

## EL MÉTODO

### 1. PREMISAS

En la introducción a este pequeño volumen he recordado el clima de “descubrimiento iluminado por la duda” que, en años lejanos, despertó en los jóvenes estudiosos de entonces el interés por la sociología del derecho.

Para hablar ahora del método no puedo más que comenzar justamente con la duda, que es el motor de la investigación, de la ciencia y del conocimiento humano. La duda es común a diversas epistemologías que la tradición filosófica acostumbra oponer entre sí, como el racionalismo y el empirismo. Descartes ha centrado en la duda absoluta —con excepción del pensamiento autoconsciente, el *cogito ergo sum*— la investigación de la verdad. Bacon, y luego Locke, Berkeley y Hume, han apuntado a la duda conjetural, la cual se remueve a través de la observación.

Es sorprendente y en ocasiones doloroso, en estos tiempos, escuchar voces que todavía sugieren al estudioso abandonar la duda, abrazar una verdad definida por la autoridad de una vez por todas y limitar la investigación al interior de este cuadro preconstituido. No quiero discutir aquí si este llamado a la verdad absoluta tenga un fundamento por lo que se refiere a la dimensión ultraterrena, si bien la historia revela claramente que no sólo entre una y otra de las doctrinas religiosas que son presentadas como absolutamente verdaderas, sino también al interior de cada una de ellas, la libre investigación ha producido una gran diversidad de opiniones incompatibles entre sí, tanto que hacen concluir que cada una de estas verdades de fe concurrentes no es absoluta, sino relativa a la autoridad que la ha proclamado, en su

tiempo, en su terreno cultural, para no decir a sus diseños concretos de acción humana. Esta es una constatación que señala cómo existen muchos absolutismos, armados el uno contra el otro, y por el contrario, un solo relativismo, por definición desarmado.

Sin embargo, aquí no hablamos de la dimensión ultraterrena, ni de la fe, sino de la investigación sobre las cosas visibles y realizables. Cosas humanas, en el caso de las ciencias sociales. En este campo, que se puede remitir a la duda como principio gnoseológico primario, es todavía más sorprendente. Y, sin embargo, ocurre.

Un modo de hacer dogmática de la ciencia, muy difundido en la segunda mitad del siglo XX, ha sido el uso impropio del concepto de paradigma que Thomas Kuhn elabora en su conocidísima obra *La estructura de las revoluciones científicas* (1999). Por “paradigma” entiende este autor un sistema de aseveraciones teóricas reconocidas como válidas por una comunidad científica. La historia de las ciencias, según él, procede por fases, en cuyo transcurso un paradigma se forma, se confronta con los problemas y con los hechos, entra en crisis y es finalmente abandonado con la formación de un nuevo paradigma, principalmente por obra de una comunidad más joven de científicos. Esta concepción histórico-epistemológica puede prestarse a diversas lecturas, inclusive en clave de relativismo extremo, como si el autor quisiera decir que la ciencia no es investigación encaminada al descubrimiento de lo que “existe”, sino sólo una opinión social, contingente y caduca. Sin embargo, la clave de lectura de Kuhn que con frecuencia se ha adoptado en las ciencias sociales a fines del siglo XX ha sido muy distinta, asociando el elemento social y comunicativo de la concepción “paradigmática” con una visión fideísta de la teoría científica de referencia. Si ésta es indiscutiblemente verdadera, entonces hay que excluir de la comunidad científica y prácticamente privar del derecho de investigación y expresión a quienquiera que ponga en duda el más pequeño corolario de la teoría.

En este sentido se han movido durante largo tiempo algunos círculos marxistas, en abierta contradicción con el espíritu que anima las obras científicas de Marx, pero que son ecos de una concepción dogmática de la ciencia que expulsa de la comunidad científica a las voces disonantes, incluso las escuchadas fuera de sus cercas. Con frecuencia ha señalado que la utilización de la sociología sistémica de Luhmann por parte de algunos de sus seguidores corría precisamente este riesgo, también en contra del espíritu crítico y reconstructivo del sociólogo alemán, el cual ha tratado de refundar el funcionalismo sociológico sobre bases nuevas, sustrayéndolo a las críticas que habían provocado sus voces más autorizadas, como la de Parsons, y teniendo cuidado de advertir a sus lectores de no tomar su teoría como un artículo de fe.

Sobre la duda es preciso entenderse. Como he dicho al inicio de nuestro discurso, se investiga porque no se sabe o, para decirlo mejor, se busca alguna cosa que no se conoce, pero que se intuye a la luz de los conocimientos ya adquiridos, por otros o por nosotros. El Ulises dantesco se proyecta más allá de las Columnas de Hércules porque, conocedor del mundo, imagina que también más allá debe haber un mundo, aún “sin gente” y, convencido de ello, desafía la prohibición de traspasarlas. Cristóbal Colón viaja hacia el occidente —se dice— para llegar a las Indias, porque sabe que la Tierra es esférica y que, por tanto, cualquiera que sea la dirección que tome, por ahí deberá alcanzarlas. Que en su camino haya encontrado otro continente no es fruto del error, sino sencillamente un evento inesperado, frecuente en la ciencia y que es habitual denominar *serendipity*. Se busca una cosa y se encuentra otra, la cual puede desmentir los conocimientos adquiridos o confirmarlos, como en el caso de Colón, cuya intuición primaria era correcta: desde Europa se puede llegar a las Indias orientales incluso viajando hacia el oeste.

Decir que se busca alguna cosa que no se conoce, sino que se intuye, significa decir que se piensa que tal cosa “existe”. Las “Indias orientales” existían en tiempo de Colón, así como existen

todavía hoy, si bien son nombradas comúnmente con otros nombres (“Camboya”, “Tailandia”, etcétera). Que tal cosa “exista” y que su existencia se confirme a través de la investigación significa suponer que tal cosa es “real” o “verdadera” y que la suposición de su existencia —que llamamos *hipótesis*— es, precisamente, “verificable” a través de la experiencia. Resulta preciso disipar el lugar común según el cual quien está motivado por la duda no busca la “verdad”, entendida en sentido físico y factual, no en sentido moral, que es otro problema. Y también hay que disipar el lugar común por el cual ninguna hipótesis física o factual puede ser confirmada por la experiencia. La posibilidad de alcanzar también aquellas tierras emergidas, que convencionalmente pueden llamarse “Indias orientales”, viajando hacia el oeste, es un hecho cierto. Así también puede considerarse “verdadero” el que la Tierra gira en torno al Sol y no a la inversa, gracias a los cálculos de Nicolás Copérnico y a las observaciones de Galileo Galilei. No es imaginable un retorno a la concepción geocéntrica, porque ello implicaría contradecir un hecho estudiado y confirmado.

Lo mismo puede decirse en el campo de las ciencias sociales. Es un hecho cierto que en los últimos cien años el número de seres humanos que viven sobre el planeta ha aumentado exponencialmente respecto de toda la historia humana precedente. Y también lo es que, de los años sesenta en adelante, ha disminuido el índice de fertilidad de la población italiana. Y es igualmente cierto que en los últimos treinta años ha crecido en Italia el porcentaje de abogados en relación con la población residente y, también, que ha aumentado el porcentaje de matrimonios civiles respecto de los celebrados mediante rito religioso. Estos hechos son indudables, precisamente en el sentido de que, en el estado actual del conocimiento, no parecen susceptibles de duda.

Lo que distingue a la metodología de la duda no es, por tanto, el escepticismo extremo respecto a todo lo que nos circunda, sino la reivindicación de la libertad de afirmar públicamente —por decir algo— que el cálculo matemático y la observación empírica revelan que la Tierra rota alrededor del Sol sin incurrir en

sanciones. Es el rechazo de la verdad impuesta por la autoridad, aunque sea en nombre de un principio superior y de una teoría considerada como verdadera e inimpugnabile.

Subrayo *una teoría*, que es algo mucho más complejo que una hipótesis singular sometida a prueba. Como se sabe, una teoría es un conjunto de afirmaciones que tratan de dar razón de una serie de fenómenos correlacionados entre sí. Que la Tierra gire alrededor del Sol es una hipótesis confirmada. Pero con ello no se agota la tarea de la astrofísica. A partir de Copérnico y de Galileo la teoría heliocéntrica ha sufrido importantes variaciones en su interior (ya Johannes Kepler descubrió que las órbitas de los planetas son elípticas y no circulares) y probablemente las sufrirá todavía; sobre todo, esta teoría se ha coordinado con otras teorías, de Isaac Newton a Albert Einstein, hasta todas las hipótesis teóricas sobre el universo en expansión, o en aceleración, o en retroacción, o sobre la existencia de otros universos.

Frente a los sistemas complejos de afirmaciones, la duda, removida de la verificación de uno o más fenómenos o de fragmentos de la teoría, resurge con todo su potencial crítico. Cuanto más articulada esté una teoría, tanto más se prestará a correcciones o desmentidos, y según las famosas palabras de Karl Popper (1972), tanto más se presenta como conjetural y refutable. Por tanto, no es verdadera sino verosímil. Resiste hasta que una prueba lógica, un cálculo matemático, una observación no indica que es falsa. Si la falsación es parcial, la teoría se autocorregirá; si es total, será abandonada. En ambos casos sus sostenedores habrán aprendido de sus propios errores. Porque *errare humanum est*. Ningún ser humano posee un conocimiento infinito e incontestable.

Por tanto, en la ciencia se procede a través del ensayo y el error, o dicho de otra manera, se procede de manera infinita, de hipótesis en hipótesis, porque aún la hipótesis confirmada no clausura el procedimiento, sino que abre la vía a otras conjeturas, es decir, restringe el campo de la duda, pero al mismo tiempo lo amplía, hacia arriba y hacia abajo, para hablar metafóricamente. Los descubrimientos en la física han abierto espacios im-

previstos e insondables tanto sobre lo infinitamente grande como sobre lo infinitamente pequeño, poniendo en evidencia que la misma idea de grandeza o de pequeñez no es absoluta, sino relativa a la limitada percepción humana.

¿Es “relativismo” esta concepción? También es preciso entenderse sobre esta palabra, blanco preferido de quienes predicaban verdades absolutas. Popper, quien ha fundado una epistemología falibilista y ha recordado que la ciencia es “investigación sin fin” (Popper 1978), también ha criticado el relativismo cuando se entiende como imposibilidad radical de conocer alguna cosa en su objetividad: en efecto, si éste es nuestro destino, si ninguna percepción es cierta y, por tanto, universalizable y comunicable, ¿por qué afanarse entonces en investigar?

No podemos adentrarnos aquí en este terreno, enfrentando las críticas enderezadas contra el propio Popper por quienes han llevado a sus consecuencias extremas, en este caso sí relativistas, su falibilismo. Limitémonos a hacer hablar el sentido común, que sugiere cautela en el uso de los conceptos y las palabras. Sabiamente, Giovanni Fornero ha distinguido entre un relativismo “fuerte” y un relativismo “débil”, ya sea que se niegue cualquier posibilidad de convenir, en la comunicación social, sobre la realidad de las cosas o que, sencillamente, se considere que cada uno, al observar las cosas desde un punto de vista subjetivo, las describe como las ve y las siente, incluso creyéndolas “verdaderas” y comunicándolas como tales bajo la expectativa de que el prójimo pueda convenir sobre ellas (Fornero 1998, pp. 914-916).<sup>1</sup>

Que cada uno de nosotros tenga una percepción limitada de las cosas es innegable y no sólo a la luz del falibilismo popperiano. Quien ha realizado investigación empírica sabe bien que lo que se observa no es la realidad, sino fragmentos de realidad. Mi-

<sup>1</sup> Como señala un conocido filósofo católico, la regla de la veracidad “se refiere a la *forma* de la comunicación del pensamiento, no a su *contenido*, imponiendo a cada uno decir no ya la así llamada verdad objetiva y mucho menos la verdad *de los otros*, sino siempre y únicamente la propia verdad, aquella que cada uno  *cree*  que es verdad” (Cotta 1953, p. 208; cursivas en el texto).

rar en una dirección significa excluir la dirección opuesta; examinar un objeto implica olvidarse de otros; sacar conclusiones del examen de ese objeto no autoriza a hacerlas extensivas a otros similares e incluso a todos los objetos de la misma clase o categoría. Nuestras investigaciones están limitadas por el tiempo y por los recursos disponibles, pero sobre todo por la unilateralidad de nuestra perspectiva y por nuestra condición humana, expuesta al riesgo del error. De ahí que debamos estar conscientes de que todo campo del saber, ya sea cuando estudiemos objetos que existan independientemente de la acción humana, o cuando analicemos a ésta, crea y modifica incesantemente el objeto estudiado.

Las ciencias humanas poseen caracteres específicos que inducen a una cautela no menor que las ciencias naturales acerca de nuestra falibilidad. Estaríamos errados si pensáramos que conocemos el objeto solamente porque contribuimos a crearlo. Ciertamente, la experiencia viviente es fundamental, como veremos enseguida: tenía razón Giambattista Vico al decir “*verum et ipsum factum convertuntur*”, o sea, que conocemos lo que hacemos. Pero el camino del conocimiento de este *factum* humano está plagado de dificultades.

Antes que nada, hay hechos y hechos. Como dice un conocido filósofo estadounidense, para comprender la realidad social hay que distinguir entre “hechos brutos” y “hechos institucionales” (Searle 2006). Los primeros son innegables. Pueden ser hechos naturales (por ejemplo, dice Searle, la altura de una montaña), pero también hechos humanos —por ejemplo, los seres nacidos— que condicionan la comprensión o la acción con independencia del sujeto cognoscente o del agente. Los segundos dependen de convenciones sociales y específicamente de sistemas de reglas con los cuales se “construyen”, es decir, se instituyen y se disciplinan: pensemos en un juego (el béisbol, dice Searle, como buen estadounidense) o en cualquier otra institución social, como el dinero. Este elemento de “constructividad” artificial no impide a Searle proclamarse realista y afirmar que la realidad social “existe” por sí misma, es decir, que no es solamente un constructo

pensado o artificial. Pero hay quien va mucho más allá de este constructivismo “débil” de Searle.

Habíamos recordado anteriormente que una cosa es el hecho y otra su significado. Entre uno y otro hay un filtro que puede facilitar la comunicación intersubjetiva, o bien, obstaculizarla, según que los hablantes compartan cuando menos los códigos que permiten discernir el significado de los hechos. Siguiendo esta vía, se puede llegar a considerar como convencionales, y por tanto discutibles, aún los hechos llamados brutos. También a éstos damos convencionalmente un nombre y un significado. Ciertamente, la repetición de la misma convención en el transcurso de los años, de una generación a la otra, contribuye a dar objetividad a nuestro conocimiento: las instituciones existen sobre todo por esta razón (Berger, Luckmann 1997). Sin embargo, de todos modos permanece un elemento de subjetividad sobre el terreno y puede afectar a las convenciones mismas. La altura de una montaña puede tener diverso significado para el geógrafo, el alpinista o el sacerdote de una religión naturalista, Que un individuo esté vivo puede ser cierto, pero siempre viene a la mente el ejemplo que ofrece Franco Cordero (1985, p. 245), cuando observa que una ley podría muy bien equiparar la muerte del cuerpo con la muerte del alma y declarar que un individuo, en cuanto pecador sin enmienda, “no está vivo”.

Para dar otro ejemplo, piénsese en la identidad social de un sujeto individual o colectivo. También esta identidad es claramente un objeto convencional. De hecho, la autoidentificación del sujeto puede divergir de su identificación social. Que un cierto grupo de individuos declare “existir”, en el sentido de poseer una identidad cultural, étnica, lingüística o nacional distinta, no basta para que tal identidad sea socialmente reconocida. Para dar este paso se requiere que otros la reconozcan a través de una convención. En derecho internacional, un Estado “existe” si la comunidad de los estados admite, aunque sea informalmente, que existe.



Bajo esta luz, la esfera de los hechos institucionales claramente se amplía en detrimento de los hechos brutos, incluso hasta llegar a considerar que la realidad social es ella misma una construcción artificial, dependiente no sólo de convenciones, sino de lo que “se dice” en torno a los hechos de los cuales toman su partida. Y no sólo esto, sino que esta construcción se funda sobre hechos conocidos que son una minoría infinitesimal de los que ocurren, pero que no son referidos, “narrados”. Así, la realidad social va más allá de las convenciones, para convertirse en narración, ilusión (Bruner 2006). ¿Hace falta llegar al constructivismo filosófico o sociológico para pensarlo, o basta con incomodar a la sombra de Pirandello?

Además, la construcción social es continua, no se detiene en el momento en que la estudiamos. En palabras de un gran sociólogo alemán, Georg Simmel, la sociedad no es una *Gesellschaft*, como señalaría un diccionario ordinario, sino una *Vergesellschaftung*, un hacer continuo que al mismo tiempo precede al análisis científico y se fuga, a través del cambio, delante del observador (Simmel 1998).

Aquí encontramos otro nodo problemático de las ciencias sociales que no puede ignorarse. El científico social, particularmente el sociólogo, estudia, por definición, prácticas sociales ya existentes y, por tanto, puede suponerse que éstas ya son conocidas de quienes —perdónese el pleonasma— proviene la “práctica”. Daré dos ejemplos de mi experiencia, como podría proveer otros muchos.

En mi primer trabajo empírico, dedicado a la institución del testamento, “descubrí” (junto con los estudiantes que analizaban conmigo, uno por uno y con infinita paciencia, los testamentos, de los cuales vimos más de mil) que en el área rural que estudiábamos, anexa a un área urbana, muchos testamentos eran redactados por pequeños propietarios agrícolas para excluir a las hijas de la masa hereditaria, otorgándoles un legado de valor simbólico (tal vez diez mil liras, quizá sólo mil), en sustitución de la cuota legítima perdida, pero sin comparación con el valor de ésta (Fe-

rrari 1972). Ahora bien, de una práctica como ésta, aún teniendo cierta familiaridad con la cultura campesina (al menos debido a que desempeñaba funciones de magistrado honorario en el mismo lugar), yo no tenía ningún conocimiento. Pero en realidad no “descubrí” nada: dejando de lado a los testadores, el notario que regularmente tomaba o recogía las voluntades conocía bien esta práctica y claramente continuaba recomendándola.

La misma experiencia tuve muchos años más tarde, cuando invité a una discípula, como yo, apasionada del Alto Adige, a estudiar en campo el *Geschlossener Hof*, es decir, el llamado *maso chiuso*,<sup>2</sup> aquella forma de propiedad agrícola perfecta e indivisible que desde hace siglos es un bastión de la cultura rural tiroleesa. La investigación, realizada con base en ese admirable instrumento austrohúngaro que son los libros tabularios, reveló que, contrariamente a lo que se pensaba, desde un tiempo atrás las haciendas ya no pasaban más en sucesión al primogénito masculino a la muerte del propietario, sino que eran cedidas, *inter vivos*, al hijo escogido para administrar la propiedad en el futuro, no necesariamente el primogénito masculino, hijo que con frecuencia simulaba pagar el precio completo al padre, cuando en los hechos —según parece— liquidaba las pretensiones de los otros herederos (Fratì 2001). También dicha práctica, obviamente, era conocida por los notarios del lugar, los cuales, claramente, habían inventado un equilibrio entre dos principios contrapuestos: de un lado, la indivisibilidad del mayorazgo, del otro, la igualdad (relativa) de los coherederos.

¿Cuál es entonces la aportación del sociólogo? La pregunta no es ociosa, porque es sobre todo una de las que más se repiten, también a modo de provocación, por los críticos de la sociología. ¿Debe quizá el sociólogo limitarse a trabajar duramente para descubrir aquello que ya es conocido? ¿O renunciar a investigar e inventarse otro papel? Naturalmente, estos interrogantes son

<sup>2</sup> Libremente se puede traducir como “vivienda cerrada”, un conjunto compuesto por la casa, un campo, un césped, un henil y un establo; véase también lo señalado *infra* (nota del autor para la edición castellana).

retóricos, en el sentido de que la sociología y la ciencia social en general tienen ciertamente tareas que justifican su existencia. Las veremos enseguida. Pero primero hay que decir que todo el discurso metodológico desarrollado hasta aquí pretende ser, si no otra cosa, una invitación urgente a la *humildad*. Investigar sobre el mundo social enriquece primero al investigador antes que al público que quizá conocerá los resultados de su investigación. La investigación social es, sobre todo, aprendizaje.

Responderemos ahora a la pregunta sobre las tareas de la sociología, sintetizándolas en cinco verbos: a) averiguar; b) comprender; c) explicar; d) teorizar; e) predecir.

Sobre todo *averiguar*, que significa obviamente observar, pero también *medir*. La entidad cuantificable de un fenómeno y su recurrencia son datos irrenunciables, aunque no falta entre los sociólogos quien considera la medición con arrogancia, como si se tratara de una forma menos noble de la labor sociológica. De hecho, revela si una práctica social está consolidada y no es ocasional: el significado de las observaciones sobre la sucesión testamentaria en el área rural y sobre el mayorazgo del Tirol del Sur, arriba citadas, no consisten en haber “descubierto” el fenómeno, sino en haberlo podido configurar como una práctica repetida, reveladora en un caso de una resistencia cultural, y en el otro, del cambio social en curso.

Es cierto que los datos numéricos con frecuencia son engañosos y se prestan a diversas lecturas, pero ciertamente no son irrelevantes. En el diálogo social, incluso el científico, circula una miríada de noticias que frecuentemente no son confiables. Si además son creídas y propagadas, se convierten en lugares comunes que el investigador tiene que descontar y, si se da el caso, desmentir. Daré un ejemplo.

Por cerca de dos décadas, en los estudios sociológicos sobre el litigio judicial en materia civil se ha dado por cierto que todos los países desarrollados habían sufrido una “explosión de los litigios” (*litigation explosion*), capaz de poner en predicamento a los respectivos sistemas judiciales, que efectiva y visiblemente esta-

ban un tanto sobrecargados en todas partes. Ahora bien, una mirada más profunda ha llevado, no a negar el fenómeno pero sí a circunscribirlo. Un estudio europeo comparado ha revelado, entre otras cosas, que en dos países limítrofes y similares en grado de desarrollo, ordenamiento jurídico y sistema económico, como Alemania y los Países Bajos, las tasas de litigiosidad eran muy diversas (Wollschläger 1989; Blankenburg, Verwoerd 1989), tanto como para dar lugar a una larga discusión sobre las causas de esa diversidad (Blankenburg 1994).

Dirigiendo la atención a Italia, con un análisis de un periodo muy largo (casi cien años), se ha constatado que sí se ha producido un aumento de la litigiosidad civil en los últimos decenios, compensado, por otro lado, por la disminución vertiginosa de las controversias de menor cuantía, pero que, en primer lugar, relativizando el dato en relación con el crecimiento demográfico y el aumento de la riqueza, no se podía hablar en rigor de una “explosión”; en segundo lugar, que tal aumento era correlativo sobre todo con un evento específico, la reforma del proceso laboral en 1973, que había acelerado y hecho menos costoso el procedimiento relativo, logrando un efecto más bien inflacionario, pero querido por el mismo legislador; en tercer lugar, que el aumento de la litigiosidad en el campo del trabajo se debía en gran medida al flujo contingente de causas en materia de seguridad social, dirigidas a obtener subsidios por parte del Estado. El todo hizo pensar que la sobrecarga del sistema judicial italiano se debía más a factores internos, eminentemente de desorganización, que a la presión externa (Pellegrini 1997), tanto así que una vez disminuida la carga de los asuntos de seguridad social y mantenido en un nivel más o menos similar el flujo de las demás controversias, la capacidad de absorción del rezago ha mejorado sólo de manera marginal, como se ha mostrado gracias a una actualización de los datos después de una década (Pellegrini 2008).

*Comprender* el fenómeno averiguado es otra tarea importante del sociólogo. Este punto parece obvio, pero no lo es. Como ya hemos señalado, Weber ha presentado a la sociología como cien-

cia “comprensiva” (*verstehende Soziologie*), considerando que esta tarea es prioritaria respecto de la explicación, que también compete al sociólogo. Comprender un fenómeno observable significa, para Weber (1974a, 1974c), reducirlo a categorías conceptuales abstractas y previamente establecidas por el investigador, aquellos “tipos ideales” que ya se ha mencionado: en cierto modo clasificarlo, pero después de haber descifrado su “sentido”.

Ahora bien, no es fácil de percibir el sentido de las prácticas sociales. En realidad, no se dice que todos los participantes en la misma práctica le confieran el mismo sentido, ya que la percepción del sentido de su actuar depende de los códigos de interpretación a los cuales ellos mismos se atengan. Naturalmente, además del sentido subjetivo de la acción, hay un sentido objetivo atribuido por los códigos de significado que se suponen comunes a los protagonistas, pero pueden no serlo. El derecho es uno de estos códigos: pero hablando de pluralismo jurídico, habíamos visto ya que sobre éste puede haber un disenso radical.

Luego está el código de interpretación del investigador mismo, que, por su parte, puede diferir profundamente del de los actores observados. Ese punto, muy conocido de los antropólogos, sobre todo cuando estudian sociedades de cultura no escrita, es particularmente sensible. En sociología se hace siempre referencia a las observaciones de Robert K. Merton (1970, I, pp. 192 y siguientes), uno de los sociólogos más importantes del siglo XX, sobre el significado del rito de la lluvia entre los indios hopi. La explicación de éstos —como sucedería también con los participantes de un triduo de misas católicas para conjurar la sequía— es naturalmente que el rito servía para propiciar la lluvia. La explicación de Merton, dando por descontado que no existía una relación etiológica entre el rito y la lluvia y, no obstante que el rito persistía en la vida del grupo a pesar del fracaso de esta “función manifiesta”, fue que esto no era pura superstición, en cuanto desplegaba una “función latente” que cimentaba la cohesión social del grupo mismo ante el peligro. Esta explicación de Merton es una piedra millar en la historia de la sociología y desde el punto

de vista de la psicología social es probablemente irreprochable. Sin embargo, es un ejemplo de cómo los códigos de interpretación de las prácticas sociales pueden divergir y cómo el investigador puede sobreponer su propio código al del grupo social estudiado, corriendo el riesgo que se define como “etnocentrismo” y que consiste precisamente en aplicar la propia cultura a la interpretación de los fenómenos propios de otras culturas.

*Explicar*, otra tarea del sociólogo, consiste en el procedimiento que podríamos indicar en latín a través del admirable lema de la London School of Economics: “*rerum cognoscere causas*” (“conocer las causas de las cosas”). Obviamente hablamos de “causas” en plural, dando por descontado, a los fines de una explicación científica, la existencia, entre los eventos humanos, de correlaciones múltiples que van más allá el campo de los acontecimientos sin los cuales un hecho no habría ocurrido: para entendernos entre juristas, aquel “nexo etiológico” entre la acción y el evento que el juez debe determinar antes de condenar. El campo de las correlaciones que interesa al sociólogo se refiere a toda acción o práctica social que puede haber influido, incluso de manera lejana, en el plano económico, político, mediático, cultural, sobre lo que se esté estudiando.

Tomemos un ejemplo del campo, siempre sugerente, de la política penal. En Europa se habla hoy con frecuencia de la “construcción social del enemigo” para dar cuenta de las políticas penales y administrativas que discriminan a quien es diferente, al inmigrante, al extranjero (De Lucas 2004; Jakobs, Cancio Meliá 2006). Que entre la adopción de estas medidas, algunas oficiales (severidad en la aplicación discrecional de las penas), otras no oficiales (detención ilegal, por ejemplo, en los llamados “centros de acogimiento”), se vincule en este momento histórico con el incremento en el flujo de migrantes de los países menos desarrollados y con el índice de desviación específico de los inmigrantes, es obviamente probable. Pero cometería un error el estudioso que no se preguntara también cuánto influye en dichas prácticas el sentimiento social de inseguridad y cuánto dicho sentimiento es

construido artificialmente, como se ha observado con frecuencia (Pitch 2006; Mosconi 2006). Para responder a este interrogante, el sociólogo hará entonces bien en buscar una correspondencia temporal entre estas políticas discriminatorias, ciertas campañas mediáticas y, por último, los acontecimientos políticos y electorales. De hecho el miedo —como enseñan miles de ejemplos históricos de persecución de las minorías— es un poderoso argumento político, sobre todo si es explotado en un breve periodo, como son las campañas electorales.

La *teorización* es otra contribución esencial que la sociología debería ofrecer al conocimiento, tanto que la bibliografía sociológica posee una gran riqueza de estudios exclusivamente teóricos que, a su vez, aprovechan las investigaciones realizadas por otros estudiosos, pero frecuentemente elaboran sistemas de pensamiento del todo independientes de la observación. Dos puntos fundamentales a este respecto.

Por un lado, la ciencia es por definición teórica, en el sentido de que, como ya se ha dicho, mira a la construcción de sistemas de aserciones capaces de dar cuenta de una serie de fenómenos correlacionados entre sí. Por ello no existe investigación empírica sin teoría, por una simple consideración: que no se puede empezar a hacer investigación sin haber establecido primeramente un campo de investigación y unas hipótesis, lo que resulta imposible sin tomar en cuenta conocimientos ya adquiridos y coordinados en forma de teoría.

Por el otro lado, que pueda existir la teoría pura sin investigación es un problema más complejo. Aparte el caso de la teoría que aprovecha las investigaciones de otros, lo que es obvio, la cuestión se refiere a las teorías que declaradamente prescinden de la investigación de campo y, sobre todo, a las teorías que no se prestan a la observación empírica, en cuanto no pueden articularse en proposiciones susceptibles de control empírico. En el primer caso estamos frente a la toma de una posición metateórica que desconfía del potencial explicativo de la investigación sobre el terreno, porque es demasiado fragmentaria y ocasional, pero

no de la observación en sí, que cada uno realiza observando su entorno y aprendiendo de la vida propia. Niklas Luhmann, entre otros, parece escindir estas dos actividades. Sin embargo, permanece abierta la posibilidad, para quien cree en la investigación de campo, de fundarla en hipótesis teóricas de quien en ocasiones la rechaza. En el caso de Luhmann, por ejemplo, no hay razón para excluir que sea posible desarrollar investigación basada en la hipótesis teórica, propuesta por él mismo, de que la intervención del juez en las controversias puede aumentar la complejidad, en lugar de reducirla (Luhmann 1982, p. 14). Esta es una hipótesis intuitiva, ya que el juez agrega su voz a la de las partes y, sobre todo en un sistema de derecho inclinado a la incertidumbre, el resultado de su intervención puede ser considerado un riesgo difícilmente calculable.

En el segundo caso nos encontramos en ocasiones frente a teorías que Popper consideraría no falsables, y por tanto, no científicas, y que Merton (1970, I, pp. 67 y siguientes) rechazaría en cuanto, a su parecer, el campo de la ciencia social no puede ir más allá de lo que él definía como el nivel de “alcance medio” (“*middle range*”): el que se limita a poner sobre el tapete sólo las hipótesis que se pueden confirmar o desmentir a través de la observación realizada según técnicas acreditadas. Sobre este tema muy complejo me atrevo a decir solamente que resulta difícil tomar una posición, ya sea porque es difícil trazar un límite claro —para utilizar las palabras de Merton— entre el largo alcance y el alcance medio, ya sea porque también las reflexiones que a primera vista no parecen susceptibles de control empírico pueden de todos modos iluminar la comprensión de las cosas humanas y proporcionar una clave de interpretación del dato empírico. Pienso, entre otros ejemplos, en el libro de Eligio Resta *Le stelle y le masserizie* (1997), en cuyo título se retoman unas famosas palabras de Giacomo Leopardi y que, en contraposición al hombre que transfiere a sus pobres cosas la observación del universo, propone un “paradigma del observador” basado en la inmersión —por decirlo así— en el mundo de los otros y de sus exigencias.



Resulta difícil traducir esta concepción en hipótesis empíricas, también por su naturaleza más prescriptiva que descriptiva. Pero sería igualmente difícil negar que puede llevar a la comprensión de la condición humana y a la misma observación, base de la sociología. Como sucede —según veremos— con muchas fuentes literarias.

Por último, una tarea no secundaria del sociólogo es la de la *previsión*. Dar cuenta de una serie de fenómenos correlacionados entre sí, que es lo que caracteriza a una teoría científica, significa afirmar que en presencia de algunos fenómenos ocurrirán o podrán ocurrir otros en el futuro, en las mismas circunstancias.

Este es un tema apasionante, sobre todo si se pregunta cuál es el potencial de previsión que tienen las ciencias sociales respecto de las naturales. Estas últimas, de hecho —se dice— tratan de relaciones invariables entre elementos, sobre los cuales no influye el observador. Si se lo deja caer desde lo alto de la Torre de Pisa, un peso sufrirá la aceleración que Galileo se preocupó de medir. Si se lanza una astronave hacia Marte y nada interviene para impedir su camino, ésta alcanzará el objetivo en el tiempo previsto con base en la velocidad y la distancia. A través del ADN se puede establecer la paternidad de una persona con una probabilidad de error cercana a cero, etcétera. Las relaciones causa-efecto en las ciencias naturales son, o mejor, parecen ser ciertas y repetibles, y así las previsiones: basta con no errar en el experimento.

Las ciencias humanas —se dice todavía— no tienen esta propiedad por tres motivos principales: primero, los seres humanos pueden sustraerse a la previsión del observador; segundo, es el observador mismo el que, con su obra, influye en el comportamiento de los seres humanos, modificando el curso de los eventos; tercero, a diferencia de la naturaleza e incluso del mundo animal, el ser humano actúa con frecuencia de manera irracional y, por tanto, impredecible. En síntesis, para utilizar una clásica expresión, los fenómenos sociales no son necesariamente repetibles como lo son, y parecen ser, los fenómenos naturales.

Sobre estos puntos se puede estar de acuerdo en principio. La realidad social es producto de la acción incesante de millones de individuos y cambia continuamente. La investigación de hoy puede ser ya histórica cuando es concluida. Además, la vida social es un campo de expectativas simples y complejas, es decir, reflexivas (“yo espero que tu esperes que yo espere que tu hagas...”). Este juego de espejos se convierte fácilmente en un juego de escondidas: yo me sustraigo a tu previsión en previsión de que tu actúes de acuerdo con la previsión de que yo, en cambio, no me sustraeré a ella. Examinado el sistema político podemos fácilmente experimentar este juego. Podemos decir así —pero no deseo arrebatársela la tarea a los politólogos— que entre los personajes políticos, los cuales visten máscaras ahora fijas, ahora cambiantes según las conveniencias y las recomendaciones de sus expertos en publicidad, existen ya sea los que prefieren adherirse a las previsiones (o las que parecen tales), ya sea los que les gusta contrariarlas (o aparecer como tales), dando muestra de hacer lo opuesto de lo que se espera de ellos, para “sorprender”; dejo a los lectores el gusto de colocar a las personas concretas en estos dos tipos ideales. Es claro entonces, que una previsión precisa, como la relativa al peso que cae de la Torre de Pisa, no es posible en estas condiciones.

No menos conocido es el segundo argumento. Ha sido también Merton (1970, II, pp. 765 ss.) el que ha hablado, en sociología, de las “profecías que se cumplen a sí mismas” (*self-fulfilling prophecy*). Si el gobernador del Banco Central Europeo expresa públicamente sus dudas de que el euro pueda perder valor, incluso si ha hablado después de haber dormido mal y por ello ve todo negro, se puede prever que mañana el euro perderá valor, porque los inversionistas correrán a vender euros y comprar dólares o yenes, para luego recomprar euros una vez que esta moneda ha perdido valor. Así puede ocurrir con la bolsa de valores: la previsión sobre la cotización de un título la hace subir o bajar; no es casualidad que el agio sea castigado como delito. Ahora bien, si en una campaña electoral un partido político hace difundir un

sondeo que lo presenta como seguro vencedor, es previsible que un grupo de electores se sentirá atraído a aquél. Verdaderos o falsos, los sondeos electorales cambian los votos. De todo esto parecería deducirse que las profecías sobre el futuro lo condicionan de modo tal que lo hacen previsible. Pero sería una deducción errónea. En realidad, en la medida en que modifican el curso de los eventos, es decir, que crean nuevas realidades, dichas profecías provocan efectos en cadena, quizá predecibles en el corto plazo, pero no en el mediano o el largo plazos. Cuando menos en esta dimensión, por tanto, aumentan los márgenes de imprevisibilidad.

El tercer argumento es el más recurrente. Se puede considerar, con Weber y con otros muchos estudiosos, que el hombre medio orienta su acción “racionalmente”, es decir, que prevé lograr sus fines escogiendo los medios que considera adecuados: es decir, que es un “animal teleológico”, como dice Bobbio (1984, p. 24). Pero esto no quiere decir que su camino esté libre de obstáculos, porque muchos factores, comenzando por la acción de los demás, pueden interferir en este camino. Y, sobre todo, no significa que actúe de modo apropiado. De hecho, el hombre puede equivocarse en la individuación tanto de los fines como de los medios. Su acción, como señalaba Weber, puede ser no sólo racional, sino también irracional, dictada por la afectividad, la imitación, la indolencia, la aversión, la simpatía, la futilidad y también, con mucha frecuencia, la estupidez: no me canso nunca de repetir que la acción estúpida puede tener consecuencias extraordinarias en la vida humana. Es decir, la acción humana puede ser “no lógica”, como decía Vilfredo Pareto (1978).

¿Cuál es, entonces, la capacidad de previsión de las ciencias sociales y de la sociología en particular? A esta pregunta los sociólogos han dado, desde hace tiempo, varias respuestas importantes. La primera, y la más fundamental, es que la previsión en las ciencias sociales no es cierta sino *probabilística*. Este puede considerarse un punto firme y, de hecho, el científico social se

aprovecha comúnmente de los métodos estadísticos para formular previsiones sobre la base de mediciones pasadas. Pero hay que preguntarse todavía cuán amplio es el margen de error de este tipo de previsión: es decir, qué tan abiertas están las “tijeras”, como acostumbra a decir los encuestadores. Aquí creo que hay que decir algunas cosas simples, pero no de importancia secundaria.

El rango de acción del ser humano no es infinito. El hombre bien puede jugar a las escondidas con la reflexividad de las expectativas, pero sus oportunidades de acción son limitadas. Ciertamente se puede decir que al final todo dilema práctico pone al hombre frente a una alternativa binaria entre hacer o no hacer una cosa, pero ello no significa que la previsión de lo que hará tenga un margen de error del 50 por ciento. La selección de la acción, de hecho, depende de algunas variables que, si bien pueden complicar la previsión, en cuanto obligan a introducir otras incógnitas en el modelo (los econométricos adoptan modelos matemáticos con muchísimas variables), también puede facilitarla cuando convergen en una sola dirección. Y de hecho esto ocurre con frecuencia. En la acción humana hay algunas reglas “áureas”. Por ejemplo, en el sistema político es experimentable que los actores buscan, casi todos y siempre, mantener o incrementar su cuota de poder. En el sistema económico, el actor típico (el *homo oeconomicus* de la tradición liberal) se mueve para conseguir ganancias y no pérdidas. En la vida de pareja, la mayoría tiende a conservar la relación y no a perderla, si bien en tiempos y lugares diversos los índices de divorcio varían sensiblemente. En todo caso, el ser humano medio, no menos que los “animales no humanos”, está decisivamente condicionado por necesidades elementales conectadas con su vida física —aire, agua, alimento— y confinado a los límites, siempre físicos, de su propia vida o de su propia naturaleza. Es decir, hablando metafóricamente, camina entre opciones binarias cuyo descarte apenas conocemos, pero que aún así es muy limitado: no sabemos todavía cuánto podrá todavía bajar el récord mundial en la

carrera de cien metros planos, pero es seguro que nunca llegará a igualar al de un *jet*.

De todo esto se puede dar cuenta en las previsiones, sobre todo si, como sucede en la sociología, tenemos que habérmolas con un sujeto singular (que siempre puede desviarse de la norma), sino con más sujetos, basándonos en el comportamiento del hombre medio. Y si las previsiones se fundan, como deben serlo, en conocimientos ya adquiridos en el mismo ámbito de la acción o en ámbitos análogos, aquéllas tienen buena probabilidad de encontrar confirmación.

Para dar un ejemplo típico en nuestro campo, si los legisladores de 1978 que expidieron la famosa ley número 392, llamada del alquiler justo (*equo canone*), fijando un precio político para los alquileres de vivienda y dejando en libertad el mercado de los alquileres de oficinas, hubieran simplemente recordado el fenómeno del mercado negro durante la última guerra mundial, habrían podido prever con certeza suficiente que aquella ley habría obtenido el efecto típico de todas las leyes de precio oficial, es decir, que hacen desaparecer del mercado la mercancía controlada. Y, de hecho, en detrimento de las clases menos pudientes a las que se pretendía tutelar, desaparecieron las viviendas de alquiler legales y nació un mercado negro que incentivó formas de extorsión e hizo aumentar la evasión fiscal; muchos centros urbanos se vaciaron de habitantes, convirtiéndose en centros de negocios; los ciudadanos corrieron a adquirir departamentos, haciendo crecer desproporcionadamente los precios de los bienes inmobiliarios y contratando créditos con gran ventaja para el sistema bancario. Naturalmente, es muy probable que estos efectos no solamente fueran previstos, sino también queridos por una parte de la clase política que votó dicha ley por una amplia mayoría. Se puede incluso plantear la hipótesis, como lo hizo un conocido sociólogo noruego en un ensayo pionero de la posguerra, dedicado también a examinar los efectos de una ley de control de precios (Aubert 1950), que una parte política había votado esa ley para exhibirla como símbolo ante su electorado, que pedía

que los alquileres fueran más equitativos, y la otra la habría votado pensando en las muy lucrativas especulaciones que se harían posibles. Este argumento en nada afecta todo lo que se ha dicho sobre la previsibilidad de aquellos efectos, sino que incluso lo confirma.

Por tanto, se puede decir con una cierta tranquilidad que también los hechos sociales son previsibles. Que lo sean más o menos que los hechos naturales, por su parte, es un problema más difícil de lo que pueda pensarse a primera vista. Un buen epistemólogo estaría tentado a recordar que la ciencia contemporánea ha delimitado bastante, si no abandonado, el ámbito de la recurrencia de los fenómenos naturales. Inclusive la naturaleza se sustrae, mediante el cambio, a las previsiones que son siempre —lo subrayo— *previsiones humanas*. Y podríamos agregar que el hombre mismo —como en la *self-fulfilling prophecy*— es capaz de incidir también en los fenómenos naturales. No pretendo cuestionar aquí el principio de indeterminación de la mecánica cuántica, sobre el cual los expertos admiten desde hace tiempo que hay que proceder con cautela. De manera más banal diré que el hombre mismo está en condiciones de provocar efectos que no siempre es capaz de calcular: baste el ejemplo del calentamiento global. Porque éste es el punto. Una cuestión es que la naturaleza no falle, por así decirlo, en el sentido de que los eventos naturales son fruto de combinaciones mecánicas de las cuales no pueden no provenir ciertos efectos. Otra cuestión, muy diversa, es que el conocimiento humano de estas combinaciones está lejos de ser completo. Los vulcanólogos saben que los volcanes hacen erupción a causa del exceso de presión interna, pero no están todavía en condiciones de prever con precisión cuándo hará erupción un volcán determinado, aunque esté siendo constantemente monitoreado. Por lo demás, la ciencia natural es “natural” en cuanto a los fenómenos que estudia, pero es siempre “humana” en cuanto al sujeto que los estudia. Es frente a la gran complejidad de la naturaleza que el más brillante de los científicos puede encontrarse

más desarmado que el sociólogo que —para decirlo nuevamente con Leopardi y con Resta— ha de mirar no tanto hacia las estrellas, sino a sus pobres trastos, porque son bien conocidos.

Todo esto no significa, naturalmente, poderse abandonar a las previsiones, incluso cuando se adoptan métodos de investigación más sofisticados, los modelos econométricos o socio-métricos elaborados por los expertos en técnicas cuantitativas. También aquí la experiencia sugiere mucha humildad. ¿Cómo explicarse, de otro modo, que a pesar de ser conocido desde hace tiempo a todos los funcionarios de la banca estadounidense y a todas las personas razonables que el sistema del llamado *subprime* era muy peligroso, ninguna voz con autoridad en el campo de la ciencia económica se haya elevado para prever la crisis del otoño del 2008 que todavía oprime al mundo? ¿O es de pensar que sí hubo tales voces pero que no pudieron hacerse oír por la opinión pública, que incluso a nivel de especialistas parece formarse siempre más con base en las noticias filtradas por los medios de comunicación?

## 2. FUENTES

La primera fuente de conocimiento científico es la observación. El lema de un investigador debe ser: “observar, observar, observar”. No hablo ahora de la observación organizada según métodos elaborados y prescritos, sino, en general, de la capacidad de mirar alrededor, incluso desde la ventana. Por ejemplo, desde la ventanilla de un taxi. No olvidaré jamás que, regresando de un viaje, una tarde ya muy avanzada, tomé un taxi desde la terminal del “Malpensa Express” para ir a casa, y el taxista, furioso con la tendencia italiana a la ilegalidad, me invitó a contar las infracciones de las que seríamos testigos: en un trayecto de diez minutos y con las calles prácticamente desiertas contamos una quincena, es decir, *la mayoría de los vehículos que encontramos de camino*. Pensando que en los albores de la sociología

del derecho en la postguerra uno de los objetivos era verificar la tendencia a obedecer la ley en los diversos países,<sup>3</sup> aquel pequeño fragmento de investigación (contar significa ya investigar) fue una enseñanza útil.

La observación procede con la vida, la penetra en forma de memoria, fijándose en palabras, imágenes, olores, sonidos, ambientes, los cuales se crean incluso inconscientemente mientras la memoria nos sostiene. La experiencia vivida, activa o pasivamente, es la base indispensable del conocimiento, incluso en su forma científica. Ninguna investigación sobre el terreno, por vasta y rigurosa que sea, podrá jamás igualar la que se adquiere viviendo, la cual proporciona un patrimonio incalculable de datos y los inserta en un contexto, definiendo nuestra perspectiva, el punto de vista parcial desde el cual consideramos y “sentimos” las cosas antes de interpretarlas.

Haber crecido en una pequeña ciudad costera, rodeada de muros antiguos y de montañas, ha contado enormemente en mi vida y, otro tanto, haber pasado varios años de mi infancia más temprana como “refugiado” en otra ciudad, también antigua, entre las colinas de los Apeninos, inmerso en la guerra: no podría separarme de aquellas sensaciones, a pesar de haber transcurrido el resto de mi vida en una metrópoli. Cuando, ya en la madurez, he leído sobre el *village approach*, aquel método típico de los antropólogos que consiste en observar cotidianamente la vida en una pequeña comunidad aislada, ya tenía yo conciencia de los lugares en donde todos se conocen, no se usan los apellidos sino los sobrenombres que, a su vez, acompañan a las familias por generaciones, donde las amistades, enemistades y juicios sociales se consolidan, convirtiéndose en *clichés*, y el ambiente te envuelve casi hasta sofocarte, pero también te

<sup>3</sup> Cfr. Podgórecki (1991, pp. 21 ss.), sobre la base de investigaciones realizadas en los años sesenta y setenta, refería cómo los índices más elevados de legalismo se habían encontrado en Alemania y el Japón: es decir, dos estereotipos históricos, como el del ilegalismo italiano que confirmé en mi nocturna observación milanesa.



asiste y al final te reclama, como dice Hermann Hesse (1980) en su *Peter Camenzind*.

De la experiencia cuenta lo que se recibe y naturalmente lo que se hace. Aquí entra en juego, para el sociólogo del derecho, el tema de la actividad profesional del jurista. Ésta no es indispensable, pero para quien la desarrolla es una fuente extraordinaria de observaciones. Es, de hecho, una observación participante continua, es decir, un método reconocido y codificado de observación sociológica, incluso desarrollado *in vivo*, sobre problemas concretos. El proceso judicial, en particular, se conoce sobre todo participando en él. La observación externa, incluso si es auxiliada por un conocimiento preciso de los hechos y de las normas, obstaculiza el conocimiento de los detalles que, según la lógica de lo infinitamente pequeño, se hacen gigantescos cuando se miran “desde el interior”. La interacción entre los jueces, los abogados, las partes y los testigos alterna la formalidad y la informalidad. Con frecuencia, las palabras habladas son distintas de las transcritas en las actas, y antes de ser dichas son, en ocasiones, fruto de intercambios imperceptibles, e incluso no siempre conscientes. El lenguaje gestual se confunde con el hablado y éste, a su vez, debe ser descodificado y recodificado según las reglas del léxico jurídico, hasta que el juez pueda dar la motivación de su resolución, respetando un rol que lo quiere, por cierto, sujeto a las reglas. Y en esta serie de filtros, previos a las reglas, pasa lo que en el lenguaje judicial se define como “el hecho”, es decir, una serie de eventos ya acaciados y seleccionados por la memoria, por las sensaciones, por los contactos precedentes y por los intereses de los protagonistas y también por las reglas mismas, con sus preclusiones y sus límites formales y sustantivos. Nada como una observación participante revela el elevado grado de artificiosidad del “hecho” sobre el cual el juez resolverá “conforme a derecho” y como, en suma, la distinción misma entre “hecho” y “derecho” es, esencialmente, un (noble) artificio retórico impuesto a los dialogantes —las partes y el juez— como estructura obligada de su diálogo.

Por tanto, la experiencia viviente no es otra cosa que una investigación de campo permanente. Pero para tener ocasión de una reflexión científica todavía es necesario distanciarse emocionalmente de ella y enfrentarla con el espíritu del investigador, encauzarla mediante las reglas del método sociológico, a fin de que no se pierda o se esfume en las puras sensaciones, responda a los cuestionamientos, se acuerde de otros conocimientos ya sabidos y adquiridos en sentido teórico. La experiencia personal es una fuente, entre otras, para confrontar críticamente o, mejor dicho, autocríticamente.

La investigación es un camino que se emprende según la dirección que el investigador, planteadas las interrogantes sobre el terreno, debe haber ya trazado en sus líneas fundamentales. Las preguntas, de hecho, se traducen en respuestas hipotéticas que, hablando metafóricamente, representan las estaciones hacia las cuales se dirige. Esto implica restringir ya el campo visual, no tanto que impida observar el paisaje del entorno, pero lo suficiente para vincular el camino, como lo vincula cualquier calle. Tomamos un camino y no otro, sabiendo *a priori* que si hemos errado, será fatigoso tomar el regreso.

En principio, las fuentes deben ser seleccionadas en razón de este camino, aunque existen factores externos que limitan la libertad de elección que el investigador no puede desatender. Si opta por la investigación sobre el terreno, lo que significa observar los hechos mientras éstos ocurren, o bien, reconstruir hechos ya acaecidos, debe saber que esta empresa *cuesta* en términos de recursos personales y financieros. Podríamos decir que éstas son variables independientes, en el sentido de que la investigación sociológica se hace no solamente, como es obvio, donde se dan los hechos sociales que nos interesan, sino también los investigadores que los observan y los medios para realizarla. Estos puntos no parecen banales, porque corresponden a reglas deontológicas precisas.<sup>4</sup> La inves-

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, el Código de Ética de la Asociación Sociológica Internacional (<[http://www.isa-sociology.org/about/isa\\_code\\_of\\_ethics.htm](http://www.isa-sociology.org/about/isa_code_of_ethics.htm)>).

tigación no se puede improvisar y mucho menos inventar, como sucede con excesiva frecuencia.

Sólo una vez superados estos problemas preliminares es posible pasar a la selección de los técnicas de investigación. A este propósito es bien conocida y discutida en todos los libros de metodología de la investigación social (Corbetta 1999; Boudon 2003) la distinción entre investigación “cuantitativa” e investigación “cualitativa”, sobre la cual no puedo evitar algunas consideraciones de fondo.

La investigación cuantitativa toma en consideración conjuntos predefinidos y estadísticamente significativos de objetos de estudio, y mide la recurrencia numérica de las diversas variables y de sus relaciones recíprocas. Establecido el ámbito temporal de interés, posiblemente largo, el investigador se preguntará —digamos— cuántas *notitiae criminis* llegan cada año en Italia a las fiscalías, de cuántas de ellas se deriva un proceso penal, qué relación porcentual existe entre la duración de los procesos, el número de magistrados en servicio, su carga de trabajo *per capita*, su desplazamiento sobre el territorio y, en suma, qué proporción existe entre los procesos realizados, las absoluciones y las condenas. De todo esto derivará conclusiones sobre la eficiencia del sistema de represión penal y podrá tratar de hacer una comparación con datos análogos recogidos en otros países más o menos similares al nuestro en cuanto a su sistema jurídico, económico y social.

Artículo 2.2.2.: “In situations in which sociologists are bidding competitively on projects, they should not agree to carry on research projects which are not sufficiently funded or compete with other bidders by the use of further unfair tactics not consistent with appropriate scientific standards” (“En aquellas situaciones en que los sociólogos compitan por proyectos, no deberían aceptar aquellos que no estén suficientemente financiados ni deberían competir con otros usando tácticas desleales no consistentes con los estándares científicos apropiados”). Artículo 4.2: “Researchers should refrain from claiming expertise on fields where they do not have the necessary depth of research knowledge, especially when contributing to public discussion or public debate” (“Los investigadores deberían evitar proclamarse expertos en campos donde no tienen el conocimiento suficiente, especialmente cuando participan en discusiones públicas o debates políticos”) (traducción española tomada de la página Web de la ISA).

La investigación cualitativa renuncia, *a priori*, a establecer correlaciones numéricas entre las variables. El investigador se sumerge en la realidad que estudia, la “vive” observándola desde una o varias perspectivas, busca su significado (el “sentido” weberiano), distinguiendo entre el significado que le atribuyen los sujetos observados y el código de significación propio; recoge pacientemente los materiales y los interpreta. Por tanto, entrará físicamente en una fiscalía y en el tribunal correspondiente, hablará con los magistrados y los funcionarios, reconstruirá las reglas de organización efectivas comparándolas con las formales, seguirá el curso de algunos procedimientos y derivará de todo ello sus conclusiones sobre la eficiencia del sistema de la represión penal, visto de cerca y no de lejos, a través de ejemplos significativos. Esto no impide una comparación con otros sistemas, pero esta comparación se hará *ad sensum*, dando peso a las percepciones del investigador y de sus interlocutores y yendo a buscar otras percepciones análogas, sugeridas por otros contextos.

No he dado por casualidad estos ejemplos. Lo que interesa decir, en realidad, es que, si no se puede negar la diferencia entre estos dos “modos diversos de conocer la realidad social” (Corbetta 1999, pp. 73-76), éstos no se contraponen y más bien se integran (o deberían integrarse) de manera más frecuente de lo que se cree.

Empero, hay que evitar los equívocos terminológicos. La investigación cuantitativa presupone elecciones cualitativas en el momento en que se plantean las hipótesis de la investigación y se seleccionan las variables a medir. Y no sólo esto, sino que sus resultados expresan en magnitudes numéricas los conceptos, los cuales son, a su vez, cualitativos. Piénsese en la eficiencia de un sistema penal, ya mencionada. ¿Cuál es su “medida”? ¿La brevedad del proceso o la ponderación con la cual se llega a la sentencia? ¿Cuál es la función de equilibrio óptimo entre estas dos exigencias contrapuestas? ¿La medida de la eficiencia es la misma para un pequeño proceso por robo con un solo imputado que para un proceso grande de delincuencia organizada, con cientos

de acusados y partes civiles? ¿Tiene sentido, en nombre de la eficiencia, suprimir un tribunal de provincia con una escasa carga de trabajo aunque, hipotéticamente, se haga menos eficiente la protección de los ciudadanos de esa provincia? En suma, hay que definir *a priori* algunos de los índices de eficiencia y sobre éstos influyen elecciones conceptuales y valores altamente cualitativos.

Por su parte, la investigación cualitativa, aún si se concentra en un solo ambiente social, o incluso en uno solo o en pocos casos de relaciones humanas, difícilmente podrá hacerlo sin referencias cuantitativas. Ningún ambiente o caso puede aislarse de un contexto que se define también por magnitudes numéricas. Recoger informaciones en una fiscalía adquiere un significado también a la luz de los datos generales sobre el flujo del trabajo en esa oficina particular, posiblemente comparados con los de otras oficinas análogos. Sólo con este método, que coloca al análisis cualitativo en un contexto cuantificado, se puede llegar razonablemente decir que, por ejemplo, la adopción de criterios organizativos basados en la selección preventiva de las *notitiae criminis* según su contenido e importancia (obviamente con el riesgo de renunciar *a priori* a perseguir todos los delitos denunciados) parece decisiva para hacer más eficiente y al mismo tiempo justo este tipo de servicio (Sarzotti 2007).

Pero incluso para el investigador que adopta el ya mencionado *village approach* tendrán relevancia datos como la distancia de la “aldea” al centro de población más cercano, el número de habitantes, tanto hombres como mujeres, los índices de natalidad y de mortalidad, los índices de producción y de desarrollo económico. No solamente esto: estando por definición interesado en la reconstrucción de prácticas sociales, este investigador no podrá evitar anotar si algunas son *más* recurrentes que otras, o *qué tanto* concuerdan entre sí los testimonios, etcétera.

Por tanto, lo importante no es trazar un límite demasiado rígido entre estos dos *modos* de conocimiento, como si se tratara de dos *mundos* que no se comunican, sino tener claro que ambos tienen ventajas y límites. De la reconstrucción cuantitativa de un

fenómeno de amplias dimensiones no es fácil derivar conclusiones sobre sus particularidades: si analizando una oficina judicial se quiere dar un sentido a la proporción que existe entre las absoluciones y las condenas penales, será necesario sumergirse en la lectura de los expedientes, hacer hipótesis sobre las diferencias de comportamiento entre los jueces de sexo masculino y femenino, o que se deban a su ideología. Cuanto más se desciende en profundidad, tanto más valiosas se vuelven las noticias, aunque sean fragmentarias, que iluminan el dato cuantitativo. Como ya se dijo, las observaciones puramente cualitativas se prestan mal a la generalización: de este tipo de observaciones focalizadas sobre un mundo restringido, atentas a los detalles y a las excepciones más allá de todas las regularidades, no es posible inducir que otros mundos se comportan del mismo modo y, por tanto, es más difícil elevar los datos recopilados al nivel de una teoría.

Las fuentes de la observación pueden distinguirse ulteriormente según ya existan o tengan que ser construidas por el investigador. Por un lado tenemos los documentos escritos, icónicos, fotográficos, preconfeccionados por alguien más en tiempos pasados y con finalidades distintas a la de la investigación. Por el otro tenemos los experimentos del investigador: entrevistas, cuestionarios, conversaciones, *focus groups* (grupos de enfoque), testimonios directos, visualización de eventos a los cuales se asiste o en los que se participa. Todas estas fuentes son confrontadas sabiendo que cada una habla un lenguaje propio, más o menos compatible con el del investigador, pero de todos modos diverso. Entre los investigadores y sus fuentes existe siempre una interlocución, aún si el interlocutor no se encuentra presente “físicamente”, como sucede en el caso de los documentos. Y como el interlocutor puede engañar, así el investigador puede engañarse a sí mismo por un malentendido.

Los documentos tienen su propia objetividad, en el sentido de que existen y que el investigador no puede influir en ellos. Los documentos obviamente pueden ser incompletos, oscuros e incluso falsos, por apócrifos o fraudulentos: de ello hay que tener

clara conciencia. Pero en la sociología del derecho representan una fuente de observación de importancia principal, ya sean documentos *de* derecho, o bien, documentos *sobre* el derecho.

Entre los primeros —documentos *de* derecho— tenemos contratos, testamentos, convenciones, tratados, sentencias, decretos, laudos arbitrales, que registran de manera singular la historia de relaciones y, una vez reunidos y ordenados según criterios adecuados de clasificación, ofrecen a través de la recurrencia de los diversos elementos de que se componen (actores, cláusulas, valores en juego, artificios retóricos, contraposiciones, motivaciones) y de su relación con macrovariables significativas (género, edad, educación, opinión política, clase social de los sujetos mencionados), auténtico cortes verticales de historia social y jurídica. Basta con ir a buscarlos a los archivos, que son muy numerosos, ricos y curiosamente están poco aprovechados por los sociólogos del derecho, quizá porque son, respecto de los historiadores, más amantes del aire fresco o menos inclinados a hurgar en el polvo.<sup>5</sup> Pero son los espejos principales de la vida jurídica, porque han sido redactados precisamente con la *intención de producir efectos jurídicos* y, por tanto, pueden valorarse en relación con tales efectos. Ya he citado casos de investigaciones documentales sobre las sucesiones. Lo mismo puede decirse de la actividad contractual privada o de la jurisdiccional.

Por definición, los contratos representan al derecho en acción, en su vida fisiológica, como se decía en algún tiempo. Por tanto, deberían ser una fuente esencial del conocimiento sociológico del derecho. Desafortunadamente no es así, por la dificultad de adquirir este tipo de documentos en cantidades suficientes para reconstruir a través muestras significativas las prácticas sociales más recurrentes. Sin embargo, hay que llenar esta laguna: hay que preguntarse, por ejemplo, si las numerosas discusiones de estos años sobre la *lex mercatoria* no han estado viciadas en

<sup>5</sup> “No miren al cielo, sino vayan a los sótanos” —porque los sótanos albergan a los archivos— es la advertencia típica que Lawrence Friedman dirige a sus alumnos de sociología del derecho.

cuanto se ocupan sobre todo de los laudos arbitrales —es decir, una minoría de las relaciones patológicas—, ignorando la mayoría de las relaciones que transcurren pacíficamente, sin dar lugar a controversia.

De la actividad jurisdiccional hablan frecuentemente los medios de comunicación; sin embargo, hacen referencia a resoluciones particulares relevantes y, salvo excepciones, ignoran la actividad ordinaria de los tribunales. Pero esta actividad, a diferencia de los contratos, se puede reconstruir fácilmente y, a través de la recopilación razonada de resoluciones, leídas a través de esquemas de interpretación adecuados, ofrece informaciones extraordinarias de historia social y jurídica, revelando las tendencias de fondo no sólo de una jurisdicción, sino también de la cultura profesional y de la litigiosidad social. Una investigación realizada en los años setenta sobre el tema entonces candente del ausentismo en el lugar de trabajo, a través de la jurisprudencia publicada, permitió identificar un alto grado de discrecionalidad creativa de los jueces y fuertes variaciones entre la imagen pública del problema y su realidad menos visible (Ferrari, Boniardi, Gridelli Velicogna 1979). Investigaciones recientes sobre la jurisprudencia europea han permitido no sólo confirmar las tendencias de fondo ya encontradas en las actividades de los jueces de Luxemburgo, muy atentos al reforzamiento de su propia jurisdicción, sino también de individuar los sectores del derecho nacional que más contrastan con los principios del derecho europeo y de determinar que el conocimiento de este ordenamiento de parte de los jueces y abogados nacionales es todavía muy fragmentario (Reale 2000; Reale, Borraccetti 2008).

Entre los documentos *sobre* el derecho tenemos el gran océano de la comunicación ordinaria, informal, privada y pública. Los periódicos, la radio, la televisión, la Internet, los diarios y epistolarios personales, las biografías, los libros escolares, las novelas, los filmes, todo este material tiene una gran riqueza de referencias al mundo normativo en general y al derecho en particular, como la tiene, como ya se dijo, la vida misma.



La escasez de los estudios socio-jurídicos sobre la representación del derecho de parte de los medios de comunicación resulta sorprendente, si se toma en cuenta que los medios constituyen la principal fuente de información sobre el derecho para el ciudadano común. Y es una fuente que, como ya se ha señalado, responde a las lógicas y a las reglas narrativas *técnicamente* diversas de las formales del derecho. Un hecho debe “ser noticia” para capturar a la opinión pública, lo que es más fácil cuando sale de la normalidad, y la noticia, así seleccionada, es reproducida dentro de límites de espacio predeterminados, por lo que, para poder respetarlos, es depurada de sus detalles, incluso esenciales, y luego es amplificadas y en ocasiones enriquecida con detalles fantasiosos. Sobre su contenido puede incidir el conocimiento técnico del informador, el cual es deficiente con frecuencia. Así, para dar ejemplos concretos de fallas periodísticas, la opinión pública común puede ser inducida a confundir la prescripción del delito con la absolución del imputado, la amnistía con el indulto, el código de procedimiento civil con el código civil, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o a creer que —como se ha escuchado de algún político entrevistado para el noticiario de televisión, además abogado— un mandamiento de reenvío a la Corte Constitucional, dispuesto por un tribunal y que es una providencia irreprochable por definición,<sup>6</sup> sea un “acto subversivo”, sin que el entrevistador haya hecho ninguna precisión. No hace falta decir que todo esto contribuye a crear una falsa conciencia sobre el derecho.

<sup>6</sup> Cfr. el artículo 134 de la Constitución italiana: “La Corte Constitucional juzga: sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones”; artículo 1 de la Ley de 9 de febrero de 1948: “La cuestión de legitimidad constitucional de una ley o acto con fuerza de ley de la República, planteada de oficio o interpuesta por una de las partes en el curso de un juicio y no considerada manifiestamente infundada por el juez, es reenviada a la Corte Constitucional para su resolución”. Agradezco a Enzo Marzo, periodista, haberme señalado este increíble episodio.

Luego, la literatura ofrece una gran riqueza, tanto que existe un movimiento cultural ya firme de “derecho y literatura” (*law and literature*), bastante próximo a la sociología del derecho (Sansonne 2001; Mittica 2009). Este tema ameritaría una “primera lección” para sí. No puedo extenderme en él, pero tampoco callar que las fuentes literarias son muy valiosas y con frecuencia se anticipan largamente a la reflexión científica. La *Orestiada* de Esquilo precede, en siglos, a la investigación socio-antropológica sobre el nacimiento de la regulación jurisdiccional de los conflictos en las sociedades arcaicas (Ost 2004; Mittica 2006). *El proceso* de Kafka describe la angustiada enajenación del hombre en relación con el esotérico procedimiento judicial que lo aplasta de un modo más inmediato que las investigaciones sobre las interacciones en las salas de la justicia. Que Pirandello se ha anticipado a Goffman en la reflexión sobre la problemática identidad del hombre oculto bajo su máscara social, es una observación recurrente. Ahora bien, quien pretenda comprender el concepto de contingencia, que es crucial en la sociología, puede consultar *El hombre sin atributos*<sup>7</sup> de Robert Musil (1972), centrado en la contraposición entre el “sentido de la realidad” y el “sentido de la posibilidad”, por el cual lo que ocurre podría no ocurrir ni podría, por ventura, siquiera haber ocurrido. Nada, o casi nada, ocurre en esa novela. Es un mundo ilusorio como su ambiente austriaco, esa “Kakania” —combinación de la compleja interrelación entre lo imperial y lo real (“*kaiserlich*” y “*königlich*”)— que en la nostálgica ironía de Musil representa el centro indefinible del gran imperio multiétnico ya desvanecido: palabras que revelan cómo pudo haber nacido ahí, con Eugen Ehrlich, el moderno pluralismo jurídico.

Luego están las fuentes que construye el sociólogo, de acuerdo con procedimientos cuantitativos y cualitativos consolidados

<sup>7</sup> El título italiano —*L'uomo senza qualità*— no es feliz. *Der Mann ohne Eigenschaften* se refiere realmente al hombre (el protagonista Ulrich) privado de características que definen la identidad. La identidad que se compone y descompone es uno de los núcleos de esta obra admirable, como observa Resta (2006).

por décadas de investigaciones de campo. Aquí, la relación entre el observador y su fuente es más inmediata, y más fuerte el condicionamiento recíproco. Existen, en realidad, sujetos que se encuentran, dando vida a una relación que nunca puede ser completamente neutral, incluso si el investigador no se da a conocer como tal: entre otras cuestiones, esto se presta a objeciones desde el punto de vista ético, excepto en casos extremos.<sup>8</sup> Subrayo que esta relación subsiste incluso si el encuentro entre el investigador y los sujetos implicados en la investigación es sólo indirecto, como sucede con el uso de cuestionarios postales o de otros medios, telefónicos o informáticos, de obtención de información. Estos métodos inclusive requieren reacciones de diverso signo de la persona que es investigada. Un cuestionario está preestructurado y compuesto de preguntas cerradas de respuesta obligada, cosa que puede provocar fastidio en el entrevistado, quien con frecuencia querría seleccionar modalidades de respuesta no previstas; es conocida, por otra parte, la renuencia del entrevistado medio a llenar y reenviar el cuestionario postal. Si luego, por el uso de una tecnología informática o telefónica, típica de los sondeos de opinión, es necesario identificar *a priori* a los sujetos a entrevistar y a obtener su consentimiento, puede surgir la duda de que esa muestra aunque haya sido extraída con precisión y sea cíclicamente renovada, no represente perfectamente el universo que se quiere estudiar: en realidad no a todos les agrada ser entrevistados, sobre todo en temas “sensibles” como la opinión moral o política con la cual va a coincidir fácilmente la investigación socio-jurídica.

<sup>8</sup> Véase la Parte 2.3.4 del Código de Ética de la Asociación Sociológica Internacional (*supra*, nota 3): “The consent of research subjects and informants should be obtained in advance. Covert research should be avoided in principle, unless it is the only method by which information can be gathered, and/or when access to the usual sources of information is obstructed by those in power” (“El consentimiento de los sujetos de la investigación y de los informantes debería ser obtenido por adelantado. Una investigación encubierta debería ser, en principio, evitada, a menos que fuera el único método para adquirir información, y/o cuando el acceso a las fuentes habituales de información es obstruido por las autoridades”).

En esta relación personal con su “público”, el investigador debe intentar no implicarse, lo que es difícil, sobre todo si se utilizan metodologías cualitativas basadas en el contacto prolongado e informal, como sucede con la entrevista en profundidad, con el estudio de las historias de vida o con los llamados *focus groups* o grupos de enfoque, que son grupos de personas que, bajo la guía de un moderador, intercambian opiniones sobre el tema objeto de investigación, eventualmente después de haber asistido a un experimento, como puede ser la proyección de una película (Corrao 2000). Estos métodos poseen la gran ventaja de que adquieren material “fresco”, no preestructurado, más rico en detalles, sobre los cuales el investigador trabajará libremente *a posteriori*. Pero este material, sobre el que quizá el investigador influye menos de lo que sucede con un cuestionario aséptico, está más fuertemente influido por el entrevistador y por su máscara social. A diferencia del sujeto que, junto con otros miles, recibe un cuestionario y permanece anónimo, esta persona está físicamente presente. Así, sus respuestas son fatalmente una autorrepresentación. En sociología del derecho es indispensable, con frecuencia e incluso en las investigaciones cuantitativas, adquirir los primeros datos a través de entrevistas focalizadas con operadores jurídicos, abogados, jueces, funcionarios de tribunales o de la policía. Pero se trata con frecuencia de datos cargados, incluso inconscientemente, de percepciones dictadas por el rol social que se desempeña y que, frente a una investigación, se siente actuado. Es obvio que una indagación sobre la crisis de la eficiencia de la justicia italiana no puede prescindir de noticias adquiribles a través de estos observadores privilegiados, los cuales pueden revelar detalles esenciales para la comprensión de los fenómenos, y debe también descontar *a priori* que, salvo excepciones, cada uno de estos testimonios puede ofrecer las explicaciones menos comprometedoras para la categoría a la que se pertenece.

El objeto de las investigaciones sociológicas son “sujetos” humanos, los cuales reaccionan a la investigaciones de modos subjetivos. Aunque cooperen, pueden desviarlas, del mismo modo

como pueden engañar al investigador, negarse, oponer resistencia o incluso realizar una revuelta, la “revuelta del objeto”, como ha dicho un antropólogo sardo (Pira 1978). Lo que se quiere decir, en síntesis, es que el investigador debe proceder con mucho discernimiento crítico y mucha cautela, dos dotes imprescindibles si se quiere hacer investigación de campo.

El discernimiento crítico debe aplicarse, antes de que sean recogidas las informaciones, a los instrumentos conceptuales mediante los cuales se pretende captarlas, incluso en el plano lingüístico y narrativo. Piénsese en las investigaciones relativas a la normatividad jurídica en las sociedades que no producen derecho escrito o que practican formas de derecho oral alternativo al escrito que oficialmente las regula, como en el caso de las poblaciones llamadas gitanas (Mancini 2004). En estos contextos los códigos lingüísticos del investigador y de la sociedad observada divergen radicalmente, constriñendo al investigador a derivar informaciones no sólo de las descripciones sino también del lenguaje mudo de los hechos. Es esta la razón por la cual, recogiendo una gran intuición de Durkheim (1962), según la cual el derecho —por así decirlo— puede ser estudiado de revés, examinando las sanciones que una sociedad inflige cuando son violadas las normas, muchos socio-antropólogos del derecho se dedican a reconstruir las reglas jurídicas a través de la observación del modo en que, en pequeños ambientes sociales (*village approach*), son tratados los conflictos, considerados como un hecho endémico en todas las sociedades (Nader, Todd 1978). Pero también el investigador tiene que estar atento a no sobreponer su propio código cultural al de la sociedad estudiada, pues puede ser difícil captar el confín entre un conflicto real y un conflicto ritualizado o incluso simulado.

Una forma importante de cautela es la constancia de la observación y la repetición de los experimentos. Al menos en teoría, la investigación cualitativa impone tiempos largos. Las entrevistas en profundidad deben excavar en las palabras del entrevistado, poniendo al desnudo, si existen, las contradicciones. La ob-

servación de una comunidad no puede, por tanto, resolverse en unas cuantas horas o en pocos días. La investigación cuantitativa, incluso si exige una larga preparación, se desarrolla en tiempos breves y toma una fotografía de un ambiente particular en un momento temporal limitado. Otros ambientes pueden reaccionar de maneras distintas y las cosas podrían haber cambiado pasado ese momento. Por ello es recomendable no concentrarse —por ejemplo— en una sola muestra de población y, además, volver a proponer la misma investigación pasado un periodo no largo.

Estas recomendaciones permiten, si no eliminar el riesgo de la subjetividad que caracteriza a toda investigación sociológica, al menos elevar el índice de confianza de las observaciones de campo. La sucesión de resultados similares, o con diferencias explicables permite delimitar las dudas y acumular conocimientos que servirán para formular nuevas hipótesis y confirmar, o corregir, las teorías de referencia.

### 3. OBSERVACIONES

Al inicio he escrito que la sociología estudia al derecho como modalidad de la acción social, tratando de expresar mediante palabras actuales, compatibles con la teorización sociológica, también el sentido más profundo de las famosas palabras de Roscoe Pound que, como buen realista, señaló la distancia subsistente entre el “derecho en los libros” y el “derecho en acción”. En adelante seguiré esta sencilla clave de lectura para ilustrar brevemente la fertilidad del método sociológico aplicado al estudio del derecho.

Se actúa —he señalado anteriormente— “a través” del derecho. Esto significa asumir referentes normativos jurídicos como guía de las acciones propias y de las expectativas de acción de los sujetos que entran en relación con nosotros. El derecho interviene en la interacción social bajo la forma de un modelo que orienta y legitima acciones y expectativas. Sin embargo, en un mundo de recursos escasos, materiales o simbólicos, esta interacción es

siempre conflictiva, al menos en potencia, y esta conflictividad está ínsita en las normas jurídicas mismas.

He recordado ya que toda norma que discrimina entre lo lícito y lo ilícito —entre *Recht* y *Unrecht*, como dice en su lengua Luhmann— *selecciona* entre expectativas concretas de acción, es decir, enuncia un criterio distributivo que simultáneamente crea ventajas y desventajas. Incluso el criterio más equitativo que atribuye a cada uno de las partes concurrentes una igual porción de recursos, posee esta lógica discriminatoria. Puede ocurrir, de hecho, que el recurso dividido en partes iguales no sirva a ninguno de los contendientes, pero más frecuentemente acaece que los contendientes no compartan el criterio de la división igualitaria. Muchas veces por arrogancia, como revela una historia infinita de atropellos, pero no necesariamente por ello. Que la mujer, la madre adolescente, el menor, el anciano, la víctima de catástrofes naturales, el prófugo, el perseguido político, etcétera, tengan derecho a una cuota privilegiada de algún recurso que pueda compensar, así sea mínimamente, su condición de desventaja, es el fundamento de la llamada tercera generación de derechos humanos, es decir, de los derechos económicos y sociales, o del *welfare state*, si se prefiere. Rawls, como se sabe, considera en su *teoría de la justicia* que ésta es la única excepción admisible al principio general de la igualdad en el disfrute de las libertades, y sintetiza el concepto con la fórmula del “*maximin*”: dar más a quien menos tiene (Rawls 1982). Pero incluso esta mínima forma de redistribución “igualadora” suscita objeciones de parte de quienes se inspiran en otros principios: el mérito, la capacidad, el linaje, la pertenencia étnica, incluso la fuerza bruta.

Este pequeño *excursus* que, de Aristóteles en adelante, ocupa a los cultivadores de la filosofía moral, tiene aquí sólo el propósito de confirmar, si hiciera falta, que el conflicto social interesa directamente a las normas jurídicas, dividiendo el campo entre quienes derivan ventajas de ellas y quienes derivan desventajas, entre quienes comparten y quienes no comparten los principios en que se inspiran, entre quienes reivindican su aplicación textual y quie-

nes sostienen, en nombre de su “espíritu”, una lectura distinta del texto normativo, otra norma, otro principio, otro ordenamiento jurídico: todos los argumentos —como se sabe— pueden ser invocados tanto sincera como instrumentalmente, para ennoblecer en formas legales el arbitrio puro. En este sentido, en su sustancia o en apariencia, el conflicto social es también, y quizá siempre, “lucha por el derecho”, como dice el título de un libro entre los más celebrados de toda la ciencia jurídica (Jhering 1989).

El conflicto puede desafiar a la norma porque ésta no está fija, es variable. Lo es sobre todo en cuanto enunciado lingüístico. No sólo la norma general pero también la individual —la cláusula contractual, la sentencia o el mandato del juez, el decreto administrativo— presentan márgenes de incertidumbre o, como dice Kelsen, de “indeterminación”,<sup>9</sup> más o menos amplios, que abren los espacios correspondientes a la creatividad de quien lee, interpreta o “aplica” la norma misma. La amplitud de estos espacios varía dependiendo de cómo haya nacido la norma. Si una ley deriva de la negociación de diversos grupos parlamentarios, cada uno de los cuales la “lleva a su molino”, es probable que su contenido sea oscuro, vago, contradictorio. Si una sentencia es el fruto de una confrontación cerrada entre varios jueces en un tribunal colegiado, y si por casualidad el ponente ha quedado en minoría, fácilmente contendrá el germen de la duda y abrirá espacios a la discusión. Se puede decir, por tanto, que paradójicamente —una de las tantas paradojas del derecho— la norma más clara es frecuentemente (no siempre, por fortuna) la que consagra la voluntad de uno solo, que puede crearla o suprimirla a su voluntad, y que uno de los costos de la democracia, a pagar sin titubear en nombre de la libertad, es justamente el de un grado menor de certeza del derecho y de previsibilidad de las decisiones jurídicas.

Luego, la norma es variable porque, como resulta obvio, puede ser modificada. En el derecho se proyectan simbólicamente las voluntades políticas. Eso la consagra, la ennoblece y la legiti-

<sup>9</sup> Kelsen (1956, pp. 93 y siguientes; 1966, pp. 381 y siguientes).



ma, confiriéndole la fuerza de un argumento irreprochable que se alega sobre todo frente a aquellos cuya voluntad está constreñida a sufrirla. Pero la politicidad del derecho significa conflicto, confrontación, convencimiento, persuasión, negociación, imposición, desviación, resistencia. Todos estos eventos actúan sobre las normas, cambiándolas según las circunstancias, que también son mutables. No hay necesidad de un análisis profundo para verificar cuánto del sistema jurídico italiano se ha modificado en los años siguientes a la crisis de la llamada Primera República, bajo el impulso ejercido por los vértices del sistema político, incluso con leyes retroactivas y en disonancia con otros países similares al nuestro.

Por tanto, aún si es concebida para una larga duración, la norma nace hoy en contextos que mañana habrán cambiado. Y la modifica no sólo la política, con sus contingencias frecuentemente imprevisibles, sino también la economía, con sus oscilaciones, la tecnología con su evolución, la cultura, que reacciona de diversas maneras a la circulación de los modelos de vida, ahora recibidos, ahora rechazados.

Entre los años setenta y los ochenta el mundo ha sufrido una verdadera revolución económica, con la transferencia de miríadas de actividades productivas de los países desarrollados a los países emergentes que ofrecían mano de obra a costos imbatibles. Este impulso ha sido equilibrado en parte por la difusión de las tecnologías informáticas avanzadas, de las cuales las pequeñas y medianas empresas occidentales han derivado ventajas innegables, pero ello ha producido también cambios profundos en los sistemas jurídicos. Un libro reciente de Robert Reich, quien fuera secretario del Trabajo en la administración del presidente Clinton, lo describe con crudeza (Reich 2008). La competencia a escala global —dice él— ha inducido a las grandes empresas a invertir en capital fijo, a contener cada vez más los salarios de los trabajadores comunes y a demoler las garantías que había conquistado un siglo de luchas sindicales; a los gerentes de las grandes empresas se les ha señalado objetivos imperativos de me-

diano y largo plazo bajo amenaza del despido, pero a cambio de salarios y beneficios económicos elevadísimos; y así ha aumentado enormemente la estratificación entre las diversas categorías de ciudadanos; los dividendos han caído y los accionistas han buscado satisfacción jugando en un mercado de valores cada vez más artificial e inflado. La sociedad actual —insiste Reich— no es más el metafórico lugar de encuentro entre los ciudadanos, los empresarios y los trabajadores, cuyos conflictos eran mediados por la clase política, sino un lugar en el cual, en ausencia creciente de la mediación política y en la marginación de las mayorías, los inversionistas y los consumidores, convertidos en los verdaderos protagonistas, caminan siempre al borde de un precipicio. Resulta difícil negar que la crisis que explotó en otoño del 2008 ha demostrado la consistencia de este análisis.

De su lado, el avance tecnológico puede subvertir los regímenes normativos consolidados. En un brevísimo arco de tiempo, entre fines de los años ochenta y el inicio de la década siguiente, en el mundo de los periódicos impresos se ha pasado del linotipo a la fotocomposición. Mientras antes los artículos eran escritos a máquina o dictados al dictáfono y luego compuestos y paginados en tipografía por el operario “poligráfico”, casi de golpe, el periodista dotado de una computadora ha comenzado a escribir y a paginar directamente sus piezas. En Italia, ello ha traído consigo también una reorganización del trabajo en las redacciones en términos de calificaciones, tareas y turnos de trabajo, la reducción al mínimo de la categoría de los poligráficos, la multiplicación de los centros de impresión externos a las redacciones y de las ediciones locales de los grandes periódicos y, no por último, la crisis del sindicato periodístico, bien demostrado por el hecho de que el penúltimo contrato colectivo de categoría se prorrogó a su vencimiento por cuatro años más, antes de que las partes estipularan uno nuevo, fatalmente restrictivo de algunas prerrogativas de las cuales había gozado la profesión periodística durante décadas.

La cultura —de la cual, según Treves (1989), el derecho es una proyección— no es menos amenazadora para la estabilidad

de la norma. Aquí son sobre todo la familia y la persona un campo privilegiado para observar cómo la costumbre precede frecuentemente al reconocimiento normativo oficial, en ocasiones con la mediación de resoluciones judiciales innovadoras, y en otras porque las prácticas sociales se imponen, modificando las normas. Para el primer caso valgan los ejemplos de la abolición del delito de adulterio de la mujer y de relación adulterina del hombre, o de la primera resolución que permitió el aborto, debida a las intervenciones de la Corte Constitucional;<sup>10</sup> en tiempos más recientes, las resoluciones de la Corte de Casación y de la Corte de Apelación de Milán en el caso Englaro,<sup>11</sup> en el cual se ha dicho una palabra de autoridad sobre el fin de la vida, y también el mandamiento de reenvío del Tribunal de Venecia a la Corte Constitucional por presunción de ilegitimidad de las normas del Código Civil que no comprenden el matrimonio entre personas homosexuales.<sup>12</sup> Para el segundo caso, piénsese en la crisis de la familia extensa y de la autoridad patriarcal a favor del modelo llamado nuclear, y en la inexorable, aunque siempre obstaculizada, emancipación de la mujer: más recientemente, en la explosión de la convivencia de hecho de las parejas que, sobre todo en las grandes ciudades occidentales, las italianas en particular, han estado suplantando al matrimonio civil y religioso

<sup>10</sup> Sobre el adulterio y la relación adulterina véase Corte Constitucional, sentencia del 16 de diciembre de 1968, núm. 126, y de 3 de diciembre de 1969, núm. 147; sobre el aborto, sentencia del 18 de febrero de 1975, núm. 27.

Antes de estas sentencias, el Código Penal italiano de 1930 (artículos 559 y 560) hacía penalmente responsable a la mujer por un acto individual de adulterio, mientras que el marido sólo respondía por “concubinato”, es decir, si tenía “una concubina en el hogar conyugal o notoriamente en otro lugar” (*nota del autor para la edición castellana*).

<sup>11</sup> Corte de Casación, 16 de octubre de 2007, núm. 21748 y Corte de Apelación de Milán, 9 de julio de 2008.

Estos fallos permitieron desconectar los aparatos que mantenían con “vida” y alimentaban artificialmente a una mujer que se encontraba en estado vegetativo desde hacía diecisiete años, a petición de sus padres y conforme a la voluntad expresada por ella misma en su juventud (*nota del autor para la edición castellana*).

<sup>12</sup> Tribunal de Venecia, mandamiento de 3 de abril de 2009.

(Pocar, Ronfani 2008). Palabras y hechos dotados siempre de un gran impacto sobre el derecho, también si son juzgados diversamente según los puntos de vista y por tanto, por su parte portadores, al menos en potencia, de otros conflictos.

De hecho, tampoco el campo de las elecciones individuales y familiares procede siempre pacíficamente en una sola dirección. En Italia, la ley de 9 de febrero de 2004, núm. 40, sobre la procreación asistida y el proyecto de ley sobre el testamento biológico, bajo la influencia de la concepción católica de la familia y la persona, responden a principios éticos bien diversos de los que han inspirado los cambios arriba descritos. En la misma dirección, aunque más decididamente, van los modelos de vida privada propuestos por la religión islámica e impuestos por las leyes de algunos países musulmanes. Si estos movimientos tendrán éxito es todavía materia de hipótesis socio-jurídicas, ya que se trata de establecer si las innovaciones legislativas, que en apariencia contradicen una costumbre social consolidada, son el fruto de resistencias o de nuevos cambios ya producidos dentro de grupos sociales consistentes; en caso contrario, si éstos estarán en capacidad de orientar en otro sentido la costumbre, o bien, permanecerán como letra muerta. Analizando las opiniones en la materia, no faltan las señales contrastantes: una investigación sobre los jueces de los tribunales de menores italianos, dirigida a averiguar su idea de familia, de derechos de los menores y de justicia de menores, no ha podido individuar un modelo ético netamente predominante entre los entrevistados, oscilando entre el “legalismo” y el “familismo”, entre una concepción dinámica y una estática del conjunto familiar (Ronfani 2006). De otro lado, desde hace tiempo se ha observado un retorno de las religiones tradicionales en las sociedades del fin del milenio (Beckford 1991).

El estudio de la brecha entre las normas y las prácticas debe partir siempre de una constatación: que una disposición jurídica, especialmente si es general como la ley, despliega efectos fuera del ámbito jurídico entendido en sentido estricto. En otros tér-

minos, va a “impactar” en la sociedad —como dice Friedman (1978, pp. 101 y siguientes), o si se prefiere, en otros subsistemas sociales, económico, político, cultural, familiar— vehiculando nuevos modelos de acción. Esto es visible sobre todo en las medidas llamadas promocionales, dirigidas a lograr efectos sociales a gran escala: supresión de la desigualdad, atribución de beneficios, planificación económica y urbana, apoyos del Estado a las actividades culturales, protección del ambiente, hasta la modificación de las costumbres privadas, como en el caso de las acciones directas para extirpar la práctica de la mutilación genital femenina. Sobre todo estas políticas, o “acciones positivas”, que exigen un gasto enorme de medios económicos y organizativos, producen inevitablemente reacciones. Gunther Teubner, sociólogo del derecho de inspiración funcionalista, las ha descrito con tonos escépticos, hablando de un “trilema regulatorio”. El impacto entre el subsistema jurídico y algún otro subsistema social —dice— puede no producir ningún efecto, o incluso dañar, según los casos, a uno o al otro de los dos sistemas que colisionan. El autor aprueba, por tanto, la tendencia de las sociedades actuales a seguir modelos de regulación no centralizada, sino indirecta o “reflexiva”, dejada a la autonomía de los cuerpos sociales intermedios —entes, asociaciones, organizaciones—, a los que el poder político les demanda autorreformarse, reformar y, al mismo tiempo, servir como colchón intersistémico entre el poder político y los ciudadanos (Teubner 1987a, 1987b, 1996, pp. 93 y siguientes).

Entre las causas más relevantes de la falla de una reglamentación jurídica se encuentran ciertamente la impotencia, la ineficiencia o la resistencia de los aparatos burocráticos a los que corresponde aplicarla. A falta de instrumentos de aplicación —informaciones, medios económicos, estructuras organizativas— una disposición normativa no puede ser *implementada*, como se acostumbra decir, o “puesta en marcha” (Blankenburg 1995), es decir, producir los efectos previstos y ser “eficaz”, según la noción socio-jurídica más común de eficacia del derecho. Los

medios a disposición y la voluntad efectiva de usarlos, de variable dependiente se convierte en variable independiente, pues su ausencia puede provocar que la disposición se convierta en letra muerta, en un “manifiesto” político puro según una feliz expresión (Bettini 1983, 1990), capaz de operar sólo a nivel simbólico, especialmente mediático, para atraer consenso sobre la clase política, hasta que se descubre el engaño.

Pero una intervención normativa puede fallar por motivos más serios que los obstáculos burocráticos. La desproporción entre los objetivos de las normas y los medios para implementarlas puede ser a tal grado grave que pueden hacer *inaplicables* a las normas, con consecuencias de gran relevancia, ya sea sobre el sistema jurídico o sobre otros sistemas de acción social, en particular el político y el económico.

Un ejemplo típico es ciertamente el de los sistemas de justicia, sobre los cuales me detengo brevemente, al menos en razón de que Italia sufre en este campo una crisis secular que ninguna intervención legislativa, ya sea procesal u ordinamental, ha logrado jamás, no ya resolverla sino mitigarla de algún modo, como muestran sobre todo los datos sobre la proverbial dilación de los juicios ante todas o casi todas las jurisdicciones: civiles, penales, administrativas, contables.

Que nuestro país presente una situación particularmente grave es cierto, tanto que, durante décadas, la crisis de la justicia italiana ha sido estudiada por una bibliografía inmensa y desde una gran variedad de puntos de vista, incluido el socio-jurídico. En los años sesenta, Treves dirigió una investigación interdisciplinaria del Centro Nacional de Prevención y Defensa Social<sup>13</sup> sobre *La administración de justicia en la sociedad italiana en transformación*, de la cual derivaron trece volúmenes.<sup>14</sup> A cuarenta años de distancia, el Consejo Superior de la Magistratura comisionó a

<sup>13</sup> Institución fundada en 1948 en Milán, que hace investigaciones y organiza congresos sobre la reforma del derecho y, específicamente del marco penal; es consultora de la ONU (*nota del autor para la edición castellana*).

<sup>14</sup> Véase la síntesis en Treves (1972).

la misma institución el proyecto de factibilidad de una nueva investigación, que se realizó con fondos ministeriales entre el 2002 y el 2005, dando por resultado otros nueve volúmenes con doce estudios monográficos.<sup>15</sup> Pero de éstas y de otra miríada de estudios resulta difícil derivar conclusiones verdaderamente confiables sobre las causas de un fenómeno que vulnera la imagen del sistema judicial, de la magistratura y del derecho mismo de nuestro país (Ghezzi, Quiroz Vitale 2006), incluso en el extranjero, siendo universalmente conocida —entre otras cosas— la multitud de sentencias de condena que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado contra Italia por violación al principio de “duración razonable” de los procesos (Pannarale 2002; Sanna, Nascimbene 2007).

Un verdadero tratamiento del tema es imposible aquí. Sin embargo, un punto que hay que subrayar es la sospecha de que una crisis de tan dramáticas dimensiones nace de una desproporción insuperable entre la finalidad de la jurisdicción y los medios a disposición para realizarla. Se trata de medios que no son sólo económicos, si bien es notorio que el presupuesto de la justicia en Italia está entre los más austeros y que su insuficiencia tiene graves consecuencias, sino también y sobre todo de medios organizativos en el sentido amplio de la palabra, es decir, referidos al personal, a su ubicación en las estructuras y el territorio, a los procedimientos: el todo justamente, si es relacionado con los objetivos institucionales, que son éticos y políticos, ante todo.

Que la desproporción de la que hablamos tiene raíces profundas lo demuestra una constatación no frecuente pero necesaria. El caso italiano puede ser de los más graves, pero no está aislado. Desde hace décadas se discute en muchos países la crisis del modelo formal de justicia nacido con la Ilustración jurídica, el primado de la legislación y la codificación. No porque sus

<sup>15</sup> El proyecto original preveía otros tres estudios que fueron realizados, pero los volúmenes correspondientes no se publicaron. Para un panorama general de esta investigación, véase Ferrari (2008/2012) (*nota del autor para la edición castellana*).

principios sean erróneos, sino porque su realización práctica los traiciona sistemáticamente. El derecho “cierto”, fundado en pocas reglas claras, tenía necesidad de una justicia cierta, rápida, previsible y eficaz. Lo exigía la necesidad puramente moderna de la minimización de los riesgos, funcional al mejor empleo y a la circulación de los recursos. Y bien, si el derecho sustantivo ha caminado en dirección opuesta en relación con este modelo, el proceso no lo ha hecho menos. De explosión de la litigiosidad y de sobrecarga de los sistemas judiciales —como ya se ha señalado— se habla en todos los países desde hace décadas, y a pesar de que se ha buscado en vano una solución ordinamental o, a falta de ella, extra-ordinamental. Justamente a causa de la difícil reforma de la justicia tradicional se han multiplicado las propuestas de una justicia alternativa, más próxima al ciudadano, informal, adaptable a la variedad de los conflictos, demasiado diversos para poder remitirlos a un solo modelo de tratamiento.

La bibliografía socio-jurídica abunda en estos temas. En los Estados Unidos el “Civil Litigation Research Project” ha ocupado varios número especiales de la *Law and Society Review* en los años setenta, y sus resultados han seguido discutiéndose por otras dos décadas. En Canadá existe un anuario especializado, el *Windsor Yearbook of Access to Justice*, que ha llegado ya a su trigésimo volumen. Con la misma etiqueta y bajo la dirección de Mauro Cappelletti se ha desarrollado en los años setenta y ochenta en el Instituto Universitario Europeo de Fiesole un proyecto de investigación sobre varios países, como muestra de la dimensión global del problema. Al inicio del nuevo siglo, un congreso realizado en Tokio en 2001 comparó seis situaciones nacionales (China, Francia, Alemania, Japón, Inglaterra y los Estados Unidos), bien diversas en tradición, cultura y sistema jurídicos, pero convergentes por lo que se refiere al estado de sufrimiento de los correspondientes sistemas de justicia tradicional (Japanese Association of Sociology of Law 2001).

Pero la confirmación más vistosa de la naturaleza endógena y estructural de la crisis provendría nuevamente de los Estados



Unidos. En otoño de 2004, un número especial del *Journal of Empirical Legal Studies*, iniciado por Marc Galanter, uno de los máximos estudiosos del *disputing*, y con varios trabajos de otros estudiosos, revelaba con abundancia de datos que es “una especie en riesgo de extinción”<sup>16</sup> el modelo formal de proceso *adversarial* civil y penal, aquel que, según los niveles de jurisdicción y de los diversos estados, y después de una instrucción previa al debate termina ante un jurado o un juez, símbolo de la justicia estadounidense difundido por miles de películas y series de televisión (Galanter 2004). Que éste tuviera límites y problemas era algo naturalmente conocido (Kagan 2001) y, por lo demás, siempre ha estado en minoría respecto de otros sistemas de tratamiento de las controversias (Friedman 2004). Pero esta minoría se ha hecho exigua en los últimos años (el porcentaje medio se encuentra bajo el 2 por ciento en materia civil y del 5 por ciento en la penal, en los circuitos federales; ese porcentaje es apenas un poco más elevado en las jurisdicciones estatales), aunque tampoco se puede definir como marginal, sino más bien como esporádico. No es difícil decir cuál es el tratamiento que se da a la enorme cantidad de controversias que se producen en los Estados Unidos: las cuestiones civiles se resuelven sobre todo a través de mecanismos de negociación privada antes o durante el juicio; los procesos penales, sobre todo mediante la preselección que hacen los *public prosecutors*, que no están obligados a ejercer la acción penal, y posteriormente a través de un acuerdo (*plea bargaining*).

Aquí no importa preguntarse si este sistema de liquidación de la labor judicial sea justo o injusto en relación con el sagrado principio del *due process of law*. Lo que importa más decir es que el sistema procesal estadounidense entero *se colapsaría* sin la existencia de esta válvula de escape, deseada por las partes porque es más rápida, menos costosa y menos riesgosa que el proceso, en particular el juicio por jurado, considerando además la dureza de las sanciones, sobre todo las penales, y el disfavor institucional hacia las impugnaciones.

<sup>16</sup> Son las palabras iniciales de la editora del volumen, Patricia Lee Refo.

Por tanto, el colapso del sistema italiano puede explicarse, al menos parcialmente, por el hecho de que estos mecanismos deflacionarios, cuando existen, operan de manera mucho más blanda. La justicia formal es extraordinariamente complicada hasta los grados más elevados (en Italia se impugnan hasta las sentencias de condena negociada, confiando en la prescripción del delito), mientras que se encuentran todavía en estado embrional las vías alternativas de solución de los conflictos, la llamada ADR (*alternative dispute resolution*) o RAC (*resolución alternativa de conflictos*), que aparentemente se encuentra en auge en otras partes (Pupolizio 2005; Cominelli, De Palo 2006).

Bajo la premisa de que la litigiosidad es endémica sobre todo en una sociedad móvil, con mercado libre, y que el problema no es sofocarla, sino encauzarla por vías institucionales que la absorban, evitando que desemboque en conflictos perpetuos (piénsese en las enemistades en las sociedades “cerradas” y basadas en la *vendetta*), hay que decir que la vía del juicio formal, aunque crucial para una sociedad, no es la única, sino sólo el extremo de una taxonomía que se puede caracterizar con el acrónimo ANMAAJ: abandono, negociación, mediación, arbitraje, administración, juicio (véase, por ejemplo, Felstiner 1974). Se trata de una línea que va de la menor a la mayor formalidad, con un corte ideal entre “negociación” y “mediación”, porque hasta ese punto la relación dialéctica es diádica, comprometiendo sólo a las partes y, más allá de ese punto, se convierte en triádica, por cuanto interviene un tercero en la relación. Un tercero que *sugiere* una solución (mediador), la *dicta* según criterios seleccionadas por las partes (árbitro), la *impone* seleccionándola con autoridad (administrador: piénsese en un jefe de empresa) o también la *impone* aplicando una regla que lo reúne con las partes (juez).<sup>17</sup> Se ha recordado ya que la presencia de este tercero puede “reducir

<sup>17</sup> A esta modalidad de tratamiento de los conflictos algunos autores agregan la *conciliación*, cuando el tercero es convocado a auxiliar a las partes para superar, mediante el diálogo, el disenso que las divide. Sin embargo, por un lado, esta modalidad es espuria respecto de las otras porque está definida por

la complejidad”, pero también aumentarla, porque lleva consigo una dosis de riesgo que en ocasiones es difícil calcular. Y, en efecto, es el riesgo uno de los elementos que más han influido en la elección de las partes entre los varios métodos indicados. Es necesario, sin embargo, que todas las vías estén abiertas: si, como sucede en Italia, esto no ocurre y la vía únicamente disponible es la vía formal del juicio, la cual está obstruida además por una multitud de cuellos de botella burocráticos, es obvio que ésta se complica irreparablemente y se colapsa.

Que el riesgo es un factor importante en las elecciones jurídicas (Steele 2004) es clarísimo cuando hay que habérselas con normas que no son tanto inaplicables, como parecen ya las relativas al modelo “perfecto” de justicia formal de los tribunales, sino más bien peligrosas por sus *efectos perversos* (Boudon 1981): aquellos efectos que contrarían las expectativas con cuales han sido concebidas las normas. El proceso con jurado en los países de *common law* es un buen ejemplo, porque las decisiones, que normalmente tienen graves consecuencias, son el resultado de dinámicas de grupo en las cuales intervienen factores psicológicos imponderables. Dejando el campo penal, que es demasiado obvio, piénsese en la gran polémica estadounidense sobre los llamados “*punitive damages*”, aquella suma de cuantía imprevisible que los jurados o los jueces imponen junto a los daños materiales en razón de la gravedad intrínseca del comportamiento dañino. El riesgo ligado a estas decisiones imponderables ha suscitado naturalmente la fuerte protesta de las compañías de seguros, con la consecuente crisis en este sector económico, durísimas polémicas políticas y propuestas de intervención. Y es bastante probable que esta protesta sea en parte instrumental y que el riesgo temido por las compañías haya sido amplificado instrumentalmente, como lo señalan algunos datos empíricos significativos (Autores Varios 1998). Pero la divergencia entre el modelo y la realidad

el resultado al cual se apunta, más que por el método, y por el otro lado, puede reducirse a la mediación, entendida en sentido amplio.

del derecho puede ser también el efecto de una buena puesta en escena. Y por tanto, la percepción, aunque amplificadas, de tales riesgos ha ciertamente incentivado la fuga frente a la justicia formal de la cual se ha hablado.

El hecho es que todo modelo, en cuanto acción, suscita una reacción, en ocasiones bastante resistente. Y también la *resistencia* incide fuertemente en la divergencia y en la eficacia del modelo. Entre la multitud de ejemplos selecciono uno que reitero con frecuencia, porque es poco discutido, a pesar de tener gran interés histórico y sociológico.

A partir de fines del siglo XVI, en nombre del libre mercado, la libre circulación de los bienes y el individualismo de la propiedad (Macpherson 1973), los gobiernos han dictado reglas férreas para la llamada liquidación de las formas de propiedad colectiva y de uso común de la riqueza. Ya Marx había descrito los efectos de las *enclosure acts* que, al disponer el cercado de los terrenos, provocaron el empobrecimiento de la clase campesina. Reducidos a la miseria —se lee en *El Capital*— los campesinos abandonaron las tierras y, golpeados también por las leyes contra la mendicidad, se encaminaron hacia la naciente manufactura, formando la base de los que en el siglo XIX se convertiría en el proletariado industrial (Marx 1975b, I, pp. 879 y siguientes). Muchos años antes, el mismo Marx había denunciado, en la *Neue Rheinische Zeitung*, la supresión del secular derecho colectivo de la “pobre gente” a recoger la leña caída en los bosques (Marx 1975a).

No podemos discutir aquí estas tesis marxianas, por lo demás compartidas por autores de diversa ideología, admiradores de aquella compleja vinculación de lo público y lo privado, de lo colectivo y lo individual, de la propiedad y el control de los recursos, que fue típica del Medioevo europeo. Lo que hay que señalar es que contra las leyes de abolición de los derechos de disfrute comunitario de los recursos fundamentales (agua, tierra), la resistencia se ha hecho tan tenaz como para producir efectos visibles a siglos de distancia. Solamente en Italia —pero el dis-

curso es universal y cada vez más enérgico—<sup>18</sup> existen todavía, bien vivas, formas de “uso cívico” y sobre todo de propiedades colectivas que ninguna ley o sentencia ha logrado erradicar: basta seguir los trabajos de un congreso que se lleva a cabo cada año en la Universidad de Trento, donde existe un centro de estudios especializados en la materia,<sup>19</sup> para darse cuenta de la vastedad del fenómeno. Para decirlo con claridad: se trata de un fenómeno complejo, no reducible al esquema simplista de que se trata de un residuo de tiempos idos. Es también esto, pero no solamente y siempre menos.

De hecho, las formas de comunitarismo, por ejemplo agropastoral, no niegan radicalmente el derecho de propiedad perfecta, sino que se integran parcialmente en el mismo. El *maso chiuso* tirolés del que habíamos hablado ya es también una propiedad perfecta e indivisible intestada con un solo dueño, pero coordinada con los otros habitantes de un valle, en particular de los otros *masi*, en el disfrute de los recursos comunes: las *malghe*,<sup>20</sup> los bosques, los pastizales, el agua libre de los torrentes y la acanalada en kilómetros de fosos y pozos sapientemente excavados a lo largo de senderos de siglos. En segundo lugar, hay que decir también que el comunitarismo, no menos que la propiedad individual, incluye y excluye (Ferrari, Masia 2003). El territorio de la Magnífica Comunità di Fiemme pertenece y está reservado a los habitantes de las “once comunas” que sean residentes al menos siete años. Del mismo modo, los territorios de Cortina d’Ampezzo, perteneciente a las familias históricas de los “Regolieri”. Así también los

<sup>18</sup> Sobre todo a partir de una conocida denuncia aparecida en 1968 que señalaba cómo el uso individual de los recursos comunes implicaba su destrucción, con daño para todos (Hardin 2000).

<sup>19</sup> Es el Centro di Studi e Documentazione sui Demani Civici e le Proprietà Collettive, dirigido por Pietro Nervi, economista y promotor también del *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di Studio sulla Proprietà Collettiva*.

<sup>20</sup> En los Alpes italianos una *malga* es un lugar donde, alrededor de una casa de campo, se guarda el ganado durante el verano, y que es utilizada comúnmente por los habitantes de una aldea de montaña (*nota del autor para la edición castellana*).

derechos de pesca en los Valles de Comacchio y los del estaño de Cabras en Oristano, reservados a las poblaciones locales, aunque estén debilitados cuando la economía externa ha virado hacia el turismo y, para peor, han comenzado a escasear las materias primas, es decir, respectivamente las anguilas y el mújol (*muggine*). Aparte los contrastes al interior, siempre posibles, también estas comunidades viven un conflicto con el exterior, y no sólo contra las recurrentes leyes de abolición, siempre en operación en una economía que trasciende todas las fronteras, pero también contra las continuas tentativas de apropiación individual de lo que era común: se ha encontrado que la violencia local de decenios tiene su origen probable en tales invasiones (Masia 1997).

En esta condición de conflicto endémico las comunidades han resistido no sólo oponiendo al modelo nuevo, impuesto por la ley, el inalterable modelo viejo, sino también insertando el nuevo en el viejo, e incluso adaptando el viejo al nuevo, sin cambiarlo radicalmente. La ya citada investigación sobre los *masi chiusi* ha encontrado, por ejemplo, que sobre todo en Val Venosta, de tradición retorromana aunque germanizada, muchos *masi* han sido creados en tiempos recientes para aprovechar la legislación *masale* mantenida en vigor (y renovada) como símbolo de la cultura rural del Tirol del Sur (Fрати 2001). Y como ejemplo de adaptación histórica que se presenta como una verdadera *heterogénesis de los fines* piénsese en la extraordinaria trayectoria de las Participaciones Agrarias de la Emilia. Éstas nacieron en el Medioevo profundo mediante concesiones de terrenos sin cultivar a densos grupos de jornaleros, a fin de que los desbrozaran. Convertidos en “propietarios” colectivos de estas tierras, las dividieron en parcelas asignadas *pro tempore* (cinco, seis, nueve años) a las diversas familias mediante sorteo. Las generaciones se han sucedido, la economía ha cambiado, pero todavía las mismas familias comparten la antigua propiedad común. Sin embargo, no necesariamente cultivan las parcelas sorteadas, pero las alquilan más fácilmente a familias externas, de modo que los municipios en los que viven, a lo largo de la historia, han acabado presentando una composición

demográfica particular, estratificada, por estar dividida en “participantes” y “no participantes”. Justamente la peculiaridad de este instituto, no reductible a ningún modelo jurídico particular, ha permitido a las Participaciones vencer las tentativas de abolición particularmente insistentes hasta mediados del siglo XX y, al mismo tiempo, hacer pensar en una forma de colectivismo capitalista, o de capitalismo colectivista, de gran interés teórico para la sociología del derecho.

En efecto, sería difícil no reconocer en esta forma de colectivismo propietario los signos de la propiedad entendida como control exclusivo de recursos económicos, si no por un individuo, sí por un grupo social. El impulso hacia la apropiación, en este caso mediata, de una socialidad plurisecular es siempre viva y siempre fuerte, e igualmente lo es la potencia simbólica del concepto jurídico de propiedad, la fascinación de una institución que funge como escudo protector contra la invasión de otros. Un gran jurista austriaco, Karl Renner, que fue canciller de la recién nacida República austriaca después de la Primera Guerra Mundial y presidente después de la Segunda, escribió un famoso libro — una de las piedras millares de la sociología del derecho— en el cual puso en evidencia cómo la institución de la propiedad se ha mantenido íntegra en la forma jurídica, aunque en el tiempo el control de la riqueza ha cambiado, asumiendo caracteres cada vez más abstractos (Renner 1981): de la propiedad “física” de una casa o de un terreno a la titularidad de las cuotas o de las acciones de una sociedad mercantil hasta —agregamos— la propiedad intelectual de una obra del ingenio, a la titularidad de una marca o de una patente. Desde la aparición de esta obra en 1929 han transcurrido muchos años, pero todavía hoy se puede explicar en términos de lucha por la apropiación de la riqueza también la tendencia a la monopolización del acceso al infinito espacio colectivo de las telecomunicaciones: la batalla contra los *hackers* de parte de los administradores de las redes (Poier 2009).

En este punto creo que resulta clara la profunda inherencia entre derecho y conflicto, de la cual hemos partido. La brecha en-

tre norma y práctica, entre modelo y realidad, se debe también, y sobre todo, a la lucha por el acceso a los recursos materiales o simbólicos. Aquí surgirá alguno que me acusará de proponer una visión demasiado material, para no decir materialista, de la convivencia humana y del derecho. Pero la respuesta no es difícil.

En tanto, aquello por lo que se lucha no sólo son las riquezas materiales. La lucha por la autonomía de decisión o contra la pretensión de obediencia injustificada es puramente moral. Además, como hay quienes luchan por reforzar su propia posición de privilegio y de dominio, incluso al precio de privar al prójimo de lo esencial, también están los que luchan por sustraerse, o sustraer al prójimo, de los efectos del privilegio de aquéllos. Pero sobre todo hay que recordar que cuando la lucha abandona la vía de la fuerza bruta para tomar la de la regla, es decir, la del derecho, adquiere ya una nobleza propia, si no por otra razón, porque toda regla, aún la más antiigualitaria (de ello tenemos ejemplos cotidianos) posee en sí el germen de la igualdad gracias al principio kantiano de la universalización, por el cual toda regla se debe aplicar imparcialmente a todos los que caen bajo su previsión. Y por ello los jefes políticos tienen con frecuencia miedo del derecho.

La lucha que toma la vía del derecho es, por tanto, la *lucha por el derecho*, como decía Rudolf Jhering (1989), lo que significa la lucha por el reconocimiento normativo de *rights* o *entitlements*, es decir, derechos subjetivos. Este tema, al cual la sociología del derecho pone atención sólo desde hace pocos años, es en realidad ineludible para nuestra disciplina.

Observemos sociológicamente como nace un *right*. Primero se advierte una privación y, como se dijo al inicio de nuestro discurso, esta sensación puede ser particularmente aguda cuando el objeto deseado, y del que carecemos, es disfrutado o incluso monopolizado pacíficamente por otros. Si no se renuncia a la lucha, se abre entonces un proceso social sintetizable con tres verbos tomados libremente en préstamo del conocido artículo dedicado a las fases del proceso: “*naming, blaming, claiming*” (Felstiner, Abel,



Sarat 1980-81). Sobre todo se da un nombre a lo que nos hace falta. Con frecuencia tal nombre ya existe, sólo se trata de hacerlo propio y sustraerlo al monopolio de otros: es el esclavo que quiere ser libre, la mujer que reclama el derecho del voto. Luego, posiblemente mediante la unión de quienes comparten esta condición y dando vida a un grupo de presión, y más tarde de conflicto (Dahrendorf 1970, pp. 253 y siguientes, 325 y siguientes), se pasa a “reprobar” públicamente esta condición. Los sindicatos, los partidos, los movimientos feministas, y luego los grupos de protección de los homosexuales, de los menores, de los discapacitados, del ambiente, etcétera, han nacido así, para hacer pública una condición percibida como injusta. En fin, se actúa, se endereza un *claim*, una instancia ante la sede oportuna, que puede ser un parlamento lo mismo que un tribunal de justicia, nacional o internacional: muchos *claims* italianos, por ejemplo, han debido pasar por la Corte Constitucional, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes de ser acogidos contra la resistencia, en ocasiones encarnizada, de nuestras instituciones políticas.

El *claim*, obviamente, puede tener éxito o fracasar: *habent sua sidera lites*, como se decía cuando, para expresarse, se utilizaban las frases latinas. Pero si observamos la historia humana de los últimos siglos, constatamos un fenómeno extraordinario, que, siempre en latín, podemos llamar de *vis expansiva* del movimiento de los derechos. Un derecho reconocido trae consigo otros, como se ha observado a propósito de los países excomunistas (Kurczewski 1993). En tres siglos los derechos subjetivos inalienables en cuanto pertenecen por nacimiento a los seres humanos, considerados individual o colectivamente, se han multiplicado y gradualmente han sido incorporados y positivizados en los textos constitucionales, hasta convertirse en el esqueleto que permite a los sistemas políticos conservar un grado apreciable de resistencia interna (Luhmann 2002). Y es un esqueleto cada vez más complejo, con miles de ramificaciones. Un tema dominante de los últimos decenios, observado lúcidamente por Bobbio (1992), es el de la “especificación” de los derechos, reivindicados no sólo

en nombre de la igualdad, sino también en el de la diversidad, con una explosión de reivindicaciones cada vez más particulares y atomísticas. No más los hombres y las mujeres como tales, sino los hombres y las mujeres en virtud de su condición especial, de sus roles, de su libertad de decisión. No más los pueblos considerados colectivamente, sino grupos sociales que reivindican, cada uno, su propia y distinta identidad. Por tanto, no más sólo el derecho de disfrutar la misma libertad de la que otros disfrutaban con base en una norma, sino también el derecho —sacrosanto en muchos casos— de desviarse de la norma: ¿por qué debe imponerse a la estudiante islámica la obligación de quitarse el velo en la escuela? ¿Y por qué, igualmente, ha de serle impuesto por la familia el mismo velo contra su voluntad?

Es evidente que este movimiento expansivo, en el cual Benedetto Croce individuaba una prueba de la inexorable tendencia humana a la libertad, no tiene históricamente un único sentido. En la historia humana, las libertades se encuentran siempre en riesgo y no son escasos los ejemplos, incluso muy recientes, que podemos aducir como prueba en contrario. No siempre vencen las mayorías menos aventajadas sobre las minorías privilegiadas. Y no siempre las mayorías se dan cuenta de sus desventajas y de los riesgos que corren, y siempre están en operación las tentativas de domesticarlas con diversiones e ilusiones (Cheli 1992, pp. 173 y siguientes), de reducirlas a una “masa” (Ortega y Gasset 1984). Los derechos siempre están en peligro y las libertades conquistadas durante siglos de lucha pueden perderse con la expedición de una sola ley, sobre todo si es retroactiva.

Sin embargo, la lucha prosigue y el derecho la acompaña, porque hasta el dictador siente la necesidad de legitimar su acción a través de la potencia simbólica de una norma jurídica que convoque una imagen de justicia, inclusive cuando es evidentemente injusta de acuerdo con el sentido común moral. No creo, por tanto, que en el futuro el derecho esté destinado a desaparecer o a perder eficacia, como se dice en ocasiones, a favor de otros sistemas de control social o incluso de una condición social en la

cual cada uno escoja libremente la propia regla, como un hecho “estético” (Ghezzi 2009, p. 387). Es cosa sabida, pero por fortuna no generalizable, que en la sociedad medran los sujetos que eligen su propio arbitrio como norma de vida social. Una visión tal parece, por tanto, a primera vista una contradicción en sus términos. Para impedir los choques en los cruceros se han inventado las glorietas, más practicables que los semáforos, pero es difícil imaginar que aún éstos sean suprimidos y que no exista ya una regla que discipline la preferencia. Y como éste podremos aducir una infinidad de otros ejemplos a lo largo de la pirámide kelseniana de las normas, hasta las constitucionales, las que garantizan los derechos civiles y protegen a las personas comunes —justamente— de quienes quieren hacer leyes de su propio arbitrio. Y este, diría Treves, es el fin último del derecho.