando lo juzgen necesario.

Vemos pues, que la arbitrariedad, cuando se opone al derecho, no es predicable respecto de los actos o mandatos de cualquier hombre, sino exclusivamente de actos que emanan de una autoridad; y que no siempre implica una injusticia, ya que puede darse un acto arbitrario que sea conforme a la justicia como criterio ético, si bien la arbitrariedad —por regla general—, viola la regularidad de un ordenamiento jurídico positivo y, por tanto, la justicia legal que éste implica.

Para el maestro Recaséns Siches la arbitrariedad consiste: "en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior y la substituya." (40)

El mandato arbitrario es aquel que no se funda en un principio general —aplicable a todos los casos análogos—, sino que responde a un simple porque sí, porque me da la gana; en suma, a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general. En cambio el mandato jurídico es el fundado —en normas o criterios objetivos, de una manera regular, que tienen validez para todos los casos parejos que se presenten.

Y continúa el maestro Recaséns Siches hablando al respecto diciendo que es característica esencial de la norma jurídica el ligar necesariamente al mismo poder que la dictó —se entiende, mientras éste no lo derogue con carácter general—, en uso de una competencia de igual rango que la que había originado la norma anterior. El poder jurídico está ligado —por las normas vigentes; y obra jurídicamente sólo en la medida en que se acomete a ellas, y dentro de las facultades que las mismas le conceden. Es pues, característico del Derecho el —constituir una ordenación regular, inviolable, estable (en tanto que no está derogada), que, mientras rige, ata por igual al súbdito y al poder. Por el contrario, el mandato arbitrario consiste en actos de fuerza que no se fundan en ningún criterio previo general, sino que obedecen a un fortuito antojo de quien dispone del poder; se caracteriza por situarse —por encima de toda norma, haciendo prevalecer sobre ella un capricho, esto es, algo no reductible a criterio fijo.

Además advierte el maestro que la palabra arbitrariedad —referida a estos casos de mandatos públicos tiene el mismo sentido que cuando se aplica habitualmente ese vocablo, en el lenguaje cotidiano, a otras situaciones: se dice de alguien —que es arbitrario, cuando no sigue en su obrar ninguna regla—ni acertada ni errónea—; cuando no sabemos a qué atenernos respecto de él; se llama arbitrario a un pensamiento, cuando no solo es erróneo, sino que no tiene fundamento ninguno; y, así sucesivamente, siempre late en el concepto de lo arbitrario el señalar la ausencia de regla, la carencia de criterio-fijo, lo caprichoso, lo antojadizo.

(40) Recaséns Siches Luis. Tratado General de Filosofía —del Derecho, 7a edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.

Considero la opinión del maestro pero estimo que toda arbitrariedad implica una ilegalidad sancionable dado que rompe la regularidad establecida por el precepto legal o por los precedentes que constituyen la costumbre jurídica; y por otra parte, no se advierte por qué sólo una decisión suprema, inapelable e impuesta por la fuerza, pueda llegar a ser arbitraria, siendo que tanto en el orden judicial, como en el legislativo y administrativo, fácilmente distinguimos, en cualquier grado de competencia, las decisiones ilegales por indebida aplicación o interpretación de la ley, de aquellas que son ilegales por arbitrariedad. En el primer caso, la resolución o el mandato estan mal fundados, la autoridad se ha equivocado al motivar su decisión; en el segundo caso, en el de la ilegalidad arbitraria, la resolución no aparece fundada, se trata de un mandato caprichoso. Ciertamente las decisiones de los órganos subalternos pueden ser revocados por el superior, pero esto no cambia la naturaleza de esas decisiones: unas son revocables por estar mal fundadas —las ilegalidades por indebida aplicación o interpretación de la ley—, y los otros —las ilegalidades por arbitrariedad—, por no estar fundados de ningún modo.

En cambio, se acepta la opinión, en cuanto se refiere a la distinción entre lo arbitrario y lo discrecional; pues cuando la ley establece una facultad discrecional no extiende un cheque en blanco para que el funcionario lo llene de cualquier modo, como le venga en gana, sino que simplemente se remite a su buen juicio para la aplicación del criterio objetivo o espíritu de la ley, a casos que revisten especial complejidad.

No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho singular e individual del que manda, en cada caso concreto. El poder discrecional, por el contrario, está sometido a normas tan inviolables como las reglas del derecho taxativo y predeterminado y generalidad. Lo que ocurre es que en los casos de facultades discrecionales el poder no tiene prefijada su decisión a la complejidad y variación de factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe él determinar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta; pero debe hacerlo ateniéndose a directrices o criterios generales y objetivos.

Justicia, Derecho y Arbitrariedad.—Si bien en algún caso concreto es posible que el contenido de un mandato arbitrario parezca justo y acertado —y aun más justo que el que se derivaría del Derecho vigente—, no obstante, hay que reconocer que la arbitrariedad, tan solo por ser tal, resulta la plaga mayor que pueda sufrir la sociedad. Porque, aun en el caso de que el mandato arbitrario se guiase por una buena intención, destruiría el elemento esencial de la vida jurídica, la firmeza, la inviolabilidad de las normas; en suma, la seguridad.

Shakespeare, el gran poeta dramático, aunque ajeno a los estudios jurídicos, vio y expresó certísimamente que el mandato arbitrario constituye la rotunda negación del propósito de —certeza y de seguridad que anima al Derecho.

La diferencia entre la arbitrariedad y el Derecho consiste, en suma, en la diferencia entre dos tipos de mando esencialmente diversos: a) El mando que se funda exclusivamente en la voluntad del superior y concibe la relación entre éste y su súbdito librada exclusivamente al antojo del primero, como basada tan sólo en la supremacía de un hombre sobre otro hombre; y b) El mando fundado sobre una norma y regulando impersonalmente por ésta, con validez objetiva.

En la historia de los regímenes estatales, el progreso —se señala por una serie de procedimientos y de instituciones— con las que se trata de evitar la arbitrariedad y de asegurar la legalidad de los mandatos de los titulares del poder público. Las declaraciones de derechos y las garantías constitucionales de éstos, la norma de que el gobierno es responsable de sus actos, la institución de un poder judicial independiente, las reglas de procedimientos (a que deben acomodar sus actuaciones los cuernos legislativos, los funcionarios administrativos y los tribunales), constituyen medios ideados para extirpar la arbitrariedad en el Estado.

La Función de Certeza y Seguridad.—Es verdad que en el Derecho deben encarnar valores superiores, como el de justicia y los demás valores que éste supone e implica; es verdad que el Derecho debe ser el vínculo de realización de tales valores en la vida social; es verdad que el Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva a dichos valores; pero es verdad también que el Derecho no surge primeramente como mero tributo a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad.

Si nos preguntamos ¿por qué y para qué los hombres establecen el Derecho? Y si, para ello, tratamos de descubrir el sentido germinal del surgimiento del Derecho, a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que ha determinado el orto del Derecho no deriva de las altas regiones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber: de la seguridad en la vida social.

Efectivamente, si bien, la justicia (y los demás valores jurídicos supremos) representan el criterio axiológico que debe inspirar al Derecho, y si bien éste no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. La pregunta de por qué y para qué hacen Derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni en el séquito de egregios valores que la acompañan como presupuestos por ella, sino en un valor subordinado —la seguridad—, correspondiente a una perentoria necesidad humana.

El Derecho surge precisamente como instancia determinada de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás —certeza—; pero no sólo certeza —teóricamente (saber lo que se debe hacer), sino también certeza práctica, es decir, seguridad: saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente.

El Derecho no es mero dictámen, mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro, norma garantizada por el máximo poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar. Y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable, que surge el Derecho. Esta es su motivación primaria, su más honda raíz en la vida humana.

La Organización del Poder Político.—El Derecho para zanjar los conflictos de intereses, necesita no solamente un criterio para resolver tales conflictos, sino que además necesita estar apoyado por el poder social que quiere ser más fuerte que todos los demás poderes sociales, es decir, por el poder político, o sea por el Estado. Ahora bien el Derecho satisface también la necesidad de organizar este poder político, esto es, el poder del Estado. El Derecho precisamente organiza la serie de órganos competentes que hablan y actúan en su nombre.

Ahora bien, si por una parte el Derecho positivo vigente es realmente tal Derecho positivo vigente de un modo efectivo, porque y tanto lo apoya el poder del Estado, por otra parte acontece también que el poder del Estado está organizado y unido por el Derecho, o dicho con otras palabras, el Derecho es uno de los ingredientes más importantes del poder del Estado. En efecto, el poder del Estado se apoya sobre una serie de hechos sociales; es poder estatal, precisamente porque es el resultado de los poderes sociales más fuertes; pero, a su vez, el Derecho da al poder del Estado su organización.

La Legitimación del Poder Político.—El Derecho no solo organiza el poder político, además lo legitima. En el Derecho el puro acto técnico de la dominación del hombre por el hombre queda coonestado, ingresando en la esfera de los valores espirituales: el Derecho legitima al poder político en cuanto que lo organiza según criterios de justicia. El valor justicia es, pues en términos absolutos, el principio de legitimación del orden político-social, lo que hace de él un orden jurídico. Esto en términos absolutos, desde la perspectiva del Derecho mismo. Mas, como la sistematización en que éste consiste tiene carácter histórico y ésta respaldada en último término por aquella estructura que ella viene a organizar jurídicamente, el ingreso del hecho técnico de la dominación en la esfera espiritual se cumple, no en la invocación directa de la Justicia según sus concepciones (que ya supone de por sí una actitud cultural contingente, a saber: la actitud racionalista), sino en la intuición directa de lo espiritual a partir de una determinada conexión de realidad. Así, los principios de legitimación del poder aparecen funcionando al mismo tiempo como principios inmediatos de la organización del Derecho.

La Limitación del Poder Político.—La organización del poder por medio del Derecho implica una limitación de ese po-

der. En efecto, un poder no organizado, no sometido a determinadas formas, no especificado en una serie de competencias, sería un poder que llegaría tan lejos como llegase la influencia efectiva que ejerciera en cada momento sobre sus súbditos. La existencia de ese poder no organizado y su alcance en cada momento dependería exclusivamente de cuál fuese la influencia que de hecho ejerciera en cada instante en la conducta de las gentes sobre las cuales tratase de imperar. El alcance de tal poder no estaría limitado nada más que por los límites de su propia fuerza: llegaría en cada instante hasta donde llegase esa fuerza; en ocasión sería tal vez abrumador, y carecería de límites; otras veces, cuando fallase total o parcialmente su influencia efectiva, o llegaría a no existir en aque momento, o su alcance vendría a ser muy corto cuando fallara en parte. La organización jurídica del poder, como ya se exnuso, dota a éste de una mayor estabilidad, de una mayor regularidad; pero al mismo tienno limita el alcance de ese poder, por que tal alcance está definido, determinando, delimitado por el Derecho y, consiguientemente, no puede ir más lejos de lo establecido en el Derecho, en tanto quiera permanecer como poder jurídico y no quiera intentar ser un poder arbitrario.

CONCLUSIONES

1.— Desde un punto de vista sociológico es posible el estudio del Derecho considerado como hecho social o como un conjunto de fenómenos que se dan en la realidad social.

Esto es precisamente el objeto particular de la Sociología Jurídica, es decir, el estudio del Derecho en su contenido sociológico.

2.— Desde el punto de vista jurídico el Derecho moderno se compone de preceptos jurídicos, es decir de normas abstractas de acuerdo con cuyo contenido una determinada situación de hecho debe proceder tales o cuales consecuencias jurídicas.

La división más corriente de las normas jurídicas es, como en toda clase de ordenamientos, lo que consiste en agrupar los en, imperativos, prohibitivos y permitivos.

De éstas tres clases de normas surgen los derechos subjetivos en ejercicio de los cuales un individuo puede ordenar, prohibir o permitir a otro un determinado comportamiento. A este poder jurídicamente limitado y garantizado, respecto a una acción, corresponden, sociológicamente hablando las siguientes espectativas: a) La que otros observen una determinada conducta. b) La que omitan un determinado proceder; ambas son forma de exigencia y c) La que no estorben una acción o una omisión del derecho habiente (facultades).

3.— La Sociología del Derecho contiene un estudio comparativo de las Instituciones Jurídicas, el cual nos sirve de base para formular conceptos como la dominación jurídica, esta dominación es un estado de cosas por el cual una voluntad manifiesta (mandato) del dominador o de los dominadores influye sobre los actos de otros (del dominado o de los dominados), de tal suerte que en un grado socialmente relevante estos actos tienen lugar como si los dominados hubieran adontado por sí mismos y como máximo de su obrar el contenido del mandato (obediencia) este contenido del mandato puede ir en contra de los intereses de este grupo social y ser aceptado.

4.— En la Sociología Jurídica cabe decir que sobre los procesos sociales encaminados a la gestación del Derecho influyen una serie de factores, dentro de los cuales podemos mencionar: las necesidades existentes en un momento dado, las creencias religiosas, las convicciones políticas y las morales, los sentimientos de justicia, los sentimientos de espe-

ranza y mejora de la sociedad existente, etc, todos estos ferros menos son hechos sociales.

Así puede existir un Derecho que en un momento determinado, constituye el resultado de un complejo de factores sociales y otro Derecho que desde el punto de vista sociológico es un tipo de hecho social, actúa como una fuerza configuradora de las conductas, bien moldeándolas, bien interviniendo en -- ellos como auxiliares o como balanzas, o bien procurando en -- cualquier otra manera al sujeto.

5.— Un orden debe llamarse por un lado Convención: cuando su validez esta garantizada externamente por la probabilidad de que dentro de un determinado círculo de hombres, una -- conducta discordante habrá de tropezar con una relativa reprobación general y prácticamente sensible y por otro lado -- el Derecho garantizado externamente por las probabilidades de coacción (psíquica o física) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.

6.— La validez de todo Derecho deriva de la garantía -- en que se apoya, en la estabilidad, y firmeza del hecho normativo en que funda su fuerza obligatoria; esta obligatoriedad se puede referir a las formas de derecho que se entienden como las diversas maneras de afirmar y comprobar el Derecho, así como de expresarlo.

También hay que caer en la cuenta de que hay una independencia entre las formas de Derecho y los géneros de Derecho, los ordenamientos jurídicos y los sistemas de derecho, esto -- es, que los mismos géneros, ordenamientos y sistemas de Derecho pueden comprobarse y expresarse de manera diferente y, a la inversa, diversos géneros, ordenamientos y sistemas de Derecho pueden comprobarse y expresarse.

7.— El Derecho es una relación social, lo cual no implica una identificación de lo jurídico y lo social, ya que no -- toda relación social, por el sólo hecho de serlo es una relación jurídica.

El orden normativo (este comprende, además de las normas jurídicas, las normas morales stricto sensu y las normas religiosas); podemos comprobar que el Derecho participa del orden social, del cual es también un sector, puesto que lo social -- abarca, además de las normas de derecho, una gran cantidad de costumbres y usos no jurídicos, las llamadas reglas del trato social y un conjunto de relaciones sociales inspiradas en convicciones morales y religiosas que podemos designar con el -- término moralidad o moral social.

Cualquier otra relación podrá ser social, pero no tiene el carácter de jurídica si su objeto no es exigible en justicia, sino se presenta bajo la razón formal de deuda; por tanto, el derecho es lo expresado o representado en forma imperativa por las normas jurídicas, es decir, el conjunto de relaciones sociales que se ordenan, de acuerdo con el criterio de la justicia, al bien común.

8.— Los deberes jurídicos deben cumplirse aún cuando el obligado actúe a regañadientes. La observancia de tales deberes, como la de todos los demás, es voluntaria unas veces e involuntaria otras; pero tanto en el caso en que el sujeto obra con espontaneidad como en el de sujeción voluntaria pero no espontánea o, también, en el de imposición forzada, cabe hablar de cumplimiento de la norma. La coercibilidad deriva desde el Derecho es un límite, un confin entre el obrar de varios sujetos.

9.— La sanción es la consecuencia normativa que el incumplimiento que una norma produce en perjuicio del obligado. Las sanciones se correlacionan con los grupos sociales en los cuales operan de la siguiente forma: cada grupo social dispone de un conjunto de sanciones que impone a los trasgresores de las normas del grupo.

Los miembros de un grupo informal, por ejemplo, un grupo de amigos puede imponer sanciones diversas a los que violen las normas del grupo, los cuales pueden ser el ridículo y la burla o bien la expulsión del grupo.

En las organizaciones formales, por ejemplo, en una empresa, existen castigos definidos para los que trasgredan sus normas. El trabajador que desobedece las reglas de la compañía puede ser despedido.

Los miembros de un sindicato pueden ser expulsados por violación de las normas de ese grupo social. La iglesia puede imponer sanciones tales como la excomunión, la penitencia, la amenaza del castigo eterno. La eficacia de las sanciones religiosas depende de la creencia de ideas religiosas y en el reconocimiento del funcionario religioso de que se trate.

El Estado es el único grupo social que puede servirse de la fuerza física para imponer el orden y la conformidad.

El Estado puede imponer una gama de sanciones que van desde las pecuniarias y las de privación de la libertad hasta la pena de muerte. Depende de la forma de Estado que asuma, la cual puede ser democrático o autocrático.

10.— La norma jurídica al igual que las demás normas sociales, para que sea cumplida y para que se convierta en fuerza configuradora de las conductas requiere un reconocimiento, una adhesión de la comunidad, es decir, de la mayor parte de los sujetos que integran el grupo.

Gracias a ese reconocimiento, las normas se incorporan a la vida del grupo. Las normas jurídicas tienen un especial título de validez, que es un título jurídico. Pero su eficacia, es decir el hecho de su cumplimiento depende en gran parte de que exista una convicción ética general y de que el sujeto sea que dicha convicción existe. Esta convicción puede referirse a la legitimidad de la autoridad que dictó las normas; y puede referirse también al contenido de esas normas.

11.— El Derecho surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás —certeza—; pero no sólo certeza práctica, es decir, seguridad: saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente.

"El Derecho no es puro dictámen, mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro, norma garantizada por el máximo poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar. Y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable, que surge el Derecho. Esta es su motivación primaria, su más honda raíz en la vida humana".

B I B L I O G R A F I A

Barragán, René. Bosquejo de una Sociología del Derecho. Instituto de Investigaciones Sociales de la U.N.A.M.

Bierling, Ernest Rudolf. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2 tomos. y juristische Prinzipienlehre, 4 tomos.

Del Vecchio Giorgio. Filosofía del Derecho. tomo II. Editorial Uthea.

Delos E.P.J.T. La Nación. tomo I. Capítulo IV.

Durkheim, Emile. Las reglas del Método Sociológico. Editorial La Pléyade.

Ehrlich, Eugen. Fundamental Principles of the Sociology of Law. Harvard University Press, Cambridge Massachusetts.

García Máynez Eduardo. Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa S.A.

Gurvitch, George. Elementos de Sociología Jurídica. Editorial José M. Cajica.

Gurvitch George. La idea del Derecho Social. París.

Gurvitch George. Problema de la Sociología del Derecho. Editorial Kapelusz.

Kelsen Hans. Compendio de Teoría General del Estado. Prólogo del maestro Recaséns Siches. Editorial Bosch.

Pound, Roscoe. Sociología y Jurisprudencia. Artículo publicado en el libro, La Sociología del Siglo XX. Editorial El Atenea.

Recaséns Siches Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. 7a edición. Editorial Porrúa. S. A.

Recaséns Siches Luis. Tratado General de Sociología. Editorial Porrúa. S. A.

Renard Georges. La Filosofía de la Institución. París.

Timasheff, N.F. An Introduction to the Sociology of Law. Harvard University Committee on Research in the Social Sciences, Cambridge.

Weber, Max. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. tomos I y II.

Worms, René. Philosophie des Sciences Sociales. Paris.