

EL OBJETO

1. LA SOCIEDAD HUMANA ENTRE COOPERACIÓN Y CONFLICTO

El punto de partida del análisis socio-jurídico son algunos supuestos teóricos fundamentales, comunes a otras ciencias sociales, no sólo a la sociología con sus diversas ramas especializadas, sino también a la economía política, la ciencia política, la psicología social (en cuya base se sitúa la psicología individual), la antropología social, etcétera. Veamos algunos pocos que son esenciales.

El más natural de estos supuestos es que los seres humanos viven comúnmente en sociedad o, si se prefiere, en grupos, manteniendo relaciones caracterizadas por un grado apreciable de constancia, regularidad y previsibilidad. Este es el presupuesto de cualquier razonamiento en las ciencias sociales y, si no podemos evadirlo, sí podríamos darlo por descontado y sobrevolar los problemas teóricos que suscita y que veremos más adelante. Sobre este punto me limito a tres breves precisiones preliminares.

En primer lugar, utilizo aquí la palabra “sociedad” en referencia genérica a la agregación de seres humanos, sin tomar en cuenta, deliberadamente, el debate acerca de la naturaleza de esta agregación, que la teoría sociológica, en su avance histórico, ha descrito, paso a paso, como un conjunto coordinado de relaciones, luego, de acciones, y más tarde, de meras comunicaciones. No subestimo la importancia de estas variantes de opinión (o de léxico); solamente que no me parecen cruciales en este estadio del discurso.

En segundo término, al hablar genéricamente de “sociedad” no entro en el fondo de los criterios de identificación de cada una de las sociedades *particulares*. En efecto, los agregados que

forman los seres humanos, y en los cuales viven, no son fijos, sino mutables; además, su definición, o identificación, es un hecho de la percepción y de las convenciones sociales, abierto a diferentes puntos de vista, internos y externos a los diversos agregados humanos, los cuales pretendemos discutir.

En tercer lugar, hablar de (relativa) constancia, regularidad y previsibilidad de las relaciones no significa asumir ninguna posición acerca del grado de sociabilidad o de cooperación entre los miembros de una sociedad cualquiera. Significa únicamente que los seres humanos viven en relaciones mutuas, de grado o por fuerza, en línea con su naturaleza, que Immanuel Kant bien describiera en su ensayo *Ideas para una historia universal* (1956) y luego en *Sobre la paz perpetua* (1996) como “sociable insociabilidad”: una condición psicológica que lo induce a cooperar o a combatirse mutuamente según las necesidades y las circunstancias.

Justamente esta imagen kantiana abre la vía a otro supuesto teórico, de importancia primaria: todas las sociedades humanas conocidas presentan, en forma más o menos evidente, un problema de *escasez de recursos*. A primera vista, este concepto puede parecer criticable. Se le puede objetar, por un lado, que en nuestros días existen también sociedades opulentas, en las cuales hablar de escasez parece absurdo: así, por ejemplo, en nuestros países occidentales, definidos como de “Primer Mundo” en el lenguaje político común. Por el otro, también puede objetarse que en épocas pasadas han existido, y quizá existen todavía, sociedades simples y pobres en comparación con nuestros parámetros, pero todavía autosuficientes y capaces de garantizar a sus miembros ciclos regulares de vida y reproducción. Pero se trataría de argumentos engañosos.

El primero es fácilmente desmontable con dos observaciones. Por un lado, las sociedades llamadas opulentas, como las ha descrito (críticamente) un conocido ensayista estadounidense (Galbraith 1965), presentan en su interior una distribución de recursos tan desigual que permite comprender fácilmente que la escasez no es un concepto absoluto, sino relativo, como es rela-

tivo, en efecto, el sentimiento humano de privación al que está estrechamente ligada la escasez (Runciman 1972). Se advierte una privación no sólo cuando todos carecen de un bien esencial, sino también cuando se carece de un bien, quizá menos esencial, pero que es un privilegio pacífico de otros miembros de nuestro mismo grupo social. No se necesita, entonces, gran ingenio para descubrir que los recursos son percibidos, si no en lo absoluto, sí como escasos incluso en las sociedades menos afortunadas.

Por el otro lado, estas sociedades, en las cuales tenemos la fortuna de vivir —mi generación ha vivido en paz por más de medio siglo, lo que es un caso único en la historia europea— deben su opulencia material y gran parte de su energía cultural a un desarrollo histórico acelerado que les ha permitido importar gratuitamente o a precios castigados, por las buenas o por las malas, imponentes cuotas de riqueza de países que, aunque definidos como del “Tercer Mundo”, poseían (y poseen) gran parte de los recursos primarios de los cuales depende el elevado nivel de bienestar de los países más ricos, los cuales —se dice— consumen nueve décimas de la riqueza mundial. Creo que basta esta consideración para convencernos de que, si bien podríamos nutrir dudas sobre la escasez “absoluta” al considerar a tal o cual país de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) o del G8, tales dudas se desvanecerían si observáramos a la sociedad humana entera y reflexionáramos sobre la esperanza media de vida de un italiano o de un habitante de Bolivia o de Lesotho. Resulta evidente que estos hechos pueden leerse en diversas claves, pero son hechos a tomar en cuenta.

El segundo argumento es más sutil. Entre los siglos XVI y XVII muchos viajeros occidentales han buscado largamente la sociedad perfecta e incontaminada, no sólo para conquistarla a favor de la “civilización” o la “religión verdadera”, cosa que los europeos han hecho con gran derramamiento de sangre, sino también para descubrir si su ideal abstracto tenía una respuesta concreta y pudiera justificar la esperanza del retorno a la edad de oro perdida, como lo esperaban Juan Jacobo Rousseau o, más

tarde, Federico Engels. Más allá de todos los informes científicos, existen admirables páginas literarias de autores que no ocultaron su amargura por los efectos de la colonización europea en ambientes “primitivos” e inconscientes de su propia pobreza: pienso en *Typee* de Herman Melville que, al describir en forma novelada una tribu de las Islas Marquesas, se pregunta provocadoramente si las devastaciones europeas no serían peores incluso que la antropofagia practicada en casos extremos y bajo formas simbólicas contra los enemigos vencidos en batalla (Melville 1973). Todavía hoy, por ejemplo en la Amazonía, existen tribus que resisten la invasión occidental. No podemos excluir la posibilidad de que hayan existido, o existan todavía, grupos que no tengan percepción de la escasez, pero esto no afecta la consideración de que en las sociedades pasadas o presentes de las cuales se tiene conocimiento suficiente, tal percepción existe y que, por tanto, el de la escasez puede ser un presupuesto para el análisis social de tales ambientes sociales.

La escasez de los recursos —como sabemos— es el presupuesto de muchas ciencias sociales. La economía política, por ejemplo, se ocupa de aquellos bienes y servicios que, no estando disponibles de manera infinita, tienen un precio variable precisamente en función de su mayor o menor escasez. La ciencia política centra su atención, en una sola sociedad o en varias sociedades vinculadas, en el acceso a las posiciones de mando o de autoridad, las cuales son escasas por definición respecto de quienes ambicionan ocuparlas. Por último, la sociología, en sus diversas divisiones (de la sociología económica a la sociología del consumo) se ocupa, sobre todo, de las acciones humanas, racionales o irracionales, encaminadas a la satisfacción de expectativas dirigidas no sólo a la adquisición de bienes materiales, teóricamente multiplicables en tanto existan los recursos necesarios (el alimento, los medicamentos), sino también los bienes “posicionales” (Hirsch 1981), cuyo valor necesariamente depende de su escasez (la residencia privilegiada, la visibilidad social, los *status symbols*, etcétera).

Que la escasez es también un presupuesto para la sociología del derecho parece evidente. En efecto, sin anticipar los tiempos del discurso, podríamos decir, desde ahora, que todos los bienes a los cuales tienden los seres humanos, de cualquier género, son o pueden ser objeto de reglamentación jurídica, la cual será tanto más imperativa —normalmente— cuanto más sean el objeto de apetitos raros o, incluso, como la vida, insustituibles. Quizá no exista ninguna ley que directa o indirectamente no se ocupe de bienes o posiciones apetecibles. De hecho, uno de los sociólogos del derecho más influyentes, Lawrence Friedman, considera que el derecho es, sobre todo, un sistema de “asignación de los recursos” (Friedman 1978, pp. 62 y siguientes), justamente porque son escasos.

Que los recursos sean escasos significa que existen más pretendientes, o actores sociales, que desean tener acceso a ellos, apropiárselos y utilizarlos. Y esto, a su vez, significa que entre ellos existen *conflictos*, si no reales, al menos potenciales, si no manifiestos, entonces latentes. Este es el banco de prueba de la “sociable insociabilidad” del ser humano de que hablaba Kant. Como ya se dijo, los seres humanos —como sucede incluso con algunos “animales no humanos” (Pocar 2005)— pueden cooperar o combatir por el acceso a los recursos. Que tomen una u otra opción depende de diversos factores, sobre todo del grado de escasez, lo que puede inducir incluso a formas drásticas de autoselección.¹ O bien, de la incertidumbre del resultado de la lucha, cuando los potenciales contendientes no conocen la fuerza de los adversarios y se encuentran, de entrada, en lo que John Rawls ha llamado, con feliz expresión, el “velo de ignorancia”, condición que, en su opinión, conduce a compartir de manera igual la apuesta en juego (Rawls 1982, pp. 125 y siguientes). O también, de la certeza de

¹ El fenómeno es objeto de estudio en la etología animal. Entre los humanos, aparte de los casos de antropofagia comprobada en condiciones de falta extrema de alimento, no carece de significado, entre otros fenómenos, la trágica costumbre, en algunos países asiáticos, de abortar los fetos del sexo femenino, con el fin de seleccionar los nacimientos.

que la lucha, llevada al extremo, perjudicará gravemente a todos los contendientes: es ésta la filosofía (fúnebre pero providencial) que ha permitido gobernar al mundo durante la llamada Guerra Fría. Por último, puede depender de la existencia de reglas comunes al campo de los contendientes: la ética, la religión, el tabú, el derecho. Y estas reglas, que en el habla común inducirían sólo a la cooperación, pueden provocar, en ocasiones, la paz o la guerra, es decir, pueden ser irénicas o polemogénicas. Depende de cuánto sean compartidas dichas reglas, y de qué tanto lo sean los valores incorporados en ellas. La religión normalmente une, pero los conflictos religiosos (incluso entre miembros de la misma religión) se encuentran entre los más sangrientos de la historia humana, frecuentemente con el objetivo de la eliminación del enemigo “infiel” de la faz de la Tierra.

Cooperación o conflicto son dos lados opuestos, pero en realidad conectados por relaciones mutables. Salvo los casos extremos de aniquilación del enemigo, incluso entre los contendientes de una guerra armada se instituyen formas de cooperación. Los griegos y los troyanos suspendían la batalla para sepultar a los muertos. Las embajadas de los ejércitos en lucha se reúnen para parlamentar. Por el contrario, una sencilla observación de las dinámicas de los grupos políticos —partidos, sindicatos— revela que el conflicto por la adquisición de influencia, posiciones, autoridad, poder, se desarrolla sobre todo en su interior, incluso hasta el punto de que las facciones o ramificaciones de un grupo pueden perseguir estrategias diversas en vista de la confrontación con el adversario externo. Por no decir que la institución humana más cooperativa por definición, esto es, la unión entre el hombre y la mujer, también puede ser altamente conflictiva, incluso cuando la convivencia perdura y —paradójicamente— cuando no se trata de una convivencia infeliz.

Pero si la cooperación y el conflicto se entrelazan, ello depende del hecho de que el conflicto está siempre latente, cuando menos en las relaciones humanas. Es decir, la categoría del conflicto es de tal modo central para cada una de las ciencias sociales, y en

particular para la sociología, que ningún autor serio negaría su importancia, y muchos autores lo conciben, además, como una especie de motor inmóvil, un *príus* de toda explicación científica de la socialidad. Es significativo que dos importantes concepciones políticas contemporáneas, como el liberalismo y el socialismo, conciban ambas a la sociedad humana como un campo de acción conflictiva. Una de ellas —el liberalismo— la concibe como un dato histórico inexorable, aunque controlable a través de reglas sociales compartidas; la otra —el socialismo— como un dato histórico arraigado, derivado de la enajenación de la clase trabajadora respecto del control de los medios de producción y, según algunas visiones, atenuable a través de reformas sociales igualitarias, o extirpable mediante un cambio revolucionario de las relaciones de producción.²

Sobre la centralidad del conflicto se funda también la sociología del derecho. Inclusive un autor como Talcott Parsons, máximo teórico del funcionalismo sociológico, que ve a la sociedad humana como un cuerpo con tendencia al equilibrio, capaz de reaccionar automáticamente a los factores de perturbación, toma en cuenta la conflictividad inmanente en las relaciones sociales, controlables en el interés general también a través de la operación de un sistema jurídico justo y eficiente (Parsons 1983). La relación inextricable entre conflicto y derecho ha sido expresada, de mejor manera todavía, por Vincenzo Tomeo, según el cual el derecho no es otra cosa que la “estructura del conflicto”, ya que “representa el esquema estructural del conflicto entre los intereses y los grupos”, la vía a través de la cual se canalizan los conflictos (Tomeo 1981, p. 85).

² En realidad, el socialismo reformista y el liberalismo social convergen, o casi, ya sea en algunas medidas materiales, ya sea en la adopción de los procedimientos formales de la democracia. No es casualidad que el *welfare state* británico haya sido diseñado por un político liberal como William Beveridge (1947). Hay que subrayar cómo, en su versión revolucionaria, el movimiento socialista (haciéndose eco del pensamiento de Rousseau), prevé, al término de una fase de transición, una sociedad sin clases ni conflictos.

Un campo de relaciones conflictivas puede ser descrito como un lugar de encuentro/choque entre *expectativas* incompatibles. Ticio pretende que Cayo cumpla una obligación en dinero, pero Cayo rechaza la pretensión aduciendo —por ejemplo— que Ticio es el que ha incumplido primero: *inadimpleti non est adimplendum*, alega, citando un famoso brocardo. O bien, Mevio le dice a Simplicia “te amo”, pero ésta responde: “lo siento, yo no”. Estas relaciones humanas elementales, ejemplos de la vida cotidiana, contienen importantes enseñanzas sociológicas.

En primer lugar, en ambos casos tenemos una sobrecarga de expectativas, es decir, un *exceso de complejidad*, como dice la sociología contemporánea, por cuanto en cada uno de ellos existen “más posibilidades de las que son actualizables” (Luhmann 1977, p. 40).³ Es imposible que ambas partes se vean plenamente satisfechas. Por tanto, deben salir del *impasse*, asumir una *decisión*, operando una selección.⁴ Por tanto, una o la otra de las partes, o incluso ambas, tienen que sacrificar algo, si no todo, cuando sea posible (en el segundo caso no lo es). Ticio obtendrá sentencia favorable y Cayo deberá pagar la deuda en todo o en parte; Mevio renunciará a conquistar el corazón de Simplicia. De tal modo, la situación social, excesivamente compleja, se habrá simplificado. *La complejidad se habrá “reducido”*.

En segundo lugar, cuando la relación entre ambos sujetos está iniciándose, ninguno sabe cómo se desarrollará. En realidad, desconocen la reacción del otro y mucho más aún la de un tercero que fuera llamado a decidir: por ejemplo, un juez. Por tanto, ambos actúan ante todo bajo el velo de ignorancia del cual se ha

³ Esta es la definición, más compleja, que propondrá el autor más adelante: “calificaremos como conjunto complejo un conjunto de elementos conectados entre sí donde, a causa de las limitaciones intrínsecas de la capacidad de vinculación entre los elementos, resulta imposible vincular cada elemento en cualquier momento con todos los demás” (Luhmann 1990b, p. 95).

⁴ “*De-cidere*” evoca la idea de “separar” efectuando un corte claro, como indica la etimología de todos los verbos de origen latino que terminan en “-cidere” (“in-cidir”, “circun-cidar”, etcétera).

hablado, ya que el resultado de la relación puede “realizarse de modo diverso a lo esperado”, es decir, entraña una condición de *contingencia* (Luhmann 1977, p. 40), como señala siempre la sociología contemporánea, retomando un concepto que proviene de Aristóteles. Por tanto, actúan en condiciones de riesgo (Luhmann 1996), el cual existe al comienzo de la relación y puede aumentar en el curso de la misma, poniendo en juego intereses materiales, sentimientos afectivos, valores.

En tercer lugar, la acción de los sujetos implicados depende de la naturaleza de la relación que —si se observa bien— en los dos casos citados es diversa, al menos a primera vista. En el primero Ticio plantea una pretensión “fuerte”, porque está apoyada en una norma jurídica y, por tanto, insitucionalizada e invocable ante un juez. En condiciones normales, por consiguiente, no está dispuesto a abandonarla: esto es, la suya es una *expectativa normativa*. En cambio, Mevio expresa un deseo, una esperanza, no una pretensión. Si su expectativa se ve desilusionada, le será más fácil renunciar a ella, siempre en condiciones normales. La suya es una *expectativa cognitiva* que habitualmente se abandona en caso de decepción.

Esta distinción entre expectativas normativas y cognitivas⁵ es clara en el plano teórico, pero lo es mucho menos en la realidad. En el primer caso, en efecto, Ticio podría tener desconfianza en el resultado de un juicio, debido a su duración y costos respecto de los montos económicos en juego y, por tanto, decidiría no correr el riesgo y abandonar la pretensión, evento que es muy común en la práctica jurídica. Por el contrario, en el segundo caso, Mevio podría insistir en la pretensión, incluso de manera irracional, tal vez refugiándose en una institución, como el matrimonio, por ejemplo.

Tengo clara memoria de un caso de separación judicial ocurrida en los años sesenta (no en la prehistoria). La mujer pidió la

⁵ La distinción proviene de Johan Galtung (1959), como recuerda Luhmann, quien hace de ella un punto crucial de su análisis (Luhmann 1977, pp. 50 y siguientes).

separación por culpa del marido, el cual, reaccionando “normativamente” a la decepción del abandono, se limitó a negar la culpa y a solicitar el desechamiento de la demanda. El tribunal le dio la razón, y después de tres años de separación temporal, obligó a la mujer a regresar al domicilio conyugal.⁶ Hoy día, para la separación basta que la comunión física y espiritual entre los cónyuges se haya vuelto imposible, y, por ello, un caso del tipo señalado resultaría inimaginable. En realidad, en Italia casi todas las separaciones son consensuales. Pues bien, en términos sociológicos esto significa que en este ámbito de relaciones, potencialmente conflictivas y expuestas a riesgos y desilusiones, las expectativas sociales han sufrido una verdadera mutación cualitativa, pasando del campo normativo al cognitivo en su mayor parte.

El ejemplo arriba citado muestra claramente el peso que las *instituciones* pueden ejercer sobre las expectativas sociales. En la sociología, la “institución” se define precisamente como un complejo normativo de cualquier género (no necesariamente jurídico) que estructura de manera duradera un campo de la acción social.⁷ Toda práctica social que se repita en el ámbito de un grupo, porque se considere obligatoria, útil o incluso sólo agradable, es una institución en este sentido. Su existencia y su respeto por parte del grupo refuerzan las expectativas de comportamiento, a veces haciéndola rígida y dejando de lado a quien se sustrae a sus previsiones, “desviándose” de la norma. Así, se considera desviado no sólo a quien viola la ley penal o a quien se niega a votar en

⁶ La mujer impugnó la sentencia, que no era ejecutiva de manera provisoria, y afortunadamente el tribunal de apelación le otorgó la razón. Este caso es sociológicamente ejemplar. En realidad, de acuerdo con la ley entonces vigente, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la separación podía concederse sólo en presencia de graves violaciones de la obligación conyugal (además del adulterio de la mujer, pero no del marido, por “excesos, sevicia, amenazas, injurias graves”, como prescribía el antiguo texto del artículo 151 del Código Civil). Así, la expectativa del amor, físico y espiritual, estaba revestida de una fuerza institucional que favorecía la reacción normativa contra la decepción del abandono.

⁷ Esta definición, propuesta ya en Ferrari (2008, p. 20), trata de expresar sucintamente un concepto más articulado (cfr. Gallino 2006, p. 392).

las elecciones, sino también a quien, digamos, no participa en las reuniones familiares en los días festivos obligatorios. O bien, en términos sociológicos, es desviado quien escapa del ámbito de los poderes que la sociedad reconoce como propios de su *status* y no respeta las expectativas sociales conectadas con su *rol*.

Estos conceptos son de importancia fundamental, porque ponen de manifiesto la fuerza de la presión social sobre el individuo. El “*status*” coincide en realidad con la posición social de un sujeto, definiendo su espacio de libre determinación. Por “*rol*” o “*papel*” se entiende un complejo de expectativas normativas que, desde la sociedad, convergen en un sujeto en relación con su *status* (Dahrendorf 1966). *Status* y *rol* contribuyen, así, a definir la identidad social de cada individuo. Lo que “somos” no depende sólo de la percepción que tenemos de nosotros mismos y de nuestras decisiones, sino también, y en medida relevante, de la percepción y de las decisiones de los demás. Al actuar en sociedad llevamos máscaras —advíertase que el término “*rol*” o “*papel*” se ha tomado prestado del lenguaje del teatro— que en parte escogemos, pero que, en otra, nos son atribuidas, o cuyos caracteres nos son atribuidos. La amplitud de la libertad de opción de los individuos varía según el tiempo y el lugar (Dahrendorf 1981). Hay sociedades que vinculan al individuo desde su nacimiento, fijándolo en roles que pueden cambiar sólo en circunstancias excepcionales: libre o esclavo, noble o plebeyo, con o sin casta. Las sociedades occidentales contemporáneas le conceden a los individuos mayores libertades, cuando menos formales, en la selección de sus roles (Friedman 1990), pero también les atribuyen más roles, frecuentemente en conflicto entre sí: cónyuge, padre y trabajador, o bien, ciudadano, contribuyente y consumidor.

No dejará de advertirse la importancia que asumen los conceptos de *status* y de *rol* en la sociología del derecho. En realidad, el derecho es un poderoso mecanismo que instituye o refuerza roles sociales tendencialmente rígidos. Piénsese en el proceso penal. Los sujetos intervienen en él a través de roles predefinidos (minis-

terio público, imputado, defensor, juez), a los cuales corresponden acciones igualmente predefinidas (acusación, declaraciones, alegatos, sentencia), las cuales han de desarrollarse dentro de un cuadro ritual, dividido en plazos y acompañado de símbolos que marcan las diferencias —justamente— de *status* y de rol: la toga, el estrado, la escarapela tricolor de los jurados italianos, la sala de audiencias en el *trial* estadounidense, la barrera que separa a las partes del juez (Garapon 2007; Chase 2005, pp. 114 y siguientes).

Y no sólo esto. *Status* y roles contribuyen a determinar la estructura de una sociedad (Parsons 1965, pp. 45 y siguientes). Cuanto más numerosos y diferenciados sean, más compleja será una sociedad. Cuanto más amplias sean las diferencias de *status* y rol, más estratificada y desigual será una sociedad. Cuando más rígidas sean estas diferencias, tanto más difícil será pasar de un rol a otro, tanto más reducida será la movilidad social, y tanto más dicha sociedad tenderá a cristalizarse y a resistir el cambio. Del modo como el derecho defina los *status* y los roles sociales, frecuentemente de modo imperativo, dependerán, por tanto, también los efectos generales de largo plazo.

Las máscaras sociales de los sujetos califican su *acción*. En efecto, se trata de “actores sociales”, en la visión sociológica o, según el derecho, de “personas”, físicas o jurídicas, es decir, de personajes.⁸ La acción social que es resultado de la interacción entre varios individuos se desarrolla sobre un escenario ideal, en el que los actores, conscientemente o no, se exhiben delante de un público que observa, declamando por su parte: los vecinos de la casa, los compañeros de la escuela, del partido o de viaje, los testimonios de un evento, la prensa, la televisión, hoy en día el Facebook y los *blogs*. Que la vida social es una comedia (la comedia humana, para parafrasear al Dante) lo muestra una literatura bimilenaria, desde Aristófanes a Luigi Pirandello. La sociología ha tomado nota de ello hasta límites extremos. Erving Goffman

⁸ *Dramatis personae* es la expresión latina que denota los personajes de un drama teatral. Como lectura de la acción jurídica en términos de *status* y roles, véase Arnaud (2005).

—por ejemplo— ha construido una visión “dramatúrgica” de la acción social, en la que los seres humanos se autorrepresentan, cambiando de carácter según el “teatro” en el que actúan (1969).

La interacción humana consciente no es otra cosa que un intercambio de actos de comunicación provistos de un *sentido*. Este concepto fue expresado de manera precisa por Max Weber, para quien —en efecto— la sociología, antes de explicar la acción social en su desenvolvimiento, debe entenderla primero: se trata de una “ciencia comprensiva”, antes que explicativa (Weber 1974a, pp. 259 y siguientes). Ahora es parte del *kit* común de toda la sociología contemporánea. Pero los actos de comunicación están hechos de signos y símbolos, es decir, de material comprensible a través de la referencia a códigos de significado. Si los hablantes no comparten esos códigos, la comunicación fracasa o, lo que con frecuencia es peor, se presta a dudas y malentendidos que en ocasiones tienen graves consecuencias.

Desde hace algunos años, al inicio del curso, trazo en el pizarrón para mis estudiantes un signo sencillo —por ejemplo, una “P”—, haciendo notar que, según el código alfabético de referencia, la comunicación puede tener éxito o fracasar. La “P” del alfabeto latino se lee como “erre” en el griego. Un turista helénico poco inteligente, al leerlo en una placa de la carretera, no entendería que puede estacionar su automóvil. Y lo mismo podría suceder con actos de comunicación más complejos. La palabra “viola” puede referirse a un instrumento musical o a un nombre de mujer: para entender de qué se habla se necesita describir, además de los códigos alfabéticos, el contexto de la conversación. Imaginemos ahora cuando los signos y los símbolos se multiplican, formando palabras, frases, discursos; o cuando los signos son icónicos, o quizá diseños abstractos (expresiones artísticas o simples garabatos); y, sobre todo, cuando los actores que interactúan están separados por valores o intereses contrapuestos: en este caso, es fácil que “no se quieran entender”, como se dice, y que se dé significados diversos a las mismas expresiones.

Naturalmente, los seres humanos tratan, en general, de entenderse (y de entender), incluso cuando están prontos a combatir. Por ello, precisamente, se han dado códigos compartidos y complejos sistemas de significados, como los lenguajes codificados, como las reglas morfológicas, gramaticales, sintácticas y semánticas. Estas proveen a la acción social del material más elemental, es decir, una clave de comprensión,⁹ un significado compartido. En este sentido existen los *sistemas sociales*, como lo son otros sistemas de la acción humana: la economía, la política, la moral, la ciencia y, naturalmente, el derecho. Estos sistemas desempeñan *funciones* distintas, frecuentemente en competencia entre ellos: piénsese en el derecho, la moral y la religión. Pero más allá de su función primaria, dichos sistemas confieren a la acción sobre todo un significado, un “sentido”, si se prefiere. Como dice Hans Kelsen: “Un hombre en toga pronuncia, desde un asiento elevado, determinadas palabras dirigidas a un hombre delante de él. Este acontecimiento exterior *significa* una sentencia” (Kelsen 1956, p. 26; cursivas mías).

Por tanto, enseguida veremos que el derecho es un *sistema social de significados*, más bien que de *acción social*, como habíamos dicho al principio. Casi podríamos decir: de acción social a través del significado.

Su representación en términos de sistema social está en sintonía con las demás ciencias. El llamado paradigma sistémico, el cual propone considerar las conexiones más o menos estables y regulares entre los elementos de un todo, es un punto firme de la epistemología actual. Naturalmente, hay diversos modos de ha-

⁹ No la única, naturalmente. Sucede frecuentemente que “los hechos hablan por sí mismos”, como se acostumbra decir: pero si estos hechos “hablan” es porque conllevan un significado perceptible para el actor, y, se supone, para quien sufre la acción. Incluso los hechos que no exhiben un significado deliberadamente atribuido por el agente o que, además, no provienen de un agente consciente –piénsese en la acción involuntaria de un sujeto o de un evento natural– no caen fuera del ámbito del significado; a estos hechos se les atribuye comúnmente un significado, ya codificado según alguno o varios de los códigos de significado.

cer ciencia “sistémica”, sobre todo según la diversidad de los propios sistemas. Los sistemas sociales, que el ser humano ha creado artificialmente para organizar la convivencia humana sobre la Tierra, tienen naturaleza simbólica y dependen de la acción humana. Los sistemas naturales, como las estrellas, las rocas o los organismos vivos, existían ya antes de que el hombre los “leyera” para comprender sus mecanismos y, eventualmente, dentro de los límites de sus reducidas capacidades, modificar su estructura o su curso.

El derecho pertenece a la primera categoría, no a la segunda. En su estructura y en sus funciones, depende de las estrategias del hombre, caprichosas pero limitadas. Y, como he dicho al inicio, es un poderosa modalidad o medio de la acción social. El ser humano es un “animal teleológico”, como se suele decir, que actúa generalmente en vista de un objetivo, escogiendo los medios que le parecen apropiados para alcanzarlo. Estos medios no siempre son claros, ni siquiera para el actor. Con frecuencia son tan oscuros, que el agente los racionaliza solamente *a posteriori*. También con frecuencia, el agente los conoce pero no los declara, sino que más bien los oculta a través de explicaciones de conveniencia. Además, tampoco los fines son siempre racionales. Es muy conocida la distinción de Weber (1974b, I, pp. 21 y siguientes; 1974a, pp. 239 y siguientes) entre la acción racional, inspirada por finalidades materiales o valores morales, y la acción irracional, inspirada por el afecto o el respeto a la tradición. Lo mismo puede decirse de los medios, que no siempre son adecuados a los fines seleccionados. La acción no inteligente (que puede tener efectos sociales muy relevantes) consiste en perseguir fines inalcanzables o en adoptar medios inadecuados para obtenerlos. Y, naturalmente, incluso la acción inteligente puede no conducir a los resultados esperados debido a la interferencia de otros factores más o menos ponderables. Todas estas precisiones corresponden a los claros límites de la acción humana y sugieren cautela para su interpretación científica sobre la base de su aparente teleología. Pero ello no anula el hecho de que, en su estructura elemental, la

acción humana voluntaria —inteligente o estúpida, “lógica o no lógica”—¹⁰ presenta una estructura teleológica elemental.

La investigación de las características del derecho muestra cómo este importante elemento del sistema social —mejor dicho, de este subsistema social— puede considerarse útil para conseguir los resultados esperados, o cuando menos para justificarlos.

2. EL DERECHO

2.1. *Premisas terminológicas y metodológicas*

Para examinar cómo se actúa a través del derecho es necesario aclarar preliminarmente las ideas sobre lo que sea el derecho en la perspectiva sociológica y, para tal fin, precisar sobre todo que el objeto del cual se habla es el *derecho como es, no el derecho como debería ser o como nos agradaría que fuese*. Esta precisión es necesaria porque, desafortunadamente, en el lenguaje científico se utiliza también la palabra “derecho” para designar ambas cosas, con la agravante ulterior de que, en todas las lenguas occidentales, con la excepción del inglés,¹¹ la misma palabras se utiliza también para designar a una pretensión subjetiva fundada en una norma jurídica, esto es, la facultad de actuar socialmente (en particular ante un juez) con base en dicha norma: es lo que se llama usualmente un “derecho subjetivo”. De este modo se generan confu-

¹⁰ Que la sociología, a diferencia de la economía, comprenda el análisis de las “acciones no lógicas” es una suposición fundamental en la concepción de Vilfredo Pareto (1978).

¹¹ Es sabido que en el inglés se utilizan respectivamente *law* y *right* para indicar el derecho objetivo y el derecho subjetivo. Lingüísticamente, esta distinción no es todavía tan clara como podría creerse, dado que la palabra *right*, antes que al derecho subjetivo, indica “lo que es justo”, “derecho” o “recto”. No es casualidad que los *Lineamientos de la filosofía del derecho* de Hegel, en los cuales se analiza el concepto de derecho de acuerdo con una intuición subjetivista, se intitulen en inglés *Elements of the Philosophy of Right*. Sobre la ambigüedad de la distinción tradicional entre *law* y *right*, véase Pattaro (2005).

siones que, desde el terreno terminológico se difunden hacia el analítico y el ético-ideológico, hasta provocar choques de opinión que no existirían si las palabras fueran diversas o los contendientes admitieran que han estado hablando de cosas diversas (Williams 1976).

Sin embargo, no es fácil obtener este resultado, por razones que poseen también una importancia crucial para el análisis sociológico del derecho. En efecto, la palabra “derecho”, ya sea en su significado literal (lo que es “derecho” no está “torcido” ni “invertido”), ya sea por la imagen de justicia que conlleva (tanto el sentimiento como la organización, es decir, jueces, tribunales, cárceles, etcétera), ofrece un poderoso argumento de acción, debate, e incluso de lucha. Justificar una acción recurriendo a la palabra “derecho” o a sus correlatos (“ley”, “justicia”, etcétera) significa reforzarla —para ser más preciso, *legitimarla*— ante el interlocutor y ante el público que asiste a la interacción. Se trata, entonces, de un fuerte argumento retórico encaminado a convencer al prójimo de que la acción propia es inimpugnable.

Esta es la razón esencial por la cual es frecuente, en las discusiones científicas y filosóficas, la confusión entre el derecho como es en nuestro mundo imperfecto y el derecho que debería ser en el mejor de los mundos imaginables. La apuesta en juego en tales discusiones puede ser muy elevada también en el terreno práctico. De hecho, cuando se utiliza la palabra “derecho” para indicar el “buen derecho”, se implica que todo orden jurídico distinto de él no es ni siquiera “derecho”, ni merece este apelativo: para utilizar la famosa expresión de Tomás de Aquino, no es *lex*, sino *legis corruptio*. Sobre esto no habría nada que objetar si los seres humanos tuvieran todos la misma idea de los que es el “buen” derecho, pero ello no es así. Dejando de lado las perversiones extremas (las que, por ejemplo, consideran justo eliminar u oprimir a las “razas inferiores”),¹² y aún admitiendo la hipótesis de que todos los

¹² Esta perversión no es sólo moral, sino también científica, ya que ahora se sabe que existen diferencias genéticas más grandes entre los miembros individuales de un grupo étnico que entre los diversos grupos étnicos: estos mismos

hombres de buena voluntad comparten algunos preceptos morales fundamentales (no matar sin razones graves, auxiliar al prójimo, no traicionar al amigo, acoger al huésped),¹³ es bien visible la diferencia entre las opiniones encontradas entre los sistemas éticos más difundidos: algunos consideran el matrimonio como indisoluble, otros aceptan el divorcio, algunos más, la poligamia; algunos prohíben el aborto de manera absoluta, otros lo aceptan como “mal menor” en casos excepcionales (peligro de muerte de la madre, malformaciones del feto, violación, etcétera), otros más como libre decisión de la mujer; algunos condenan el homicidio sin excepciones, otros sólo lo admiten en legítima defensa, otros más lo justifican para la defensa de la patria, algunos más, finalmente, lo recomiendan o incluso lo imponen para difundir una idea política o una fe religiosa, etcétera. El problema es que, en todos estos casos, cada uno presenta su *propia* concepción como la moralmente justa, y, *por tanto*, la que debe traducirse en ley positiva (aunque la derivación no debería ser automática), descalificando automáticamente como “no derecho” cualquier ley distinta de aquella.

Los sistemas éticos, su diversidad, sus efectos sobre el derecho, son argumentos de gran importancia no sólo filosófica, sino sociológica. En particular, sobre ello han reflexionado profundamente los padres fundadores de la sociología del derecho. Émile Durkheim (1962) encontraba un vínculo estrecho entre la religión, la moral y el derecho. Max Weber (1965) identificó en la ética protestante, especialmente la calvinista, la inspiración fundamental de las reglas de la economía capitalista. Pero aquí no abordaremos semejante argumento. Nos limitaremos a tratar el derecho como es, bueno o malo, es decir, el *derecho positivo*, advirtiendo que ni siquiera esta expresión posee un significado unívoco.

son difícilmente distinguibles si no a través de otros caracteres morfológicos muy superficiales, entre otros. Todos los seres humanos tienen (por fortuna) “sangre mezclada”.

¹³ La hospitalidad es una distinción fundamental en la ética, como lo revela, en la *Odisea*, la contraposición entre la (no) sociedad de los cíclopes y la sociedad (perfecta) de los feacios (Mittica 1996, pp. 53 y siguientes).

En su acepción más restringida, “derecho positivo” indica el derecho “puesto” o, mejor dicho, impuesto a una población determinada por la autoridad de un poder legiferante soberano. En este sentido, “derecho positivo” coincide, en términos generales, con la ley, entendida en sentido formal como norma escrita, aprobada y promulgada conforme a procedimientos preestablecidos, vista como fuente de derecho superior a cualquier otro tipo de norma jurídica, por ejemplo, la consuetudinaria. Esta concepción del derecho, que proviene de la filosofía ilustrada y es típica de la modernidad, ha alcanzado su apogeo con el estatalismo dieciochesco y decimonónico, según el cual, corresponde al Estado, como entidad soberana, el monopolio de la creación y la disolución del derecho, es decir, de las normas “puestas”, de las cuales se compone conforme a esta visión.

En una acepción más amplia, el “derecho positivo” coincide simplemente con el derecho efectivamente vigente en un cierto tiempo y lugar, en contraposición a otros sistemas normativos que, aunque sean señalados con el nombre de “derecho”, no están vigentes, en el sentido de que no son observados, o hechos observar, por la autoridad constituida en un territorio determinado. Entre éstos se encuentra sobre todo el derecho llamado natural, es decir, el complejo de normas que, según las doctrinas, tienen su fuente en una autoridad superior al hombre y a la sociedad: la naturaleza en sentido físico-cosmológico, la divinidad, la misma razón humana que, por su propia autoevidencia, tendría que imponerse a la voluntad contingente (frecuentemente irracional) de los hombres. En este sentido más amplio, el derecho positivo comprende también los ordenamientos o sistemas jurídicos que no se fundan en el primado de la ley escrita, emanada de una autoridad dotada de poderes de mando “soberanos”, pero que se basan, por ejemplo, en una tradición no escrita y comúnmente observada por una población, o sobre las opiniones de un grupo de juristas, como en el caso del derecho jurisprudencial romano,

o bien, sobre las sentencias de los jueces, como en el *common law* inglés y estadounidense.¹⁴

Es en esta acepción más amplia que hablamos de derecho positivo. En efecto, lo que interesa es entender cómo, en su actuar, los actores sociales se orientan según las normas que tienen ciertos caracteres estructurales que enunciaremos enseguida, independientemente de su forma oral o escrita o de su fuente de proveniencia. Y hablamos de derecho positivo sin asumir ninguna postura preestablecida de orden filosófico-jurídico, ni sobre la contraposición histórica, y siempre recurrente, entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, ni sobre las diversas versiones en las cuales esta última doctrina ha hecho su aparición (Bobbio 1965; Scarpelli 1965). Por tanto, de derecho positivo hablamos en un sentido sociológico, refiriéndonos, por otra parte, a todas las categorías conceptuales en las cuales puede ser encuadrado el derecho vigente en un tiempo y lugar.

Creo que es oportuno hacer aquí un excursus metodológico.

Max Weber (1974b, II, p. 16) distingue estas categorías conceptuales, combinando con ellas dos clases de opuestos, los cuales están a la base no sólo de su concepción del derecho, sino de toda su construcción sociológica, centrada en la interpretación de la acción social: *formalidad/materialidad* y *racionalidad/irracionalidad*. Por tanto, de ellas obtenemos cuatro tipos de derecho o de órdenes jurídicos:

Derecho formal-irracional Derecho formal-racional

Derecho material-irracional Derecho material-racional

¹⁴ Recordamos que ni el derecho romano ni el *common law*, aunque consisten primariamente de materiales extralegislativos, desconocen la ley puesta por la autoridad política. En Inglaterra y los Estados Unidos, en particular, la ley formal de origen parlamentario ha venido imponiéndose progresivamente al derecho judicial, hasta el punto de sustituirlo en muchos campos.

Este ejemplo clásico es importante por dos razones.

En primer lugar, estas cuatro categorías sociológicas incluyen en un solo campo semántico todas las formas imaginables del derecho positivo, identificadas por el autor a través de las figuras del legislador y del juez como tomadores de decisiones de una autoridad socialmente reconocida. Y así —dice Weber— tenemos un derecho formal e irracional cuando las decisiones jurídicas (legislativas o judiciales) se basan predominantemente en fuentes normativas que escapan de la razón humana, como los oráculos o los libros sagrados; un derecho material e irracional, cuando se fundan predominantemente en el sentimiento instintivo de justicia del tomador de las mismas; un derecho formal y racional cuando a la base de las decisiones se introducen predominantemente características externas (la pronunciación de una palabra, una firma) o deducciones lógicas a partir de normas generales y abstractas; y, por último, un derecho material y racional cuando la decisión puede ser influida también por elementos extraños a la mera deducción lógica, como, por ejemplo, elementos éticos, utilitaristas o políticos.

En segundo lugar, el ejemplo dado es relevante porque muestra claramente el modo por el cual Weber considera que se puede llegar a la comprensión científica del material social, paso prioritario respecto de la explicación de la acción humana. En efecto, las categorías indicadas son tipos abstractos, “ideales”, como lo dice el mismo Weber, es decir, constructos mentales elaborados artificialmente para organizar las observaciones de los casos concretos (Weber 1974c, pp. 55 y siguientes). Estos últimos, en realidad, no entran perfectamente en alguno de los tipos, pero se aproximan más o menos a uno u al otro, mostrando con frecuencia caracteres mixtos. A veces parecen escapar también a la clasificación: Weber mismo tenía dificultades para reconducir a esta tipología los sistemas de *common law*, fundados en la reiteración de los precedentes judiciales, los cuales, si bien presentan caracteres racionales, unas veces son formales y otras, materiales. A pesar de estos límites, hay que subrayar que, sin este artificio conceptual, careceríamos de un instrumento esencial para trazar

distinciones, lo cual es indispensable para el conocimiento, sobre todo cuando tenemos que habérmolas con objetos no materiales, sino simbólicos, como son las instituciones humanas, y las jurídicas en particular.

Por tanto, muchos conceptos que compararemos en el curso de las discusiones tendrán esta misma naturaleza, lo que no sorprenderá a quienes tengan nociones de la ciencia jurídica. En efecto, se actúa jurídicamente a través de los modelos que el sistema particular de significación y de acción, que llamamos “derecho”, define previamente en forma abstracta, “ideal-típica”. Y tal es el concepto de ley en sentido formal con el cual, de acuerdo con las doctrinas, los titulares del poder político traducen en norma jurídica su voluntad o la “voluntad general” de la ciudadanía. Así lo es también el contrato, con el cual los actores sociales particulares, tanto individuales como colectivos, definen las normas que han de regular sus relaciones; y lo son también los “tipos” particulares de contrato elaborados por los juristas o regulados en un código. La sentencia de un juez, a través de la cual se define un juicio, tiene el mismo carácter.

Lo que caracteriza a estos conceptos técnico-jurídicos es su rigidez teórica tendencial. El derecho es un instrumento práctico, no sólo teórico, y además prescriptivo, esto es, destinado ya sea a comprender científicamente la acción, ya sea a guiarla de modos frecuentemente imperativos. No es de extrañar, entonces, que, para conseguir las finalidades sociales a las cuales se presta, los que pueden operar con este instrumento, o a través de él, traten de diseñar estos modelos con límites tan claros como sea posible, a fin de establecer sin equívocos lo que está dentro y lo que está fuera, limitando al máximo el ámbito de incertidumbre de las palabras. Pero que se trata de abstracciones ideal-típicas se entiende tan pronto observamos cómo, por así decirlo, la realidad desafía continuamente su aparente rigor. Sabemos cómo la ley sirve a múltiples objetivos, más allá de consagrar normativamente una voluntad política y, por el contrario, cómo la voluntad política puede no asumir la forma de la ley, demasiado rígida y,

por tanto, dentro de ciertos límites, vinculante también para el legislador. Del mismo modo, todo buen jurista en formación sabe ya desde el primer año de sus estudios que existen también contratos “atípicos”, estos últimos nacidos de la fantasía constructiva de los actores sociales, frecuente y precisamente inspirada por la necesidad de escapar a las mallas de la tipificación. Por su parte, la sentencia del juez puede llegar en tiempos incompatibles con el interés concreto de las partes, y por ello es que se inventaron las medidas provisionales, a través de las cuales se anticipa el resultado final del juicio de maneras frecuentemente irreversibles.

Por tanto, para darse cuenta de la relación entre los conceptos y la realidad social, no hay mejor cosa que el derecho y la ciencia jurídica. Un gran jurista e historiador del derecho, Friedrich Carl von Savigny, que ejerció una formidable influencia en la ciencia jurídica decimonónica de Europa continental, describió esta relación con palabras simples en uno de sus famosos ensayos. El derecho —dice— tiene sus raíces en el “espíritu del pueblo”, pero al desarrollarse asume una “vida doble”. Por un lado, el pueblo continúa creándolo, aportándole el “elemento político” esencial, pero, por el otro, un grupo de estudiosos, los juristas, se ocupan de ordenar conceptualmente esta realidad cruda, otorgando al derecho su “elemento técnico” (Savigny 1994). O bien, los sujetos intercambian un objeto por una suma de dinero y el jurista interviene para definir esta interacción como “compraventa” o “arrendamiento”, según si el objeto está destinado a permanecer o no para siempre a disposición de quien lo recibe, creando así conceptos útiles para contener en el futuro cualquier otra relación similar. Sucederá más tarde que otros sujetos acuerden que el objeto no salga del todo de la esfera de quien lo cede y entre definitivamente en la esfera de quien lo recibe solamente después de transcurrido cierto tiempo. Entonces el jurista inventará un nuevo concepto, que será la “venta con pacto de retroventa” o la “venta con reserva de dominio”, o también un “*leasing*”, un contrato ágil y fiscalmente conveniente que era desconocido con esta denominación en Italia hasta hace pocas décadas. Por tanto,

todos los “tipos”, que sirven no sólo para conocer sino también para orientar y guiar la acción social, no son muy diversos de los tipos ideales a través de los cuales, según Weber, es posible el conocimiento sociológico de la acción misma.

He señalado todo esto para subrayar desde ahora, al inicio del discurso sobre el derecho, un punto importante. Los actores sociales actúan jurídicamente en varias direcciones, de abajo hacia arriba a través de elecciones, recursos, peticiones, súplicas, es decir, actos que invocan la intervención de una autoridad. O bien, de arriba hacia abajo, dictando leyes, sentencias, decretos, órdenes, actos administrativos. O también horizontalmente, sobre un plano formal de paridad (que puede ser, como se ha dicho, de desigualdad sustancial), como sucede cuando se estipula un contrato. En todos estos casos, los actores sociales orientan su acción propia y la expectativa de la acción de otros según las normas jurídicas, inspirándose en algún modelo normativo. Tampoco estos modelos, estos puntos de referencia, aún en el más rígido de los sistemas jurídicos, son fijos sino variables, al menos en un sentido probabilístico. Son fijos cuando sirven perfectamente a las necesidades. Si esto no sucede, se adoptarán otros, o se inventarán los que no existan, pero manteniendo firme la referencia al “derecho”, porque, como ya se ha dicho, la palabra misma induce un consenso sobre la acción, la “legítima”.

Abierto así el discurso sobre el derecho, trataremos de “leerlo” sociológicamente y presentaremos brevemente su *estructura* y su *función*. En la sociología, este binomio es a tal punto clásico que ha inspirado un corriente entera de pensamiento, precisamente el estructural-funcionalismo. Por otro lado, de esta corriente retomaremos sobre todo los conceptos y, dentro de ciertos límites, su potencialidad metodológica. De ellos nos separaremos en ocasiones, bajo el perfil teórico o, sobre todo, el ideológico, justamente por respeto a la naturaleza siempre cambiante del derecho y de las relaciones humanas en general. En efecto, incluso entre sus voces más innovadoras, como la de Luhmann, tal corriente no ha

logrado abandonar enteramente un modelo estable de la sociedad, minimizando los conflictos que caracterizan a los agregados humanos, así como los efectos no sólo estabilizadores, sino desestabilizadores, que la acción jurídica puede provocar en ellos.

2.2. *El derecho como sistema normativo*

En sentido sociológico, el derecho se puede representar también como un *conjunto estructurado de normas*. Esta afirmación podría darse por descontada para el jurista de la Europa continental, habituado al primado de la ley estatuida, a los códigos que la consagran en una recopilación sistemática, a la idea de que las normas generales y abstractas ofrecen una respuesta a toda cuestión sobre lo que es lícito o ilícito. En realidad, no puede darse por descontada en lo absoluto, no sólo desde el punto de vista de la sociología del derecho, sino tampoco del de la ciencia jurídica y la teoría del derecho.

Empezando por esto último, baste recordar que la concepción normativa del derecho no es compartida universalmente, sobre todo en clave histórica. Hace muchos años, Norberto Bobbio (1958; 1993) clasificó las principales teorías generales del derecho en tres grupos: las que conciben respectivamente al derecho mismo como *norma*, como *institución* y como *relación*. La teoría normativa, o normativista, en la cual el autor sigue los pasos de Kelsen, identifica al derecho como un ordenamiento particular (entre otros) de proposiciones prescriptivas generales, encaminadas a regular la conducta humana: una Constitución, un código, una ley. La teoría institucionalista, de la cual Bobbio cita como representante italiano más ilustre a Santi Romano, concibe al derecho como organización compleja dirigida a crear y mantener el orden social. La teoría relacional —“muy antigua y recurrente periódicamente”, anotaba Bobbio (1993, p. 15)— identifica el núcleo del derecho en la relación entre el titular de un derecho subjetivo y el titular de la obligación correlativa y, por tanto, ve

al derecho como una forma de coordinación de las libertades individuales, según las conocidas palabras de Kant;¹⁵ como representantes italianos, Bobbio citaba a otros estudiosos de alto perfil como Giorgio del Vecchio y Alessandro Levi.¹⁶ Estos últimos autores, y por el otro lado Santi Romano, eran críticos de la concepción normativa, considerada, si no como incorrecta, al menos como reductiva, por ser incapaz, en su opinión, de capturar el núcleo más profundo del derecho y de la experiencia jurídica.

El debate todavía no está cerrado. Permaneciendo en Italia, recordamos que si, por un lado, la concepción normativa ha tenido gran éxito por largo tiempo, sobre todo gracias a la reelaboración de la teoría kelseniana por parte de Bobbio y otros estudiosos, entre los cuales se halla principalmente Uberto Scarpelli, por el otro, y limitándonos a los teóricos de inspiración iuspositivista, no han sido pocas las voces divergentes. Dos escuelas, en Génova y en Bolonia, han abrazado decididamente otra posición, la del realismo jurídico, que se distancia del normativismo para tomar en cuenta no tanto las proposiciones prescriptivas generales que regulan la conducta humana en abstracto, sino sus raíces psico-sociológicas y su aplicación concreta, sobre todo por parte de los tribunales (Tarello 1980; Pattaro 2005; Guastini 2009). Según estas visiones, si bien diversas entre sí, el derecho no es, por tanto, ni una norma general ni una institución, tampoco una relación, sino una regularidad conductual social que es obedecida porque se considera obligatoria, empíricamente comprobable mediante una investigación sobre la conducta de sujetos titulares de un po-

¹⁵ Según quien –como recuerda Bobbio (1993, p. 16)– el derecho es “el conjunto de las condiciones por medio de las cuales el arbitrio de uno puede coincidir con el arbitrio de otro de acuerdo con una ley universal de la libertad” (Kant 1956, p. 407).

¹⁶ Y no sólo a ellos: los estudiantes milaneses de mi generación recuerdan bien la decidida posición de su profesor de instituciones de derecho privado, Aurelio Candian, que ofrecía en su manual una reconstrucción sistemática de la materia centrada enteramente en el concepto de relación jurídica (Candian 1960).

der normativo, en particular los jueces, y sobre las fuentes de su inspiración.¹⁷

Pasando a la vertiente de la sociología, las cosas no cambian, al menos en apariencia. En efecto, los sociólogos tienden a considerar los fenómenos sociales en términos sistémicos, como ya se ha dicho. Y éstos, a su vez, son vistos como redes de relaciones o acciones o comunicaciones: entidades no fijas, como a primera vista puede parecer la representación del derecho en términos de normas, sino al contrario, mutables, móviles, interactivas.

Lo mismo sucede con el derecho. Pongamos algunos ejemplos. Cuando Parsons dedica al derecho un ensayo específico (que, dicho sea de paso, no es el mejor de sus trabajos), describe, en efecto, un sistema de acción social del cual las normas jurídicas son un elemento entre otros: estas normas —observa dicho autor— son aceptadas como legítimas por la población, y también interpretadas y aplicadas a través de la actividad de los operadores encargados de ello (Parsons 1983). Como se lee en William Evan, uno de los fundadores de la sociología del derecho contemporánea, el “sistema jurídico” (*legal system*) se compone de “valores, normas, roles y organizaciones” (Evan 1990, p. 47). Y también Lawrence Friedman, jurista e historiador del derecho, en una obra sociológica bien conocida describe al “sistema jurídico” (*legal system*) como un conjunto organizado, compuesto por una “sustancia”, constituida por las normas, por una “estructura”, formada por los aparatos de decisión: en particular, dice el autor, los tribunales de justicia (Friedman 1978, p. 54). Y, todavía más, el sociólogo francés Pierre Bourdieu describe el mundo so-

¹⁷ Así se expresa uno de los máximos exponentes del iusrealismo estadounidense: “Las profecías de lo que harán los tribunales efectivamente, y nada más pretencioso que esto, es lo que entiendo por derecho” (Holmes 1897, p. 461). Por su parte, Alf Ross, jurista danés y exponente destacado del realismo escandinavo, definía así el “derecho válido”: “Un sistema jurídico nacional, considerado como un sistema válido de normas, puede, por tanto, ser definido como el conjunto de las normas efectivamente operantes en la mente del juez, porque éste las considera como socialmente vinculantes y, por ello, las observa” (Ross 1965, p. 34).

cial como una multitud de “campos” (*champs*), es decir, microcosmos relativamente autónomos en los cuales se agregan los actores sociales que mantienen intereses particulares, cada uno definido por una lógica específica que se asume como un dato indiscutido en el curso de la interacción social: en el caso del derecho, la referencia común de los actores a la ley (Bourdieu 1986). Y todavía más típica entre todas las posturas es la de Niklas Luhmann y su escuela. El estudioso alemán describe al sistema jurídico (*Rechtssystem*) como un conjunto estructurado de “comunicaciones sociales que son formuladas con referencia al derecho” (Luhmann 1990a, p. 43). En síntesis, por tanto, los sociólogos confrontan el tema del derecho refiriéndose a una entidad compleja que, si bien comprende a las normas, no se reduce a ellas. Una postura como esta conduce a Gunther Teubner, uno de los discípulos más destacados de Luhmann, a definir el derecho (*law*) como un sistema social cuyos elementos básicos son “comunicaciones, no normas” (Teubner 1989, p. 739).

De todo lo que precede se podría deducir que, efectivamente, la representación del derecho en términos normativos es reducida, en el sentido de que desatiende cuanto —por así decirlo— concurre a la vida concreta de las normas. Excepto que, a la base de todo ello hay un equívoco de naturaleza terminológica y analítica que hay que aclarar desde la “primera lección” de sociología del derecho (más allá de la ciencia jurídica).

“Derecho” es, sobre todo, una *palabra*. Y es una palabra que, como ya se ha visto, se utiliza en diversos contextos discursivos con significados variados. No tiene, en realidad, un referente real, visible y tangible, sobre el cual todos los hablantes estuvieran de acuerdo sin excepciones, como usualmente se conviene sobre palabras como “gato” o “aluminio”. Más bien, dicha palabra evoca conceptos, ideas, imágenes, sentimientos que difieren entre las personas. Por tanto, lo que cuenta en la comunicación social es *elegir un significado*, o mejor aún, aquel significado que haga la comunicación más fácil, menos equívoca. Para tal fin, un método fértil es el que consiste en adoptar el significado sobre el cual esté

de acuerdo lo mayoría dentro de una comunidad de hablantes, en este caso, la comunidad científica de quienes, por diversos títulos, se ocupan de la organización jurídica de una sociedad. Por tanto, hay que escoger una definición “explicativa” del derecho (Scarpelli 1965; Jori 1976).

Ahora bien, si se consideran los significados de la palabra “derecho” (y de sus equivalentes en otras lenguas: *law*, *droit*, *diritto*, *direito*, *Recht*, etcétera, hasta el japonés *hō* y el árabe *kānūn*), resulta fácil constatar que, si bien su extensión semántica puede variar, hay un elemento que aparece casi siempre, solo o en compañía de otros, cuando se habla de “derecho” o se define el “derecho”: este elemento son justamente las normas. Esto resulta claramente de los ejemplos arriba citados, ya sea en el campo de la ciencia jurídica o en el de la sociología del derecho.

En relación con lo primero, es fácil observar que los críticos del normativismo, de cualquier corriente que provengan (institucionalista, relacional, realista, etcétera) *no niegan* que el mundo del derecho consista, sobre todo, de normas o reglas. Lo que ellos sugieren es *ampliar* el concepto hacia otros elementos (por ejemplo, los agentes de decisión), dirigir la atención hacia la organización entera de una sociedad que se autorregula o, como en el caso de las concepciones realistas, ver las normas en una perspectiva no formal, general o abstracta, sino sustancial, individual y concreta (Pattaro 2005). No es necesario decir que, si se interrogara a los juristas puros, a los operadores comunes del derecho, a los estudiosos de las diversas ramas de un ordenamiento jurídico, el uso habitual por ellos de la palabra “derecho” es precisamente, y sobre todo, en el sentido de un complejo de normas.

Por lo que se refiere a las contribuciones sociológicas, se puede decir la misma cosa. Ninguna de las voces arriba citadas ignora o subestima las normas. Para Parsons, Evan o Friedman, las normas son parte del sistema jurídico (*legal system*). Por su lado, Luhmann, quien dedica un lúcido ensayo a las normas (Luhmann 1983), parece hacer coincidir el derecho (*Recht*) precisamente con las normas (*Normen*) y distinguirlo en ocasiones del sistema jurídi-

co (*Rechtssystem*) cuando, como se ha dicho, describe a este último como el conjunto de todas las comunicaciones “referidas al derecho”: si el derecho no coincidiera con las normas jurídicas, esta definición sería circular y, por ello, incorrecta. Por tanto, lo que se deduce de estos autores es que hay que ligar al “derecho”, o sea, las normas, a las acciones sociales, o a las comunicaciones sociales, que el derecho mismo regula o que se inspiran en él.

En efecto, se trata de *sistemas de acción social diversos y distintos*. Las normas de un ordenamiento jurídico son un sistema social en sí mismas, en cuanto acciones comunicativas ligadas entre sí o vinculables según un sentido, una lógica, de los mecanismos referenciales: tanto así que la obra de los juristas, que se refiere a ellas, es típicamente “sistemática”, encaminada precisamente a ordenarlas y reordenarlas incesantemente (Losano 2002). Son sistemas de acción social también los complejos de acciones o comunicaciones inspiradas, organizadas o reguladas según las normas jurídicas: por ejemplo el sistema judicial, el sistema de la profesión jurídica privada, el sistema legislativo, etcétera. Todos estos complejos de acciones o comunicaciones están ligados también entre sí, así como a las normas, y adquieren un sentido de conformidad con las referencias (en gran parte normativas) comunes a los actores interactuantes.

No creo que sea difícil captar las razones por las cuales estos sistemas de acción social, aunque vinculados entre sí, deben mantenerse bien distintos en la sociología del derecho. Hay, sobre todo, un argumento de carácter banalmente comunicativo. Si el hábito mayoritario entre los juristas y los operadores jurídicos es definir el derecho como un conjunto de normas, una definición sociológica distinta que relegase las normas mismas a un segundo plano o que, inclusive, las excluyera del panorama, haría mucho más ardua, justamente, la comunicación entre los sociólogos del derecho y los juristas, que comparten un mismo objeto de estudio (Hydén, Svensson 2008).

Luego hay un argumento todavía más contundente, de naturaleza puramente sociológica. Entre las normas y las acciones

inspiradas por aquéllas existe una relación biunívoca, de condicionamiento recíproco, ya que las normas, al circular entre los actores sociales, influyen en su acción y ésta, a su vez, retroalimenta continuamente al mundo normativo, modificándolo. Sólo manteniendo separados los términos de la relación es posible —o cuando menos, más fácil— descubrir los factores que la estructuran dentro de cada sistema. Lo dicho, naturalmente, hay que entenderlo sobre las normas de las cuales estamos hablando.

Es necesario hablar en general del concepto de norma, cuyo significado proviene de la etimología de la palabras latina que designa, como es sabido, a la “escuadra”, es decir, un instrumento que de manera simultánea orienta y mide una acción. Esto es precisamente lo que hace la norma concerniente a la conducta humana. Que la norma entendida así esté dirigida a “guiar” una acción (o un tipo de acción) parece obvio, pero no menos obvia es su función de “medida”, la que podemos distinguir en el “juicio” que una norma contiene efectivamente en sí. En realidad, toda norma, cualquiera que sea el sistema al que pertenece, incluso la norma efímera que eventualmente no forma parte de ningún sistema (aunque es difícil imaginar alguna), pertenece al universo de los discursos *prescriptivos*, no los *descriptivos*, en el sentido de que está dirigida a indicar a cada quien un modelo de acción que se debe o se puede observar en un futuro más o menos próximo.

Tal modelo puede tener un grado mayor o menor de fuerza, así como naturaleza general o especial. En el vértice de mayor poder normativo encontraremos las normas imperativas militares, tanto generales (“Se debe saludar al superior”) como especiales (“¡Firmes!”), vinculadas a sanciones precisas y, en general, aplicadas sin excepciones en caso de desobediencia. En el vértice opuesto del menor poder normativo, pasando por toda una gama de posiciones intermedias, encontraremos simples recomendaciones, también generales (“Cuando hace frío es conveniente cubrirse”), o especiales (“Ponte hoy una bufanda, porque hace frío”). En todos los casos nos topamos con la indicación de un modelo de acción que, bien entendido, puede ser dirigido por el sujeto en

lo individual a sí mismo (“Es conveniente que me hoy me ponga una bufanda, porque hace frío”): lo que, como diremos enseguida, no prejuzga necesariamente sobre su naturaleza social.

No hace falta señalar que el mundo de las normas, el que cubre una larga escala desde la esfera del deber hasta la de la pura oportunidad, o también hasta la simple complacencia, representa una parte muy relevante en la vida común de un ser humano.

Se puede decir, en efecto, que buena parte de nuestra vida consiste precisamente en seguir modelos de acción, no necesariamente recibidos, sino también libremente escogidos en cuanto se consideran obligatorios u oportunos. Y se puede añadir que incluso la interacción humana aparentemente no normativa —la información, los intercambios de opiniones, los impulsos afectivos— presenta frecuentemente, quizá de modo no declarado, un trasfondo normativo. Por ejemplo, la información, como lo revela la separación del prefijo del sustantivo (“in-formación”), induce por sí misma un cambio en la persona que la recibe. Consciente de esto, incluso el más neutral y objetivo de los informadores —digamos, el modelo del periodista perfecto— difícilmente habla sin la intención oculta de provocar dicho cambio: esto ya es, al menos *in nuce*, una acción normativa. Lo mismo puede decirse sobre el intercambio de opiniones, que comúnmente no se produce como en el limbo dantesco entre los grandes filósofos, los cuales saben ya que no saben y que no tienen razón para convenirse recíprocamente, sino en contextos concretos, en los cuales se intenta, habitualmente, convencer al interlocutor, incluso de cosas banales: la afirmación aparentemente descriptiva “sabes que en verdad es bonita la ciudad de San Diego” comunica la (quizá tenue) recomendación de visitar California. En cuanto a los impulsos afectivos, la cosa no es menos evidente. Dejando de lado el clásico “te amo”, demasiado obvio, incluso la frase más platónica “te quiero” no es casi nunca una simple afirmación, pues comunica la expectativa de ser al menos respetado, si no correspondido, es decir, transmite silenciosamente al interlocutor/la interlocutora un modelo de acción que se espera sea observa-

do. Lo mismo sucede incluso si el sentimiento se expresa sin palabras. Por tanto, descendiendo a analizar el mundo normativo, del cual es parte el mundo jurídico, no estamos confrontando un aspecto secundario de la vida humana, sino probablemente el más común y habitual. El mundo social, justamente en cuanto red de expectativas recíprocas entre los actores sociales, es, en medida relevante, un mundo de normas.

Una segunda especificación tiene ahora carácter general y constituye una aportación particular de las ciencias sociales, en particular de la sociología de la comunicación, a la comprensión de cualquier fenómeno normativo, incluyendo el jurídico. Las normas son ellas mismas *acciones sociales* o, para decirlo mejor, *actos de comunicación social*. Esta aseveración —sabemos— puede presentar un flanco a la crítica espontánea, la cual señalará la existencia de reglas de comportamiento que (como acabamos de señalar) no salen de la esfera íntima de algún sujeto. En términos de psicología social, a esta crítica se podría responder que en realidad incluso las reglas que parecen disciplinar el ámbito puramente individual de la vida de cada quien, el ámbito invisible por así decirlo, han sido aprendidas socialmente y en el curso de la vida han sido transmitidas también, incluso inadvertidamente, por ejemplo, a los descendientes. También estos son actos de comunicación. Pero, aún admitiendo la existencia de reglas de tal naturaleza, lo cierto es el hecho de que el material normativo del cual hablamos en sociología es por definición social, incluso si sobre los mecanismos de comprensión, aceptación o rechazo de una regla pueden influir aspectos relativos a la psicología profunda. De lo que se ocupa la sociología de los fenómenos normativos (jurídicos y no jurídicos) es esencialmente un material social, es decir, un objeto de comunicación entre actores sociales.

En una palabra: las normas de las que se ocupa la sociología, y entre ellas, también las normas jurídicas, son *mensajes*. Recordemos que, por definición, los mensajes, en tanto actos de comunicación, se dirigen desde una o más *fuentes* hacia uno o más *destinatarios*, pasando a través de uno o más *medios*, es decir, filtros que se

interponen en el espacio físico o virtual que separa a las fuentes de los destinatarios y que reciben, interpretan y retransmiten el mensaje, según el esquema siguiente (Eco 1987, pp. 49-50):

$$F^1, F^2, F^3 \longrightarrow M^1 - M^2 - M^3 \longrightarrow D^1, D^2, D^3$$

Subrayo que el esquema también se aplica en el caso más simple y elemental de una interacción directa e inmediata entre la “fuente” y el “destinatario” del mensaje, como pueden ser dos personas que hablan una en presencia de la otra. Sin embargo, también entre estos dos sujetos hay medios que se interponen, en particular el lenguaje —palabras, imágenes, mímica facial— a través del cual se formula el mensaje y que constituye ya un filtro bastante complejo entre la fuente y el destinatario.

Como ya se ha recordado, un acto de comunicación se compone de elementos básicos —señales o impulsos, si se prefiere— que se convierten en “signos” en el momento en el cual, mediante la referencia del emisor a un código, contienen un significado, es decir, indican alguna cosa a la cual se refiere o “reenvía” la señal. Retomando el ejemplo recién citado, el signo “P” escrito en blanco dentro de un cuadrado azul colocado al margen de una carretera y a una cierta altura de la carpeta asfáltica, es un acto de comunicación que “indica” útilmente la facultad que tiene el conductor de estacionar el vehículo, pero *solamente* a los destinatarios que estén en condiciones de decodificarlo mediante la referencia a alguno de los códigos, es decir, las estructuras conceptuales que permiten comprenderlo: el código del alfabeto latino, el código que llamaremos jurídico en sentido amplio, el cual informa de la existencia de reglas que disciplinan un cierto tipo de acciones humanas, su especificación temporal y espacial (esto es, el derecho europeo o el italiano en este momento histórico), su ulterior especificación relativa a la circulación vehicular (el reglamento de tránsito) y, por último, los códigos todavía más específicos que, en el reglamento de tránsito, atribuyen a los signos del alfabeto y a los diversos colores un significado convencional

válido para ese particular subsistema de comunicación social que se refiere a la circulación.

Este análisis, que es válido para la comunicación en general, puede ser aplicado a cualquier norma, de cualquier sistema normativo: el de la etiqueta (“No se ponen los codos sobre la mesa”),¹⁸ el deontológico (“El médico no puede proveer los fármacos necesarios para el tratamiento a título oneroso”),¹⁹ el moral (“Respetar la opinión de los demás”), el religioso (“Recuerda santificar las fiestas”) o el jurídico (“Los gastos que ocasione el pago estarán a cargo del deudor”).²⁰ Cada uno de estos enunciados lingüísticos contiene una serie de signos que adquieren significado mediante la aplicación de reglas gramaticales, sintácticas y semánticas, así como mediante la referencia a códigos que permiten conectar los elementos que los componen, no sólo entre ellos, sino también con elementos externos tanto al enunciado mismo como al sistema normativo al cual pertenecen: por ejemplo, la idea de comer en compañía, contenida en la regla de etiqueta citada, no aparece en el enunciado y preexiste a la etiqueta, que la implica.

Resulta esencial observar que la comunicación de mensajes de este tipo —y, por lo demás, del resto— es tanto más compleja cuanto mayor sea el número de los sujetos implicados en la interacción, los lenguajes que emplean los mismos y las intenciones que los motivan a comunicarse. En realidad, todo sujeto que comunica es simultáneamente receptor, intérprete y, en general, retransmisor de un mensaje. En sustancia, dicho sujeto funciona

¹⁸ No cito la norma de etiqueta oficial, sino el “Tegni giò i gumbet”, que señala el mayordomo en *La nomina del cappellan*, de Carlo Porta, entre muchas otras cosas, a los aspirantes al puesto de capellán en la casa de una marquesa. Esta poesía, desafortunadamente accesible sólo a los pocos capaces de entender el milanés, en vía de extinción como todas las lenguas regionales, contiene la lista más cómica y completa de las reglas más triviales de la educación que se pueda encontrar en la literatura itálica, hasta donde yo recuerdo. Espero un esfuerzo lingüístico de mis lectores para que la descifren y la disfruten (Porta 1999, pp. 151 y siguientes, y el glosario en pp. 487 y siguientes).

¹⁹ Artículo 29 del Código deontológico de la profesión médica.

²⁰ Artículo 1196 del Código Civil.

como un filtro, y el mensaje, al atravesarlo, puede cambiar de connotación, de impacto e incluso de significado literal.

Este punto es de importancia fundamental para la comprensión sociológica del derecho. Basten algunas consideraciones.

En las sociedades alfabetizadas, el derecho es, sobre todo, un objeto de comunicación ordinaria o de comunicación especializada, que utiliza un lenguaje que es artificial en buena medida. No sólo las palabras “técnicas” como “caducidad”, “transacción” o “rescisión”, que se distinguen del lenguaje ordinario o incluso son ajenas a él, sino también las palabras “naturales” como “tiempo”, “lugar”, “causa” o incluso “vida” y “muerte”, adquieren un significado jurídico en relación con las opciones semánticas tomadas dentro de una comunidad particular de actores sociales, justamente los juristas. Es cierto que tales opciones, que frecuentemente tienen una derivación secular, están dirigidas a dar un cierto grado de estabilidad al lenguaje técnico-jurídico, pero también lo es que esas opciones, no obstante que se distancian del lenguaje común, están sujetas, a su vez, a variaciones, ya que el léxico jurídico no está fijo, sino que es mutable, ya sea por las demandas externas o por la evolución interna de la misma ciencia jurídica. No se trata, por otro lado, sólo de palabras singulares, sino también, y sobre todo, de su vinculación recíproca en enunciados complejos que, a su vez, se combinan con otros hasta configurar opiniones, teorías, representaciones del mundo. Tomemos un enunciado jurídico como el siguiente: “Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otros un daño injusto obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño” (artículo 2043 del Código Civil italiano). Si bien en el curso del tiempo estas palabras, casi todas “técnicas”, no han modificado su significado literal, su interpretación (y la interpretación total del enunciado) ha cambiado bastante: baste decir que desde que el código fue expedido en 1942 hasta los años setenta no se consideraba que el concepto de “daño” incluyera el “daño biológico”, punto firme de la doctrina italiana actual sobre la responsabilidad civil por hecho ilícito.

Además, el derecho es un sistema de comunicación normativa particularmente “fuerte”, en cuanto se haya respaldado por sanciones y, sobre todo, como ya hemos dicho, está estrechamente conectado a las relaciones sociales de naturaleza conflictiva. Es común decir que sin conflictos no habría necesidad de derecho. Ahora bien, la interacción conflictiva se caracteriza por la divergencia de intereses entre sujetos interactuantes y tales divergencias se traducen fácilmente en contrastes de opinión, no sólo sobre los hechos de la vida, sino también sobre las palabras con las cuales son tratados jurídicamente los hechos. Esto es particularmente visible en las relaciones interindividuales, como un contrato o un proceso judicial: aquí, el conflicto sobre las palabras, ya sean técnicas o naturales, constituye a menudo la esencia del diferendo. Pero la cosa es bien visible también en las relaciones sociales generales, como la que se desarrolla entre el legislador y los ciudadanos con la expedición de las leyes. Por definición, en efecto, las normas de ley disciplinan intereses divergentes. Con frecuencia eligen entre unos y otros, transfiriendo el peso desde una parte o desde la otra —acreedor o deudor, vendedor o comprador, trabajador o empleador— y en ese caso es obvia la razón por la cual hay disputa sobre el significado de los enunciados normativos. Pero tampoco cuando tratan de equilibrar los intereses en conflicto puede decirse que las partes interesadas, por así decirlo, aprecien el esfuerzo. Así, sucede con frecuencia que lamenten no haber sido favorecidos adecuadamente por la ley. Lo confirma de inmediato una simple observación sobre la opresiva legislación tributaria italiana y la muy elevada evasión fiscal vinculada con ella.²¹

²¹ El nivel prodigioso de la evasión fiscal italiana explica cómo en nuestro país, en el que los salarios promedio son más bajos que en los otros países desarrollados, los precios se encuentran frecuentemente en línea con los franceses, alemanes y británicos. En realidad, en Italia existe un inmenso flujo de dinero no gravado (además del origen criminal) que, dirigiéndose a algunos mercados, sobre todo el inmobiliario, mantiene alto el nivel de los precios. En los últimos años este mecanismo ha provocado colosales transferencias de riqueza a favor de los evasores, haciendo más rígida la estratificación social italiana.

Ahora bien, en la comunicación jurídica, en particular en la comunicación entre el mundo del derecho y la sociedad externa, desempeñan un papel cada vez más esencial los medios masivos de comunicación. La potencialidad persuasiva del derecho, su capacidad de orientar las elecciones, expectativas, comportamientos, opiniones, es suficientemente fuerte (incluso en un país escéptico e inclinado a la desviación, como Italia) para inducir a los actores sociales a utilizar masivamente los medios para legitimar, a través de la simbología jurídica, sus pretensiones, intereses y, sobre todo, su poder. Por definición, los medios traducen los hechos en noticias, lo que significa no sólo interpretar lo que sucede, sino también traducirlo y narrarlo según las técnicas apropiadas, cuya posesión caracteriza a los gestores de la información, esto es, los periodistas, todavía más y por encima de la competencia sobre los contenidos específicos de los asuntos tratados. De tal modo, los medios deforman el material informativo, lo que no quiere decir que lo hagan intencionalmente o de mala fe. Incluso el buen periodista expresa su visión de las cosas y necesariamente lo hace con un lenguaje adaptado al público dentro de los límites espacio-temporales preconstituidos que imponen utilizar más o menos palabras, unas y no otras. Incidentalmente, es precisamente por esta naturaleza deformadora de los medios que una democracia tiene necesidad del máximo pluralismo informativo, a fin de que el público puede tener acceso a más fuentes, cada una de las cuales será inevitablemente unilateral, para hacerse una idea no parcial de las cosas (Marzo 2006).

Por tanto, el derecho, como conjunto estructurado de normas, es un fenómeno comunicativo particularmente complejo, en el cual intervienen numerosos actores que desempeñan diversos roles, cada uno actuando según perspectivas determinadas por sus propios proyectos de acción.

Sobre la base de lo que se ha dicho hasta aquí, debemos ahora especificar, lo que también es bien conocido, que no todas las normas de las cuales está constelado el universo normativo de

una sociedad humana son consideradas convencionalmente jurídicas, y circunscribir el ámbito de estas últimas. Reduciremos esta tarea al mínimo indispensable, para retomar, por un lado, nociones esenciales que los estudiantes de derecho aprenden al inicio de sus estudios y, por el otro, hacer algunas precisiones menos obvias, pero no menos importantes.

En línea general, incluso desde el punto de vista sociológico, es posible caracterizar las normas jurídicas, dentro del ámbito más vasto de las normas sociales, a través de algunos caracteres reconocidos frecuentemente por la doctrina jurídica, como la institucionalidad, la sancionabilidad, la heteronomía, la vinculación con las estructuras del poder político, la pretensión de completitud.²² En otras palabras, podemos aceptar que el derecho se compone de normas: a) sólidamente radicadas en la práctica social en cuanto son observadas con relativa regularidad por una mayoría de los asociados, b) apoyadas y reforzadas por un aparato sancionador dirigido a favorecer su observancia mediante la atribución de ventajas o desventajas, es decir, sanciones positivas o negativas, vinculadas a su inobservancia u observancia y aplicadas conforme a procedimientos predeterminados; c) no escogidas arbitrariamente por cada individuo en el ámbito de una autonomía ilimitada, pero derivadas de una acción coordinadora de las autonomías individuales; d) vinculada al poder de individuos o de entes a los que corresponde la tarea de “administrarlas”, es decir, reconocerlas, organizarlas, interpretarlas, hacerlas cumplir, aplicarlas (por tanto, jueces, juristas, legisladores, funcionarios); y, por último, e) encaminadas a disciplinar ámbitos enteros de la interacción social, si no incluso toda la interacción social de una población individualizable.

²² Encontramos estos caracteres también en la más célebre de las definiciones sociológicas del derecho: “Un ordenamiento debe ser llamado (...) *derecho*, cuando su validez está garantizada externamente mediante la posibilidad de una *coerción* (física o psíquica) por parte de la acción, dirigida a obtener su observancia o a castigar su infracción, de un *aparato* de hombres dispuestos para tal fin” (Weber 1974b, I, pp. 31, cursivas en el original).

Como se ve, se trata de elementos habitualmente reconocidos al derecho incluso por los juristas puros. Pero, por otro lado, no son asumidos en la sociología como datos formales inobjetables, como si el sociólogo del derecho debiera delegar al jurista la definición del objeto de su ciencia. En realidad, desde la definición recién propuesta deberían quedar en claro algunas diferencias no despreciables entre los puntos de vista jurídico puro y sociológico-jurídico.

Para comenzar, el concepto de *institucionalidad* es elaborado por la sociología, más que por la teoría jurídica, pues de ese modo la juridicidad no se funda en decisiones soberanas de las cuales surgiría el derecho —el *fiat* de un legislador—, sino, más bien, en prácticas sociales regularmente observadas por una población. A falta de este elemento se puede dudar no sólo de la existencia social de las normas jurídicas emanadas de procedimientos formales, pero constantemente inobservadas y, por tanto, en desuso; sino también considerar que existen normas alternativas respecto a las formalmente expedidas y reconocidas, e incluso observadas con un cierto grado de constancia por la población interesada o por algunos de sus sectores. Por lo demás, es así, sobre todo, que el derecho cambia históricamente: particularmente en ciertos ámbitos —la familia, el trabajo, la innovación tecnológica— y, con mucha frecuencia, el legislador no hace otra cosa que formalizar normas ya practicadas en la interacción social.

En relación con el *carácter sancionador* de las normas jurídicas, la teoría sociológica pretende referirse no sólo a la actitud de tales normas en condicionar, según los mecanismos clásicos del premio y el castigo, la conducta humana, sino también el hecho de que en el derecho, tal como es comúnmente concebido, existe un hiato entre la conducta y la sanción correspondiente: una distancia temporal que coincide con el intervalo necesario para deliberar sobre la conducta, reconstruyéndola y, consecuentemente, sobre la sanción que deberá o no aplicársele. Este es el intervalo en el que opera, en primer lugar, la figura del juez, individual o colegiado, que delibera y decide. Y esta es de hecho, entre las

otras, una figura central en la representación sociológica del derecho. Donde no hay un juez en el sentido amplio de la palabra, esto es, un espacio deliberativo ocupado por un decisor (piénsese en el linchamiento practicado por una turba), no se puede hablar de “derecho” en sentido sociológico.

Ahora bien, sociológicamente, el *carácter heterónomo* de las normas jurídicas no se entiende en el sentido kantiano de la expresión, como si el derecho descendiera de arriba hacia abajo, bajo la forma del mandato de una autoridad, sino como reflejo de la natural contraposición recíproca entre sujetos dotados de diversos poderes y, consecuentemente, de distintas capacidades de influir en el contenido de las normas. Es evidente que los titulares del poder político, los cuales disponen, entre otros, del instrumento legislativo, pueden influir fuertemente en el derecho; pero también ejercen poder quienes los escogen a través del voto o influyen en sus decisiones (piénsese en los *lobbies*), así como lo ejercen las dos partes que estipulan un contrato, obteniendo de la contraparte concesiones proporcionales al poder de negociación del cual dispongan. Y se trata siempre de poder “político” en el sentido amplio de la expresión.

Con la vinculación entre *derecho* y *poder* se centra la atención en los roles profesionales conectados con la vida concreta del derecho. La presencia simultánea de múltiples roles indica, una vez más, que el derecho no es monopolio del legislador, como sugiere la tradicional teoría estatalista, sino que en la “administración” de las normas jurídicas intervienen varios sujetos investidos institucionalmente de la función de crear y aplicar dichas normas, fungiendo como medios institucionales en la elaboración y transmisión de los mensajes: ya que son tales, y por tanto, son “normas” en sentido propio, no sólo los enunciados que se encuentran impresos en un código o una ley, sino también en su concretización (la sentencia de un juez) y en su interpretación cuando es capaz de orientar expectativas y comportamientos.

En fin, en relación con la pretensión de *completitud*, con ella nos queremos referir a la tendencia monopolizadora de todo sis-

tema jurídico, es decir, tanto a su aspiración a abarcar todo tipo de relación social, ofreciendo soluciones a cualquier dilema del comportamiento que puede presentarse en un cierto espacio territorial, cuanto, agregaré, a su tendencia a extenderse fuera de los confines originales para los cuales ha sido concebido. Esta tendencia expansiva es común a los ordenamientos estatales tradicionales, generales por su naturaleza, y a otros oficiales parciales, como los de las diversas iglesias, que tienden a ocupar el espacio de la vida civil, o al europeo, que desde su nacimiento en los años cincuenta ha extendido de manera desmesurada su radio de acción, o finalmente, al de los derechos humanos, que desde sus orígenes en los siglos XVII y XVIII ha venido ampliándose indefinidamente hasta abarcar una multitud cada vez más vasta de pretensiones que se consideran inimpugnables.

Queda por preguntarnos, sociológicamente, *cuál o cuáles funciones* cumple el derecho en un contexto social. Este es un tema complejo, debido a algunas arduas implicaciones analíticas y terminológicas que comporta, sobre todo en torno al concepto de “función”, que es empleado en diversos contextos con significados distintos, al menos en apariencia (“x es función de y”, “la función del estómago es la de digerir los alimentos”, “en la iglesia se está desarrollando una función”,²³ y expresiones similares). No es oportuno abordarlas, pero sí decir al menos que en las ciencias sociales se adopta comúnmente el concepto de “función” para indicar la *aportación de un elemento a un sistema*. Esta aportación, sin embargo, puede ser vista, por su parte, tanto como contribución al *estado objetivo* de tal sistema como contribución al *proyecto de acción* de los actores sociales que operan sobre el mismo o a través de él (Ferrari 1992). Hablando del derecho, entendido como sistema estructurado de normas, la adopción de uno u otro de estos puntos de vista conduce a conclusiones un tanto diversas.

²³ Resulta significativo que en el griego moderno, la palabra “función”, en sentido sociológico, se traduzca como “*leitourgía*”, que corresponde literalmente al término (“liturgia”) con el cual se define en italiano (y en español) la función religiosa.

Adoptando el primer punto de vista, por ejemplo, Talcott Parsons ha podido decir que el derecho cumple una función “integrativa”, es decir, que ayuda a un agregado social a mantenerse cohesionado y solidario; y de hecho, según esta visión, el derecho desarrolla la “función” —entre otras— de *componer* los conflictos a través de la aplicación de normas sustantivas y de procedimientos predeterminados (Parsons 1983). Al asumir el segundo punto de vista, el horizonte cambia radicalmente. De hecho, un proyecto de acción puede no ser considerado como “funcional” al estado actual de un agregado social y mucho menos a su “buen” estado, sino, por el contrario, dirigirse a su cambio, inclusive radical. Y, de hecho, el derecho se presta también a tal objetivo. Una ley, una sentencia, una innovación contractual que se difunde por el mundo (piénsese, entre otros, en el *franchising*, que ha tenido efectos disruptores en la producción internacional de mercaderías) pueden modificar radicalmente un estado de cosas y hacer de los agregados sociales, inclusive de los más cohesionados y solidarios, agregados más conflictivos e internamente divididos.

De las palabras que preceden se puede intuir que mi preferencia se encamina a la segunda concepción del análisis funcional en la sociología, más que a la primera. En efecto, mientras por un lado veo en el sistema del derecho positivo un potente medio o modalidad de acción social, dirigida hacia finalidades de todo tipo, considero sumamente difícil, por el otro, establecer *a priori* cuál sea el “buen estado” de un sistema social, lo cual depende de las preferencias de cada quien, pero tampoco cuál sea “aquel estado”, en el sentido de disponer de un número suficiente de índices objetivos que permitan definirlo sin poner en juego, todavía, las preferencias del observador. Considero, en conclusión, que si es verdad —por ejemplo— que el derecho desarrolla la función de *orientar expectativas y comportamientos*, no se ha dicho, por el contrario, que los oriente de modo claro y conveniente para el bienestar general; si es cierto que el derecho ofrece mecanismos de *tratamiento de los conflictos*, también es verdad que puede no sólo componerlos pacíficamente, sino también agudizarlos y fomentarlos;

si es verdad que el derecho ofrece un poderoso argumento de *legitimación de la acción*, también lo es que el mismo argumento deslegítima, e incluso descalifica, cualquier acción contraria, haciendo rígida su contraposición original. Estas tres prestaciones, leídas en esta clave, me han parecido en su tiempo ser las “funciones” más generales asignadas o asignables al derecho por los actores sociales que actúan a través de él (Ferrari 1992). Creo también que esto puede verificarse *en los hechos* a través del estudio de la historia del derecho, en cuyo curso es frecuente que el derecho se presente a veces en su vestimenta irénica, aportadora de paz, y otras en la polemogénica, fomentadora de conflictos.

No es casual que haya subrayado *en los hechos*: porque si del terreno de los hechos pasamos al diverso de los valores, resulta obvio decir que cada uno de nosotros quiere un *buen* derecho y la paz social máxima posible, si bien, como ya se dijo, es difícil encontrar un solo sector del derecho sobre cuya “bondad” concuerde no sólo la humanidad, sino una clara mayoría de los miembros de un agregado social. Una investigación sobre los derechos fundamentales, que llevé a cabo con mis alumnos boloñeses hace casi veinte años, puso en evidencia que justamente sobre los argumentos más sensibles —la persona humana, su integridad— era más fácil que el grupo de los entrevistados (sólo estudiantes) se dividiera drásticamente (Ferrari 1995). Ello no significa, evidentemente, que los conflictos que derivan de tales divisiones no puedan encontrar solución pacífica a través del derecho, pero es mejor buscar esta solución sabiendo *a priori* que existen opiniones diversas y confrontarlas libremente, sin descalificar ninguna antes de ponerse a discutir las, y negociar una solución jurídica, incluso imponerla mediante el engaño o la fuerza. Pero insisto que todo ello tiene que ver con los valores, no con los hechos.

2.3. *La acción a través del derecho*

Hemos dicho que el derecho, como sistema estructurado de normas, se distingue de la interacción social que se refiere a él y que

puede ser también representada en términos sistémicos, como lo reconoce la teoría socio-jurídica contemporánea.

Para abordar el discurso, propongo nuevamente, con ciertas variaciones, algunos esquemas gráficos que ya me han auxiliado a simplificarlo en el pasado (Ferrari 1992). Iniciamos con un esquema en el cual se muestra que los actores sociales (A, B, C) operan comunicativamente a través del derecho (D) con el objetivo de influir en sus relaciones recíprocas: por ejemplo, A, B y C deciden dar vida a una asociación privada (piénsese en un partido político), suscriben un acta constitutiva con su correspondiente estatuto, conforme a las normas del Código Civil y de ahí en adelante se supone que sus relaciones recíprocas cambiarán a través de tal instrumento jurídico:

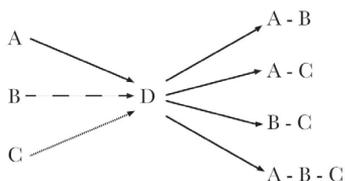


Figura 1

La simplicidad del esquema no debe llamar a engaño, porque la acción social que sintetiza es bastante compleja.

En primer lugar, como pretende dar entender el uso de tres tipos diversos de línea de conexión, A, B y C son sujetos distintos, los cuales entran en relación cada uno en un contexto cultural, con un *status* social, una condición económica, un grado de influencia sobre los otros. No hay necesidad de explicar cómo esta diversidad puede influir decisivamente en la reglamentación de sus relaciones²⁴ y, tampoco, que la cultura de origen de los tres

²⁴ Para comprobar cómo el grado diverso de poder influye en las relaciones jurídicas privadas basta examinar, en una póliza de seguros, todas las cláusulas limitativas de las obligaciones de la aseguradora, más analíticas y escritas en caracteres casi invisibles, que el asegurado debe aprobar “específicamente”

sujetos puede influir en su decisión: sin darse cuenta pueden también estipular en el estatuto un objetivo social prohibido por la ley.

En segundo término, la decisión asumida por A, B y C, aunque sea seguida por actos concretos, no agota sus efectos en el microsistema de sus relaciones, sino que, al cambiar la vida de los protagonistas, reverbera también sobre los otros sistemas de relaciones: familias, trabajo, asociaciones competidoras, etcétera.

En tercer lugar, el nuevo régimen de relaciones sociales entre nuestros tres sujetos modificará las expectativas recíprocas no sólo de la manera esperada, sino también de modos inesperados. Por ejemplo —tengo en mente un caso concreto— A y B, aliándose, pueden modificar el estatuto y excluir a C, por cualquier razón específica (edad, sexo, función profesional, etcétera) del acceso a los cargos de la asociación. En este punto, C podrá someterse a la decisión, o bien oponerse a ella, además de que, naturalmente, podrá acudir a un juez; sin embargo, en ese caso, la relación social, como veremos enseguida, se hará más compleja y cambiará de naturaleza.

Por tanto, la acción jurídica, como cualquier otra acción social, no es un proceso cerrado sino abierto. Nace de cualquier cosa que ya exista; se desarrolla y despliega efectos potencialmente ilimitados y de amplio rango. Esto tendrá que tomarse debidamente en cuenta cuando se agreguen al cuadro a otros sujetos en posición de intermediarios.

En efecto, la acción de la cual hablamos se concreta fácilmente en una comunicación no directa, como en el caso indicado, sino indirecta. Así sucede, por ejemplo, cuando A, con el propósito de obligar a B y C, deudores solidarios, a pagar su deuda, acude a un abogado, el cual redacta un acta de citación y cita a B y C ante un tribunal que, una vez instruido el caso, dictará una resolución. Lo mismo ocurre si nuestros sujetos planean la fusión

(artículos 1341-1342 del Código Civil), sin ninguna posibilidad de negociarlas y tampoco de cambiar de aseguradora, porque éstas operan en un régimen oligopólico e imponen, por tanto, los mismos módulos contractuales.

de dos sociedades que cotizan en la bolsa, por lo cual se abre en cada una un procedimiento interno a cuyo término los administradores recibirán un mandato de la asamblea, encargarán a un notario la redacción del acta, la cual será firmada y enviada al tribunal para su homologación. Y no sucede algo distinto, a nivel más general, si los mismos sujetos, considerándose afectados por una ley vigente (que por citar un ejemplo entre mil, limita en exceso el acceso a la procreación asistida), forman un grupo de presión, el cual solicita a un partido político, por su parte, presentar a través de sus representantes en el Parlamento una iniciativa de ley y ésta, una vez aprobada, modificará ya sea las relaciones sociales de los primeros actores o el sistema entero de relaciones sociales.

Para presentar gráficamente la comunicación jurídica indirecta bastará agregar al esquema originario la figura de los actores sociales que intervienen en el proceso como intermediarios o *medios* (M), que indicamos de manera unitaria, pero que obviamente podrían ser más de uno.

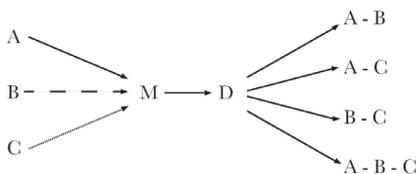


Figura 2

Por su parte, los intermediarios pueden intervenir no sólo como individuos —piénsese en un mediador ocasional que ayuda a arreglar un conflicto— sino también como representantes de grupos sociales, instituciones, corporaciones, partidos. O bien, pueden actuar sobre éstos solicitando su intervención. En ese caso, la comunicación originaria penetra en un sistema de acción social distinto que desarrollará su función de filtro a través de modalidades peculiares, dependientes en gran medida de su propia organización interna. En su libro sobre el sistema jurídi-

co, ya citado, Friedman representa ese sistema —podríamos decir— como una especie de *box* (caja) que recibe *inputs* (entradas) de la sociedad externa y los “trata” a través de la acción de “estructuras” (por ejemplo, los tribunales), los cuales, apoyándose en las normas jurídicas (la “sustancia” del sistema), emiten los correspondientes *ouputs* (salidas). Por su parte, estos últimos actúan sobre las relaciones originales y sobre la sociedad externa con efectos de *feedback* o retroalimentación (Friedman 1978, pp. 50 y siguientes).

Integrando el esquema original, podemos, por tanto, describir este modelo de acción a través de la gráfica siguiente:

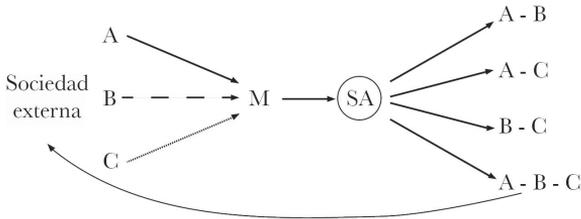


Figura 3

Supongamos que A, B y C estén en conflicto y que el sistema de acción (SA) que funge como intermediario sea el sistema judicial, a cuyas resoluciones —sea nuestra hipótesis por ahora— todos se atienen. Este sistema recibe del exterior, en forma de demandas, *inputs* que son incompatibles entre sí. Por ello, tenemos un exceso de expectativas, o como diría Luhmann, de complejidad, la cual el sistema está llamado a “reducir”, seleccionando las expectativas (demandas) aceptables y dictando una resolución que solucionará el dilema. A primera vista, un mecanismo simple y simplificador.

Si observamos las cosas con más cuidado, sin embargo, constatamos que este mecanismo decisional es bastante complejo y capaz no sólo de simplificar las cosas, sino también de complicarlas.

Sobre todo, suponiendo que estemos ante un sistema judicial evolucionado, autónomo respecto del contexto social y adminis-

trado por juristas especializados, las comunicaciones sociales de las cuales hablamos sufrirán un cambio profundo, comenzando por el plano lingüístico y conceptual. En efecto, los profesionistas del derecho son portadores de una cultura jurídica específica —“interna”, como la define Friedman (1978, p. 371)— a la cual tendrán que adaptarse primero las partes antes de tener acceso al sistema. Así, los abogados a los que han acudido agregarán, en primer lugar, su voz a la de los protagonistas; en segundo término, realizarán un trabajo preliminar de selección y traducción de las instancias de sus clientes, y en tercer término, representando intereses contrapuesto, asumirán posiciones distintas ya sea en la investigación de los hechos o en su encuadramiento en el orden jurídico, esto es, en la individualización e interpretación de las normas de referencia. Por tanto, ya esta fase preliminar aporta en la comunicación un elemento no sólo de complejidad —porque ahora las voces son más numerosas y más diversas— sino también de artificialidad. En efecto, en este estadio de la comunicación se discuten cosas pasadas y los defensores de las partes, después de haber recibido de sus clientes una versión de los hechos que éstos ya han *reconstruido*, proceden a *reconstruirlos* ulteriormente para insertarlos en el contexto jurídico más conveniente (Amsterdam, Bruner 2000, pp. 143 y siguientes; Taruffo 2009). Una tarea análoga de *reconstrucción* artificial de la realidad, que con frecuencia se realiza varios años después y que es orientada por reglas probatorias formales,²⁵ y la consecuente “subsunción” de esta realidad en un cuadro normativo, será más tarde realizada por el juez, cuya voz se agregará a las otras, con efectos que pueden tanto simplificar como complicar, ya que este “tercero” podrá resolver conforme a aspectos consolidados, pero también asumir una decisión innovadora y, por tanto, impredecible (Luhmann 1982).

²⁵ Basta con que una prueba no sea presentada en el juicio dentro de los plazos previstos por las leyes, o no sea formalmente admisible, para que la “realidad” procesal se aleje decisivamente de la original. Sobre la artificiosidad de la “construcción” judicial de los hechos, equiparada con una narración novelística, véase Di Donato (2008).

Que el juez pueda innovar en el derecho, inclusive en un sistema que no reconoce valor vinculante a los precedentes, ha sido observado y reconocido en la teoría del derecho. En el caso de Italia, basta recordar el ejemplo del daño biológico, ya citado anteriormente. Esta sustancial innovación del sistema de la responsabilidad civil por hecho ilícito fue producida en los años setenta por dos sentencias innovadoras de los tribunales genoveses,²⁶ a partir de las cuales se ha producido una jurisprudencia variable en sus detalles pero constante en sus principios, integrada por la adopción de tablas para la liquidación de este tipo de daño, también de origen jurisprudencial y no legislativo. Todo ello ha producido efectos sociales de gran amplitud, ya sea en las expectativas de las personas, ya sea en sus relaciones —por ejemplo— con las compañías de seguros, las cuales evidentemente las han tomado en cuenta en sus políticas.

Pero como se ha dicho, la innovación puede ser imprevisible. Recuerdo bien el caso de un juez que, olvidando la existencia de dos causas vinculadas, sólo resolvió una y, no pudiendo rectificar la parte dispositiva de la sentencia ya pronunciada de manera solemne, debió redactar una motivación llamada “aparente” que, aún facilitando la modificación en la apelación, se transformó en un precedente citado en las revistas jurídicas en virtud de su divergencia respecto de la jurisprudencia dominante. Más aún, tengo perfecta memoria de una sentencia de la Corte de Casación que anuló con reenvío una sentencia de apelación, confirmando en abstracto, con un precedente oficial, que un gráfico que ordena imágenes fotográficas según un “sentido” puede desarrollar una actividad de narración “periodística” referible al contrato colectivo homónimo, por no haber podido tener acceso a la documentación perdida en el viaje del expediente entre Milán y Roma.

²⁶ Tribunal de Génova, 25 de mayo de 1974; Corte de apelación de Génova, 17 de julio de 1975, sobre los cuales puede verse Alpa (1987, apéndices 1 y 2).

El cuadro que estamos describiendo se complica ulteriormente si consideramos que los que intervienen en el curso de la comunicación jurídica no operan frecuentemente solos, sino en el cuadro de estructuras complejas.

Un juez, aunque sea unitario, opera como miembro de una organización formal en cuyo ámbito las acciones sociales y las expectativas son ordenadas previamente en cuanto a su contenido y a su método. Ahora bien, por definición, una organización persigue objetivos en cuya consecución se empeñan quienes forman parte de ella. Los objetivos y procedimientos pueden estar definidos en normas externas como son, en el caso de la magistratura, la ley y la Constitución. Más aún, a pesar de la presencia de tal diseño normativo, existen amplios espacios dentro de los cuales la organización actúa con libertad, dándose objetivos adicionales a los oficiales, según las indicaciones más o menos explícitas de sus vértices formales o informales.²⁷ Entre estos objetivos destaca sobre todo el de la defensa y, si es posible, la ampliación de las prerrogativas de la organización misma.

La observación del sistema judicial es reveladora. Basta repasar las fases del conflicto que en Italia contraponen, desde hace casi treinta años, a la magistratura y la clase política. En este largo periodo hemos asistido a una tenaz lucha de los magistrados y de su organización, encaminada a mantener al menos intacto el ámbito de poder que la misma clase política había ampliado entre fines de los años setenta y comienzos de la década siguiente, concediendo a la magistratura instrumentos excepcionales para el combate a la criminalidad. Piénsese en la ampliación, ahora casi ilimitada, de la prisión preventiva (llamada “custodia cautelar”) y, sobre todo, en la legislación sobre el llamado “pentitismo” que permitía utilizar con gran discrecionalidad las declaraciones de los llamados colaboradores de la justicia. Frente a la evidencia de que estos instrumentos, ciertamente útiles para las investigaciones

²⁷ La llamada “coalición dominante”, como la denomina uno de los máximos teóricos de la organización (Thompson 1988).

aunque frecuentemente viciados, podían ser aplicados contra algunos representantes destacados de la vida política, la clase política ha reaccionado duramente, intentando devolver la actividad jurisdiccional al nicho de la aplicación pura y mecánica de las leyes emanadas “soberanamente” del Parlamento. En toda esta fase histórica, la lucha entre magistratura y sistema político por el control de la jurisdicción ha influido poderosamente también sobre la comunicación jurídica, ya sea al interior del mundo jurídico-judicial, ya sea en sus relaciones con el mundo externo.

Piénsese que la utilización de los colaboradores de la justicia fue admitida y regulada por leyes que, cuando fueron dictadas, se referían exclusivamente a los delitos conexos con la lucha armada de grupos políticos organizados. En realidad, se difundió en pocos meses, a través de los medios de comunicación, la “cultura del pentitismo”, e incluso la utilización de los “pentiti” fuera del ámbito que permitía la ley. En un proceso por la comisión de delitos comunes graves, desarrollado en los años ochenta con la presencia preponderante de “pentiti”, a los cuales se había reservado en la etapa de instrucción un tratamiento extraordinariamente favorable, no obstante las contradicciones en las que incurrieran, los defensores de los imputados debieron gastar palabras, paradójicamente, para decir al tribunal que *no existía ninguna ley especial* que legitimase tal tratamiento. Pero, durante varios meses los protagonistas del proceso habían hablado a la prensa de esta ley inexistente, y por años todavía la prensa ha seguido hablando de ella.

Que la organización judicial puede influir en la calidad de la comunicación jurídica, modificando su curso, puede parecer inclusive evidente. Pero también existen otros sistemas de acción cuyo rol amerita observaciones similares.

Pensemos en el mundo de los estudios jurídicos, el cual funciona según el mecanismo de *input-output* arriba descrito, pero también según reglas propias, inspiradas no sólo por la finalidad del conocimiento científico, sino también por las exigencias es-

tratégicas de sus protagonistas. Rara vez se reflexiona sobre una sutil paradoja, especialmente visible en las refinadas escuelas de derecho italianas. Al joven estudioso del derecho que inicia la carrera académica se le solicita *institucionalmente* producir contribuciones originales al conocimiento —con perdón de la redundancia— de las instituciones jurídicas. Ahora bien, una contribución es original solamente si presenta novedades en la interpretación, sistematización o comparación de uno o más enunciados normativos, esto es, normas legales, precedentes jurisprudenciales y opiniones doctrinales ya difundidas. Con frecuencia esta obra toma en cuenta hechos sociales imprevistos, pero en otras ocasiones escapa de la libre opción del estudioso (o de las sugerencias de su maestro) investigar aspectos del derecho que todavía no lo han sido con profundidad. De este modo, en la comunicación jurídica se emitirán *nuevos mensajes normativos* que, agregándose a los precedentes, contribuirán de nueva cuenta a hacer al derecho *más complejo*, lo que significa, en términos semióticos, *más desordenado*, o en otras palabras, *más entrópico*, como efecto paradójico de una actividad concebida como simplificadora y ordenadora, en tanto encaminada a conferir a los enunciados normativos el significado “más correcto”.

Otro tanto puede decirse del sistema del ejercicio profesional privado. En interfaz con la sociedad externa e interpretando sus demandas, estos actores sociales contribuyen frecuentemente a enriquecer el sistema de las comunicaciones jurídicas con innovaciones significativas que pueden hacerlo más complejo, al menos en un primer impacto. Este rol es actualmente visible sobre todo en una escala transnacional, caracterizada por la circulación, cada vez más frecuente de un sistema normativo a otro, de modelos jurídicos capaces de producir efectos de gran relevancia inclusive fuera del ámbito de las relaciones jurídicas (Ferrarese 2006). Un ejemplo bastante adecuado es el ya recordado del *franchising* que, dividiendo la relación formal entre el poseedor de la marca de producción y el productor material, ha modificado la organización multinacional de las grandes empresas, con profun-

das consecuencias económicas y sociales: por ejemplo, los dependientes del *franchisee* en un país en vías de desarrollo han perdido cualquier posibilidad, incluso política, de instaurar una instancia al *franchisor* que opera en un país desarrollado, el cual goza indirectamente de los frutos de su trabajo.

A todo esto agregamos que los confines entre el mundo externo y el mundo del derecho —en palabras de Friedman, entre la *cultura jurídica general y la interna*— no son rígidos, sino cambiantes, ya que en la comunicación jurídica no sólo intervienen intermediarios especializados como los operadores jurídicos institucionales, sino también otros muchos sujetos. Piénsese en la socialización primaria que proveen las familias, las escuelas, las iglesias: son todos ambientes que transmiten noticias sobre el derecho, sobre la justicia, sobre las reglas individuales y, lo que es más relevantes, sobre el concepto mismo de regla, así como sobre los espacios abiertos a la discrecionalidad y a la desviación. Y piénsese sobre todo en la acción de los medios masivos de comunicación, que desarrollan una actividad de recepción-transmisión de mensajes bajo la fuerte influencia de su cultura específica y de las reglas de este tipo de comunicación, incidiendo de manera frecuentemente peculiar sobre la calidad de los intercambios entre ambos mundos.

Piénsese en una palabra como *mobbing*, que pertenece al léxico común del inglés, pero que se ha convertido en moneda corriente en el debate jurídico en toda Europa. El término *mobbing*, participio presente del verbo *to mob*, indica la acción de una muchedumbre que te empuja o que te circunda, inclusive para aclamarte²⁸ (por lo que no es un modelo de claridad o univocidad), ha sido adoptado por la psicología del trabajo para señalar el comportamiento persecutorio realizado sistemáticamente

²⁸ El *Pocket Oxford Dictionary* de 1942 ofrece los siguientes significados para *to mob*: “Crowd upon & hustle or ill-treat”. Levemente diversos son los significados del *Oxford Handy Dictionary* de 1989, que reenviando al sustantivo *mob* (que significa “multitud”, “calca”, pero también, en *slang*, “asociación de personas”) dice: “(Of mob) attack; crowd round and molest or acclaim” (cursivas mías).

por una o más personas contra uno o más trabajadores de un empresa; de ahí ha pasado al mundo de los medios para llegar, finalmente, *como tal*, sin haber sido traducido, al lenguaje jurídico italiano (Greco 2009). El resultado es que en el breve transcurso de un decenio se ha difundido una jurisprudencia sobre el *mobbing*; del *mobbing* hablan los contratos colectivos de trabajo; se han creado “centros *antimobbing*” y se han multiplicado los casos de los que se quejan de haber sido “mobbizados” y reclaman una protección contra el *mobbing*, aunque podrían fundamentar sus pretensiones en normas específicas y en conceptos jurídicos más consolidados.²⁹ Por tanto, una palabra altamente connotativa ha expresado sentimientos ya difundidos a nivel inconsciente y, por su fuerte potencial evocativo y retórico, lo ha traducido en cultura jurídica, no sólo general, sino también “interna”.

Por tanto, fenómenos como éste contribuyen a hacer más complejo el sistema comunicativo y sus “respuestas” se vuelven menos previsibles, incluso al multiplicarse los equívocos lexicales, no siempre fáciles de disipar. Dos ejemplos entre muchos. Los medios de comunicación hablan frecuentemente de “rescisión” en lugar de “resolución”: dos conceptos cuya radical diversidad es bien conocida desde el primer año de la carrera de derecho.³⁰ Ahora bien, en Italia hay ahora una multitud de contratos, por ejemplo de trabajo independiente, redactados por las partes sin intervención de un asesor jurídico, en los cuales se habla de “rescisión” como remedio al incumplimiento contractual. De igual ma-

²⁹ Como por ejemplo el llamado *demansionamiento* (pérdida o empobrecimiento grave de la tarea de un empleado), prohibido por el artículo 2103 del Código Civil italiano. Para un caso significativo véase Di Donato (2008, pp. 169 y siguientes).

³⁰ El concepto de *rescissione*, en el sistema italiano, es un remedio excepcional, previsto por los artículos 1447 y siguientes del Código Civil, si una parte ha suscrito un contrato “en condiciones inicuas por la necesidad, conocida por la otra parte, de salvarse a sí mismo o a otros de un grave daño a la persona”, o si hay una desproporción de al menos el doble entre las dos prestaciones y si de tal desproporción, debida al estado de necesidad de una parte, la otra haya “sacado ventaja” (*nota del autor para la edición castellana*).

nera, los medios utilizan de manera cada vez más insistente la horrible expresión del *reato penale*,³¹ la cual implica absurdamente la existencia de delitos que no son materia de la ley penal. Esta misma expresión se está infiltrando poco a poco inclusive en la cultura jurídica “interna” y podría al final vencer las resistencias culturales, incluso como consecuencia indirecta del proceso de despenalización de muchos tipos de delito. Hasta el momento permanece en circulación como un elemento de incertidumbre y confusión, que aumenta el desorden sistémico.

El cuadro que estamos trazando está destinado a hacerse todavía más complejo si suponemos que nuestros tres sujetos, A, B y C, no concuerdan sobre el sistema de acción al cual atribuir la decisión sobre su interacción o inclusive sobre el sistema normativo de referencia. Podríamos representar gráficamente esta última eventualidad:

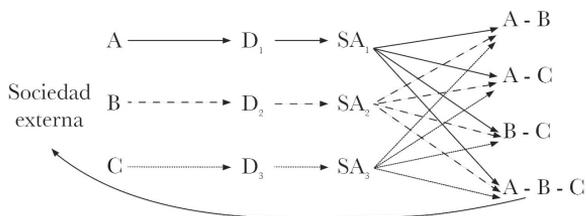


Figura 4

Supongamos que A y B, respectivamente de religión islámica y católica romana, sean dos cónyuges en crisis y que C sea su hija, la cual no practica ninguna religión. Aquí es posible que cada una de las partes solicite a una autoridad diversa una decisión de diversa orientación, basada sobre diversos regímenes jurídicos. A

³¹ El concepto de *reato*, en el sistema italiano, combina las dos clases de conducta sancionadas por la ley penal, es decir los *delitti* y las *contravvenzioni* (conductas prohibidas, pero de menor gravedad). La distinción es mucho más formal que sustantiva. Naturalmente, la expresión “*reato penale*” es pleonástica, siendo un *reato* obligatoriamente “penal”. Hay ejemplos no sólo de periodistas, sino también de profesores de Derecho, que regularmente la usan (*nota del autor para la edición castellana*).

puede pretender ante el juez islámico repudiar a la mujer; B, demandar la nulidad del matrimonio ante un tribunal eclesiástico, y C, separarse de la autoridad parental, incluso vivir en unión libre con su pareja y solicitar a un tribunal civil el apoyo económico de uno o ambos padres. Así podemos entender que en este microsistema de relaciones se anuncien tres resoluciones mutuamente incompatibles y que, una vez más, no sólo el microsistema de relaciones familiares, sino sistemas más vastos de comunicación jurídica sean influidos por ellas y se hagan más complejos. Naturalmente, basta con que una sola de las partes sea una persona conocida —una “VIP”— para que los medios hagan de caja de resonancia y el rompecabezas comunicativo se difunda, orientando la cultura jurídica general en un sentido *pluralista*.

Antes de hablar de *pluralismo jurídico* debemos decir, sin embargo, que hemos llegado a un punto de crucial importancia para la sociología del derecho. Un sistema, y en particular un sistema de comunicación, es tanto más desordenado —no parece una contradicción— cuando mayor sea el número de informaciones que provea (Eco 1994, p. 25). Cuanto más numerosas sean las informaciones, en efecto, tanto más necesaria se hace la tarea de selección y ordenación de quien las recibe: baste pensar en la sobrecarga de mensajes que circulan en la Internet para darnos cuenta de ello. En particular, un elevado grado de desorden se manifiesta cuando el sistema, habiendo recibido muchos *inputs*, ofrece más “respuestas” diversas o incluso incompatibles a la misma pregunta.

Si aplicamos este razonamiento al sistema de la comunicación jurídica, observamos que éste sufre, en efecto, un continuo bombardeo de *input*. No sólo los jueces con los precedentes, los juristas con las innovaciones teóricas, los particulares con las invenciones prácticas, sino también, naturalmente, los parlamentos nacionales y locales que dictan leyes a chorro continuo, con frecuencia oscuras, incomprensibles o a veces vacías de contenido, porque están ancladas en la onda emotiva de cualquier arreglo o de cualquier emergencia, verdadera o presunta, y mirando

sólo a generar un consenso inmediato a favor de los gobernantes por la vía mediática: todos estos sujetos concurren a hacer al sistema más complejo y desordenado.

Cuando la comunicación jurídica, comenzando por el significado de las normas y de las palabras mismas, alcanza el máximo de complejidad interna, o sea, del desorden sistémico, es claro que el derecho mismo falla en su función de orientación de las acciones y de las expectativas sociales. Al “orientar” de manera equívoca, en realidad desorienta, incentivando la desviación social: si no está claro lo que es lícito o ilícito, toda acción puede pretender autojustificarse.

Se subraya que esta tendencia del derecho al desorden *es incontrastable porque es natural*. Los actores jurídicos institucionales operan porque están sujetos a las demandas de lo que ocurre en la sociedad. Las innovaciones tecnológicas, el crecimiento o la crisis de las economías, las modas culturales, los conflictos sociales, todo ello se refleja en el derecho, modificándolo y haciéndolo más complejo, menos claro y menos cierto. Más aún, por ello es que sucede frecuentemente en la historia del derecho que en el momento de máximo desorden se dé luego una operación de simplificación y reordenación. Justiniano les pide a sus juristas poner orden en la multitud de fuentes clásicas romanas y actualizarlas.³² Los glosadores boloñeses inventaron también un método para seleccionar entre las fuentes justinianeas, adaptándolas a las exigencias de una renaciente economía de cambio. La Ilustración de los siglos XVII y XVIII reclama una simplificación total del derecho, casi un nuevo comienzo, promoviendo la idea de códigos que incluyeran el universo normativo entero para permitir, sobre todo a los actores económicos, calcular racionalmente los riesgos de su acción. El modelo del código francés de 1804, exportado por los ejércitos napoleónicos, será adoptado en Europa continental y en muchos otros lugares. Incluso en Inglaterra,

³² Como dice el Dante: “Cesare fui, e son Iustiniano / che, per voler del primo amor ch’i sento / d’entro le leggi trassi il troppo e ‘l vano” (*Paraíso*, VI, 10-12).

patria del *common law* basado en precedentes, Jeremy Bentham conduce una batalla del mismo tipo, influyendo fuertemente en la legislación británica, así como en la cultura jurídica de otros países europeos. La formación en tiempos recientes de la llamada *lex mercatoria*, de la cual hablaremos en seguida, parece andar en la misma dirección (Gessner 2009).

En el derecho, por tanto, a etapas de gran desorden siguen fases de reordenación, pero que no clausuran la tendencia continua al cambio y, por tanto, nuevamente al desorden. Entre las varias claves de interpretación histórica del derecho, esta continua sucesión de ciclos entre orden y desorden es probablemente una de las más significativas.

2.4. Orden y desorden en el derecho actual

¿Cuál fase está atravesando el mundo del derecho en las sociedades contemporáneas? El tema es muy amplio y ameritaría un tratamiento en sí mismo, pero podemos tratar de sintetizarlo tomando como punto de referencia inicial a Europa y distinguiendo al menos dos grandes fases a partir del inicio del siglo XIX, con el cual se hace coincidir comúnmente la era contemporánea.

En el siglo XIX, como ya hemos dicho, la ideología jurídica dominante identificaba en el Estado el comienzo y el fin del derecho. El derecho era visto y estudiado esencialmente como un orden normativo nacional, dependiente de la soberanía estatal y unitario en cuanto coincidente sólo con las normas oficialmente reconocidas como vigentes en cada Estado. De este cuerpo de leyes, que en los países de Europa continental se hacía coincidir casi enteramente con la ley formal, posiblemente recogida en códigos, se pretendía que fuera “completo”, es decir, que agotara el ámbito completo de la reglamentación jurídica, ofreciendo a todos los casos imaginables una solución al menos implícita y “cierta”, esto es, científicamente correcta desde el punto de vista de la

lógica interna del ordenamiento. Esta era naturalmente la ideología oficial, sólo en parte coincidente con la realidad de las cosas.

No hay duda de que el Estado soberano, que se impuso como entidad política dominante después de la crisis de las dos grandes entidades supranacionales de la Edad Media —el Imperio y la Iglesia—, empezó a desarrollar un papel crucial. También cuando sus leyes se difundían en otras áreas de la Tierra, esto se realizaba a través de la colonización, o bien, de la recepción espontánea de los modelos jurídicos europeos por parte de otros estados, de Turquía a Etiopía, de América Latina a Japón, siempre dejando a salvo el principio primero de la soberanía estatal. Pero ya entonces eran visibles fenómenos de signo diverso.

En primer lugar, la idea de que el derecho positivo era simple, completo y cierto ya parecía ser utópica a mediados del siglo XIX. Como sabemos, ese siglo aportó grandes innovaciones tecnológicas y económicas que acompañaron, mientras tanto, a grandes revoluciones sociales y políticas. Masas cada vez más amplias de personas exigieron y gradualmente obtuvieron derechos cada vez más articulados tanto en la esfera política como en la económica. Entonces se puso en marcha aquella etapa que habría alcanzado el apogeo poco después de la mitad del siglo XX, dando vida a la producción masiva de leyes especiales que, poco a poco, han desplazado a los códigos, hasta sofocarlos y producir en los sistemas un elevado nivel de hipertrofia normativa, casi un caos, en los países, como Italia, más expuestos a las presiones sectoriales y corporativas y menos capaces de racionalizar el uso de los recursos. No es casual que haya sido un jurista italiano el primero en hablar, hace treinta años, de la “decodificación” (Irti 1979). Pero las raíces históricas del fenómeno eran muy profundas.

En segundo lugar, ya en tiempos del estalinismo dominante se producían fenómenos sociales que trascendían las fronteras de los estados. Estos interactuaban entre sí según los principios de la soberanía y la reciprocidad típicos del derecho internacional clásico, pero dichas fronteras, claramente delimitadas en los mapas

de la geografía política, no lo eran tanto desde el punto de vista económico. Que las mercancías y los capitales tuvieran una proyección internacional no es un descubrimiento de Marx y Engels, quienes, por ello, exigían en el Manifiesto Comunista de 1848 la unión universal de los trabajadores, sino que estaba inserto en los genes de la economía industrial, pero no decir que en cada economía desarrollada. La búsqueda de mercados para conquista, así como de mano de obra a bajo costo, ya era bien conocida y, si bien parecía respetar los límites políticos, ello dependía esencialmente del hecho de que, desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, el mundo estaba dividido en grandes imperios, dentro de los cuales la circulación era relativamente libre y estaba garantizada por instrumentos concebidos precisamente para superar las fronteras. Las Compañías de las Indias, de las cuales se dotaron las grandes potencias, contaban con muchos de los ejércitos y de las guardias fronterizas, tanto así que los ingleses se permitieron no despojar a los monarcas de tantos miniestados en los que estaba dividido el subcontinente indio, siempre que reconocieran al Imperio británico y a su mítica reina Victoria.

En tercer lugar, inclusive al interior de los estados europeos, el principio del monopolio estatal del derecho no era tan sólido que no suscitara dudas, sobre todo en los estados multiétnicos como el Imperio austrohúngaro. No es casualidad que la primera obra que propone abiertamente, o mejor, vuelve a proponer, la idea del *pluralismo jurídico* aparezca en 1913 en Czernowitz, en la Bukovina, una región de ese imperio. Y tampoco es casual que su autor, Eugen Ehrlich, fuera originariamente de religión israelita, es decir, miembro de una comunidad con rasgos de autonomía cultural bien marcados. Su *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Ehrlich 1976) es un clásico de nuestra disciplina no sólo porque sostiene que el derecho es un fenómeno social que debe estudiarse con el método sociológico, observándolo como un hecho social, y por tanto resuelve a la ciencia jurídica misma en la sociología del derecho, sino porque también rechaza la idea de que el derecho provenga exclusivamente del Estado. Para Ehrlich,

el derecho nace y vive sobre todo en los grupos sociales, cada uno de los cuales, como dice en relación con la Bukovina, “observa reglas absolutamente diversas en las relaciones jurídicas de la vida de todos los días” (Ehrlich 1967, cit. en Febbrajo 1976, p. XVIII). Es, por tanto, sobre todo “derecho viviente”, antes de que el Estado intervenga (eventualmente) para reconocerlo y hacerlo propio.

Por los mismos años Santi Romano, constitucionalista siciliano de gran prestigio que, por una sutil pero frecuente ironía de la historia se convertirá en presidente del Consejo de Estado en la Italia fascista, dedica la segunda parte de su muy conocido *L'ordinamento giuridico* a la “pluralidad de los ordenamientos jurídicos”, rechazando la doctrina estatalista y sosteniendo que toda institución social, superior o inferior al Estado por sus dimensiones, inclusive si es “desconocida” o “ilícita” de acuerdo con las leyes estatales, es un ordenamiento jurídico” (Romano 1977, esp. pp. 122-125).

Se puede decir que la segunda etapa de la época contemporánea inicia justamente con el abierto reconocimiento teórico de estos límites de la doctrina jurídica decimonónica. Es un reconocimiento gradual, impuesto por los grandes eventos históricos del siglo XX, en parte terribles y frecuentemente contradictorios. La Primera Guerra Mundial parece, de hecho, consagrar, con la crisis de los imperios multiétnicos (austrohúngaro, otomano, ruso), el triunfo de la soberanía estatal y del Estado nacional: esta es la filosofía que guía la mano de las potencias vencedoras reunidas en Versalles entre enero y junio de 1919. Si embargo, esta misma filosofía nacionalista, llevada al extremo, bien puede contarse entre las causas de la Segunda Guerra Mundial (Hobsbawm 1991, p. 158), la cual cambió profundamente al mundo, en la economía y en la cultura, aún más que en la geografía política.

En la segunda posguerra se difunde una visión internacionalista, compartida inicialmente por todas las potencias vencedoras que dan vida a la Organización de las Naciones Unidas y sucesivamente adoptada, durante la Guerra Fría, por ambos bloques

rivales, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y el Pacto de Varsovia, cada uno empeñado en extender su radio de acción e inspirado, de hecho si no oficialmente, por el principio de que la soberanía estatal no era absoluta, sino “limitada”, como señala explícitamente Leonid Brejnev, líder de la Unión Soviética, para justificar la invasión de Checoslovaquia en 1968. Mientras tanto, las economías se integran, dando vida a formas institucionales de cooperación como las Comunidades Europeas, cuyo modelo se ha reproducido en otras regiones del planeta. Con la crisis de los regímenes comunistas en Europa oriental, la transformación de China en una economía capitalista, y la irrupción en los mercados de otros países emergentes, como Brasil y la India, se afirma, desde fines del siglo XIX, la economía llamada globalizada que todavía parece dominar la escena, a pesar de las crecientes críticas no sólo políticas sino también teórico-analíticas sobre el poder explicativo del concepto mismo de “globalización” (Twining 2009).³³

A estos movimientos se asocian cambios de relevancia en el campo jurídico. El más visible de éstos es la articulación cada vez más compleja entre las fuentes del derecho. Con la crisis gradual de la soberanía estatal, las fronteras son atravesadas cada vez más por modelos jurídicos de diversa proveniencia.

En primer lugar, se han multiplicado los entes políticos o parapolíticos de nivel supranacional, dotados de poder normativo: la ONU, el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos, la Liga Árabe, la Unión Europea y las otras organizaciones llamadas regionales (TLCAN – Tratado de Libre Comercio de América del Norte; ASEAN – Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático; el Mercosur; la Comunidad Andina), el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Banco Mundial. Las normas que provienen de estas fuentes penetra oficialmente, una vez operada la recepción, en la

³³ El conocido jurista inglés recomienda a sus estudiantes contar con una visión global, pero les prohíbe utilizar las *g-words*, esto es, las palabras que hagan referencia a la globalización.

legislación de los estados. En particular, la legislación de los países de la Unión Europea ha sufrido profundos cambios a través de la expedición, año tras año, de las llamadas leyes comunitarias, con las cuales se transmiten a los diversos ordenamientos las disposiciones acordadas en Bruselas.

En segundo lugar, en el derecho estatal penetra una multitud de modelos jurídicos de formación privada y de dimensión transnacional. La llamada *lex mercatoria*, complejo de normas que rige el comercio internacional, es considerada en la actualidad como un ordenamiento independiente (Boschiero 2005) y “originario” (Pannarale 2005), aunque no sea universal, porque está circunscrito al sistema de las relaciones económicas y está vinculado, además, a las otras fuentes normativas nacionales, internacionales y locales. Sobre el origen de estos modelos está abierta la discusión. Es cierto que sobre ella influyen organismos e instituciones estables, como las cámaras arbitrales internacionales, cuyas resoluciones proveen la mayor fuente de conocimiento de este sistema normativo (Marrella 2003). Igualmente, se considera que influye la actividad espontánea de los agentes económicos internacionales, auxiliados por poderosos despachos de abogados, internos y externos. E influye también la obra de los juristas que se reúnen espontáneamente en torno a los proyectos de reordenación y sistematización de los conceptos y las normas, como en el caso de los llamados Principios de UNIDROIT. También estas normas terminan por ser recibidas en los sistemas jurídicos estatales, frecuentemente bajo la forma de contratos atípicos, teorizados por la doctrina, regidos por la jurisprudencia y sucesivamente tipificados por la legislación. Así ha sucedido con los modelos contractuales que han tenido gran impacto en la vida económica, como el *factoring* o el *franchising*; y los ejemplos podrían multiplicarse, sobre todo en el campo societario, bancario y bursátil. A estas fuentes podemos agregar la de las organizaciones no gubernamentales (ONG), de creciente importancia.

Si se considera que, además de estas normas que llueven desde lo alto sobre el Estado, la legislación estatal se integra conti-

nuamente por las demás fuentes secundarias de cada país —regiones, provincias, municipios, asociaciones privadas— y, sobre todo, que los estados continúan legislando sin descanso, respondiendo a las diversas demandas sociales y políticas, es fácil entender que el mundo del derecho sea actualmente extremadamente complejo y de arduo conocimiento. Y, de hecho, la figura del jurista pleno, experto en todas las ramas del derecho, ha dejado el campo a la figura de los expertos especializados en sectores cada vez más restringidos de la ciencia jurídica.

Este complejo panorama normativo relanza la teoría del pluralismo jurídico que, a partir de los años ochenta, se refuerza, ulterior y paradójicamente, también a causa de los fenómenos de gran amplitud y de signo opuesto respecto a la internacionalización postbélica: la explosión del problema étnico, la multiplicación de las instancias llamadas identitarias y, a fines del siglo, el renacimiento de los conflictos religiosos que, como consecuencia de las migraciones masivas, introducen fuertes elementos de división inclusive en los países más desarrollados, en particular los occidentales. En este clima cultural, debido a ciertos aspectos comparables con el medioevo europeo, la idea pluralista sufre un cambio profundo con respecto a las obras de Ehrlich y Romano. Se afirma, en efecto, una concepción influida en parte por los estudios antropológicos, que ve no sólo a los grupos sociales bien definidos, sino también a los individuos, inmersos en una suerte de selva normativa en la cual operan simultáneamente varias fuentes por momentos integrables entre sí, por momentos en contradicción (Merry 1988). El derecho se convierte así en un hecho de selección *à la carte*. Para entender que el mismo sujeto que aplica pacíficamente el derecho italiano en sus adquisiciones cotidianas, acude al ordenamiento luxemburgués para las inversiones bancarias, estipula con un socio del extranjero un contrato de “fábrica llave en mano” (*turn-key*), típico ejemplo de *lex mercatoria*, con cláusulas tomadas de diversos sistemas normativos, lo lleva ante el Colegio Arbitral de Ginebra y, por último, como se ha dicho, se orienta en sus relaciones familiares por la *Sharía*, en-

trando en conflicto con la mujer cristiana que es fiel de la Iglesia de Roma y con la hija laica que, en nombre del derecho fundamental a la libertad de pensamiento y de religión, reconocido en los tratados internacionales, pretende convivir con su compañero sin contraer matrimonio.

Por tanto, el mundo ya no está dividido en una multitud de estados bien delimitados y soberanos *usque ad sidera et usque ad infera* (“hasta las estrellas y hasta los infiernos”), como decían los romanos de su modelo de propiedad perfecta, sino que parece más bien surcado por “redes de interlegalidad” (Santos 1995), en las cuales se encuentran inmersos todos los sujetos. O si se prefiere, con palabras provenientes de otra inspiración teórica, el mundo parece una “Bukovina global” (Teubner 1997). Sucede así que la dimensión global y la dimensión local, en el sentido físico y cultural de las expresiones, convergen en la definición del panorama normativo a comienzos del siglo XXI: y de hecho ya por dos décadas se habla abiertamente, con palabras poco elegantes pero eficaces, de “glocalismo”.

Naturalmente, esta visión es un poco excesiva, aunque sea compartida por muchos. De hecho, uno de sus ejes, la crisis de la soberanía estatal, es mucho menos seguro de lo que comúnmente se piensa y se dice. El Estado sigue siendo un protagonista esencial en la escena política, pues legisla a chorro continuo y, con mayor o menor eficacia, aplica las leyes, haciendo uso de una fuerza material “legítima” de la cual no disponen los particulares y mucho menos las organizaciones internacionales. Luego, éstas son “estatalistas” por naturaleza, en tanto están compuestas por estados, y justamente se ha observado que incluso las grandes decisiones económicas que emanan de ellas pasan a través de las decisiones estatales, como lo revelan los datos empíricos (Santa María 2008). Además, todo buen jurista tradicional estaría en condiciones de reconducir a una explicación estatalista el ejemplo arriba señalado. La misma *lex mercatoria*, que en las descripciones de algunos estudiosos parece residir en una lejana estratosfera e irradiar desde ahí a los confines de los estados, hasta cierto punto tiene que

hacer sus cuentas con estas entidades terrestres: la “fábrica llave en mano”, a cuya regulación las partes han aplicado numerosas y diversas leyes, existirá físicamente en un lugar preciso y ahí caerá bajo el dominio material de un ordenamiento, con sus jueces que, por ejemplo, harán ejecutar el laudo arbitral ginebrino y supervisarán *in loco* la ejecución forzosa a instancia de la parte vencedora.

Sin embargo, no hay duda de que el cuadro que hemos descrito tiene reverberaciones decisivas sobre la comunicación jurídica, aumentando la tasa de complejidad y de contingencia de los sistemas jurídicos, interconectados entre sí pero no necesariamente integrados, así como envueltos en continuos conflictos, abiertos o latentes. El exceso de referencias normativas, unida a su frecuente inaplicabilidad, produce un cierto grado de incommunicabilidad y de desconcierto, es decir, de anomia: demasiadas normas terminan por ser equivalentes a ninguna norma. Los límites entre lo lícito y lo ilícito se confunden hasta hacerse impalpables y la distancia entre las normas y las prácticas no sólo aumenta, sino que corre inclusive el riesgo de perder significado, revelando despiadadamente la relatividad del concepto de eficacia del derecho, con el cual se designa comúnmente la correspondencia entre los efectos producidos por un acto normativo y las intenciones de quien lo ha dictado (Friedman 1978, p. 101). Si no está claro cuál sea la norma, o si hay dudas insolubles sobre su interpretación, la eficacia se convierte en una cuestión de perspectiva (Ferrari 1992, pp. 145 y siguientes).

La cuestión final que se nos plantea es, por tanto, si están operando todavía hoy, o al menos de manera visible, los mecanismos encaminados a poner nuevamente en orden a un sistema jurídico mundial aparentemente tan desordenado. Se trata del resto de una necesidad difusamente advertida frente a algunos desequilibrios que aumentan intolerablemente la carga de riesgos que gravitan sobre la sociedad humana. Piénsese en la capacidad estructural de los sistemas de represión penal, en la cual la cooperación internacional apenas es embrional, para combatir la delincuencia organizada que opera sin ser molestada a escala

transnacional en campos tan sensibles como el de la pedofilia, el comercio de órganos humanos o el contrabando de armas. O bien, piénsese en la crisis ecológica, contra la cual no ha sido posible hasta ahora adoptar ninguna normativa oficial, internacional o local, capaz de contenerla.

Para responder a nuestra interrogante es necesario investigar algunas aparentes contradicciones del derecho contemporáneo. Se puede hacer notar, por ejemplo, una diferencia entre la normativa estatal, que responde a las exigencias más contingentes de la lucha política y está, por tanto, más orientada a convocar un consenso mediático sobre los gobiernos que a reglamentar los comportamientos, y la normativa internacional, de formación pública o privada, que, al nacer en sedes menos expuestas a las emociones y a las reivindicaciones cotidianas, parece tender a veces a la claridad y la simplificación (Ferrari 1993). Y se observa también, con insistencia, que en algunos sectores fundamentales como el del comercio y la economía, los sistemas jurídicos tienden a converger hacia un modelo unitario (Friedman 2001). Los modelos contractuales nacidos predominantemente en los sistemas de *common law* (*leasing, leaseback, factoring, franchising, performance bonds*), las instituciones del derecho industrial y de la propiedad intelectual (marcas, patentes, *copyright*), los instrumentos de garantía en el derecho societario (*due diligence*), las cláusulas del transporte internacional, las pólizas de seguros, todo ello parece cada vez más similar en todas partes del mundo, aunque sean diversos los estilos de contratación en los diversos países. Y esta semejanza es subrayada por la difusión de los modelos jurídicos de *common law* (Ferrarese 2002; 2006) y por el uso prácticamente universal de la lengua inglesa, dominante no sólo por razones políticas sino también por su plasticidad.

Que estén llevándose a cabo experimentos de reordenación en el derecho contemporáneo es, por tanto, al menos una hipótesis. Si luego la reordenación es realizada por actores sociales más influyentes que otros y si resulta ventajosa para algunos y no para todos, esto es, si la convergencia de los sistemas jurídicos

es el signo de un nuevo imperialismo, como sugiere un conocido libro (Hardt y Negri 2002) y como afirma con fuerza el movimiento *no-global*, es obviamente otro problema que implica no sólo a la teoría sino también a las ideologías y las preferencias de cada quien.