

Una visión del alcance y efectos de la sociología en el arte del derecho

Pablo Sanz Bayón

I. Introducción

El pensamiento moderno sustituyó la fe en las convicciones tradicionales por la fe en la razón y en el progreso. Instauró, ante todo, el imperio de una racionalidad instrumental, una mentalidad calculadora de los medios más eficaces para lograr un fin determinado de orden material. Esa forma de racionalidad operó no sólo sobre las ciencias físicas y técnicas sino también sobre la organización de la sociedad moderna, afectando, por lo mismo, a la ciencia del derecho.

Ya en *Die protestantische Ethik und der 'Geist' des kapitalismus*, Max Weber constata que la racionalización del material normativo (codificación moderna frente a compilación antigua y medieval) produjo un cambio en la pedagogía jurídica. Ello supuso un paso desde la formación en el derecho como arte a una educación de carácter abstracto en la que se consigue la interiorización por la clase jurídica de las proposiciones como manifiestas o evidentes con el propósito de dotar de seguridad jurídica a los negocios bajo el incipiente paradigma capitalista liberal e individualista de base luterana¹.

En parecidos términos se refiere Díez-Picazo, quién pone de relieve que

para conseguir estos ideales, el mejor camino era seguramente recoger los materiales que había elaborado el iusnaturalismo de corte racionalista, que, arrancando de Hugo Grocio, llegó después hasta Pufendorf y Thomasio, pues sus raíces filosóficas se encontraban en perfecta consonancia con la idea de progreso económico y de libre comercio a que algunas naciones de Europa (Holanda, Inglaterra) aspiraban desde los albores del siglo XVII².

Este artículo fue recibido el día 21 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el día 13 de marzo de 2014.

¹ De hecho, M. WEBER, *El político y el científico*, 97-98, observa cómo el jurista por proximidad “técnica” con la política es quién ha despertado en mayor medida su vocación política accediendo a la política profesional en el contexto del Estado moderno, a diferencia de otros científicos especializados: “Tampoco es libre, por ejemplo, el médico, y tanto menos para cuanto más notable sea y más ocupado esté. Por motivos puramente técnicos se libera, en cambio, con mucha mayor facilidad el abogado, que por eso ha jugado como político profesional un papel mucho más importante que el médico, y con frecuencia, un papel resueltamente dominante”. Esta idea se confirma atendiendo a HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, 56-57: “Resulta una gran obstinación, la que hace honor al hombre, no querer reconocer nada en los sentimientos que no haya sido justificado por el pensamiento. Esta obstinación es lo característico de la época moderna, y por otra parte, el principio propio del protestantismo, lo que Lutero comenzó como creencia en el sentimiento y en el testimonio del espíritu es lo mismo que con posterioridad el espíritu más maduro se ha esforzado por captar en el *concepto* y para liberarse así en el presente y por lo mismo encontrarse en él”.

² DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, 40.

En relación con esta cuestión se superpone otra de fondo, que se correspondería con la posibilidad en derecho de realizar juicios extrínsecos al mismo. Precisamente, esta posibilidad es negada por el positivismo sociológico al identificar la norma con lo justo en abstracto y afirmando lo justo concreto como aplicación del derecho objetivo a la pretensión del derecho subjetivo, despojada de toda consideración metajurídica. Esta visión entra en contraste con la que se adopta en la presente reflexión y que ahora se adelanta, en el sentido de estimar que la justicia en abstracto debe condicionar el contenido del derecho objetivo y, en consecuencia, la justicia en concreto debe buscarse en la defensa del derecho subjetivo desde la justicia en el caso.

Se concluirá la reflexión formulando una serie de proposiciones sobre los estados de la cuestión en orden a despejar algunos puntos considerados clave en lo referente a la transformación moderna del arte del derecho por el influjo de la sociología.

II. El derecho antes de la *sociologización*: objeto de la justicia particular

En su significación clásica, la justicia tiene por objeto el derecho, la solución justa, como ejercicio de la prudencia del jurista a la resolución de los conflictos y controversias entre los hombres. Así venía entendiéndose desde Aristóteles. Aunque su filosofía no se ocupó exhaustivamente de lo jurídico, en su *Ética a Nicómaco* se observan sus razonamientos fundamentales al respecto, cuyo aporte, junto con el de los juristas romanos³, fue recibido en el Medievo por Santo Tomás de Aquino. De hecho, como afirma Michel Villey, tanto en la *Suma Teológica* (IIa. IIae. q. 58 y ss) como en la *Ética a Nicómaco* (Libro V), el tratado sobre la justicia versa sobre todo acerca de la denominada “justicia particular”, cuyo fin no es la salvación o la felicidad de la humanidad –objeto de la “justicia general”–, sino especialmente el buen reparto de los bienes materiales entre los ciudadanos como seres políticos por naturaleza (*zoon politikon*⁴)⁵. Lo que no quiere decir que como tal justicia de parte, se halle escindida de la formal o legal.

Mientras que la justicia general se corresponde con una suma de virtudes y evitación de vicios, que en cumplimiento de la ley redundan en un bienestar social – “llamamos justas a las acciones que proporcionan o salvaguardan la felicidad y sus partes para la comunidad política” (V.1)⁶, Aristóteles distingue la justicia particular, referida al reparto de bienes externos y cuyo fin es la consecución de la proporción. Así, el justo reparto es un punto medio entre el exceso y el defecto en la asignación de lo que le corresponde a cada persona o grupo en calidad de parte concurrente a dicho reparto de bienes y cargas. El fin de la justicia particular es que cada uno tenga lo suyo y esto

³ El *Digesto* de Justiniano se inicia con el Libro I de las *Instituciones* de Ulpiano con objeto de informar sobre el significado del derecho en relación con la justicia: “Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca de donde deriva el término *ius* (o derecho). Es llamado así por derivar de “justicia”, pues, como elegantemente define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo” (D.I, 1, 1, 1). *Digesto de Justiniano* (1968), Tomo I, 45.

⁴ Vid. Capítulo II del Libro I de la *Política* de ARISTÓTELES.

⁵ M. VILLEY, *Filosofía del Derecho*, 82-83.

⁶ La justicia general expresa una idea de orden y armonía, como reunión de virtudes que supone una ventaja para el conjunto social. Lo expresa Aristóteles cuando afirma que “es una virtud perfecta, y es perfecta porque el que la posee puede usar la virtud para con otro, y no sólo en sí mismo” (V.1). Pero esta noción de justicia, siendo derecho, es más amplia que el objeto propio del derecho, dado que establece la observancia de las leyes comunes de moralidad para el bien de la Ciudad. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 71-72 ss.

constituye precisamente el objeto propio del derecho, que se realiza a través de los jueces. Por tanto, el objeto del derecho es el reparto como ciencia práctica, y no la verdad (objeto de la filosofía) ni la utilidad (objeto de la política y de la economía). Dentro de la justicia particular, Aristóteles distingue entre una pública o distributiva, “que se da en las distribuciones de honores, dinero o cuantas cosas son divisibles entre los participantes de una comunidad política” (V.2) y otra privada o correctiva, “que pone orden en las transacciones” (V.2), esto es, la que regula las relaciones de intercambio entre ciudadanos, tanto voluntarias como involuntarias, sean éstas violentas o no, atendiendo al restablecimiento de la igualdad⁷.

De acuerdo con lo anterior, el derecho, en tanto que objeto de la justicia particular, se ordena a la búsqueda de la igualdad proporcional porque, “lo justo es un medio entre lo que es desproporcionado y lo injusto es contrario a la proporción” (V.4), una proporción en el reparto de los bienes y cargas entre los miembros de una comunidad. Así pues, el derecho como relación, se desarrolla por naturaleza en lo social, cuyo ámbito se concreta en la ciudad, por lo que no puede ser conceptualizado en función del sujeto individual, sino en el plano social de justicia como bien común.

En suma, la ciencia jurídica operaba como una ciencia de principios generales abstractos que aplicados al caso concreto servían para que el jurista ofreciese la solución más justa en ejercicio de su prudencia y desplegando en su actividad un método tópico para la búsqueda de premisas en orden a la argumentación, sobre la base del sentido común y capacidades retóricas para convencer de sus razones⁸. En ningún caso el derecho se agotaba con la norma escrita. La norma sólo era una cierta razón general de lo justo, sobre la que el jurista extraía sus principios en orden a resolver el caso concreto.

Por su parte, la costumbre y los principios generales operaban como auténticas fuentes del derecho, quedando así como objeto de la justicia particular, una realidad objetiva e inherente a la comunidad política pero relativa en cuanto a las partes en que se desenvolvía, en tanto que justa relación de los bienes y cargas entre ciudadanos. A este respecto, el principio latino *suum quique tribuere* condensa básicamente el complejo oficio del juez: atribuir a cada uno lo suyo, lo justo, la mejor proporción entre personas y cosas en una comunidad. Pero sin ilusiones de igualitarismo social pues “no deja de

⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 69 ss.

⁸ En atención al caso concreto como punto de partida para la solución jurídica sobresale la figura de Viehweg, quién reivindica en su obra *Tópica y jurisprudencia*, el interés que para la teoría y la práctica jurídica tiene el resurgimiento del modo de pensar tópico, pues al centrarse en el problema, puede funcionar válidamente para el razonamiento jurídico, puesto que opera en una fase prelógica o de búsqueda de premisas (*inventio*), y luego en otra, propiamente lógica, orientada a la conclusión (*conclusio*). La tópica como técnica del pensamiento problemático, fue desenvuelta por la retórica y que se distingue de manera inequívoca del espíritu deductivo sistemático moderno. Orientada al problema, analiza las distintas alternativas (mediante tópicos o *topoi*) con el fin de dar una solución a lo que Viehweg denomina como “aporía fundamental” de la disciplina jurídica que “encuentra su formulación en la pregunta por el ordenamiento justo, y conduce cabalmente a entender el derecho positivo, en su función de respuesta, como una parte integrante de la búsqueda del derecho”. Entonces, la jurisprudencia sólo puede estar concebida desde el problema, y sus elementos constitutivos (conceptos y proposiciones) han de permanecer ligados a él de un modo específico y sólo a partir del caso concreto pueden ser comprendidos.

ser obvio que toda civilización descansa sobre una desigualdad –división de tareas y de modos de vida–”⁹.

Por tanto, del desarrollo anterior se infiere que el derecho en su sentido clásico, al corresponderse con la ciencia del reparto bajo principio de proporción, permanecía intrínsecamente vinculado a la noción de "Ciudad" como comunidad política natural, fundada en la diversidad de funciones, de estatutos y de condiciones entre sus partícipes¹⁰.

III. El derecho *sociologizado*: producto racional objetivado en el estado

Aunque en el pensamiento jurídico no fueron nuevas las concepciones contrarias a los postulados comentados en las líneas precedentes, a la conclusión positivista de justificar la identificación de la ley con la voluntad de un soberano o bien con la voluntad general de una asamblea (soberanía popular) llegaron una gran parte de los pensadores cuya influencia ha sido una constante desde la eclosión de la modernidad. A dicha conclusión llegaron las concepciones nominalistas y empiristas del contrato social presentes en Spinoza, Hobbes, Locke y Rousseau; las concepciones idealistas y formalistas de Kant y Kelsen; las concepciones historicistas de Hegel y Marx; o la doctrina *sociologista* de Comte, a partir de la cual se inició el auge de las denominadas ciencias sociales, con las que se pretendió articular una física social, la “sociología”¹¹.

El auge y desarrollo de la sociología trajo consigo nuevos planteamientos sincréticos, y lo que es más, se propugnó la integración de técnicas de análisis jurídico con la metodología propia de la sociología, cuyo pragmatismo permitía estudiar la vigencia de las instituciones jurídicas determinando su positividad, esto es, el surgimiento real en el tejido social; su eficacia, para la averiguación del grado o nivel de implementación real de las diversas instituciones; la predicción del futuro institucional para conocer de antemano lo que ocurrirá con las instituciones vigentes; y en fin, su análisis funcional, para comprender cada institución concreta en su conexión con el resto de las instituciones que componen el ordenamiento¹². La sociología jurídica se convertirá, como planteara Ehrlich, en la única ciencia posible del derecho, porque no se detiene en las "palabras", sino que dirige su mirada a los "hechos" en los que se asienta el derecho,

⁹ M. VILLEY, *Filosofía del Derecho*, 128.

¹⁰ Bajo el término “Ciudad” queremos referirnos aquí a lo concebido intuitivamente por Saint-Exupéry como “el reino”, “la Tierra de los hombres” o “*citadelle*” y desarrollado por Rafael Gamba en *El silencio de Dios: un conjunto de lazos vivos y vividos que, a través de los diferentes niveles de la creación, mantenían al hombre unido a su origen y le orientaban hacia su fin, enlazando al hombre con las realidades visibles e invisibles para ayudarlo a elevarse sobre sí mismo*. En palabras de R. GAMBRA, *El silencio de Dios*, 29: “La Ciudad de los hombres es mansión (con sus estancias diversas) en el espacio, y es rito (con sus horas y días) en el tiempo”, “es siempre creación, nunca deducción a partir de unos principios abstractos o elaboración metódica y causal”, 55.

¹¹ El mismo término “sociología” es un neologismo acuñado por COMTE (1798-1857), en su *Curso de Filosofía Positiva (Curs de Philosophie Positive)*, de seis tomos, publicados entre 1830 y 1842. Comte “construyó” esta palabra usando el elemento latino “socio” (de *socialis*, relativo a la sociedad) y el griego “logía” (*logos*, estudio de). Por tanto, la etimología de esta palabra pone de relieve una construcción semántica artificial, lo que parece que confirma en cierto modo que los contenidos de esta “ciencia de la sociedad” tienen una dirección antinatural, empezando por el empleo de un neologismo para explicar el objeto y fin de la ideología positivista.

¹² G. ROBLES, *Sociología del Derecho*, 170-171.

y porque, "como toda ciencia auténtica", "intenta profundizar", mediante el método inductivo, es decir, "mediante la observación de hechos y la recopilación de experiencias, nuestro conocimiento de la esencia de las cosas"¹³.

Para los teóricos de la llamada sociología del derecho (Duguit, Franz Jerusalem, Hariou o Gurvitch, entre otros) el derecho se concibió como un producto de la realidad social. Consideraron que para llegar a conocer el derecho debía partirse de un perfecto conocimiento de los datos ofrecidos por la experiencia así como de la contemplación de la incidencia de los cambios de las condiciones en la transformación del derecho. La sociología jurídica vino a reducir la investigación jurídica a la investigación sobre la dimensión sociológica. De una parte, buscando el fundamento de las leyes en las estructuras sociopolíticas, como mecanismo garante de que cada individuo y cada grupo dentro de la sociedad cumplan su papel en ella. De otra, mediante la exaltación de la colectividad y negación del individualismo, rechazando conceptos, principios e instituciones básicas generalmente asumidas y sobre las que se había venido construyendo el derecho moderno: derechos subjetivos e individuales, autonomía de la voluntad, derecho de propiedad etc. El derecho objetivo propugnado por la sociología sustituiría aquellos elementos subjetivos por las categorías sociales tales como: deberes sociales, situaciones jurídicas, función social de las normas jurídicas etc.

En este sentido, el derecho, vaciado de su paradigma clásico, pasó a concebirse progresivamente como un instrumento de racionalización al servicio de la ingeniería social (*social engineering*), tal y como lo expresó Pound: "el jurista es un ingeniero social", es decir, un especialista en los medios¹⁴. El mismo proceso de vaciamiento de la sustancia científica operó sobre otros conjuntos de disciplinas, como la historia, sometida a la interpretación historicista; en la enseñanza con la pedagogía; o incluso en la política con la politología. Con respecto a la historia, es muy elocuente la opinión mantenida por Villey cuando asevera que

“es por completo falso que todo cambie en el curso histórico: Este dogma, típicamente cientifista, procede del abuso de una ciencia histórica que no percibe en la historia sino cambios, debido a que no busca ni pone de relieve cosa distinta del cambio. La ilusión cientifista es la de que no hay nada permanente. Que el historicismo contemporáneo constituya un enorme error, lo discierne la filosofía; porque es competencia de la filosofía discernir el dominio particular de cada ciencia. La ciencia histórica cae bajo control de la filosofía. Es por el contrario, trabucar las cosas tratar de someter la filosofía a la historia, haciéndola un objeto de la ciencia histórica”¹⁵.

El auge de la sociología produjo, en efecto, que la categoría de “ciencias sociales” absorbiera al derecho por medio de la alteración de su objeto de estudio y de su método de pensamiento¹⁶. El nuevo marco cultural del pensamiento moderno experimentó la

¹³ K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 78 ss.

¹⁴ M. VILLEY, *Filosofía del Derecho*, 124.

¹⁵ M. VILLEY, *Filosofía del Derecho*, 36-37.

¹⁶ Nos remitimos de nuevo a Viehweg, quién en su obra *Tópica y jurisprudencia*, sostiene que el pensamiento problemático (método básico del derecho antiguo grecorromano y medieval) fue desplazado por el pensamiento sistemático moderno, que se encuadra dentro de la lógica deductiva, en cuyo sistema de premisas se ha de encontrar necesariamente la solución formal del problema. La cuestión que observa Viehweg es que en la jurisprudencia este método no es

expansión de las llamadas “ciencias sociales”, fundamentalmente racionalistas, positivistas y sociológicas, lo que terminó por recluir al derecho en la identificación con la norma estatal como expresión de una conducta social sujeta a cambio e intervención. En virtud de este propósito, el derecho debía vaciarse de su significación clásica en favor de una construcción de hechos sociales objetivada en el Estado, como poder soberano y fuente de todo derecho.

Esta visión *sociologista* que sitúa el derecho al servicio de una causa ideológica para dotarla de apariencia científica se observa nítidamente en el marxismo. Marx utilizaría el razonamiento sociológico jurídico para impulsar su programación ideológica socialista. Si las normas sólo recogían hechos sociales, el derecho se predicaría de la “superestructura” de la clase dominante. Esto explicaría la injusticia social sufrida por la masa obrera y su alienación por parte de la élite burguesa al mando del Estado liberal. Por consiguiente, los socialistas entendieron ineludible la abolición del orden jurídico existente procediendo a la transformación de lo fáctico hasta alcanzar la utopía de la sociedad sin clases (y sin derecho), previo paso por la dictadura del proletariado identificada en el Estado colectivista e igualitario. A este respecto, traemos a colación la opinión de Díez- Picazo, quién a propósito de su exposición de los criterios o principios inspiradores del derecho privado comenta cómo la afirmación del individuo frente al Estado sin cuerpos intermedios y basada en un derecho absoluto de propiedad así como por la codificación de derechos subjetivos condujeron al derecho civil a su propia crisis:

los ideales de la burguesía, que detentadora de los bienes económicos y de producción, quería un sistema que le permitiese su libre y omnímodo disfrute, no fueron aceptados por inmensas capas de la sociedad carentes de poder económico, para las cuales el juego de la autonomía de la voluntad sólo significaba la sumisión del débil al más fuerte y para quienes los derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico no eran más que abstracciones. Nacen de este modo una serie de conflictos protagonizados por las clases obreras representadas por las organizaciones sindicales, que van a introducir, aparte de conjuntos especiales de normas como el derecho laboral o el

totalmente válido porque lo relevante en ella es la lógica material. En esto se diferencia de la sistematización que opera con la lógica formal y en la que no importa si la premisa es verdadera o falsa, sino que esté estructurada y que se pase de una a otra. La diferencia sustancial que Viehweg hace notar es que mientras para primer método de pensamiento, el tópico, se da más importancia al problema, para el segundo, el moderno, lo central es el sistema en sí mismo, que predetermina un punto de vista inicial y desde el cual se seleccionan los problemas. En este sentido, Viehweg alude a Leibniz, quién por medio de su *ars combinatoria*, intentó crear una tópica matemática de la jurisprudencia que no fructificó. Su pretensión era concordar el tradicional estilo de pensamiento de la Edad Media con el matemático del siglo XVII, poniendo bajo control aritmético el *ars inveniendi* de la tópica. Posteriormente, la axiomática, como método para la ejecución efectiva de una sistematización jurídica, prescindiría de la tópica en pos de una integridad y unidad lógica. Pero Viehweg plantea la imposibilidad de un sistema jurídico semejante, puesto que la mera selección de axiomas y deducciones presupone una tarea inventiva que no es sino una tópica oculta. Hace una breve mención a la teoría del interés de Ihering porque, según Viehweg, permite una incisiva formulación de la justicia que se reconduce a la aporía fundamental de la jurisprudencia. En el mismo sentido se expresa García de Enterría en el prólogo de la obra, cuando reconoce que “la ciencia jurídica no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reductible-frente a ingenuos intentos, siempre fallidos- al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemática ”.

derecho sindical, fuertes dosis de políticas sociales que se reflejan a través del ordenamiento jurídico entero¹⁷.

Esta noción del derecho como producto racional del hombre trae causa, como se ha apuntado anteriormente, del contractualismo social formulado, entre otros, por Hobbes. En los capítulos XIII al XVII del *Leviatán* el pensador inglés defiende la creación de un Estado absoluto que se constituye mediante un pacto que autoriza al soberano a ejercer una “libertad ilimitada” – según se refiere en el capítulo XIV– que garantice la paz y la seguridad de los súbditos¹⁸. El Estado se instituye como un artificio “autorredentor” de la naturaleza humana porque hace posible un orden civil en el que los hombres ya no sean lobos entre ellos. Todo lo que vaya contra este poder es ilícito dado que la libertad está determinada por los términos del consenso en virtud del cual se instauró el Estado. Esta superpotencia se organiza en el momento en que se cede el derecho subjetivo a favor de un soberano o asamblea absoluta con la condición de que se preserve la paz (en el interior) y la seguridad (hacia el exterior). El resultado de esta transferencia es que el derecho subjetivo sea asumido por la voluntad soberana afirmada mediante la violencia legalizada y monopolizada por el Estado¹⁹.

Como se observa, hay una gran asimetría en la trayectoria recorrida por la ciencia moderna en Occidente. Mientras que las ciencias físicas y técnicas experimentaron un evidente progreso, las ciencias humanas, pero en particular el derecho, sufrió una notable regresión, como parece que se pone de relieve en particular con el derecho *sociologizado*, al quedar despojado de la referencia de la justicia y al afirmarse por vía de dominación. La causa real de esta transformación fue de orden político con base antropológica: la sustitución de la Ciudad –como comunidad natural abierta a la trascendencia– por el Estado –orden artificial cerrado en la inmanencia–²⁰.

¹⁷ L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, 43.

¹⁸ A la par de la puesta en marcha de un proceso de secularización social, el poder político, sin embargo, experimentó una autodivinización. De hecho, en el *Leviatán*, Hobbes adopta el método de composición genética para excluir la divinidad de su proyecto político. Según el pensador inglés, a diferencia de lo que ocurre con Dios, respecto al Estado Hobbes sí admite que se pueda emplear el método de composición genética. El Estado es algo engendrado por el mismo hombre, un artificio que se puede descomponer en elementos materiales. El mismo título de la obra indica las partes a considerar y recomponer en el Estado: (1) la materia son los individuos, (2) la forma es el pacto social y (3) el poder es el del soberano. Si se realiza la composición de la materia, forma y poder aparece el Estado Absoluto. Aquí se refleja la pretensión de Hobbes de recomponer y ordenar la sociedad inglesa de su época, descompuesta por el caos de una guerra civil.

¹⁹ En clave posmoderna, J. BARRAYCOA, en su ensayo *Sobre el poder en la modernidad y posmodernidad*, se refiere al fin de la fascinación por el Estado redentor (“la teocracia moderna”), por causa de sus promesas incumplidas. Este hecho ha propiciado la “muerte de la política” como sustitución de los lazos clásicos que establecía el contrato social por el asentimiento a un sistema valorativo espectacularizado por las estructuras de poder que cubre las expectativas vitales más inmediatas sin necesidad de plantearse la existencia como indisolublemente unida a lo social en cuanto que entidad histórica.

²⁰ En relación con lo que se ha expuesto, cabe mencionar a E. VOEGELIN, quién en su *Nueva ciencia de la política* (capítulos 4º y 5º), pone en evidencia lo que considera influencias gnósticas del cristianismo en los movimientos políticos modernos. Para Voegelin, las experiencias gnósticas ofrecen mayor seguridad porque constituyen el núcleo de la re-divinización inmanentista de la sociedad y porque los hombres que sucumben en ellas se divinizan al sustituir la fe en sentido cristiano por otros medios más masivos de participar en la divinidad. Estas experiencias han sido el núcleo del desarrollo político occidental con el

IV. Consecuencias de esta transformación

El resultado del contractualismo social a efectos jurídicos es obvio: se le dio la vuelta a la doctrina aristotélica y a los principios de los juristas romanos, invirtiendo radicalmente la teoría clásica de las fuentes del derecho. Las soluciones de derecho ya no proceden de los jueces sino del poder legislador estatal, que es el autorizado para “diseñar” el orden social. Esta cuestión no podría descodificarse sin contemplar en su análisis un elemento *sociologizante* a que se viene sometiendo a las ciencias en general y al derecho en particular. Por eso es muy difícil cuestionar hoy la patente vulgarización profesional y funcional del jurista, en la línea vislumbrada por Weber, a propósito de la hibridación del derecho con múltiples disciplinas técnicas a merced de la sociología como ciencia rectora. Panorama que se evidencia cada vez más con los progresivos cambios introducidos en la pedagogía jurídica.

La función principal del derecho bajo el nuevo paradigma positivista sociológico es mantener el control social. Y si esta es la función primordial del derecho, el objeto de su ciencia debe limitarse al estudio y aplicación de la normativa positiva vigente sin consideración de justicia (particular), que se ha escindido del derecho para convertirse en un atributo de la ingeniería social. Igualmente, la aplicación de una sociología como subdisciplina del derecho y de la economía por parte del binomio Estado-Mercado está coadyuvando a que algunos juristas, viendo peligrar el futuro de su ciencia, se exilien en otras ciencias colaterales como la economía capitalista. Un ejemplo de esta tendencia en el ámbito académico por influjo anglosajón sería el denominado “análisis económico del derecho”, teoría del derecho que aplica métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico, incluyendo el uso de la metodología y los conceptos propios de la ciencia económica para predecir el efecto de las normas jurídicas, con el objeto de determinar qué leyes son económicamente eficientes, y predecir qué disposiciones jurídicas deberían ser promulgadas, modificadas o derogadas²¹. Por eso también es difícil poner en cuestión los efectos del avance *sociologista*, que en última instancia, persigue la transformación total del derecho para ponerlo a disposición de los ingenieros sociales, quienes lo utilizarán como laboratorio normativo. Esto explicaría en parte la expansión intervencionista del derecho administrativo, del derecho tributario y del derecho penal; tres materias con una creciente impronta sancionadora, expropiatoria-confiscatoria y victimológica respectivamente²².

humanismo, la ilustración, el liberalismo o el socialismo. Según Voegelin, los movimientos políticos modernos estructuran una realidad política neopagana y tienen su origen en las herejías del cristianismo, por lo que considera que la esencia del modernismo se encuentra en las desviaciones gnósticas de la religión cristiana. En definitiva, en sus propias palabras, “esta especulación gnóstica se impuso a la incertidumbre de la fe mediante el abandono de la trascendencia y dotando del significado de la culminación escatológica al hombre y a su esfera de acción intramundana”. El progreso de la civilización se entiende así como “una labor mística de autosalvación”, que se materializa en la creación del paraíso terrestre.

²¹ Sobre su significado y autores principales véase la entrada que ofrece la Enciclopedia filosófica de la Universidad de Stanford: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/>

²² En este sentido, Á. D’ORS, “La crisis del derecho penal”, 373: “Al mismo ambiente mental pertenece aquella otra idea de que el delincuente debe ser reformado, algo más moderna. Según ella, el delincuente no es más que un enfermo que debe ser curado, no tanto por la conveniencia de su propia salud, cuanto por el riesgo que supone para la sociedad la persistencia de su enfermedad; algo parecido a lo que ocurre con los enfermos contagiosos que pueden ser causa

En este sentido, el "interés general" que emana del derecho público y cuya protección se reserva el Estado a través de un ordenamiento imperativo y coactivo se justifica por un interés de orden superior al interés particular del derecho privado, que ha devenido en un ordenamiento eminentemente dispositivo bajo el principio de autonomía privada de la voluntad en lo no contrario "a las leyes, a la moral ni al orden público"²³. Con todo, es muy cuestionable que la naturaleza del derecho privado sea de carácter estrictamente dispositivo. A este respecto, Díez-Picazo mantiene que "hay en el derecho privado extensas zonas dominadas por normas esencialmente imperativas o insustituibles por pactos en contrario de los particulares"²⁴. Además, una gran parte de su contenido es de orden imperativo por razón de la ley natural, que, cómo observó Villey, ya fue ampliamente tratado por la Segunda Escolástica Española, tomando deliberadamente el criterio, más que de la Torah, de la naturaleza del hombre²⁵.

En razón de esta dinámica, el derecho –concebido en la práctica legislativa actual como vehículo formal de la ingeniería social–, ha adquirido una capacidad instrumental muy eficiente para inducir cambios sociales, estimulando o desestimulando determinados hechos sociales en función de la voluntad cada vez más omnímoda de los poderes públicos (aunque también de los poderes privados-corporativos), sin perder por ello el sistema legal y administrativo coherencia ni lógica deductiva interna²⁶. Además, que el derecho privado sea asimilado al interés privativo (en sentido "individualista" o "mercantilista"), responde a una razón puramente estratégica para supeditarle de modo progresivo al interés general prescrito por el Estado, en tanto que institucionalización de la voluntad general, soberana o popular. Por este motivo, la naturaleza del derecho privado se presenta como un obstáculo para la transformación social de acuerdo con los postulados racionalistas que informan al constitucionalismo moderno, teniendo en cuenta que, como hace notar Díez Picazo, las Constituciones a partir de la segunda mitad del siglo XX, no nacieron con la única pretensión de ceñirse solamente a la

de una epidemia, y deben, por ello, ser reclusos con el fin de evitar tal riesgo social. De este modo, la reclusión del criminal no era ya una forma de castigo por su mala conducta, sino un medio de defensa social, una pura prevención" (p.380)... "Aunque el proceso de secularización se ha deslizado silenciosamente durante unos siglos, como si un orden moral ciudadano fuera posible en una sociedad atea, parece que hemos llegado, en las postrimerías de este siglo XX, a tocar ya el fondo de una previsible evidencia: de que la pérdida de la noción del pecado, denunciada ya muchas veces como ruinoso para la Humanidad, conduce irremisiblemente a la pérdida de la noción del delito y la pena, y a la más absoluta impunidad".

Fuente: <http://www.fundacionspeiro.org/verbo/1986/V-243-244-P-373-387.pdf>

²³ Principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el art.1255 del Código Civil español.

²⁴ L. Díez-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, 47.

²⁵ M. VILLEY, *Filosofía del Derecho*, 78.

²⁶ Por ello la reivindicación del pensamiento problemático propuesta por Viehweg en su obra *Tópica y jurisprudencia* adquiere su pleno sentido cuando se pierde la referencia de lo justo como aporía central del derecho para a continuación desviar toda la importancia al sistema como tal. Así, como apuesta Viehweg, no se puede eliminar del sistema jurídico todo influjo de la tópica, dado que un sistema estrictamente deductivo resultaría inviable. La tarea de cientificar la técnica jurídica implicaría una rigurosa axiomatización de todo el derecho y ello conduciría finalmente a la prohibición de la interpretación dentro del sistema. Del mismo modo, a pesar del formalismo, la selección de axiomas del sistema continuaría siendo arbitraria y esta situación tampoco favorecería en absoluto la búsqueda del derecho como lo justo sino la mera aplicación mecánica de normas. Si no se diese la cuestión siempre emergente acerca de la búsqueda de lo justo, faltaría el presupuesto de una jurisprudencia en sentido propio.

regulación de la organización política del Estado, sino también como cuerpos normativos que “establecen reglas y principios, garantías institucionales, libertades públicas y derechos fundamentales de las personas, de suerte que como norma fundamental irradian sus efectos a la totalidad del ordenamiento jurídico, que queda todo él, sujeto a la Constitución”²⁷.

Finalmente, la inserción de los Estados en entidades supraestatales está determinando que el derecho privado reciba, a su vez, el influjo de las normas por ellas emanadas. El resultado de esta transformación puede observarse en el funcionamiento interno de la Unión Europea y de sus Estados miembros. La hipertrofia normativa por la utilización abusiva del derecho comunitario positivo y obligatorio, originario (Tratados) y derivado (Reglamentos, Directivas y Decisiones), que se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) confirma una motorización jurídica cada vez más mecanicista como predicado de un proceso monista y racionalista de comunitarización²⁸. Adicionalmente, el conglomerado opaco de organismos de la UE acusa una marcada tendencia a contrarrestar su falta de efectiva legitimidad y representación para con la ciudadanía europea recurriendo al derecho administrativo sancionador (Comisión Europea) y a un agresivo control financiero capitalista y centralizado (Banco Central Europeo). Esta idea se refuerza con los contenidos aprobados en el Tratado de Lisboa en 2009, que de manera encubierta, ha resucitado –sin mediar referéndum– el Proyecto de Constitución Europea (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado el 29 de octubre de 2004 en Roma) que había sido rechazado en 2005 por una concluyente mayoría social en Francia y Países Bajos.

V. Estados de la cuestión

De todo lo comentado anteriormente se extraen una serie de proposiciones correlativas sobre el alcance de la transformación positivista sociológica en el marco de la ciencia del derecho. En síntesis, pueden glosarse las siguientes proposiciones:

- Que la dinámica de *sociologización* jurídica exige, como consecuencia racional positivista, la desfiguración progresiva de las instituciones naturales del orden social tradicional: persona, matrimonio y familia, sucesiones, obligaciones y contratos, propiedad y demás derechos reales. Estas instituciones básicas del derecho privado están siendo sometidas silenciosamente a la norma positiva del derecho público, por lo que de facto puede afirmarse que el formalismo del procedimiento democrático-constitucional se ha convertido en un auténtico mecanismo de control y transformación

²⁷ L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, 44. A su juicio, la Constitución Española de 1978 responde a estos esquemas y, por consiguiente, desde su promulgación se puede decir que el derecho civil experimenta el influjo de la Constitución.

²⁸ En virtud de los principios de primacía y efecto directo (tanto horizontal como vertical) dicha normativa comunitaria termina por transformarse en derecho aplicable. En este sentido, por ejemplo, el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE, que señala efectivamente que los reglamentos tienen alcance general y son directamente aplicables a los Estados miembros. El efecto directo del Derecho Comunitario fue consagrado por el TJCE en la Sentencia Van Gend en Loos del 5 de febrero de 1963. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho Comunitario no solo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas. Por lo tanto, no es necesario que el Estado miembro recoja la norma europea en cuestión en su ordenamiento jurídico interno, pues los reglamentos siempre tienen un efecto directo.

civil supeditada al “interés general” objetivado en la síntesis del Estado Social de Derecho²⁹.

- Que lo que subyace en el fondo de esta compleja cuestión es la negación misma de la ley natural que abarca la vida humana en su integridad y es el fundamento del orden social, encontrando en las normas jurídicas su manifestación positiva. La ley natural es inalterable y puede no coincidir con las convenciones colectivas temporales puesto que estas –no infrecuentemente– vienen condicionadas por el error humano condensado en las modernas ideologías políticas, como en efecto ha demostrado la historia en incontables ocasiones. Por ello, hay que clarificar que la ley natural constituye el límite del derecho positivo y como derivación, la norma jurídica que la contravenga es necesariamente injusta.

- Que la distinción entre derecho privado y derecho público es cada vez más difusa. Lo que constituye una de las cuestiones más complejas de la teoría general del derecho. A este respecto, nos limitamos aquí a señalar que la distinción entre uno y otro constituye actualmente una frontera porosa pero en todo caso bajo una tensa relación de subordinación del derecho privado al público³⁰.

- Que la jurisprudencia, cuyo objeto es la búsqueda de lo justo en concreto, ha quedado relegada a favor de los principios de legalidad y de seguridad jurídica (como lo demuestra el art. 9.3 de la Constitución Española), principios informadores del ordenamiento jurídico que son propios de una concepción racionalista y legalista del derecho basado en un modelo axiomático-deductivo. Por esta razón, el redescubrimiento de la tópica como técnica del pensamiento problemático puede contrarrestar la deriva científicista social en la que se ha instalado el sistema jurídico moderno, pues la justicia

²⁹ En este punto son de interés dos referencias antitéticas: en un sentido, ELÍAS DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 105, quién considera al Estado social de derecho una auténtica conquista histórica, superadora del Estado liberal pero que debe ser evolucionada por el Estado democrático de derecho. Por la otra parte, las palabras de García de Enterría acerca de los riesgos del nuevo poder omnímodo de la Administración, si bien, por nuestra parte no coincidimos con todas sus propuestas solutivas: “En el mundo político y jurídico de hoy, en efecto, la paulatina socialización ha hecho absolutamente dependiente la vida de cada hombre del funcionamiento estatal, en términos incomparables con cualquier otra situación histórica (...)”, el individuo “no ejerce un verdadero señorío más que sobre una parte mínima de sus condiciones materiales de existencia, estando el resto de su esfera vital a cargo del Estado, el cual debe subvenir a lo que los alemanes llaman *Daseinsvorsorge*, la procuración de la existencia de los ciudadanos, y no sólo ya el orden externo. De este modo, la dependencia del ciudadano respecto del Estado se ha agudizado en términos extraordinarios”. Concluye diciendo que, “no pueden ya aceptarse poderes absolutos, o poderes irresponsables, o poderes incontrolables, o poderes intangibles o perpetuos, que serían tanto como puros arbitrios de disposición sobre la vida de los ciudadanos y sus condiciones enteras de existencia”. E.GARCÍA DE ENTERRÍA, “La institucionalización del poder, una nueva perspectiva de la *Pacem in terris*”, 142 ss.

³⁰ La *sociologización* jurídica abre la dialéctica entre el derecho público y el privado, así como los límites de la supeditación del segundo al primero. Para clarificar este punto, adoptamos la perspectiva de L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, 38-39, en cuanto a la idea de derecho en la Edad Moderna: “la idea de Derecho Civil se va identificando cada vez más con la de Derecho privado, pues, por una parte, las normas atinentes a la organización política, que comienzan a denominarse desde principios del siglo XVIII como derecho público, se estudian con separación del derecho civil, lo mismo que las reglas de organización de las administraciones públicas, cuando aparezca el derecho administrativo”.

para ser tal no debe estar predeterminada de antemano, sino que hacia ella se camina en cada decisión, en cada norma y en cada institución. Desde una sistematización axiomática y deductiva, la justicia moderna pasa a concebirse en términos nominalistas y empiristas en comunicación con las formulaciones de los teóricos del contractualismo social, donde la falta de atención a la justicia en relación con el derecho obedece a la preferencia que obtiene la interrelación entre el derecho, la ley y el Estado, como queda patente en la presente cultura jurídica. En cuanto a la cientifización social de la técnica jurídica pretendida por algunos pensadores, cabe añadir lo que Villey afirma rotundamente al respecto: “es imposible imponer al derecho el modelo de las ciencias acabadas: los juristas no son los émulos de Euclides, de Newton, ni de los tecnócratas contemporáneos”³¹.

- Ciertamente los cambios sociales, las demandas sociales, muchas veces llegan a tener posteriormente una plasmación y tratamiento en el ordenamiento jurídico. Pero en lo jurídico confluyen factores y circunstancias de variada índole; y por ello, no se puede magnificar la importancia de los datos sociológicos y, en particular, de la voluntad social, llegando a considerar éstos como el fundamento exclusivo de una determinada ordenación jurídica. Por ello, desde una perspectiva metodológica, debe descartarse la utilización de un método sociológico puro para llegar a conocer el derecho, aunque en ciertos casos cuente con validez como complemento para eludir el riesgo de deformación a que conduce el conceptualismo. Siendo indiscutible que el derecho interviene para dar respuesta a nuevas necesidades sociales, no puede el jurista limitarse a hacer sociología jurídica.

- La modernidad ha construido su sistema social a partir de un derecho objetivo que se funda en la artificialidad de las relaciones humanas, producto de la sola razón y concretada en el cálculo del interés colectivo como agregado indistinto de subjetividades en conflicto. En consecuencia, como de la justicia no cabe idea ni concepto por depender en exclusiva de la razón subjetiva, el orden civil se entiende originario de la transmisión voluntaria del poder al Estado, quién impartirá justicia por consenso. Por tanto, la “creación” del derecho corresponde al Estado, del cual emana la única ley que hay que obedecer en orden a la salvación racional individual. No se reconoce derecho por naturaleza y depende de su formulación del consentimiento estatal como causa eficiente y absoluta.

Estas proposiciones en su conjunto constituyen, a mi juicio, un primer enfoque de carácter múltiple sobre los estados de la cuestión. El correcto diagnóstico de las causas de la profunda crisis social exige, entre otros desafíos, la recuperación del verdadero sentido del derecho. Esa será indudablemente una contribución determinante para la restauración de la sociedad civilizada.

Pablo Sanz Bayón

³¹ M. VILLEY, *Filosofía del Derecho*, 142 ss.

Referencias bibliográficas

- ARISTÓTELES. (1989). *Ética a Nicómaco*. 5º ed. Edición bilingüe, trad. M. ARAUJO y J. MARÍAS. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BARRAYCOA, J. (2002). *Sobre el poder en la modernidad y posmodernidad*. Barcelona: Scire.
- D´ORS, A. (1986). “La crisis del derecho penal”, *Verbo*, 243-244, 373-387.
- DIAZ, E. (1973). *Estado de derecho y sociedad democrática*. 5ª ed. Madrid: Cuadernos para el diálogo.
- DIEZ-PICAZO, L. (2005). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos. Vol. I.
- Digesto de Justiniano*. (1968). Tomo I. Versión castellana por D´ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA-GARRIDO y BURILLO. Pamplona: Aranzadi.
- GAMBRA, R. (2007). *El silencio de Dios*. Madrid: Ciudadela.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1963). “La institucionalización del poder, una nueva perspectiva de la Pacem in terris”, *Comentarios civiles a la Encíclica Pacem in terris*. Madrid: Taurus.
- HEGEL, G. W.F. (1987). *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Título original: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Trad. A. LLANOS. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte.
- HOBBS, T. (2009). *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza Editorial.
- LARENZ, K. (1966). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Trad. E. GIMBERNAT ORDEIG. Barcelona: Ariel.
- ROBLES, G. (1993). *Sociología del Derecho*. Madrid: Civitas.
- VIEHWEG, T. (2007). *Tópica y jurisprudencia*. Título original: *Topik und jurisprudenz*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas.
- VILLEY, M. (2003). *Filosofía del Derecho*. Título original: *Philosophie du droit*. Trad. E. PALOMAR MALDONADO. Barcelona, Scire Universitaria.
- VOEGELIN, E. (2006). *Nueva ciencia de la política. Una introducción*. Título original: *The New Science of Politics. An introduction*. Trad. J. IBARBURU. Buenos Aires: Katz Editores.
- WEBER, M. (1973). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Título original: *Die protestantische Ethik und der "Geist" des kapitalismus*. Trad. L. LEGAZ LACAMBRA. Barcelona: Península.
- (2007). *El político y el científico*. Título original: *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*. Trad. F. RUBIO LLORENTE. Madrid: Alianza Editorial.