28.- Derecho y Sociología.

...La cosa es clara: el Derecho regula, ordena, una muy varia da multiplicidad de hechos humanos de carácter social. Por virtud de lo que el Derecho determina, esos hechos sociales que él norma ad- - quieren una dimensión jurídica. Pero tales hechos poseen sus raíces y su condicionamiento en zonas de la realidad social fuera del domi- nio y del control del Derecho. Por consiguiente, el teórico del Dere cho lo mismo que el legislador y el jurista práctico necesitan no so lamente un conocimiento de los hechos estrictamente jurídicos, sino también y mucho más un conocimiento de los hechos sociales con los - cuales y sobre los cuales el Derecho opera. Desde el punto de vista de la ciencia sociológica, son hechos jurídicos aquellos hechos que cristalizan en normas jurídicas: acto legislativo, acto reglamenta— rio, negocios jurídicos, conductas que cumplen las normas vigentes, resoluciones administrativas, sentencias jurídicas, ejecuciones, et- cétera; y son hechos jurídicos también los comportamientos que in- - fringen las normas. Pero ese conjunto multiforme y polifacético de - hechos jurídicos tiene un enorme número de conexiones con otras rea- lidades sociales no jurídicas, depende en gran parte de ellas, y ade más produce sobre ellas incontables efectos. No tendría sentido de— cir que el Derecho opera sólo sobre hechos jurídicos. Es mucho más - correcto darse cuenta de que el Derecho opera con medios jurídicos, sobre una gran multitud de hechos sociales de las más variadas cla— ses...

...El Derecho para el jusfilósofo, al igual que para el cien- tífico del orden jurídico positivo, como también para el jurista prác tico, aparece siempre como un conjunto de normas, que es preciso en- tender en su peculiar esencialidad, en su sentido particular, y en su alcance para los diferentes casos. De cualquier manera y en toda si-

tuación, el jurista teórico o práctico estudia el Derecho como norma. Estas normas, que son un producto humano, tienen sus raíces en realidades sociales y apuntan a la realización de determinados valores; - pero se presentan como tales normas. En cambio, para el sociólogo, - dichas normas son vistas como una especie particular de hechos sociales, que tienen sus causas en otros hechos colectivos y que, a su - vez, van a producir como efecto nuevos hechos en la vida social. Desde el punto de vista sociológico, el Derecho, que en un determinado momento, aparece como el resultado de un complejo de factores sociales, y además actúa como una fuerza configurante de las conductas, - bien modelándolas, bien interviniendo en ellas como auxiliar o como palanca.

Consiguientemente, los dos estudios principales que competen a la Sociología del Derecho son: a) La averiguación y el análisis de todos los factores y procesos sociales que contribuyen a producir el hecho social específico del Derecho. b) El examen de los efectos que el Derecho ya producido causa en las realidades sociales: positivos de configuración de las estructuras y de los procesos sociales; negativos de fracaso; de interferencia con otros factores culturales (religiosos, económicos, técnicos, etc.), suscitando combinaciones muy diversas, algunas veces imprevistas; de reacción, contribuyendo a -- formar corrientes adversas contra las normas vigentes para derogar-- las y sustituirlas con otras.

La marcha de los juristas hacia la Sociología -al menos de los juristas más ilustres en el mundo- se produjo como corolario de la - crítica contra la postura predominante en el siglo XIX. Esta postura estaba determinada por dos supuestos: el fetichismo de los textos legales y la concepción mecánica de la función judicial.

El fetichismo de los textos legales -códigos, leyes, precedentes jurisprudenciales- se basaba en un descomunal error: se basaba en creer que los textos constituyen proposiciones verdaderas, enunciaciones válidas en sí mismas, y que, por lo tanto, se puede y aun se debe enchufar en los mismos el mecanismo de la deducción silogística para sacar consecuencias limitadas. Esto constituye no sólo una garrafal equivocación teórica, sino además la fuente de un sinnúmero de atrocidades en la práctica. Pues los textos legales no son proposiciones con validez intrínseca, como las verdades matemáticas, sino que son instrumentos creados por los hombres con el fin de producir determinados efectos de la vida social, en la organización de las instituciones, en la solución de los conflictos de intereses, precisamente los efectos que el legislador considera como justos, convenientes, adecuados y de servicio a unos propósitos de bien general.

El otro disparate sobre el cual se basa la doctrina jurídica preponderante en el siglo pasado, era la concepción mecánica de la función judicial, es decir, el suponer que la sentencia era un silogismo cuya premisa mayor era la ley, cuya premisa menor eran los hechos que suscitaron el proceso, y cuya conclusión era el fallo, de suerte que el juez debía funcionar como una especie de aparato automático. Hoy en día esta concepción está sumida en el más decisivo descrédito, pues se ha entendido por la mayor parte de escuelas jurídicas contemporáneas que la función del juez es siempre necesariamente creadora: tiene que hallar cuál sea la norma que deba ser aplicada al caso controvertido -a veces hay varias normas y con contenido diferente, y es el juez quien debe decidir cuál sea la pertienente-; debe averiguar los hechos y determinar cuáles dimensiones de éstos son jurídicamente relevantes; debe individualizar y concretar el contenido y el alcance de la pauta genérica y abstracta contenida en

la norma legal. Ni siquiera los herederos supervivientes de la escuela exegética se atreven a mantener hoy aquella pintoresca y simplista doctrina de la sentencia como silogismo, pues si bien algunos de ellos quieren conservar la apariencia de que siguen prestando asenso a la concepción mecánica de la función judicial, formulan tantas reservas a esta idea que en realidad ellas equivalen a un abandono de dicha tesis.

De lo anterior se desprende que el derecho consuetudinario es el conjunto de normas de aquella naturaleza, establecidas por la costumbre. Veámos, para seguir un orden lógico, antes de referirnos al origen y evolución del derecho consuetudinario, las más importantes acepciones que al vocablo "costumbre" se asignan.

La costumbre propiamente dicha, la que interesa al desarrollo de este trabajo, se diferencia del hábito principalmente por su carácter social y del uso (que es otra forma que acarrea el error), por su persistencia dentro del grupo. El hábito, el uso y la costumbre pueden, asimismo, diferenciarse entre sí por el período que abarca su vigencia, o, mejor dicho, por la duración de su positividad o eficacia. El hábito, dice Cornejo , perece con el individuo, su creador y practicante y el uso muere generalmente con la generación que lo realiza, en tanto que la costumbre se trasmite, tradicionalizándose a tal punto que impide conocer a los sujetos creadores (inveterata consuetudo)...

La vida de los hombres se desarrolla dentro de la sociedad. Pero ésta (la sociedad), para que pueda perdurar requiere indefectiblemente que la conducta de sus componentes esté regulada por un elemento superior y más poderoso que cada uno de esos comportamientos individuales, particularísimos. De otra manera, irremediablemente —