

contribuy a modelar lo que se llama la psicología de un pueblo¹⁰⁰, es plausible suponer que la importación de una institución extranjera se traduce siempre en un cierto cambio de la mentalidad o de las actitudes mentales de los autóctonos. Podemos pensar, por ejemplo, que la introducción del cheque en nuestro sistema jurídico —no sólo por la Ley en 1865 sino más tardíamente por la práctica— ha tenido como consecuencia hacer a los franceses más insensibles al arrebato del pago al contado. A la inversa, los fracasos de la aculturación jurídica se ponen con frecuencia de manifiesto en que la ley de importación se limita a deslizarse por la superficie de las conciencias individuales. Aun cuando no se la ignore, es impotente para influir en las acciones cotidianas. Una demostración global de ello la daba, en los tiempos de la Argelia Francesa, lo que se llamaba el acceso de los musulmanes a la ciudadanía¹⁰¹. Este acceso comportaba teóricamente el abandono de la Ley coránica y la adopción de las instituciones civiles y de la competencia judicial según el Derecho francés. La experiencia, sin embargo, demostró que, con una gran frecuencia, los musulmanes que —por lo demás, en no muy gran número— habían reclamado el beneficio del acceso a la ciudadanía, continuaban con el Derecho musulmán en su vida familiar, llevaban sus procesos ante el juez religioso, etc., hasta el punto de que la jurisprudencia rehusó establecer los efectos del acceso a la ciudadanía a los hijos menores del beneficiario, con el fin, según declaró, de no multiplicar el número de franceses inconscientes.

Hay que decir que este acceso a la ciudadanía, a pesar de las precauciones que la Administración tomó para presentarlo en una forma puramente laica, el medio musulmán lo percibía fácilmente como una verdadera abjuración. De aquí que algunas veces se produjeran traumatismos e incluso traumatismos en los confines del drama¹⁰². La dualidad de modelos normativos podía someter al individuo a una especie de esquizofrenia, si no extraía de su voluntad de vivir reacciones de defensa, ya fuera eliminando el modelo exótico o ya tomando de él un medio de reinterpretar y, por tanto, de perpetuar el modelo autóctono. Así, se ha observado que la regla occidental de la monogamia, transportada a las sociedades africanas, no ha producido otro efecto que el de una reinterpretación de la poligamia originaria bajo las especies de una práctica de múltiples amantes.

¹⁰⁰ Cf. p. 34.

¹⁰¹ Ver los desarrollos muy sugestivos de J. P. CHARNAY, *La Vie musulmane en Algerie d'après la jurisprudence de la première moitié du XXe siècle*, 1965. pp. 250 y s. Cf. G. H. BOUSQUET, «Loi musulmane et droit européen», *Revue de psychologie des peuples*, 1950.

¹⁰² Ver el caso referido en *Revue algérienne de législation*, 1924, p. 239; cf. J. P. CHARNAY, *op. cit.*, p. 261.

CAPÍTULO III

METODO DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA

GENERALIDADES

No hay que esperar en este punto una originalidad deslumbrante de la Sociología jurídica. ¿Acaso no se la ha definido alguna vez como la aplicación del *método sociológico* al derecho? Parece sabido pues, desde el principio, que sus métodos han de ser los de la Sociología general.

La especialidad del objeto, sin embargo, puede repercutir sobre los medios empleados para descubrirlo, aunque sólo sea porque este objeto se presenta en unas fuentes documentales que son peculiares. Lo cual explica que las Sociologías especializadas (por ejemplo, la Sociología religiosa o la Sociología de la economía) tengan siempre algo que decir sobre sus métodos. Pero es que, además, y más sutilmente, cabe pensar que la utilización que nos proponemos hacer de los eventuales descubrimientos —la orientación práctica de la disciplina que se investiga— puede influir de antemano en la elección de las técnicas a poner en práctica¹.

En esta medida, es legítimo prever en la Sociología jurídica particularidades y adaptaciones de las enseñanzas metodológicas recibidas de la Sociología general.

El método en sentido amplio se diversifica en una pluralidad de métodos particulares. Cada uno de ellos, cuando se trata de ponerlo en práctica —a escala, podría decirse, de la táctica del investigador— puede a su vez dar lugar a técnicas diferentes. Es verdad que, sobre la panoplia de los medios de investigación, es posible realizar agrupamientos. Es clásico separar, como en todas las ciencias, la observación *stricto sensu* y la experimentación. Dentro del campo de la observación, que es el método preponderante, la observación intensiva (estadística, sondeos) parece contraponerse claramente a la observación de casos (monografías, análisis de jurisprudencia o de casos literarios, por ejemplo). En el fondo, sin embargo, hay sólo una diferencia de grado, que no es decisiva.

La ordenación de la que nosotros nos vamos a servir no se basa en criterios irrecusables. Distinguiremos una *investigación sobre documentos* (jurí-

¹ Cf. las reflexiones de R. BOUDON (1967), p. 256, a propósito de la metodología comparada de la econometría y de la sociología: los diferentes objetivos perseguidos en las dos disciplinas pueden legitimar métodos distintos.

dicos o no jurídicos, el análisis de jurisprudencia o el análisis de prensa, por ejemplo) y una *investigación de hechos* (encuesta monográfica o encuesta por sondeo indistintamente).

Es lícito objetar que esta distinción sólo tiene valor colocándonos en un tiempo dado y que en una duración prolongada se borra. Los documentos relatan hechos y es necesario empezar por buscarlos. Y a la inversa, los hechos observados se consignarán en documentos sobre los cuales se realizarán ulteriores investigaciones. Esta consideración se puede aplicar muy nítidamente en materia de estadísticas, que son investigaciones de hechos en las manos del estadístico, pero que pasan al estado de documentos en manos del sociólogo. Y pronto se podrá decir otro tanto de las encuestas por sondeo, pues hoy se preconiza su almacenamiento en *bancos de datos* y, por consiguiente, el documentarlas apenas sacadas del terreno. La distinción sugerida no es por consiguiente muy rigurosa. Si la tomamos en consideración, es sobre todo a causa de su significación pedagógica, ya que permite graduar los diversos procedimientos que se nos ofrecen, en razón a la dificultad que presentan para el investigador, sobre todo para el investigador de formación jurídica. La investigación sobre documentos, que es ante todo una investigación de biblioteca, es la más accesible. La investigación de hechos es más exigente: hay que trabajar *sobre el terreno*, en el mundo (aunque se cuente con otros para hacerla, como se comprueba a propósito de la estadística).

Por diferentes que sean, los procedimientos empleados por la Sociología jurídica están dominados por unos principios comunes. Nosotros vemos dos, que no es posible omitir: la *regla de la objetividad*, que es algo obvio, y el *método histórico-comparativo*, al que es preciso considerar, en nuestra opinión, no tanto como un método particular cuanto como una clave que encuentra su aplicación en todas partes.

Sección I

LOS PRINCIPIOS

1. LA REGLA DE LA OBJETIVIDAD

Al principio fue la subjetividad. Toda ciencia comienza por ser una experiencia personal. E investigar es primero interrogar a los propios recuerdos. Este subjetivismo empírico ha marcado quizá a la Sociología del derecho más que a las demás disciplinas. Y es que la Sociología del derecho en sus comienzos, ha sido en parte una profesión de juristas y el jurista tiene una cierta propensión a tomar como realidad sociológica su propia experiencia del derecho, la cual es necesariamente limitada y más todavía si es una experiencia

de abogado, de consultor o de juez y, por consiguiente, una experiencia contenciosa, deformada y deformante.

Todavía hoy se puede pensar que el conocimiento personal que los sociólogos del derecho extraen de su memoria de juristas es un obstáculo considerable para la construcción de una Sociología jurídica científica. No sólo porque no hay medida común entre la totalidad de la realidad jurídica y el pequeño número de procesos de que un práctico puede haber tenido personalmente conocimiento, sino también porque las observaciones hechas con ocasión de un proceso están fuertemente influenciadas por el papel que el práctico ha tenido en él. Se puede, por ejemplo, temer que los juicios mejor fundados en derecho de un magistrado sean para él otros tantos perjuicios invencibles cuando quiera más tarde servirse de los hechos recogidos por él como materiales sociológicos.

Llegó Durkheim y a la cabeza de las *Reglas del método sociológico* inscribió esto: "tratar los hechos sociales como cosas". La Sociología jurídica, a su vez, no tiene regla más fundamental que ésta: necesita tratar el derecho como una cosa. Es posible incluso que sea esta exigencia la que la defina mejor, en su oposición al derecho dogmático: el derecho no es para ella derecho, sino cosa o, más exactamente, una multiplicidad de cosas y de fenómenos que observa desde fuera.

La objetividad puede, sin embargo, entenderse de dos maneras: como *materialidad* y como *imparcialidad*. Los dos sentidos, científico uno y moral el otro, son ley para el investigador. Es posible, sin embargo, que no haya que ver en ellos el carácter absoluto que en ellos ponía Durkheim. En la Sociología general se les matiza hoy mucho y otros matices nos vendrán de la propia Sociología jurídica.

2. LA MATERIALIDAD

Con la exigencia de *materialidad*, se significa en Sociología que esta disciplina debe eliminar de los fenómenos observados por ella todo lo que tenga un carácter personal (no general) o puramente interior (esto es, que no caiga bajo los sentidos). Así se explica la predilección que tiene la Sociología jurídica de inspiración durkheimiana hacia la regla del derecho (impersonal por naturaleza) y hacia los actos jurídicos formalistas (que exteriorizan un caparazón de solemnidades). Sin embargo, por ahí se traicionan también los límites de una tal Sociología: concebida para sociedades arcaicas, donde todas las costumbres son o parecen inflexibles, donde sólo hay contrato a través del ritualismo, se encuentra mucho menos a gusto en las zonas de ineffectividad o donde los consentimientos apenas esbozados pueden ya ser eficaces. Aparte de que la Sociología tendría hoy un aspecto singularmente seco, si no tuviera en cuenta ni los juicios ni las situaciones. Y los juicios no se dejan separar fácilmente de la persona del juez y de las personas de los litigantes. Y en

cuanto a la situación jurídica, ¿no tienen siempre una irreductible parte de interioridad?

Si queremos formarnos una imagen completa del derecho, es preciso aceptar la inclusión de los fenómenos subjetivos dentro del campo de la observación. La Sociología debe esforzarse por aprehender estos fenómenos subjetivos desde alguno de los ángulos en que se materializan, es decir, por el lado en que se dejan separar más fácilmente de sus manifestaciones individuales y psicológicas. No obstante todo lo dicho, aunque no se conceda ya a la exigencia de Durkheim una rigidez marmórea, persiste de ella por lo menos el consejo. Por ejemplo, si se trata de investigar la perturbación moral que el divorcio introduce en la vida de los divorciados, no se debe proceder a una investigación directa de los sentimientos, sino que habrá que medir más bien la frecuencia relativa de los suicidios en esta categoría comparándola con las demás². Y si se quiere apreciar la educación que las madres solteras pueden dar a sus hijos, habrá que operar más que sobre la noción cualitativamente vaga de la buena o la mala educación, sobre signos objetivos de sustitución, como los resultados escolares o las tasas de delincuencia entre los hijos naturales.

3. LA IMPARCIALIDAD

La exigencia de imparcialidad les parece obvia hasta a los más parciales (y los ha habido famosos en Sociología jurídica, como Le Play en lo que se refiere a la libertad testamentaria y Gurvitch con respecto al derecho social). Al sociólogo de origen jurídico, la imparcialidad le impone el sacrificio, poco brillante y dificultoso, de prescindir de todos los perjuicios técnicos. Tiene que dejar de referirse a su derecho. A su derecho natural, por supuesto, pero también a su derecho positivo que se había hecho para él algo maquinal. Se debe habituar a considerar con el mismo ojo agnóstico el derecho, los hechos e incluso la violación del derecho: el matrimonio, la unión libre y el adulterio. A cambio, sin embargo, de una reciprocidad que le concederán los sociólogos de origen sociológico: que estudiar una violación de derecho, sin establecer sobre ella un juicio de valor, no implica que se le conceda el calificativo de legítima, ni tampoco *a priori* el de normal. La reprobación manifestada por la

² Cf. por ejemplo W. GOODE, *Women in divorce*, 1965. En el cuestionario establecido por este autor americano, para tratar de aprehender, entre otros fenómenos, el traumatismo que el divorcio puede producir a la mujer divorciada, se destinaban algunas preguntas a *objetivar* la perturbación psicológica. Por ejemplo, en la p. 362: «Inmediatamente después de haberse divorciado Vd., ¿ha encontrado Vd. más difícil dormir por la noche? ¿Ha comenzado Vd. a fumar más desde ese momento? Si ha habido algún aumento en su consumo de tabaco, ¿ha sido más notable en el período: a) en que Vd. ha tomado la decisión definitiva de divorciarse; b) en que Vds. se han separado de hecho definitivamente; c) en que ha realizado Vd. el primer acto de procedimiento judicial; d) en que se ha dictado la sentencia definitiva; e) ahora?...»

sociedad forma parte integrante del fenómeno observado, pero no debe formar parte del observador.

En los puntos en que las soluciones jurídicas dependen de la ética —y de la política—, como es el caso del derecho público o de algunos importantes campos del derecho privado (la familia, la propiedad, etc.) la Sociología jurídica sólo se debe aventurar después de haberse purgado de los juicios de valor implícitos. Más que a los que cabe llamar perjuicios concretos, hay que temer a una especie de perjuicio general, concerniente a la actitud de principio que cada uno experimenta en presencia del sistema jurídico en el que vive. ¿Conservarlo o reformarlo? Todo derecho positivo tiene su partido de la resistencia y su partido de la evolución, aunque el colorido político pueda ser diferente según las épocas. Desde 1804 hasta nuestros días echar por la borda el C. C., fue primero una idea de la derecha y después de la izquierda. Hay investigadores poco inclinados a desear el cambio y por ello mismo a reconocerlo, mientras que hay otros, sin duda los más numerosos en el momento actual, que son altamente futuristas. Para una Sociología jurídica objetiva es patente el peligro que existe por ambas bandas.

Es verdad que, según algunas corrientes de la sociología contemporánea, una subjetividad deliberada no es incompatible con la preocupación por la verdad. Se trata de corrientes de la Sociología general en las que se puede sentir como un eco lejano del existencialismo. Estas corrientes se extienden con facilidad a la Sociología jurídica. La realidad, aseguran estas tesis, está más en las situaciones que en las instituciones y la realidad de una situación jurídica demanda que sea vivida a través de una experiencia personal mucho más que el que sea observada desde fuera. Observar a una familia obrera desde fuera, por ejemplo, es condenarse a observarla de un modo más o menos burgués, por lo que la pretendida objetividad se salda de hecho con una deformación. Es preferible penetrarla por dentro, compartiendo su existencia cotidiana y, si es preciso, compartiendo sus sentimientos o incluso sus prejuicios³. De aquí, algunas técnicas nuevas, como la encuesta participante o la encuesta *simpática*, en las que el investigador trata de incorporarse al medio que quiere observar, aceptando los modos de decir, de pensar y de sentir, por lo menos provisionalmente, y en que el resultado de la encuesta debe venir precedido por una puesta en orden de las impresiones⁴. Existe también la encuesta que se podría calificar de novelada, en que el sociólogo (como Flaubert cuando era Madame Bovary) se aplica a revivir por sí mismo, mediante

³ La tesis ha sido igualmente sostenida en Etnología. Para lograr alcanzar en lo que tiene de más espiritual el derecho de una etnia primitiva, nada será más beneficioso que el que el investigador se haga adoptar previamente por la etnia en cuestión (adoptar en el sentido jurídico del término, pues muchas de esas sociedades conocen ritos de parentesco artificial). No todos los etnólogos son, sin embargo, partidarios de una actitud semejante. Así, Griaule sostenía que la tribu en la cual el etnógrafo trata de introducirse se coloca en actitud de desconfianza, mientras que en cambio la repugna menos practicar sus usos y costumbres en presencia de extraños declaradamente tales, precisamente porque éstos le parecen como tales incapaces de penetrar verdaderamente en sus secretos. Cf. ROGER BASTIDE, A.S., 1968, pp. 297 y s.

⁴ Cf. DUVIGNAUD, *Introduction à la sociologie*, 1966, pp. 99 y s.

la fuerza de la imaginación, la situación jurídica que quiere estudiar⁵. Así, para estudiar la esclavitud de Roma se mete en la piel de un esclavo (pues el procedimiento se presta a una sociología histórica). Cuando el objeto es subjetivo, ¿no es el análisis subjetivo una manera de restituir la objetividad?

El derecho dogmático dispone, sin embargo, de una manera muy diferente y muy peculiar de llegar a la objetividad a través de la subjetividad. Consiste en confrontar dos subjetividades de signo contrario. Tal es el principio procesal de contradicción (Decreto de 9 de septiembre de 1971 sobre el procedimiento, artículos 14-17), única vía de acceso a la verdad judicial. Si el derecho hubiera tenido algún regalo que hacerle a la Sociología, ¿no hubiera debido facilitarle su teoría del conocimiento? En su forma más pura, que es la del derecho privado, el derecho no sólo crea una verdad relativa, simplemente presumida por la necesidad práctica de la pacificación, sino que, además, sostiene que esta verdad solamente puede brotar del choque de dos parcialidades adversas, del conflicto organizado de dos tesis contradictorias. El conflicto debe encontrar su solución en la decisión de un tercero, pero este desenlace, por considerable que sea, no es creador, pues la decisión del juez no será otra cosa que una elección, sin que importe por lo demás que haya sido obtenida por procedimientos racionales o aleatorios. Es una elección o una combinación de elecciones entre dos contradicciones ya dadas. Esta marcha por contradicción no deja de evocar la dialéctica, aunque sea por supuesto algo distinto de ella. Las contradicciones del proceso son simultáneas y no sucesivas; cada una de ellas tiende a la eliminación de la otra y, salvo excepciones, no busca la síntesis de ambas.

La Sociología jurídica podría poner en práctica esta teoría del conocimiento que el derecho le brinda de una manera muy sencilla, reordenando la técnica de la encuesta y sustituyendo la encuesta unilateral por una encuesta contradictoria. Precisamente el Código de procedimiento Civil, en el artículo 252, al hablar de las encuestas regula jurídicamente y organiza la prueba contraria. En Sociología habría pues una encuesta y una contra-encuesta, dirigidas respectivamente por dos equipos de investigadores que agruparan sus convicciones previas. No es necesario, sin embargo, que las conclusiones las establezca un tercero que actúe como árbitro. El proceso científico no tiene otro juez que la opinión y puede, por lo general, sin inconveniente para la paz pública, continuar indefinidamente abierto, suponiendo que ninguno de los partidos en conflicto logre imponerse por su propio peso. Si se acepta la idea de que, en el sistema actual de la encuesta unilateral, el investigador no deja de ponerse en camino con una hipótesis previa de trabajo, que, aunque

⁵ Esta técnica de Sociología imaginativa oscila entre dos polos: uno más literario y más intuitivo, del que se podría proponer como modelo la admirable novela de HENRY JAMES, *What Maisie knew* (1897), que es en el fondo una Psicología (jurídica) del divorcio, a partir de los estados de conciencia de un hijo de padres divorciados; el otro más significativo y más nutrido de documentación, que ilustra por ejemplo la notable obra de JOÛNO DES LONGRAIS, *L'Est et l'Ouest*, 1958, en la cual, de modo señalado, la feudalidad japonesa se vive en tanto que situación jurídica a través de la existencia cotidiana de una familia de campesinos.

sea inconscientemente, introduce la pasión en la búsqueda, y por tanto, la hace parcial, no es difícil convencerse de que suscitar un rival, para explorar, defender y probar la hipótesis inversa, es un medio razonable de restaurar la objetividad⁶.

4. EL MÉTODO HISTÓRICO COMPARATIVO

Es el más antiguo, tanto en la Sociología general⁷, como en la Sociología jurídica, y de él se sirvió ya instintivamente Montesquieu. En nuestros días ha sido utilizado nuevamente con fuentes mucho más amplias y con un espíritu más sistemático, por autores tales como Marcel Mauss o Luis Gernet⁸.

La denominación, aunque consagrada, no está exenta de equívocos. Con ese nombre, unos entendían el método comparativo aplicado únicamente a la historia, esto es, la historia comparada; otros, en cambio, aludían al método comparativo en general, incluyendo en él la dimensión histórica de los fenómenos. Los juristas sienten la tentación de distribuir los dos componentes de la expresión, entre las dos disciplinas que les son familiares, la historia del derecho y el derecho comparado, viendo en el método histórico-comparativo una reanudación de las dos disciplinas con espíritu sociológico.

A estas incertidumbres hay que añadir el hecho de que se hable también de un *método comparativo*, sin más especificación, haciendo de él menos un método autónomo y más una modalidad susceptible de ser injertada sobre cualquier otro método, como, por ejemplo, sobre los métodos cuantitativos (se pueden comparar las estadísticas del divorcio en Francia y en Inglaterra o, en un sondeo, las respuestas de las diversas categorías sociales a una misma pregunta). Con ello, se llega a un punto de generalidad tal que se ha podido definir la Sociología jurídica como el método comparativo aplicado al derecho.

De este esfuerzo de abstracción hay que sacar una enseñanza. Es del método histórico-comparativo, considerado por entero, en su intacta totalidad, del que es lícito afirmar que constituye el compendio metodológico de la Sociología del derecho. En el fondo, este método aparece no como un instrumento de investigación independiente, que se alimenta por sí mismo, sino

⁶ No es temerario observar un discreto empleo del procedimiento contradictorio en las técnicas de diálogo antropológico preconizado por algunos etnólogos contemporáneos. En efecto, estas técnicas tratan de hacer dialogar directamente —por ejemplo, de sus sistemas jurídicos respectivos— a un encuestador evolucionado con unos encuestados que no lo son, de manera que cada una de las dos concepciones se enfrenta con la otra. Esta idea de las encuestas *cruzadas* es susceptible de algunos desarrollos. Así, cabría que conversaran sobre la decisión dictada los jueces y los notables, sobre el divorcio pronunciado por el tribunal, los abogados y los esposos, sobre algunos casos concretos de puesta a prueba, la persona puesta a prueba y el delegado a cuyo cargo esté, etc.

⁷ Sobre el método histórico-comparativo en general, ver A. CUVILLIER, *Introduction à la sociologie*, 1960, p. 133.

⁸ Ver más arriba, p. 68, notas 98 y 99.

como una doble actitud intelectual conforme a la cual pueden ser tratados los datos previamente recogidos por cualquier otro método.

La actividad a realizar es doble. La referencia a la historia no es inútil, pues subraya la presencia en este método de un aspecto histórico, que no es forzosamente comparativo. El estudio de una institución o de un sistema en su continuidad puede llevar por sí sólo a una explicación causal. No se trata ciertamente de dos campos sin ninguna comunicación entre sí. La historia puede ser comparativa y la comparación puede ser diacrónica. Sin embargo, el método gana en claridad si se presenta separadamente bajo sus dos caras.

5. LA FACETA HISTÓRICA DEL MÉTODO

Para tratar de aprehender el método histórico en estado puro, es bueno razonar sobre un objeto histórico singular, sobre un sistema, una institución, un caso o una colectividad o un racimo de casos, un fenómeno jurídico en suma, pero que no se haya repetido en el tiempo y en el espacio. El obstáculo de un método semejante, es que conduce a una descripción pasiva, a un simple relato epidérmico. Y es raro que el historiador se limite a los anales. Hasta la más anecdótica de las historias revela relaciones entre los hechos y deja trasparecer en ellos una racionalidad.

El método histórico, aplicado a la Sociología del derecho, consiste, ante todo, en procurar un conocimiento racional de los fenómenos jurídicos. Se trata, sin embargo, de un conocimiento que presenta la siguiente originalidad; que en lugar de referir los fenómenos en una instantánea correspondiente a un cierto estadio de derecho, los sigue diacrónicamente en su evolución. Y consiste, en segundo lugar y a mayor profundidad, en explicar los fenómenos jurídicos. Se trata de una explicación causal, pero de una naturaleza especial, pues en lugar de proceder por inducción (como el método comparativo), a partir de una pluralidad de observaciones idénticas, se manifiesta en una relación única de generación entre dos fenómenos sucesivos (señaladamente dos instituciones), demostrando que uno de los fenómenos, por las transformaciones que ha sufrido, ha engendrado al otro. Este tipo de aplicación causal, que se puede calificar como *genético*, tiene, en Sociología jurídica, el mismo valor probatorio, para explicar una regla de derecho, que la etimología en lingüística para explicar una palabra.

Cabe preguntarse en qué se distingue el método histórico, así puesto en práctica por la Sociología jurídica, de la Historia del derecho. ¿No tienen los dos el mismo objeto esencial, como son las instituciones jurídicas? ¿No quieren los dos ser explicativos antes que ser descriptivos? ¿No buscan ambos colocar los fenómenos de derecho en posición de efecto o de causa en relación con otros fenómenos? Hay que convenir que es muy menguada la distancia entre un historiador de espíritu sociológico y un sociólogo de espíritu

histórico⁹. Todo lo que se puede adelantar, empíricamente, es que hay órdenes de materias en que la competencia de la Sociología parece la más natural. Por ejemplo, los fenómenos colectivos en contraste con los fenómenos-instituciones. La institución del matrimonio en el Antiguo Régimen pertenece a la Historia del derecho, pero la nupcialidad en los siglos XVII y XVIII pertenece a la Sociología (o, si se prefiere, a la Demografía) histórica. Ocurre, además, que no son siempre las mismas cosas las que, de un lado y del otro, se ponen en correlación con el derecho. Así, al tratar de las causas de una ley, más allá del legislador jurídico, en el cual la Historia del derecho puede detenerse (el emperador que la promulgó o la asamblea que la votó), el método histórico del sociólogo intentará penetrar hasta el legislador sociológico, es decir, hasta las fuerzas impersonales, las necesidades sociales, económicas, morales, religiosas, etc., que determinaron la aparición del texto. Paralelamente, los efectos de la ley dan lugar también a una división del trabajo científico: al historiador del derecho le corresponde el estudio de los efectos propiamente jurídicos, como son las reacciones judiciales, las interpretaciones, las reformas complementarias o la derogación; y al sociólogo, a través del método histórico, los efectos sociales en sentido amplio, como la reacción de la opinión popular, la modelación de las costumbres, las incidencias económicas, la efectividad o la ineffectividad.

6. LA FACETA COMPARATIVA DEL MÉTODO

El empleo del método comparativo está subordinado a una lógica previa, que es la comparabilidad de los términos, de los fenómenos jurídicos a comparar. La comparación sería algo carente de sentido, si se hiciera entre dos fenómenos radicalmente heterogéneos. Y, a la inversa, carecería de utilidad si se hiciera entre dos fenómenos absolutamente idénticos (sin perjuicio de su posible utilidad, si se determinara que se trata de dos momentos sucesivos de un mismo fenómeno). Las semejanzas o las desemejanzas nominales no son, a este respecto, indicadores seguros. Bajo nombres diferentes, la adopción y la arrogación romanas se pueden comparar con provecho, mientras que la adopción romana no es realmente comparable con la adopción de nuestra Ley de 1966. El método comparativo debe articularse con una tipología bien constituida.

Una vez satisfecha esta premisa previa, la comparación se va a poder ejercer. Se puede ejercer, sin embargo, con un espíritu más o menos sistemático. Existe un tipo de comparación próximo todavía al paralelo literario. En él, la comparación se limita a hacer el censo y la clasificación de las analogías y de los contrastes, bajo la égida de algunas máximas empíricas, tales como "sólo lo que es común es esencial" y recíprocamente "lo que es particular

⁹ Por ejemplo, ¿en qué lado colocamos a GABRIEL LE BRAS (cf. su artículo «Capacité personnelle et structures sociales dans le très ancien droit de Rome», *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, 1959, pp. 417 y s.)? Cf. J. GAUDEMET, «Histoire et sociologie dans l'oeuvre de G. Le Bras», *A.S.*, 1969, 303.

es secundario". Lo cual es muy poco para obtener leyes causales y demasiado para autorizar hipótesis sobre la esencia de las instituciones ¹⁰.

Para llegar a establecer leyes causales, el método comparativo debe armarse con más rigor. Es sabido que Durkheim trató de trasladar a la Sociología los cuatro procedimientos, cuya teoría había hecho Stuart Mill pensando en las ciencias físico-químicas. De estos cuatro procedimientos, le pareció que el más fecundo era —y sin duda lo era— el de las variaciones concomitantes, del que esperaba una certidumbre equivalente a la que se obtiene con la experimentación que él consideraba imposible en las ciencias humanas. El paralelismo de los valores por los que pasan dos fenómenos, siempre que se haya probado en un número suficiente de casos suficientemente variados, permite afirmar la existencia de una relación entre ellos ¹¹. Tal es la visión esquemática de la idea de que se partió. En nuestros días, los progresos del análisis matemático han permitido volver a utilizar aquel procedimiento revistiéndolo de una forma más rigurosa ¹².

De los otros dos o tres procedimientos de Stuart Mill (concordancia y diferencia, por no decir nada del de los residuos), Durkheim dudaba mucho que pudieran ser tan eficaces en Sociología. La objeción que encontraba, a saber, la complejidad demasiado grande de los hechos sociales, es igualmente válida en lo que concierne a los hechos jurídicos, pues el enmarañamiento de los factores es en ellos extremo y desanima al investigador que no quiera dejar nada en la sombra ¹³.

¹⁰ Así, cuando se pone en paralelo el texto de Tácito (Annales 86) sobre la hija de Fontéius Agrippa, a quien se denegó la presidencia de las vestales porque su padre *discidio domum imminuerat*, con la sentencia de la Sala de lo Civil de 18 de mayo de 1966 (Bull. civ., 1966, 2, 583) de la cual resulta que el hijo de una mujer divorciada tiene derecho a reclamar perjuicios, si la situación de su madre le ha sido revelada a su patrono por un tercero. De la aproximación de ambos supuestos se desprende la hipótesis de que, a través de sistemas jurídicos diferentes y en contextos socio-culturales dispares, una constante de anormalidad familiar marca al divorcio (Cf. Tribunal administrativo de Rennes, 9 de diciembre de 1970, Chambéry, 22 de octubre de 1970, D. 71, 313, con nota de Demichel).

¹¹ Si en la serie de los sistemas sociológicos observáramos que el desarrollo del consensualismo ha ido a la par, en diversas ocasiones, con el desarrollo de las ciudades, tendríamos un fundamento para inducir de ello que existe una relación entre el rechazo del formalismo y la civilización urbana. De un modo parecido, si en diferentes países comprobamos que la tasa de nacimientos disminuye al mismo tiempo que aumenta la divorcialidad, existirá una fuerte probabilidad de que haya una relación antitética entre divorcio y natalidad. Sin embargo, hay que dejar sentado que por el solo establecimiento de estas relaciones no queda completamente dilucidada la causalidad (Cf. p. 214). Entre dos fenómenos correlativos, puede ocurrir que ninguno de ellos sea la causa del otro, sino que ambos (disminución de natalidad y divorcio) sean efectos de una misma causa que ha quedado fuera del campo de observación (por ejemplo una mutación en la ética del matrimonio) o bien que pueda interponerse un tercer fenómeno que sea efecto de uno y causa del otro (por ejemplo, una expansión del comercio, determinada por la civilización urbana, ha podido determinar a su vez el retroceso del formalismo).

¹² Cf. R. BOUDON (1967), pp. 40 y s.

¹³ Es conocida la diferencia que existe entre los sistemas jurídicos francés y alemán en punto a la transmisión de la propiedad inmobiliaria, que aquí es simple procedimiento de oponibilidad a los terceros y allí es una investidura por medio de la inscripción en los libros del Registro. Supongamos que el número de procesos cuyo objeto sea la propiedad de los inmuebles es más elevado en Francia que en

Lo cual explica una especie de comparatismo empírico, muy extendido, en el cual se puede observar un rudimento del método de las concordancias, aliado con un esbozo del procedimiento de las variaciones concomitantes. Si en diversos sistemas jurídicos se observa la presencia simultánea de dos fenómenos (una presencia estática y no de variaciones), se presume una correlación y se huele una causalidad. De ordinario, uno de los dos elementos de la pareja está formado por un fenómeno jurídico (una regla de derecho o una institución) y el otro por un fenómeno no jurídico (geografía, demografía, economía, política, etc.). La presunción usual consistirá en hacer de éste la causa de aquél. Montesquieu, por ejemplo, observaba la presencia de una pareja económico-jurídica, economía pastoril y derecho sucesorio del menor de los hijos, en los tártaros, en algunos distritos de Inglaterra y en el ducado de Rohan, y sacó la conclusión de que existe una relación necesaria entre ambos fenómenos. Este procedimiento, que se podría llamar el procedimiento de las consecuencias sugestivas, es la forma precientífica del método comparativo. Puede ocurrir, sin embargo, que en ocasiones dé en el clavo, lo que justifica que se siga practicando, aparte de su facilidad y de lo que puede tener de chocante para los espíritus.

En su momento señalamos ya que en Montesquieu hubo un cierto estructuralismo anticipado. No debe extrañarnos, por ello, que algo de su actitud se encuentre en un uso moderno del método comparativo, que el estructuralismo parece haber inspirado. Se toma primero un cierto número —un pequeño número— de fenómenos jurídicos como definidores de una estructura. Después, se constata la presencia o la ausencia de estos fenómenos en diversos sistemas jurídicos componentes de una serie. Las concordancias y las diferencias, puestas así a la luz y colocadas en cuadros, tienden no al descubrimiento de causalidades, sino a la construcción de una clasificación. Hay que entender, sin embargo, que la clasificación, una vez concluida, no es un puro objeto de contemplación, sino que es algo que puede traer consigo consecuencias, aunque sólo sea sugiriendo investigar en la realidad oculta de algunos sistemas jurídicos tal o cual combinación de elementos que la clasificación muestra como teóricamente concebible, aunque a primera vista parezca no existir. El método estructuralista ha obtenido sus éxitos más notables y conocidos, sin duda, en la Etnología jurídica, al proponer cuadros de clasificación sobre los sistemas de parentesco o sobre los sistemas de propiedad territorial ¹⁴ observados etnia por etnia. Pero tiene una vocación de principio a generalizarse ¹⁵.

Alemania, teniendo en cuenta la población respectiva de los dos países. Podrá parecer razonable imputar esta desigualdad de la litigiosidad a la diferencia de los sistemas jurídicos, pero ello significaría olvidar muchas otras variables, tales como la litigiosidad más o menos viva de los propietarios, el mayor o menor fraccionamiento de los fundos, etc.

¹⁴ ETIENNE LE ROY, *Système foncier et développement rural; essai d'anthropologie juridique sur la répartition des terres chez les Wolof ruraux de la zone arachidière du Nord Sénégal*, tesis de Derecho, París (roneo), 1970.

¹⁵ Cf. como sintomático de esta tendencia, el artículo de RICHARD SCHWARTZ, "Legal evolution and societal complexity". A.J.S., 70 (1965), pp. 159 y s. El autor

Sección II

LA INVESTIGACION SOBRE DOCUMENTOS

1. NOCIÓN Y DISTINCIONES

Un documento —tomando el término en su sentido más natural, como un libro, un escrito cualquiera o incluso una pintura, mientras llegan los documentos sonoros¹⁶— aunque en sí mismo no tenga nada de jurídico, puede contener un mensaje importante para la Sociología del derecho¹⁷. El método propuesto para descifrar este mensaje es el análisis de contenidos. Se trata de un método, utilizado ya en Sociología jurídica sin mayores dificultades, pues tiene la ventaja de que se ajusta de antemano a los hábitos mentales de los juristas y, en tal sentido, al derecho mismo, que se presenta naturalmente en forma de textos.

Es un procedimiento que parece modesto y accesible al investigador aislado y artesanal. Toda lectura atenta, se ha dicho alguna vez, es un análisis de contenido. Será bueno, sin embargo, rectificar, diciendo: toda lectura metódicamente conducida, en función de un objetivo de investigación previamente fijado. Además, la tendencia moderna a la cuantificación se ha hecho sentir ~~en~~ como en las demás ciencias humanas, trayendo consigo una exi-

comienzo por separar tres elementos como característicos del *estado del derecho*: el defensor (personaje especializado para ayudar a la parte en el proceso, papel que antes tenían los parientes), el mediador (juez o árbitro) y el agente detentador de un poder de policía o de represión. Con ello, el autor distribuye las 58 sociedades (arcaicas y modernas), comprendidas en su campo de observación, en función de las combinaciones posibles de los tres elementos, de manera que se puede clasificar según que el estado de derecho se encuentre en ellas más o menos realizado.

¹⁶ El estudio comparativo de la juridicidad de los sonidos no ha sido todavía realizado. Existen entonaciones cargadas de derecho. En cada cultura, el oído humano sabe reconocer la voz de mando, la llamada de atención (en virtud de la cual se han de disolver, entre nosotros, con ayuda de tambores o de trompetas las manifestaciones, según el decreto de 26 de julio de 1791 y las leyes de 10 de abril de 1831 y de 7 de julio de 1848) o las voces de amenaza o de injuria, etc. Registradas en la Audiencia, las lecturas de los juicios y de las sentencias revelarían contrastes entre magistrados, entre jurisdicciones, o entre considerandos y fallos. Hay una cierta significación psicosociológica en el ligero tartamudeo con el que Beumarchais ha afligido a Brid'oison [el personaje de «Las bodas de Figaro», juez balbuceante y un poco simple, N. del T.].

Otra línea de investigaciones: ¿puede la música sugerir derecho? Wagner puso el contrato en música. En el viejo derecho germánico, el contrato sólo se formaba cuando el acreedor había inclinado una varita sobre el hombro del deudor: en la Tetralogía, una gama cromática descendente evoca la lenta inclinación de la varita. Por otra parte, toda música sugiere la legalidad y por tanto la regla (*nomos*, fue el aire musical antes que la regla de la ciudad); Confucio dijo que si los ritos y la música no florecieran, los suplicios y los castigos no serían justos.

¹⁷ Cf. FESTINGER y CATZ, *Méthodes de recherche dans les sciences sociales* (trad. fr. de Lesage, 1959), cap. 10, por Cartwright, tomo 1.º, pp. 481 y s.; DAVAL y otros, *Traité de psychologie sociale*, 1967, tomo 1.º, pp. 464 y s.

gencia de mayor rigor en la actividad y unos medios más importantes (del equipo al ordenador). En el momento actual, al lado del *análisis cualitativo*, que sigue siendo la base (la célula, se podría decir) de toda investigación sobre documentos, se desarrolla rápidamente en Sociología jurídica un tipo de análisis cuantitativo.

Ciñéndonos por el momento al análisis cualitativo, importa introducir en él una distinción, según la naturaleza de los documentos analizados. Es una distinción apropiada a nuestra rama de la Sociología, pues contrapone esencialmente los *documentos de alcance jurídico* y los que son *extraños al derecho*, pudiendo, por lo demás, las dos categorías así separadas diversificarse a su vez. La diferencia no es simplemente formal, sino que repercute sobre el trabajo del investigador. En los documentos extraños al derecho, el contenido de Sociología jurídica es naturalmente más débil y su extracción más difícil.

2. EL ANÁLISIS DE DOCUMENTOS JURÍDICOS

El criterio a seguir es que el documento tenga una relación directa con el derecho, entendiendo la noción de derecho en un sentido muy amplio. Puede ser un juicio o un acto de la práctica judicial, como un acta notarial o un documento de carácter privado, un texto único o un conjunto, un expediente, una obra doctrinal o de vulgarización, un informe forense o la sección jurídica de un periódico. Una sola de estas variedades exige que se la distinga de las demás, menos por motivos de fondo, por otra parte, que por una razón de orden práctico: se trata de las decisiones jurisprudenciales publicadas en los repertorios especializados, materia del *análisis sociológico de jurisprudencia*, que desde el punto de vista pedagógico merece un trato separado. Un cierto parecido con el comentario de sentencias y una gran facilidad en el manejo de las fuentes, han hecho que este análisis sea para los juristas una rampa de acceso a la Sociología.

Cualesquiera que sean los documentos jurídicos a analizar, hay dos máximas que el analista debe respetar constantemente:

1.º El documento jurídico debe ser leído con ojos de sociólogo del derecho y no de jurista dogmático. Hay que buscar en él, no la aplicación de una regla de derecho, sino la manifestación de un fenómeno jurídico. Un acto nulo o un comentario aberrante pueden ser sociológicamente significativos. El documento jurídico es importante por la reconstitución sociológica que permite. De ello se siguen algunos corolarios prácticos. Ante todo, que si es posible, a través de pruebas extrínsecas, situar el documento en las circunstancias sociales que han podido determinarlo, debe hacerse así. Por ejemplo, dado un testamento, acto solitario por excelencia, ¿a qué clase social pertenecía el testador?, ¿cuál era la coyuntura económica en aquella época? Además, que si se puede ligar el documento con otros, anteriores o posterior-

res, es preferible analizar la cadena entera que limitarse a uno de sus eslabones. Este tipo de análisis diacrónico es especialmente recomendable en los fenómenos de derecho de familia. Así, la Demografía histórica ha operado reconstrucciones de familias, ligando el acta de matrimonio de los fundadores con las actas de bautismo de la descendencia¹⁸, y de un modo parecido, los historiadores del derecho han dibujado la curva patrimonial de una pareja primero y de un linaje después, a través de la serie de contratos de matrimonio y de los inventarios sucesorios.

2.º El documento jurídico debe ser considerado como un documento, esto es, como un conjunto de signos, y en modo alguno como el equivalente objetivo de la realidad que trata de expresar. Dicho de otro modo: los documentos pueden ser engañosos y el investigador no debe dejarse engañar por ellos. Si tiene que vérselas con un documento de constatación, como un inventario notarial o un atestado de la policía, el investigador ha de tratarlo como un testimonio que es preciso someter a una crítica histórica. Si se trata de una declaración de voluntad (un testamento, un contrato), le hará falta encontrar e interpretar los móviles psicológicos y sociopsicológicos que le sirven de causa. El análisis sociológico de los documentos contractuales requiere un conocimiento profundo de la práctica. Cada uno de los contratantes, sin que lo sepa el otro, o los dos contratantes concertados, han podido tomar sus distancias respecto de la verdad. Existen, por lo demás, formas de simulación, que no hacen otra cosa que reflejar fenómenos colectivos: el fraude fiscal o la timidez ante el notario, porque se le percibe como la sombra de la sociedad o de la ley. El escrito tiene todavía necesidad de una corrección sociológica, cuando una de las partes, que estaba en posesión de dictar sus condiciones, ha acumulado en él, como a placer, plazos fijos, caducidades, cláusulas penales y otras estipulaciones draconianas. Ehrlich había observado el fenómeno en los arrendamientos rurales de la vieja Prusia. Y algo de ello se encuentra también en las pólizas de seguro de Francia. Muy a menudo son sólo fórmulas conminatorias, como llegaron a serlo quizá, en los tiempos escépticos, las fórmulas imprecatorias de la Antigüedad. Están destinadas a producir miedo y a servir de armas en caso de dificultad, aunque no a cumplirse literalmente mientras los contratantes viven en paz.

3. EL ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DE LA JURISPRUDENCIA

Se trata de un análisis de contenido, realizado sociológicamente sobre un documento jurídico de naturaleza peculiar, que son los repertorios de jurisprudencia, es decir, según el vocabulario de los juristas, los repertorios de las decisiones.

Este análisis es susceptible de cuantificación. Sin embargo, un análisis cuantitativo de la jurisprudencia sólo es significativo si las decisiones publica-

¹⁸ Cf. PIERRE GOUBERT, *Cent mille provinciaux au XVIII^e siècle*, 1968, pp. 51 y s.

das en los repertorios representan una serie exhaustiva, lo cual apenas es posible, materialmente, más que por lo que respecta a las sentencias de las jurisdicciones superiores como la Corte de casación o el Consejo de Estado. Además, la cuantificación corre el riesgo de dejar perder una buena parte de la riqueza sociológica esperada. El análisis de jurisprudencia vale sobre todo por los detalles que procura.

El análisis de la jurisprudencia es ante todo un *estudio de casos* jurídicos. Y, más precisamente, entre los casos jurídicos, de *casos judiciales*, esto es, de casos que han sido sometidos a juicios. Existen estudios de casos jurídicos o incluso judiciales, que no son, sin embargo, análisis de jurisprudencia. Son los análisis de los expedientes y de los juicios, pero de los juicios analizados sobre sus minutas en las secretarías de los Tribunales.

¿Qué es entonces lo que constituye la originalidad del análisis sociológico de la jurisprudencia? Una característica puramente formal, que se podría considerar como algo científicamente carente de importancia y que sin embargo es prácticamente capital. El análisis recae sobre las sentencias *publicadas en los repertorios de jurisprudencia*. De esta característica, el procedimiento extrae su gran accesibilidad para los juristas. Por la misma razón, es también un cómodo ejercicio de aprendizaje sociológico en las Facultades de Derecho. Tanto más cuanto que los juristas estaban ya familiarizados con el análisis de la jurisprudencia. Sólo que para ellos era un procedimiento de derecho dogmático y su trasposición a la Sociología jurídica se ha hecho al precio de un diametral cambio de orientación. En los dos supuestos se trata de *analizar* el contenido de una decisión judicial (o de una serie de decisiones). Pero, en un caso el objeto del análisis es el *derecho* y en el otro son los *hechos*. En el estudio dogmático, el comentarista de la sentencia se esfuerza por extraer la regla de derecho aplicada en la decisión o incluso quizá creada por ella, en la medida en que la jurisprudencia es creadora de derecho. En el estudio sociológico, el sociólogo busca la extracción de un trozo de vida, el conjunto de fenómenos sociales, interindividuales o incluso individuales, que la decisión ha hecho salir a la luz (fenómenos jurídicos por hipótesis, aunque sólo sea porque una decisión judicial los ha hecho objeto de su apreciación).

Un estudio dogmático de la jurisprudencia puede conducir a un mejor conocimiento del derecho positivo, por las síntesis de soluciones que las sentencias aportan. Para ajustarse al espíritu mismo del procedimiento, el jurista ha de reducir lo más posible la parte que los hechos tienen en las decisiones que comenta. Necesita, en efecto, tratar de constituir una serie jurisprudencial homogénea, que pueda servir de soporte a una proposición de derecho. Excepcionalmente, podrá necesitar, sin duda, tener que poner de relieve los hechos, a fin de justificar el rechazo de una sentencia fuera de la serie, porque es una sentencia particular basada en un caso concreto y no destinada a constituir jurisprudencia. Pero lo más frecuente será que se tome el cuidado de eliminar los hechos para hacer surgir mejor el derecho en su abstracción.

Por el contrario, son los hechos del caso los que atraen ante todo al sociólogo, porque revelan un estado de costumbres. De este modo, las decisio-

nes recaídas en materia de divorcio, de ordinario tan pobres en motivaciones de derecho y por esa razón de un interés dogmático muy débil, pueden ser, por sus motivaciones de hecho, un mina abundante de observaciones sociológicas, psicociológicas y psicológicas sobre la vida familiar.

Del mismo modo, los juicios recaídos sobre la responsabilidad de los padres, respecto de los accidentes causados por los hijos menores, pueden ser sociológicamente significativos, en cuanto al grado de autonomía que se reconoce a los adolescentes en la sociedad contemporánea.

De una manera más general, toda decisión judicial hace aparecer por hipótesis una relación de conflicto, que es el proceso en sí mismo considerado. Y una relación de conflicto es en sí misma un fenómeno interesante en Psicología social. En este punto, al lado del interés específico, que se puede encontrar o no según los casos, hay lo que se podría llamar el interés genérico que presenta todo análisis sociológico de lo contencioso¹⁹.

El análisis sociológico no se debe limitar, sin embargo, a los hechos del caso. Las pretensiones de los litigantes merecen también un estudio sociológico, toda vez que pueden revelar un cierto sentimiento del derecho en los justiciables y unos modelos que obsesionan su consciencia. Desde este punto de vista, cabe señalar que, cuanto más aberrantes desde el punto de vista dogmático sean las pretensiones de un litigante, mayor ocasión tienen de ser sociológicamente instructivas, porque pueden poner de manifiesto capas de derecho popular mal reprimidas, leyes imaginarias, una aculturación jurídica imperfectamente realizada o conflictos entre modelos jurídicos diferentes.

Un paso más y la misma decisión del juez entrará en el campo de investigación del sociólogo. No entra como parte constitutiva del derecho positivo, sino como síntoma de un dato sociológico más profundo; a saber, el sentimiento del derecho que habita en el conocimiento del juez e, incluso, más allá, el sentimiento del derecho que está latente en la población, por lo menos, si se admite que el juez refleja los sentimientos de la sociedad, tesis que reclama sin duda muchos matices.

4. VALOR DEL ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DE LA JURISPRUDENCIA

En comparación con los demás procedimientos de que la Sociología jurídica dispone, el análisis sociológico de la jurisprudencia presenta unos puntos débiles y unos puntos fuertes.

a) La inferioridad del procedimiento deriva sobre todo de su menor

¹⁹ Conviene citar, desde este punto de vista, el análisis —por otra parte cuantificado— llevado a cabo por un Seminario de estudios de la Escuela Nacional de Administración, bajo la dirección de Drago, *Sociologie du contentieux administratif, Etude relative aux décisions rendues par le Conseil d'Etat au cours de l'année judiciaire 1965-1966*. Cf. por lo que se refiere a la Psicología de los recursos, el análisis —igualmente cuantificado— que se encuentra en el trabajo de la Sra. J. NGUYEN THANH NHA, *Les Chambres réunies de la Cour de cassation, Essai d'un bilan de 130 ans de jurisprudence civile*, tesis, París 1968.

realismo. No se trata de reprocharle al análisis de jurisprudencia el operar sobre lecturas y no sobre contactos humanos. En este punto, se encuentra en pie de igualdad con los demás procedimientos de investigación sobre documentos. Se trata de que los documentos que utiliza introducen en la visión de la realidad algunas distorsiones especiales.

1.º Una primera distorsión se refiere a la diferencia entre lo contencioso publicado y lo contencioso real, que es incomparablemente más amplio. Se obtendrían unas ventajas indiscutiblemente mayores yendo a consultar directamente en las secretarías los originales de todas las decisiones pronunciadas. Nuestra *jurisprudencia* está formada por trozos escogidos. La desproporción entre lo publicado y lo publicable es sin duda menor cuanto existe un repertorio oficial, como los *Boletines* de la Corte de casación, pero las sentencias de la Corte de casación no son las más sociológicas. En cambio, por lo que se refiere a las jurisdicciones que sólo desembocan en repertorios privados, las mermas que se producen son fatalmente enormes y la entresaca que se opera está hecha (muy legítimamente) en función del interés jurídico y no del interés sociológico.

2.º Otra distorsión consiste en que no todos los conflictos de alcance jurídico desembocan en un proceso. Existe, en primer lugar, toda una serie que queda confiada al arbitraje. Y como la inmensa mayoría de las sentencias arbitrales escapan a los repertorios, tenemos bloques enteros de materias (y no las menores, como, por ejemplo, el gran comercio del petróleo), sobre las cuales el análisis de jurisprudencia no posee ningún punto de toma, ni sociológico, ni dogmático. Algo parecido ocurre con una multitud de pequeños litigios, aunque en ellos la explicación sea la contraria. Determinan un interés demasiado escaso para ser llevados ante los Tribunales, sobre todo hasta la altura de las jurisdicciones que tienen el honor de figurar en los repertorios de jurisprudencia.

3.º Existe, por último, una distorsión todavía más grave. Así como no todos los litigios se transforman en procesos, no todas las relaciones humanas se transforman en litigios. Desde Ehrlich, la Sociología del derecho insiste en la idea de que, por encima de las zonas patológicas de los conflictos, existe una realidad jurídica infinitamente más amplia, que es equilibrada y pacífica: contratos que se ejecutan sin choques, matrimonios en los que no hay ni acción de desconocimiento ni divorcio. Y se ignora esta realidad, que muy a menudo es una cuasi totalidad, cuando se pretende estudiar una institución únicamente a través de un análisis de jurisprudencia.

b) La superioridad del procedimiento se produce por compensación. Es un procedimiento que se adapta muy bien al campo de la patología jurídica, que es el suyo propio. La encuesta mediante *interview* no consigue aprehender bien la situación de conflicto. Los conflictos estallan en forma huracanada y los litigantes se esfuerzan por disimularlos ante los encuestadores privados.

Por el contrario, cabe pensar que el interés hacia su asunto empuja a cada una de las partes a vaciar enteramente su saco ante la justicia. Además, del principio procesal de contradicción y del control de los jueces debe resultar una crítica de las afirmaciones recíprocas, de manera tal que la realidad histórica del conflicto, tal como se vierte en el juicio, puede tener un valor científico mayor que el de una encuesta hecha por sociólogos.

El procedimiento se enlaza con el método histórico todavía de otra manera. Mientras que la encuesta por *interview* opera en general ²⁰ como una instantánea, tomado el fenómeno jurídico en un momento de duración, el análisis de jurisprudencia reúne una cadena de acontecimientos, en la cual cada juicio aparece como elemento histórico de una relación; incluso como un elemento histórico elaborado en el momento más oportuno, aquél en que la catástrofe ha sobrevenido, lo cual explica mejor su génesis, pues por lo general se litiga cuando la relación toca a su término, cuando llega el instante de la liquidación y de la verdad.

Otra superioridad del análisis de jurisprudencia consiste en que permite aprehender a una serie de justiciables, a los que de otro modo no se podría llegar. Existen categorías sociales (aristocracia, alta burguesía), que se hurtan a las *interviews*, pero que se dejan arrastrar por los pleitos. Y además, existen todas las generaciones desaparecidas. El análisis de jurisprudencia puede remontarse, en el pasado, tan arriba como se quiera, en tanto que existan repertorios ²¹, mientras que la *interview* se limita al mundo de los vivos ²² y las búsquedas en las secretarías tropiezan enseguida con la mala conservación de los archivos judiciales.

5. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PROCEDIMIENTO

Sigue diferentes fases:

a) *La recogida de decisiones.* El investigador ha de servirse de las colecciones clásicas de jurisprudencia y, eventualmente, de repertorios más especializados. Existen unas fuentes que son sociológicamente más promotoras que otras. El orden de preferencia es el contrario del que inspira al

²⁰ La encuesta se puede montar como una encuesta «que continuará», volviendo a hacer la entrevista en fases sucesivas de la relación considerada (por ejemplo, la pareja de adoptantes, en la víspera de la adopción, después de un año de la adopción, 10 años, 20 años, etc.), pero las dificultades prácticas del procedimiento son evidentes, teniendo en cuenta la larga duración de muchas situaciones jurídicas.

²¹ Esto pone prácticamente a disposición de los investigadores, en las bibliotecas de derecho más usuales, series que se remontan a los primeros años del siglo XIX. Para el antiguo derecho la documentación es menos abundante y está menos clasificada; además, las sentencias no estaban motivadas, pero esta circunstancia no es un obstáculo para el análisis sociológico, pues, en los repertorios de los siglos XVII y XVIII (*Journal des audiences*, *Journal du Palais*), es frecuente que la decisión vaya precedida por una exposición combinada de hechos y de alegaciones.

²² Sin perjuicio de la técnica de la encuesta retrospectiva, que se ha experimentado algunas veces, pero que parece deformante (por ejemplo, se entrevista a los ancianos sobre su juventud, o más aún, sobre la juventud de sus abuelos).

jurista en el derecho dogmático. Para el jurista, los repertorios tienen tanto más valor cuantas más sentencias de la Corte de casación contengan y cuantos menos juicios de las jurisdicciones inferiores. Por el contrario, el sociólogo sacará más provecho de una entresaca hecha en la *Gaceta del Palacio* que del *Boletín de Sentencias de la Sala de lo Civil*. Y en los periódicos redactados para uso de los jueces de paz, duermen tesoros sociológicos. En el mismo sentido, se echa de menos la *Gaceta de los Tribunales* del siglo pasado, que tenía sus crónicas de derecho pintoresco.

Cabe un análisis que recaiga sobre una sola decisión, sociológicamente expresiva. Como en todo estudio de casos, puede por otra parte ser legítimo inducir del caso que se observa, unas conclusiones aplicables a todo un género de fenómenos, si se puede admitir que el caso estudiado es representativo de una realidad jurídica que le sobrepasa. Sin embargo, puede parecer científicamente más seguro multiplicar y agrupar los análisis de decisiones. El modo de agrupación deberá elegirse según la dirección que se quiera dar a la investigación. A través de una serie diacrónica referente al mismo tema, se pondrá de relieve una evolución del derecho o de las costumbres. Para poner al desnudo esos fenómenos de difusión del poder, que llamamos precisamente formación de jurisprudencia, habrá que tomar muestras a lo largo de la jerarquía judicial. ¿Queremos aprehender fenómenos de pluralismo jurídico? El mejor modo de lograrlo será confrontar decisiones recogidas en horizontes diversos, etc.

b) *El análisis de contenido.* Debe recaer principalmente, y a veces exclusivamente, sobre los *fundamentos de hecho*, partiendo del postulado de que contienen una descripción sociológica. A menudo pueden ser sociológicamente interesantes detalles que tienen un aire jurídicamente indiferente, como por ejemplo la profesión de un litigante o la estación del año en que se concluyó un contrato.

Algunas *indicaciones procesales* tienen importancia sociológica: el intervalo de tiempo entre los hechos y la decisión, que permite medir la rapidez de la justicia; o la circunscripción judicial, que puede permitir discernir fenómenos de pluralismo jurídico ²³.

En fin, aunque ello no sea objeto ordinario de los análisis de jurisprudencia, existen también investigaciones en que el interés sociológico recae sobre los fundamentos de derecho o sobre la parte dispositiva, es decir, sobre la parte dogmática de la decisión. Sobre los fundamentos de derecho, porque, por ejemplo, su inadecuación respecto de los hechos probados detecta un embarazo del Tribunal, y una inversión, que no es rara, del razonamiento judicial. En lugar de descender desde la regla legal hasta el caso, el Magistrado comienza por elaborar a la medida la solución equitativa que le parece que el caso exige y después se remonta bien o mal hasta una regla legal. El análisis puede recaer también sobre la parte dispositiva, a fin de ponerla en perspectiva, por ejemplo, con lo que se puede saber de la personalidad del juez, cuando el designio

²³ Cf. p. 123.

consiste en investigar si y cómo los trasfondos sociales, económicos, políticos, etc., pueden influir en el juicio. Este tipo de investigación, desarrollado en América ²⁴ tropieza, sin embargo, en Francia con dificultades muy considerables ²⁵.

c) *Utilización de los elementos obtenidos.* El análisis sociológico de la jurisprudencia se encuentra utilizado de hecho con dos fines muy diferentes.

Su primer empleo es de Sociología general. Partiendo de la afirmación de que cada decisión judicial contiene una escena de la vida social, se trata, mediante una acumulación de decisiones, aproximadamente contemporáneas, de reconstituir toda una sociedad en acción ²⁶. Desde este punto de vista, no se trata de hacer extractos de jurisprudencia alrededor de nociones jurídicas, sino de sacar a la luz las costumbres dejando en la sombra la cara jurídica de los fenómenos.

Una Sociología propiamente *jurídica* reclama, sin embargo, una orientación diferente, que, sin abandonar los rasgos de costumbres contenidos en los juicios, permita por lo menos aprehender las relaciones de reciproca influencia que tienen con los fenómenos de derecho. Entonces, los casos concretos, en lugar de alinearse unos tras otros para formar un panorama simplemente pintoresco, del que el derecho está ausente, tanto como causa cuanto como efecto, se reordenan por temas jurídicos, como el tipo de situación, de institución o de conflicto, dejando aparecer las causalidades ²⁷.

6. EL ANÁLISIS DE DOCUMENTOS NO JURÍDICOS

Puede parecer científicamente criticable definir un método simplemente por el carácter negativo de su objeto. Sin embargo, del hecho de que un análisis

²⁴ Por ejemplo, NAGEL, «Political party affiliation and judges' decisions», *American Political Science Review*, 1961 (55), pp. 843 y s.; «Judicial backgrounds and criminal cases», *Journal of Criminal Law*, 1962 (53), p. 333; ULMER, «Supreme Court behavior in racial exclusion cases», 1935, 60, *American Political Science Review*, 1962 (56), p. 325, cf. «Pour une sociologie du juge», en *Flexible droit*, 1971, pp. 291 y s.

²⁵ Dificultades concernientes a la organización judicial (a causa de la colegialidad y del secreto de la deliberación); dificultades de orden psicológico sobre todo.

²⁶ Ejemplo notable: J. A. AGUS, *Urban civilization in Pre-Crusade Europe; a study of organised town-life in North-Western Europe during the Xth and XIth centuries, based on the Responsa literature*, 2 vols., New York, 1965. De la entresaca de estas *Responsa* emitidas por los rabinos a propósito de verdaderos litigios, el autor ha extraído una masa de informaciones sobre las condiciones económicas, el nivel de vida, los precios, las relaciones familiares, las prácticas culturales, etc., en el medio considerado.

²⁷ De esta técnica existe una aplicación de primer orden: JEAN-PAUL CHARNAY, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XX^e siècle*, 1965. El mismo autor ha hecho la teoría del procedimiento: «Une méthode de sociologie juridique, l'exploitation de la jurisprudence», *Annales (Economie, Sociétés, Civilisations)*, 1965, pp. 513 y s., 73 y s. Cf. como ejemplo de investigación limitada a un solo tipo de conflicto (la represión penal de la cencerrada en una serie de unas doce decisiones), SOURIOUX, «Le charivari», *A.S.*, 1961, pp. 401 y s.

de contenido recaiga sobre documentos que *no son* jurídicos, van a resultar unos rasgos metódicos sobre los cuales se debe llamar la atención. Como en estos documentos no se habla el lenguaje del derecho, y éste puede quedar incluso inexpresado, latente bajo el espesor de las costumbres, un análisis hecho con fines de Sociología *jurídica* sólo se concibe acompañado de un incesante trabajo de traducción y hasta de extracción. Es un trabajo que requiere un conocimiento profundo del derecho, pues en las obras no jurídicas lo jurídico se encuentra en suspensión, generalmente en dosis infinitesimales, y a veces bajo formas desaparecidas, depositadas por la historia.

Entre los documentos que no son jurídicos por naturaleza, los que más pueden aportar a la Sociología del derecho son los documentos *etnográficos*, dando a la palabra un sentido muy amplio, conforme por lo demás con su etimología: la descripción de un pueblo. Basta mirar vivir a un pueblo —un pueblo que ha vivido o un pueblo que vive— para notar gestos, comportamientos y conductas que se repiten. Lo más frecuente es que en ellos solo se disciernen *folkways* o acaso *mores*. Algunas veces, sin embargo, aparece el derecho. El material a explotar se encuentra disperso en los relatos de viajeros y de historiadores, de folkloristas y de etnógrafos *stricto sensu*. La Sociología del derecho tiene una doble tarea:

1.º Destilar lo jurídico, separándolo de lo social no jurídico y de lo cotidiano individual.

2.º Dar una significación a la información recogida, multiplicándola en el espacio y en el tiempo y ordenándola en series. Dicho en otros términos, el procedimiento reclama muy fuertemente la modalidad histórico-comparativa.

La que acabamos de presentar es la forma más general del análisis de contenido. En la práctica, sin embargo, algunas variedades concretas se han desgajado ya. La naturaleza de los documentos —periódicos, novelas, imágenes— hace sin duda la exploración menos árida. Vamos a consagrar los tres epígrafes siguientes a estas tres variedades.

7. EL ANÁLISIS DE LA PRENSA

Se piensa ante todo en la prensa escrita, pero se puede tratar también de la radio y la televisión. Este tipo de análisis de contenido ha recibido en la Sociología general grandes perfeccionamientos técnicos ²⁸. Señalaremos ante todo que se presta mejor que otros a un tratamiento cuantitativo ²⁹. Una investigación muy frecuente es, por ejemplo, evaluar en superficie o incluso más rigurosamente en número de signos, el lugar que un cierto hecho (jurídico y sobre todo judicial) ha ocupado en las diferentes categorías de periódicos du-

²⁸ Cf., BERELSON, *Content analysis in communication research*, 1952 D. Cartwright, C. 10, en Festinger y Katz, *Méthode de recherche dans les sciences sociales* (trad. fr. Lesage), 1959, pp. 481 y s.

²⁹ Cf. p. 169.

rante un cierto espacio de tiempo. De ello, se induce, hipotéticamente, la parte de atención que ha recaído sobre este hecho en los diferentes sectores de la opinión pública.

Sea cuantitativo o cualitativo el análisis, lo que le confiere aquí su originalidad es que el evento observado tiene una significación jurídica, que no tienen sus soportes, destinados a informar a su público fuera de toda preocupación técnica. Puede ocurrir que la significación jurídica del acontecimiento sea evidente: las *crónicas judiciales* que se encuentran en la gran prensa se refieren ostensiblemente al derecho, aunque lo hagan para satisfacer la curiosidad de los no juristas. En las secciones de *hechos diversos*, por el contrario, el derecho se encuentra enterrado bajo las costumbres; pero para los sociólogos es una mina³⁰. La jurídico se aprehende allí sin contencioso, antes del paso de los juristas. Y bajo el aspecto pintoresco, que, por hipótesis, ha atraído a los reporteros y a los informadores, se puede presumir la existencia de fenómenos aberrantes, que son sociológicamente reveladores.

8. EL ANÁLISIS DE TEXTOS LITERARIOS

El encuentro de un *escritor* con un *lector* que es sociólogo del derecho puede aportar mucho, pero los resultados no están conseguidos de antemano. Todo depende de uno y de otro³¹

a) Existen muchos tipos de escritores en relación con los frutos que el sociólogo del derecho puede esperar.

1.º El primer tipo es el *observador*. Si trabaja para la Sociología jurídica, lo hace inconscientemente. Se contenta con observar la sociedad a su alrededor. Por la fuerza de las cosas, va a recoger en ella elementos jurídicos entremezclados con la vida social. Su eficacia en la Sociología propiamente jurídica puede verse incrementada por su interés personal hacia el derecho³².

El procedimiento permite obtener información sociológicamente sobre hechos a los que la investigación no podría alcanzar ya, porque están alejados en el tiempo. Con este espíritu, la Sociología jurídica ha recurrido una y otra vez a las fuentes literarias de la Antigüedad y de la Edad Media, para completar, y en caso necesario rectificar, las fuentes jurídicas. Además —y esto vale también por lo que se refiere a la literatura contemporánea— en las obras literarias se pueden descubrir detalles jurídicos, de los cuales no hablan los juristas, porque son demasiado ínfimos o demasiado íntimos. Estos detalles se descubren sobre todo en la fase de aplicación del derecho, que puede ser

³⁰ Sobre la Sociología (general) de los «hechos diversos», cf. GEORGES AUCLAIR, *Le Mana quotidien*, 1971.

³¹ Cf. MICHEL ZÉRAFFA, *Roman et Société*, 1971.

³² Racine tenía experiencia como litigante, La hay, por ejemplo, de abogado en «El matrimonio», de Hervé Bazin (1967).

diferente de las reglas legales. Y aún diremos más: de su aplicación en la vida cotidiana³³.

Es obvio que es necesario andarse con cuidado. El literato, aunque posee algún barniz de derecho, puede despreciar los mecanismos jurídicos, de manera tal que su error de derecho proporcione la falsa ilusión de un fenómeno jurídico curioso. Además, hay que tener en cuenta el engrandecimiento dramático, que es una exigencia profesional incluso para los autores que pretenden ser realistas³⁴ y que, por lo demás, se encuentra más marcado en las obras teatrales que en las novelas, a causa de la necesidad escénica de resumir y de condensar³⁵. Sería ciertamente muy peligroso reconstruir la Sociología del matrimonio y de la familia bajo Luis XIV a través de las comedias de Moliere.

2.º El segundo tipo de escritores es el que se podría llamar *teórico*, el que quiere levantar en su obra acta de Sociología general o de Sociología del derecho en particular. Balzac reveló un proyecto sociológico en su prefacio-posfacio de la *Comedia humana*. Y Zola, en la misma línea, aunque Claude Bernard hubiera pasado por allí, concebía los *Rougón Macquart* como una novela experimental³⁶. Estos puntos de vista sistemáticos les permitieron un análisis más profundo de la realidad social y, en este análisis, no podrían dejar de tocar el derecho. La obra de Zola sigue siendo importante para una Sociología de la familia y hay en ella sin duda constantes de la familia, más allá de las observaciones conocidísimas, que hoy tienen un carácter puramente his-

³³ Por ejemplo, en *Pescadores de Islandia*, PIERRE LOTI relata hechos que debió observar en la región de Paimpol (en el último cuarto del siglo XIX) y que afectan a lo infrajurídico, si no a lo jurídico: 1. El hijo mayor soltero entrega regularmente su paga a su madre, lo que puede explicar que una vez casado vuelva a repetir el mismo gesto al entregar la paga a su esposa, de acuerdo con un modelo que los sociólogos han estudiado mucho (cf. ANDRÉ MICHEL, *Famille, industrialisation, logement*, 1959, p. 190); 2. Personas pobres adoptan (y la palabra expresamente aparece empleada) al muchacho, a quien la muerte de unos vecinos ha dejado huérfano (adopción de hecho en una época en que la ley no conocía la adopción de menores). Otro ejemplo: PROUST, *Du côté de chez Swann*, 1.ª parte, pone de relieve un pluralismo de normas (la libertad según el Código y la obligación según los usos sociales): «Aunque malquistada desde hacía años, con su sobrina, a la que no hablaba jamás, no por ello modificó su testamento en el que le dejaba toda su fortuna, porque era su pariente más próxima y porque eso era lo debido».

³⁴ Quizá somos víctimas de una cierta amplificación cuando creemos que observamos la autoridad paterna bajo el Antiguo Régimen en lo que nos cuenta RESTIF DE LA BRETONNE (*La vie de mon père*), sin perjuicio de la deformación afectiva que puede producirse con toda buena fe con los recuerdos de la infancia.

³⁵ Cf. JULES LEMAITRE, *Les Contemporains*, 2.ª serie, p. 231.

³⁶ PAUL BOURGET se había formado una idea más rigurosa de la experimentación, cuando escribió en 1872 (en una carta a Georges Hérrelle): la novela es «sin duda el único medio que la ciencia psicológica tiene para experimentar». ¿Cómo es posible? Por la penetración psicológica de uno mismo o de los demás, por la introspección y por análisis de los comportamientos ajenos. Entre nuestros contemporáneos, DUVIGNAUD entiende, de una manera un poco diferente, pero no menos psicológica, la experimentación de que la obra literaria puede ser instrumento (*Le roman révélateur des expériences collectives*, en «Perspectives de la Sociologie contemporaine», *Mélanges Gurvitch*, 1968, pp. 195 y s.); quiere decir que la novela permite al novelista colocarse, por medio de la imaginación, en el mayor número posible de sociedades diferentes.