



Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales
Universidad
Nacional
de Córdoba



1613 - 2013
400
AÑOS



Sociedad
Argentina de
Sociología
Jurídica

**XIV CONGRESO NACIONAL Y IV LATINOAMERICANO DE
SOCIOLOGÍA JURÍDICA**
“Conflictos sociales y confrontaciones de derechos en América Latina”

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba
Sociedad Argentina de Sociología Jurídica
Córdoba, Argentina, 17 al 19 de octubre de 2013

LOS FENÓMENOS JURÍDICOS

Lucrecia ABOSLAIMAN

Universidad Nacional de Córdoba

lucreabos@hotmail.com

Comisión N° 11: Teoría Social Contemporánea: los fenómenos jurídicos.

Resumen:

La sociedad globalizada y cambiante en que vivimos, demanda nuevos presupuestos epistemológicos que garanticen la legitimidad de la ciencia jurídica y de la sociología del derecho, cuya importancia radica en el análisis de un problema clave para la vida social como es la relación derecho-sociedad. Entre esos presupuestos está el de fenómeno jurídico, una de cuyas dimensiones es la social, y se lo considera el objeto de la sociología jurídica, es decir, aquello sobre lo que recae la observación científica, la materia misma de la investigación. La vida humana no se puede pensar fuera de la sociedad, porque según la concepción de la que partimos, el hombre es un ser social. Los hombres necesitan de los demás para construir las distintas formas sociales, sabiendo que ninguna teoría ha logrado el consenso necesario para presentarse como “la” teoría social. Tanto la ciencia del derecho como la sociología del derecho tienen como objeto el derecho, pero las dos ciencias lo estudian desde diferentes puntos de vista. Lo que se llama derecho en el ángulo dogmático se llamará fenómeno jurídico en Sociología del derecho. Significamos lo mismo cuando decimos que el átomo es el fenómeno jurídico como variedad del fenómeno social, que cuando se habla de fenómenos jurídicos totales como una variedad del fenómeno social total. El presente trabajo abordará este tema siguiendo la línea de investigación iniciada por la disciplina Introducción al Derecho de la cual soy docente.

Introducción

La sociedad globalizada y cambiante en que vivimos, demanda nuevos presupuestos epistemológicos que garanticen la legitimidad de la ciencia jurídica y de la sociología del derecho, cuya importancia radica en el análisis de un problema clave para la vida social como es la relación derecho-sociedad.

Entre esos presupuestos está el de fenómeno jurídico, una de cuyas dimensiones es la social, y se lo considera el objeto de la sociología jurídica, es decir, aquello sobre lo que recae la observación científica, la materia misma de la investigación.

La vida humana no se puede pensar fuera de la sociedad, porque según la concepción de la que partimos, el hombre es un ser social.

Los hombres necesitan de los demás para construir las distintas formas sociales, sabiendo que ninguna teoría ha logrado el consenso necesario para presentarse como “la” teoría social.

Tanto la ciencia del derecho como la sociología del derecho tienen como objeto el derecho, pero las dos ciencias lo estudian desde diferentes puntos de vista.

Lo que se llama derecho en el ángulo dogmático se llamará fenómeno jurídico en Sociología del derecho.

Significamos lo mismo cuando decimos que el átomo es el fenómeno jurídico como variedad del fenómeno social, que cuando se habla de fenómenos jurídicos totales como una variedad del fenómeno social total.

El presente trabajo abordará este tema siguiendo la línea de investigación iniciada por la disciplina Introducción al Derecho de la cual soy docente.

Objeto de la sociología jurídica

El derecho es el objeto tanto del derecho dogmático, como de la Sociología del derecho, pero ambas ciencias lo estudian desde ángulos diferentes.

Este distinto punto de vista surge de considerar, que lo que se llama derecho en el ángulo dogmático, se llama fenómeno jurídico en Sociología del derecho.

El derecho dogmático estudia el derecho como una entidad monolítica, a diferencia de la Sociología del derecho que ha pulverizado esa entidad en átomos de combinaciones aleatorias.

El átomo que convoca nuestro estudio es el fenómeno jurídico como variedad del fenómeno social.

Se trata del fenómeno jurídico reinsertado en el campo espacial y temporal que le es natural y no el fenómeno jurídico en una realidad aislada.

Especificidad del fenómeno jurídico: la juridicidad

Los fenómenos jurídicos son una variedad de los fenómenos socio-culturales.

Todo fenómeno jurídico es un fenómeno social, pero no todo fenómeno social es un fenómeno jurídico.

Esto está vinculado con la especificidad del fenómeno jurídico, tratando de diferenciarlo de los demás fenómenos sociales a través del signo de la juridicidad.

Todos los fenómenos jurídicos pueden contemplarse como fenómenos sociales, y como expresamos, en sentido inverso no todos los fenómenos sociales son fenómenos jurídicos.

La pregunta es, en virtud de qué característica los fenómenos jurídicos pueden distinguirse de los fenómenos sociales.

Para muchos autores, el problema planteado se expresa en términos de reglas de derecho, es decir, cuál es la razón por la cual las reglas de derecho pueden colocarse aparte del conjunto de las reglas de conducta social.

Esta característica se califica como juridicidad y para definirla existen distintas miradas.

Criterios de juridicidad

En las sociedades modernas conviven dos órdenes de reglas, las reglas jurídicas y todas las reglas sociales que no son jurídicas.

Algunos consideraban que el criterio de juridicidad debía buscarse en el contenido o en el objeto de la regla, pero esta postura es observada por el hecho de que según las épocas, conductas idénticas han podido ser recogidas por sistemas normativos diferentes.

Por lo tanto, no se puede suponer que por naturaleza ciertos tipos de comportamientos entren a priori necesariamente en el ámbito de lo jurídico y otros en el de lo social no jurídico.

Es decir, que la juridicidad es una cualidad extrínseca que puede llegar a incidir sobre cualquier relación social indiferentemente.

Siguiendo esta línea, el criterio de distinción hay que buscarlo en el exterior de las reglas analizadas.

Así surgen dos teorías:

a) La del criterio extraído de la coacción por medio de la cual las reglas se aplican y aseguran su aplicación.

La sociedad produce las reglas y también una coacción que ejerce sobre el individuo que la desobedece. Pero la coacción producida por la sociedad, es decir, la coacción social, no tiene siempre la misma naturaleza.

Esta diferencia de naturaleza de la coacción social, es la que permite diferenciar las dos categorías de reglas, las jurídicas y las demás.

En ambos lados hay coacción social, pero la coacción no tiene en los dos lados el mismo carácter. Así la coacción connota las reglas jurídicas cuando procede un órgano especializado y cumple una función constante, mientras que las reglas de usos sociales se caracterizan porque falta uno u otro elemento.

Sin embargo, la ley no es la única forma del derecho, existen también normas consuetudinarias y en ellas, la presión social parece tan inorganizada como en los usos sociales. Los usos son costumbres no jurídicas y las costumbres usos que se han juridificado, con lo cual la dificultad de este criterio de distinción persiste. Por ello, algunos autores continuando el esfuerzo analítico, se limitan a buscar una diferencia de grado: la coacción a la que la sociedad somete al individuo es menos intensa que en la regla no jurídica; pero se cuestiona este criterio por la falta de rigor científico, ya que el mismo no se obtiene comparando sumariamente lo más y lo menos.

b) La del criterio extraído de la puesta en cuestión por efecto de la cual podrían no ser aplicadas. Algunos autores, llegan a una constatación más radical del criterio extraído de la coacción.

Sostienen que los que conciben al derecho únicamente a través de la sanción, no miden la ambigüedad de este criterio, ya que afirmar que una regla es jurídica, cuando una vez desobedecida o transgredida, desencadena un cierto mecanismo de coacción, tendiente a llevarla a ejecución, es reconocer implícitamente que puede ser transgredida e incluso que después de la transgresión la coacción puede muy bien no producirse, con lo cual la

posibilidad de transgresión se convierte en algo mucho más importante que la posibilidad de coacción.

Para la teoría que estamos analizando, lo que caracteriza mejor a las normas jurídicas es la posibilidad de una puesta en cuestión, una cierta naturaleza interrogativa.

Lo propio del derecho es una puesta en cuestión organizada.

Se trata de una contestación, no del derecho en sí mismo, en cuanto regla, sino de la aplicación de la regla al caso concreto.

Así, la institución de contestación toma forma: es la forma típica del proceso, que desemboca en el juicio o en la sentencia.

Proceso y juicio son fenómenos psicosociológicos tan irreductibles a todos los demás y tan especiales del derecho que parece razonable hacer de ellos el indicativo de la juridicidad.

El juicio es una duda que decide y el proceso, la institución de la puesta en duda con una decisión final. Con lo cual, desde una relación entre dos personas puede ser objeto de un debate ante una tercera persona que decidirá, se debe concluir que esta relación no pertenece ya al ámbito de las costumbres, sino que ha entrado al reino del derecho.

Clasificación de los fenómenos jurídicos

Los fenómenos jurídicos son de una evidente heterogeneidad. Existen múltiples y variados fenómenos jurídicos. A modo de ejemplo, podemos citar, un Boletín Oficial, una ceremonia de matrimonio, la firma puesta en un documento, un contrato laboral, entre otros.

Existen distintos tipos de clasificaciones:

a) Fenómenos primarios y secundarios.

Pueden calificarse como fenómenos jurídicos primarios, aquellos en virtud de los cuales derivan todos los demás, porque se encuentran en el más alto nivel de generalidad.

Al describirlos, aparecen en forma residual los demás fenómenos jurídicos, mucho más variados, pero secundarios.

El texto de una ley, una sentencia, son fenómenos primarios.

Son continentes y los contenidos, las disposiciones de la ley, la condena o la absolución, son fenómenos secundarios.

La relación entre ambos fenómenos es de causalidad, pero fragmentaria, en el sentido de que el fenómeno primario es el fenómeno generador de los fenómenos secundarios, pero

a su vez, el fenómeno primario es engendrado por otros fenómenos que son las verdaderas fuerzas creadoras del derecho.

Todo lo demás es fenómeno secundario o derivado. Ejemplo: la institución del matrimonio o un contrato. Claro que los fenómenos jurídicos secundarios forman un género mucho más heteróclito que el otro.

Hay que señalar que si bien los fenómenos secundarios se incluyen en el campo de la Sociología jurídica, no entran en ella de una manera tan exclusiva: fenómenos como la familia o la propiedad inmobiliaria tienen una faceta de costumbres o una faceta económica, al lado de la faceta jurídica, mientras que la ley y el juicio son fenómenos puramente jurídicos.

b) Fenómenos jurídicos de poder y bajo el poder.

Esta clasificación podría ser una subdivisión de los fenómenos primarios, aunque es lícito extenderla, concretándola a través de los fenómenos secundarios.

Los fenómenos primarios se caracterizan a través del poder, que es su sustancia. Ello quiere decir colocarse al lado de los que lo detentan o, es decir del lado de los gobernantes, por oposición a los gobernados.

A los fenómenos de poder, que irradian el príncipe, responden en los súbditos otros fenómenos que se pueden calificar como primarios.

Son también fenómenos que ofrecen un alto grado de generalidad.

Son Continentes aptos para recoger toda especie de contenidos. Ejemplo: el derecho subjetivo es típicamente uno de estos fenómenos primarios, del cual derivan fenómenos concretos, que son fenómenos secundarios, como el derecho (subjetivo) de propiedad, el derecho (subjetivo) de crédito, entre otros.

c) Fenómenos jurídicos contenciosos y no contenciosos.

Esta clasificación tiene un alcance más restringido que las anteriores, puesto que se articula sobre un fenómeno jurídico, en sí mismo muy particular, como es el proceso: el fenómeno contencioso es aquel que se encuentra en una cierta relación con un proceso.

No se trata de contraponer el proceso frente a todos los demás fenómenos jurídicos.

Se trata de contraponer dos estados posibles de cualquier fenómeno de derecho. Aparece así la antítesis, entre el derecho en reposo y el derecho en pie de guerra, que es la acción judicial. Por ejemplo, un fenómeno jurídico, como la nulidad de un contrato, puede ser aprehendido antes de un proceso o en un proceso.

Cuando pasa del estado no contencioso (o amigable, si se quiere) al estado contencioso, su estructura no cambia, pero adquiere una suerte de mutabilidad que se debe tener en cuenta.

Es necesario aclarar que lo contencioso deforma la realidad del derecho, y que el derecho es mucho más amplio que lo contencioso.

Mientras que la actitud que predomina en el derecho dogmático es la contenciosa, la Sociología otorga preferencia a los fenómenos jurídicos no contenciosos.

d) Fenómenos-instituciones y Fenómenos-Casos

Hemos considerado como un fenómeno jurídico al matrimonio sin ninguna otra precisión, pero tras la palabra matrimonio se pueden entender dos realidades diferentes: una que está sobre todo en el Código y otra que está en la vida social.

El matrimonio es en el primer lugar un bloque de de derecho, disponible de antemano para ser aplicado a toda una serie de casos de la misma naturaleza: la institución del matrimonio. Sin embargo, el matrimonio es también uno cualquiera de esos casos, la formación y la existencia de una pareja determinada, su situación particular que está modelada y regida por la institución.

Esta observación, se puede repetir respecto de cada fenómeno de derecho, lo mismo si se trata del divorcio, de la nulidad de un contrato o del recurso por exceso de poder.

Lo que se llama fenómeno es unas veces un compuesto de reglas, un modelo o un esquema y otras veces un comportamiento.

Así, los fenómenos jurídicos pueden ser un compuesto de normas, un comportamiento, una relación o una situación concreta.

El fenómeno-caso se presenta como un derivado del fenómeno-institución. Es una aplicación de él.

A su vez, los fenómenos-casos se pueden contemplar de dos maneras: como fenómenos individuales, o como fenómenos colectivos.

Como fenómeno-individual, se le deja a cada uno toda la riqueza de sus rasgos particulares.

En cuanto fenómeno colectivo o colectividad de fenómenos se hace abstracción de las particularidades del individuo para tomar en consideración sólo los caracteres comunes, a través de los cuales todos los individuos se convierten en superponibles.

Investigaciones empíricas sobre la juridicidad

Con relación a la posibilidad de llevar a cabo investigaciones empíricas sobre la juridicidad, encontramos:

a) Una primera investigación posible consistiría en aislar, en un fenómeno social, la porción de lo jurídico que se puede encontrar en él.

Un mismo fenómeno social puede amalgamar sustancias diversas de la economía, de la religión, de los usos sociales y también del derecho.

Esta es por otra parte la teoría del fenómeno social total, desarrollada por Mauss y después por Gurvitch.

Ellos buscaban contrarrestar los intentos de descomponer el hecho social en elementos separados, del mismo modo que cuestionaron las concepciones estáticas de los hechos sociales, es decir se trataba de recomponer el todo social en su irreductibilidad.

Por ejemplo, en el fenómeno social constituido por el propietario rural, que contiene un elemento económico, cuantificable en ingresos y capital, y también un elemento jurídico, que es el derecho de propiedad.

Se aislaría, en algún aspecto, la juridicidad, si en los comportamientos de los propietarios se pudiera destilar lo que respectivamente es imputable a las ventajas económicas y a las prerrogativas jurídicas.

Entran también dentro del fenómeno social total, la experiencia jurídica, la conciencia jurídica, los modos de valorar, de pensar de una sociedad y dentro de cada fenómeno social total, la posibilidad de aislar la porción de lo jurídico.

b) Una segunda investigación consistiría en descubrir los umbrales de la juridicidad.

Un mismo tipo de comportamiento, en una misma sociedad y en una misma época, puede ser percibido por los mismos testigos unas veces como un fenómeno de costumbres y otras veces como un fenómeno de derecho.

La diferencia en la percepción radica en ciertos detalles significativos en el comportamiento considerado y según sean los mismos variará la interpretación de los testigos que cambia y pasa de lo no jurídico a lo jurídico o viceversa.

Sería un proyecto eficaz, someter a una muestra de encuesta, un abanico de relatos en que, manteniéndose idéntico el comportamiento descrito, los detalles significativos fueran gradualmente difuminados o reforzados.

Se podría discernir el punto de ruptura y el momento a partir del cual se produce la impresión de que se ha entrado en el derecho o de que se ha salido de él.

Exclamaciones populares como, presentaré una demanda, o iré a ver un abogado, pueden ser algunos ejemplos de fórmulas que marcan la ruptura.

Conclusiones

Siguiendo la línea de investigación iniciada por la disciplina Introducción al Derecho de la cual soy docente, concluimos afirmando que para distinguir los fenómenos jurídicos de los demás fenómenos de la realidad socio-cultural se aborda su carácter específico, propio y distintivo: la juridicidad.

Entendemos por ella, el efecto de las regulaciones del derecho en un determinado fenómeno.

Es decir, que la juridicidad es el efecto de las reglas y normas jurídicas sobre determinados casos, situaciones o problemas.

De este modo, los fenómenos jurídicos están configurados por un complejo de normas, por comportamientos jurídicos, por las relaciones jurídicas, entre otros.

Como consecuencia, otra clave para analizar la realidad del fenómeno jurídico, consiste en considerarlo a partir de las características y el tipo de sus relaciones, reinsertándolo en el espacio y en el tiempo como naturalmente se presentan.

Los fenómenos jurídicos están configurados por los objetos y hechos observables y empíricos de la vida social que surgen de los diferentes tipos de conductas, situaciones e interrelaciones jurídicas, interpersonales e institucionales.

Estudiamos todos los tipos de fenómenos jurídicos, con distinto carácter y problemática, es decir los fenómenos jurídicos totales, que son complejos, como el mundo socio-cultural del que forman parte.

En cuanto a la clasificación, hemos visto que los fenómenos jurídicos han sido analizados desde distintas perspectivas.

Por su amplitud, consideramos la que los distingue en fenómeno institución que se define como el conjunto de normas, regulaciones o sistemas jurídicos que se aplican a los problemas o casos de la misma naturaleza.

Otro es el fenómeno caso que se refiere a los problemas o las situaciones concretas reguladas por las instituciones.

De esta manera, se perfila el fenómeno jurídico, lo cual implica, en primer lugar, una red de interrelaciones que rompe el esquema monolítico de la dogmática jurídica

tradicional, y en segundo lugar, el alto grado de heterogeneidad y complejidad que es preciso tener en cuenta en la interpretación y aplicación del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AFTALION, E. y VILANOVA, J., *Introducción al Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, 2da. reimpresión, nueva versión con la colaboración de J. Raffo, Buenos Aires, Argentina, 1994.

ARENDT, H., *La tradición oculta*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2004.

BECK, Ulrich (1998) *Qué es la globalización*. Paidós Ibérica. Barcelona, España.

BONFIL BATALLA, G., *Pensar nuestra cultura, Ensayos*, Alianza Editorial Estudios, cuarta reimpresión, México, 1997.

BRUNNER, J. J., *Globalización cultural y posmodernidad*, Chile, Fondo de Cultura Económica, 1998.

CARBONNIER, J., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*, Madrid, Tecnos, 1974.

-*Sociología Jurídica*, traducción de Luis Diez Picazo, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1977.

COTTERREL, R., *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Ariel, 1991.

DELICH, F., - *Repensar América Latina*, Editorial Gedisa, S. A., Barcelona, España, junio de 2004.

DÍAZ, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1974

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

GEHLEN, A., *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, Sígueme, Salamanca, 1980.

GINER, S., *Historia del pensamiento social*, Barcelona, Ariel, 1966.

-*Sociología*, Madrid, Península, 1985.

GUARDINI, R., *El fin de los tiempos modernos*, Buenos Aires, Sur, 1958.

GURVITCH, G., "Problemas de la sociología del conocimiento", en *Tratado de sociología*, dirigido por G. Gurvitch, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, Argentina, 1963.

HOBBSAWM, E., *Historia del siglo XX*, Editorial Crítica, Grupo Editorial Planeta, décima edición, Buenos Aires, Argentina, 2007.

- LEGENDRE, P. ENTELMAN, R., KOZICKI, E., ABRAHAM, T., MARÍ, E., LE ROY, E., y VEZZETTI, H., *El discurso jurídico: perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Editorial Hachette, Buenos Aires, Argentina, 1982.
- MANNHEIM, K., *Diagnóstico de nuestro tiempo*, México, fondo de cultura Económica, 1944.
- Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, Madrid, Aguilar, 1966.
- MARTÍNEZ PAZ, F., *Introducción al Derecho*, 2ªed., actualizada, reestructurada y revisada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 2003.
- MAUSS, M., *Sociología y Antropología*, Madrid, Tecnos, 1971.
- MERTON, R. K., *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- MÉSZÁROS, I., *El desafío y la carga del tiempo histórico*, Editorial Vadell Hermanos Editores, Caracas-Venezuela, Valencia, 2008.
- MORIN, E., *Sociología*, Madrid, Tecnos, 1995.
- MORIN, E. y A. B. Kern, *Tierra-Patria*, Editorial: Buenos Aires: Nueva Visión, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- PRIGOGINE, I., *El fin de las certidumbres*, Editorial Andrés Bello, Chile, 1996.
- REHBINDER, M., *Sociología del derecho*, Madrid, Pirámide, 1981.
- RITZER, G., *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, Mc. Graw-Hill, 1996.
- ROBLES, G., *Sociología del derecho*, Madrid, Civitas, 1993.
- ROCHER, G., *Introducción a la sociología general*, Barcelona, Herder, 1985.
- TREVES, R., *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Taurus, 1978.
- TOYNBEE, A., *La civilización puesta a prueba*, Emecé, Buenos Aires, 1949.