

---

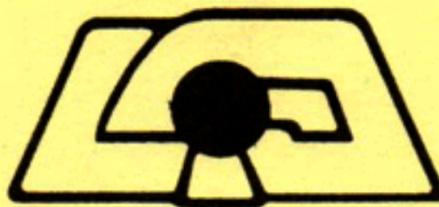
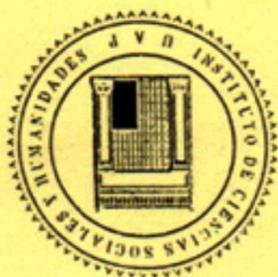
# Crítica Jurídica

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

ISSN 0188-3968

12

1993



---

Presentación

---

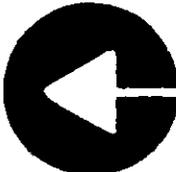
HOMENAJE A RENATO TREVES

---

TEORÍA

---

- |                          |  |
|--------------------------|--|
| <i>Óscar Correas</i>     | — Acerca de la sociología jurídica: un ensayo de definición    |
| <i>Lawrence Friedman</i> | — Hacia una sociología jurídica de los noventa                 |
| <i>Niklas Luhmann</i>    | — La observación sociológica del derecho                       |
| <i>Renato Treves</i>     | — A la búsqueda de una definición de la sociología del derecho |
| <i>Jerzi Wróblewski</i>  | — Derecho y cambio social                                      |
-



**Crítica jurídica**  
Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

---

Núm. 12

1993

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**Primera edición: 1993**

**DR © 1993. Universidad Nacional Autónoma de México  
Ciudad Universitaria, 04510, México D. F.  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

**Impreso y hecho en México**

**ISSN 0188-3968**

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

*Director:*

**Dr. José Luis Soberanes**

*Secretario Académico*

**Lic. Víctor Martínez Bullé Goyri**

**COLEGIO DE SONORA**

*Rector:*

**Mtro. Jorge Luis Ibarra Mendivil**

**INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA**

*Director:*

**Lic. Alfonso Vélez Pliego**

# CRÍTICA JURÍDICA

Ciudad Universitaria - Ciudad de la Investigación en Humanidades, Circuito  
Mario de la Cueva, México, D.F., C.P. 04510

**Crítica Jurídica es órgano de Crítica Jurídica A.C.**

**De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados, responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que Crítica Jurídica se solidarice con su contenido. Los artículos publicados han sido sometidos a arbitraje por el Consejo Editorial.**

**La edición estuvo al cuidado de Maricela Martínez Durán**

CRÍTICA JURÍDICA es una publicación de Crítica Jurídica A.C., que se edita con el patrocinio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Para la edición del presente número hemos recibido aportes financieros del Colegio de Sonora y de la Universidad Autónoma de Puebla.

#### CONSEJO EDITORIAL

DIRECTOR:

Óscar Correas

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Juan Antonio Cruz Parceró

#### CONSEJO EDITORIAL

Antonio Azuela

Graciela Bensusán

Héctor Cuadra

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Marcos Kaplan

Jorge Luis Ibarra Mendívil

José Rolando Emilio Ordóñez

Manuel Ovilla Mandujano

José Luis Soberanes

Fernando Tenorio Tagle

Jorge Witker

#### CONSEJO ASESOR

Juan-Ramón Capella (Barcelona)

Carlos Cárcova (Buenos Aires)

Peter Fitzpatrick (Kent)

Eros Roberto Grau (São Paulo)

Víctor Moncayo (Bogotá)

Ramón Torres Galarza (Quito)

Antoine Jeammaud (Saint Etienne)

Boaventura de Souza Santos (Coimbra)

DIRECCIÓN TÉCNICA Eugenio Hurtado

## ÍNDICE

Presentación . . . . .	11
Óscar CORREAS	

### HOMENAJE A RENATO TREVES

Renato Treves, una vida en el derecho . . . . .	15
Norberto BOBBIO	

Renato Treves, un innovador de las normas . . . . .	17
Vincenzo FERRARI	

### TEORÍA

Acerca de la sociología jurídica: un ensayo de definición . . . . .	23
Óscar CORREAS	

Hacia una sociología jurídica de los noventa . . . . .	55
Lawrence FRIEDMAN	

La observación sociológica del derecho . . . . .	73
Niklas LUHMANN	

A la búsqueda de una definición de la sociología del derecho . . . . .	109
Renato TREVES	

Derecho y cambio social . . . . .	121
Jerzi WRÓBLEWSKI	

### ANÁLISIS

Política antidrogas y política en América Latina . . . . .	141
Josefina ÁLVAREZ GÓMEZ	

Perspectivas de la legislación laboral mexicana en el umbral del TLC . . . . .	157
Graciela BENSUSÁN	
Universidad y política: un caso de doble jurisdicción . . . . .	177
Florencia CORREAS VÁZQUEZ	
Serviços legais e assistência jurídica . . . . .	193
Jose Eduardo FARIA	

### DERECHOS HUMANOS

Etnicidad y derechos humanos. Mesoamérica . . . . .	210
José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES y Carlos Salvador ORDÓÑEZ MAZARIEGOS	

### METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA JURÍDICA

Sobre la Sociología Jurídica. Un debate entre Realino Marra y Roberto Bergalli . . . . .	213
Roberto BERGALLI y Realino MARRA	
El estatuto científico de la sociología del derecho y la tutela weberiana . . . . .	215
Realino MARRA	
Más sobre la institucionalización de la sociología jurídica. (Un agradecimiento y una respuesta a Realino Marra) . . . . .	227
Roberto BERGALLI	
Weber y la duplicación de la ciencia jurídica. Una réplica a Bergalli . . . . .	237
Realino MARRA	
Sociología jurídica y semiótica . . . . .	243
Ana María DEL GESSO	
O jardim dos caminhos que se bifurcam . . . . .	251
Eliane Botelho JUNQUEIRA	

Diferenciación entre teoría, método y técnica . . . . .	269
Carlos MALLORQUÍN	
El desarrollo de un área de sociología jurídica en el posgrado de derecho (UNAM-UAG) . . . . .	287
María Eugenia PADUA GONZÁLEZ	

NOTICIAS Y BIBLIOGRAFÍA

El grupo de trabajo “Derecho y política” del Comité para la investigación en sociología jurídica de la Asociación Internacional de Sociología . . . . .	291
Óscar CORREAS	
Diez Años de <i>Crítica Jurídica</i> . . . . .	295
Óscar CORREAS	

*Crítica Jurídica Núm. 12*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el día 14 de enero de 1994, en los talleres de Impresos Chávez, S.A. de C.V. En esta edición se usó papel Cultural 70X95 de 50 k. para las páginas interiores y cartulina Couché cubiertas de 162 k. para los forros y consta de 1 000 ejemplares.

## PRESENTACIÓN

El presente número de *Crítica Jurídica* lo dedicamos a la memoria de Renato Treves, fallecido en junio de 1992. Con Treves, *Crítica Jurídica* pierde otro amigo y colaborador. Desde que conoció nuestra revista nos autorizó a traducir y publicar todo lo que apareciera en la suya, *Sociologia del Diritto*, y que nos interesara. Y así lo hicimos: buena parte de nuestro prestigio se debe a diversas traducciones que tomamos de su revista. Publicamos sendas notas de Bobbio y Ferrari sobre Renato Treves.

No es que el tema de este número de *Crítica Jurídica*, la sociología del derecho, no estuviese establecido desde antes del fallecimiento de nuestro amigo; en todo caso ha sido una infeliz coincidencia que ocurriera su fallecimiento cuando nos disponíamos a preparar este número, en el que, desde luego, incluíamos uno de sus últimos trabajos.

Publicamos en este número trabajos de personalidades que no necesitan ninguna presentación: nuestro homenajeado Renato Treves, Niklas Luhmann, Jerzi Wróblewski, otro amigo lamentablemente desaparecido, y Lawrence Friedman.

En esta entrega encontramos como destacable que la sección sobre Metodología y Enseñanza Jurídicas se ha visto enriquecida por varios aportes que nos pareció debíamos incluir en ella. Fue principalmente el Congreso Internacional de Sociología Jurídica que organizamos en julio de 1992 el que nos ha nutrido de éstos y otros artículos que publicaremos en nuestra próxima aparición.

También queremos destacar las aportaciones económicas que nos fueron concedidas, aparte de la del CONCYT, del Colegio de Sonora y de la Universidad Autónoma de Puebla que, volviendo por sus fueros, y comenzando otra etapa de su vida azarosa, ha regresado a apoyarnos como lo había hecho desde el número 0 hasta el noveno.

Estamos seguros de haber nuevamente encontrado el camino para continuar nuestra tarea de aportar a la cultura jurídica latinoamericana, y creemos poder comprometernos a aparecer al menos dos veces al año sin nuevos largos períodos de silencio. Esperamos la colaboración y las opiniones de nuestros lectores.

Óscar Correas

## IN MEMORIAM

### RENATO TREVES, UNA VIDA EN EL DERECHO

Norberto BOBBIO<sup>1</sup>

Hace pocos días he conmemorado en este periódico a Giorgio Agosti que había sido alumno, como yo, de uno de los más queridos maestros de la universidad turinense, Giole Solari. Me entero en este momento de la noticia, para mí, dolorosísima, de la muerte de Renato Treves, que se había graduado también él, dos años antes, con el mismo Solari, investigando el desarrollo del saint simonismo en Italia. Poco después, sin embargo, se había dedicado, igual que yo, a los estudios de filosofía y de derecho.

Las nuestras han sido desde entonces dos vidas paralelas. En 1933, viaje a Alemania para estudiar con Geymonat. En 1935, al mismo tiempo, alcanzamos la libre cátedra en el viejo palacio romano de la Sapienza. Anteriormente, enseñamos en los mismos años, en dos pequeñas universidades cercanas, él en Urbino, yo en Camerino. Hacia fines de 1938 nos presentamos al mismo concurso. Pero habiéndose desencadenado en aquel mismo año la campaña contra los hebreos no fue aceptado. Pronto se dió cuenta que no había para él, en adelante, un lugar en Italia. Emigró a Argentina, donde enseñó por años en la joven Universidad de Tucumán, con otros turineses como Alessandro y Benvenuto Terracini. Habíamos mantenido aún en los años de la separación, nuestros amigables diálogos, escribiéndonos muy a menudo e informándonos de nuestros estudios y de nuestras familias.

Al fin de la guerra decide regresar a Italia. Tuvo la cátedra de Filosofía de Derecho en la Universidad de Milán, donde ha enseñado hasta su jubilación, con autoridad y formando una numerosa escuela de alumnos.

Ha sido el primer traductor y estudioso del gran jurista vienés, Hans Kelsen. Por su mérito, la "Teoría pura del derecho" ha encontrado en Italia una

<sup>1</sup> Publicado en *La Stampa*, Milán primero de junio de 1992. Traducción de Arturo Berumen.

verdadera y propia patria de adopción. Al principio de este año sus escritos kelsenianos han sido recogidos en un volumen que comprende también una carta inédita que Kelsen le había escrito en 1933, con algunas explicaciones e interpretaciones auténticas de su propia obra.

En los últimos años se había dedicado con particular fervor a una disciplina, en gran parte nueva en Italia: la sociología del derecho. De la cual había sido hasta hoy el indiscutido maestro. Fundó en 1974 la revista *Sociologia del Diritto* y la ha dirigido con amplitud de miras y con éxito hasta sus últimos días. Suyo es el primero y más difundido tratado de sociología del derecho, del cual apareció la primera edición en 1977 por Einaudi, seguida de muchas otras, continuamente revisadas, corregidas y ampliadas, y de la traducción española y de una inminente traducción francesa, de la cual me había hecho leer hace poco tiempo la introducción, quizá el último de sus escritos

Amigo íntimo de Aldo Garosci, había pertenecido desde el inicio a la corriente de jóvenes que habían sido inspirados por los ideales del socialismo liberal. En Argentina hizo conocer el pensamiento político y filosófico italiano de Croce a Roselli. Dio a conocer la historia de la diáspora política de los exilados italianos y españoles en una serie de escritos que, junto con otros subsiguientes, han sido recientemente recogidos en un volumen de "Recuerdos y encuentros".

Fraternal ha sido nuestra amistad. Cuando venía a Turín y venía muy seguido porque aquí tenía radicados a sus familiares y porque mantenía vivos los recuerdos de juventud, nos veíamos y hablábamos de nuestros estudios y de nuestros afectos comunes. Había venido todavía hace dos meses. Parecía cansado, pero no me imaginaba un fin tan rápido.

Era un hombre admirable y admirado, por la limpieza de su alma, la disciplina de la mente que le había mantenido ajeno de todo dogmatismo, por el espíritu de tolerancia, él víctima de la intolerancia de otros, por la dignidad con que había soportado la persecución y desarrollado, ininterrumpidamente, su obra de estudioso y de maestro en la buena y en la mala fortuna, por el testimonio de sabiduría, de benignidad y de generosidad: un testimonio para todos aquellos que lo han tenido cerca y que, junto con sus familiares, mantendrán de él, vivo el recuerdo.

## RENATO TREVES: UN INNOVADOR DE LAS NORMAS

Vicenzo FERRARI<sup>1</sup>

La primera cosa que impresionaba de Renato Treves era su capacidad extraordinaria de expresar en palabras simples los más difíciles conceptos filosóficos. En sus palabras, la reflexión filosófica resultaba inmediatamente relacionada con la experiencia concreta de la vida. Los autores más complejos emergían de él despojados de toda retórica, eran recogidos instantáneamente en su contribución esencial a la discusión general sobre las cosas y sus valores. Así, sus obras de síntesis –pienso en las *Lecciones de filosofía del derecho* (La Goliardica), y en la difundidísima *Sociología del Diritto* (Einaudi 1987)- eran cuidadosos mosaicos, en los cuales los fragmentos llegaban a componerse en armonía, según líneas interpretativas de fondo en una sorprendente solidez.

La ciencia de Treves rehúya del clamor, era fruto de un trabajo continuo, de una ansiosa curiosidad que lo impulsaba a buscar siempre nuevas soluciones, a no sentirse satisfecho con resultados contingentes. Su declarado “prospectivismo” expresaba desconfianza sobre la verdad absoluta, tan común entre filósofos; pero también y sobre todo respeto para la verdad de otros.

Tenía una tolerancia que lo aproximaba a maestros como Giole Solari, Luigi Einaudi, Rodolfo Moldofo y a sus autores preferidos, Ortega Gasset, Karl Mannheim, Wright Mills. Tolerancia liberal, nunca separada de aquel sentido profundo de igualitarismo que es propio de la idea socialista. Y en efecto, Treves era un socialista liberal, por años en contacto con muchos demócratas constreñidos al silencio o, como él mismo, en el exilio por razones ideológicas y raciales. Pero de la ignominia sufrida hablaba en voz baja y con timidez más que nada para recordar a los otros hombres honrados que lo han acompañado en su vida. En estos momentos que siguen a su dolorosa desaparición es significativo releer *Sociología y socialismo: recuerdos y encuentros*, (Franco Angeli 1990), su último libro, que es casi un testamento espiritual: una galería de nobles espíritus que, como él, han buscado en toda la vida compaginar ciencia, compromiso civil y humanidad.

<sup>1</sup> Publicado en *Il Sole*, Milán, 14 de junio de 1992. Traducción de Arturo Berumen.

Como aquella de sus interlocutores predilectos, también la ciencia de Treves, cultivada con tanta discreción, está destinada a dejar profundas huellas: los estudios sobre sanismos y sobre neokantismo; la traducción, el comentario y la defensa de la obra de Hans Kelsen; la crítica a las metafísicas de la filosofía del derecho; la reivindicación del espíritu crítico contra el espíritu del dogmatismo; la batalla por el impulso de la ciencia social en Italia luego del largo ostracismo neo-idealista; y, en los últimos decenios, sobre todo el descubrimiento y la refundación de la sociología del derecho, entendida como un nuevo modo, crítico y “exterior” de mirar el fenómeno jurídico, con la técnica de la investigación empírica, pero acompañada de la “imaginación sociológica” sin la cual la sociología se arriesga a reducirse a una recolección estéril de datos.

La enseñanza de Treves casi llega a identificarse con la sociología del derecho. Él ha sido coordinador de la gran investigación sobre la magistratura conducida por el Centro nacional de Prevención y defensa social, fundador y director de *Sociologia del Diritto*, la revista italiana sobre esta disciplina, autor de la primera síntesis orgánica sobre la materia, aparecida en 1977 y valientemente repensada y rehecha en 1987, severo defensor de la autonomía de los estudios socio-jurídicos en confrontación ya sea con la ciencia jurídica, ya con las ideologías políticas, siempre tan inclinadas a hegemonizarlos.

Su fama, venciendo el desdén, ha traspasado las fronteras italianas. Primer presidente del Comité Internacional de sociología del derecho, ha hecho de ella una asociación fuerte y representativa. Ha cooperado, activamente, en la fundación del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, punto de encuentro de centenares de estudiosos. Ha visitado las universidades de medio mundo, recibiendo, casi en silencio, tres doctorados honoris causa, en San Sebastian, Madrid-Carlos III y Atene-Pantheios. El ateneo madrileño ha decretado luto el día de sus funerales. En España, donde muchos de sus escritos han sido traducidos, está viva la memoria de su activo apoyo a la causa de los intelectuales antifranquistas en los años de la dictadura. Análoga memoria tienen de él, por sus intervenciones concretas los intelectuales del socialismo real.

Treves ha trabajado hasta sus últimos días con serena y consciente espera del fin. Entre sus últimos escritos, allí está una magistral introducción a la nueva edición italiana (Bollati Boringhieri) de “Sociedad y naturaleza” de Hans Kelsen, un clásico. Allí está después una breve reflexión sobre los derechos humanos, tema que había tratado en un reciente congreso en la Academia de

Lincei a la que pertenecía. En fin, un artículo sobre sociología del derecho “de los juristas y de los sociólogos”, distinción cara para él, propuesta en forma renovada.

Este artículo que aparecerá en un apéndice en la edición francesa y griega de su *Sociologia del Diritto*, ha sido también su última lección hace meses, a los estudiantes milaneses. Hablaba con gran fatiga, quien había tenido la fortuna de escucharlo treinta años, reconocía, antes que nada, la misma claridad, la misma benevolente humanidad.

## LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DEFINICIÓN

Oscar CORREAS<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *Introducción.* 1. *Derecho y Sociedad.* 2. *“Causas” y “efectos” de los discursos.* 3. *La ciencia jurídica y la sociología jurídica.* 4. *Las normas como objeto de la sociología del derecho.* II. *De las causas del derecho.* 1. *Las Relaciones Sociales (RRSS) y el derecho.* 2. *Las RRSS y la ideología.* 3. *La naturaleza, la historia y las estructuras.* 4. *La voluntad como causa de las normas.* 5. *El derecho que nace del pueblo o el derecho alternativo y el pluralismo jurídico.* 6. *El problema de la extensión de las causas.* 7. *Los derechos humanos y la sociología jurídica.* III. *De los efectos del derecho.* 1. *Los discursos y su eficacia.* 2. *Efectividad de las normas.* 3. *El estudio de la efectividad de la ley y la política.* 4. *Eficacia de las normas.* 5. *La efectividad como aplicación y como creación de derecho.* 6. *El problema del tiempo.* 7. *La efectividad en el interior del estado.* 8. *El grado de efectividad.* 9. *Eficacia y hegemonía.*

**RESUMEN:** el artículo propone una definición de la sociología del derecho como una ciencia que se ocupa en las causas y los efectos del discurso del derecho. No se ocupa en describir normas ni en interpretarlas. Respecto de las causas, ¿dónde deben buscarse? Y los efectos de las normas ¿hasta dónde se considerará que se extienden? ¿Hasta donde se extienden los efectos de los efectos de las normas? Además, ¿deben buscarse las causas en las ideologías imperantes o en los fenómenos sociales empíricos, como los que el marxismo ha denominado relaciones de producción? Y los efectos sobre las conductas ¿son efectos de las normas o efectos de las ideas sugeridas por los discursos normativos? Estos son algunos de los interrogantes que debe responder un sociólogo interesado en el desarrollo de esta ciencia en América Latina. Este trabajo constituye un esfuerzo por analizar los problemas a los que debe abocarse una sociología jurídica en América Latina.

### I. INTRODUCCIÓN

*La sociología jurídica es una disciplina científica que intenta explicar las causas y efectos de las normas jurídicas.* En tanto ciencia, es un conjunto de enunciados que pretenden describir plausiblemente —es decir pretenden ser “verdad”— tanto los fenómenos que pueden ser vistos como causantes o “determinantes” del ser así de las normas jurídicas, como los fenómenos que pueden ser vistos como efectos de ellas.

<sup>1</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

El concepto de "verdad" no difiere del de cualesquiera otras ciencias sociales; es decir, la verdad de sus enunciados pretende ser probada con los métodos comúnmente utilizados por los científicos sociales. Estos métodos varían y las discusiones acerca de su pertinencia son prácticamente infinitas. No entraremos aquí en la discusión.

El concepto de "fenómeno", igualmente, es el común en las ciencias sociales: lo que puede considerarse como aparente conforme con las teorías y métodos aceptados como aptos para aprehender el mundo considerado exterior a la conciencia.

Por lo tanto el objeto propio de esta ciencia está constituido por los fenómenos relacionados causalmente con el derecho. Esta relación de causalidad es también la que comúnmente se acepta en ciencias sociales: se adjudica a ciertos fenómenos el poder o la virtud de "producir" otros fenómenos. En este caso lo producido es el acto de creación de normas. Y también se adjudica a ciertos fenómenos el carácter de "efecto" de otros, o lo que es lo mismo, que éstos tuvieron el poder o la virtud de "producir" a aquéllos. En el caso de los efectos, se discutirá sin duda si el efecto propio de un discurso está constituido por la recepción del mensaje transmitido por las normas o si está constituido por los fenómenos que, conforme con cierta teoría aceptada, son vistos como causados por esas normas. Si se tratara de lo primero, es decir si se considerara efecto de las normas la recepción del mensaje que las constituye, estaríamos ante una concepción de la *sociología jurídica* como ciencia que estudia fenómenos ideológicos. Si se tratara de lo segundo, es decir si se considerara efecto de las normas fenómenos o *conductas* observables, entonces estaríamos ante una concepción de la *sociología jurídica* como ciencia que estudia *fenómenos*, es decir, sectores del mundo empíricamente observables. Desde luego que parece a todas luces plausible decir que ambos efectos, el ideológico y la conducta observable, son objeto de esta disciplina. En tal caso se pone la cuestión de establecer a su vez un nexo causal entre la recepción del mensaje y la conducta observable.

Desde el punto de vista ya no de la causalidad misma sino de los enunciados científicos que pretenden describirla, la "explicación causal", no es otra cosa que un encadenamiento de enunciados conforme con cierto orden que es aceptado como válido. Las discusiones teóricas al respecto son innumerables y prometen ser aún más. Lo cual no impide que la disciplina se cultive tal como si esas discusiones no tuvieran ninguna relevancia.

Por lo tanto, la *sociología jurídica* es una ciencia que se ocupa en las causas y los efectos de las normas jurídicas y no en describir normas ni en interpretarlas. Su interés por las normas está limitada a la explicación de por

qué dicen eso que dicen y no alguna otra cosa. Pero esto no quiere decir que el sociólogo del derecho no deba conocer las normas tal cual las describe la dogmática jurídica; todo lo contrario, este conocimiento es presupuesto por esta ciencia y desde este punto de vista la *sociología jurídica* es tributaria de la *jurisprudencia*, disciplina encargada de la descripción de las normas válidas que son aquéllas cuyas causas y efectos busca al trabajo sociológico.

Ahora bien, decir que esta ciencia se ocupa de causas y efectos de “normas jurídicas” supone, desde luego, un concepto de este objeto. Pero es la *teoría general del derecho* y no la *sociología jurídica* la encargada de producir este concepto. Por otra parte, lo que suele denominarse “derecho” es un discurso que no se compone únicamente de normas sino que incluye otros enunciados, como las definiciones por ejemplo. Pero aún más, ese discurso incluye otras ideologías además de la incluida en las normas propiamente dicha que en él podemos encontrar. Estas otras ideologías requieren también de explicación y la *sociología jurídica* no puede renunciar a intentarlas. Esto complica enormemente el campo de esta ciencia y le obliga a recurrir a los resultados de otras teorías y ciencias no tradicionalmente consideradas “jurídicas”.

Así es como, luego de las consideraciones anteriores, resulta más apropiado decir que la *sociología jurídica* tiene como objeto las causas y efectos del derecho considerado como un “discurso”, entendiéndose por ello ideología formalizada en un lenguaje que le permita a esta última aparecer y convertirse en sentido producido y recibido. En este aspecto nuestra disciplina es tributaria de la *semiología*. A su vez, este discurso debe ser definido de manera que pueda ser diferenciado de cualquier otro que circula socialmente. Este problema debe ser tratado en otra oportunidad.

Lo cierto es que este concepto amplio de *sociología jurídica* es el que pone los problemas propios de ella. Por ejemplo, si de causas se trata ¿dónde deben buscarse? Y los efectos de las normas ¿hasta dónde se considerará que se extienden? Por ejemplo, la causa que explica la producción de la constitución nacional será, sin duda, algún hecho histórico anterior. Pero ¿y los hechos anteriores al hecho explicatorio? Y respecto de los efectos ¿se considerará que las características de las últimas elecciones son un efecto de esa constitución? ¿Hasta donde se extienden los efectos de los efectos de las normas?

Además, ¿deben buscarse las causas en las ideologías imperantes o en los fenómenos sociales empíricos, como los que el marxismo ha denominado relaciones de producción? Y los efectos sobre las conductas ¿son efectos de las normas o efectos de las ideas —representaciones, se ha dicho— sugeridas por los discursos normativos? Estos son algunos de los interrogantes que debe

responder un sociólogo interesado en el desarrollo de esta ciencia. En lo que sigue se analizarán algunos de estos problemas.

## II. DERECHO Y SOCIEDAD

Es corriente la definición de la *sociología jurídica* como una ciencia que estudia las relaciones entre el derecho y la sociedad. En el mismo sentido se habla de “lenguaje y sociedad” o de “filosofía y sociedad”. Incluso se habla de las relaciones entre estado y sociedad. Sin embargo ¿acaso podría haber un lenguaje que suceda fuera de la sociedad, una filosofía exterior a la sociedad, un estado sin sociedad? Si la respuesta es obviamente negativa, ¿qué quiere decir, exactamente, que el lenguaje tiene “relaciones” con la sociedad? Y ¿qué puede querer decir que el derecho tiene “relación” con la sociedad? ¿Con qué más podría tener “relación” como para que la relación con la sociedad sea lo definitorio de esta ciencia?

Por otra parte la palabra misma “sociedad”, no tiene un referente claro. Tal como ocurre con la palabra “realidad”, sirve para designar eso “que todo el mundo sabe lo que es”, o bien para evitar definiciones más precisas.

Estas dificultades provienen del hecho de que la expresión “derecho y sociedad” establece exterioridad entre ambos términos, con el agravante de que no es posible decir que alguno sea menos ambiguo que el otro, o que uno sea más claro que el otro. Lo mejor es entonces evitar esta definición y procurar otras, aunque no tengan la aparente ventaja de la rapidez o la simpleza.

## III. “CAUSAS” Y “EFECTOS” DE LOS DISCURSOS

La *sociología jurídica* debe partir de un concepto de estas palabras —“causa” y “efecto”—, lo cual supone una discusión de la que antemano sabemos se adentra en los vericuetos más oscuros de la filosofía. Supondremos por el momento que las dificultades de estos dos términos son suficientemente conocidas y aceptadas. Sabemos que se trata de palabras utilizadas frecuentemente por todos los científicos, y no siempre con clara conciencia de sus debilidades. Si a otros científicos les es aceptado hacerlo, no veo por qué no se aceptará de parte de los sociólogos del derecho.

Lo importante es establecer una diferencia clara entre los discursos por una parte, y la causa y la eficacia de los discursos por la otra. Si aceptamos, como creo que, por su generalidad, es aceptable, que el derecho está constituido por un conjunto de discursos prescriptivos dirigidos a determinar la conducta de los ciudadanos, entonces podemos decir que la *sociología jurídica* tiene por objeto

el estudio de las causas y los efectos —eficacia— del discurso del derecho. Esto propone un buen número de problemas, algunos de los cuales analizaremos más abajo.

#### IV. LA CIENCIA JURÍDICA Y LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

A primera vista parece indiscutible que el material de la *sociología jurídica* es el proporcionado por la dogmática del derecho. En efecto, para averiguar acerca de sus causas y efectos, debemos suponer que existe algo llamado así. Y pensamos que la tarea de señalarlo, determinarlo, está asignada a la que suele llamarse ciencia del derecho. Sin embargo aquí hay cuestiones que sólo apuntaremos, y que deben ser resueltas previamente si se acepta que el objeto de la *sociología jurídica* es un algo que debe ser previamente determinado, establecido, señalado, entregado, por la ciencia jurídica.

La gran cuestión es que la determinación de lo que es derecho, es el acto político del jurista o de todo aquél que dice que cierto discurso de ciertos individuos “debe” ser obedecido. A primera vista, y como resultado de la enseñanza adquirida en la facultad de derecho, estamos acostumbrados a creer que el derecho es “lo que dice la ley”; como cuando decimos que el derecho civil es “lo que está en el código”. Pero si dejamos el ejemplo simple del código civil y pensamos en la literalmente infinita cantidad de discursos emanados de los funcionarios públicos que reclaman para sí la calidad de “derecho”, la cuestión se aparece de otra manera. Lo cierto es que “el derecho” no existe sino *después* de que “alguien” ha aceptado cierto discurso *como* jurídico. Y ésa es la tarea del jurista: decir qué es derecho y qué no lo es. Por ejemplo, si la suprema corte de un país resuelve que determinado discurso del presidente, que pretende ser derecho, o sea un “decreto” por ejemplo, no lo es, tal vez porque ese funcionario no tenía facultades para decretar eso ¿estamos frente a “derecho” cuyas causas y efectos son objeto de la *sociología jurídica*? De la misma manera, lo que dice el parlamento no pasa de ser un discurso escrito en ciertos papeles, y que duerme en alguna biblioteca del edificio llamado tal vez cámara de senadores hasta que alguien, un juez por ejemplo, un abogado que pretende utilizarlo en favor de su cliente, un funcionario que pretende justificar con él su acción política, lo “reconoce” como derecho, y *lo usa*. Todo abogado sabe que lo establecido en un código vale nada si no lo reconoce un juez; y todo ciudadano sabe que multitud de disposiciones duermen en los libros hasta que la presión social obliga al funcionario obligado a ponerla en práctica. Esta cuestión, que atañe específicamente a lo que entendemos por “ciencia jurídica” o *dogmática*, pone formidables problemas a

nuestra disciplina. El asunto debe ser, también, resuelto en otra sede; allí donde se discuta —y mucho se discute— lo que es la ciencia del derecho. No podemos hacer aquí otra cosa que dejar apuntada la cuestión.

#### V. LAS NORMAS COMO OBJETO DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Es pacífico que esta disciplina se ocupa de fenómenos sociales empíricamente verificables. Sin embargo no puede renunciar al intento de explicar el ser así de las normas; esto es, intentar explicar por qué ordenan o permiten esas conductas que ordenan o permiten y no otras cualesquiera. Por ejemplo, la *sociología jurídica* haría muy mal en renunciar a contestar a una pregunta como ésta: ¿por qué el código civil establece que el comprador tiene derecho a elegir entre la devolución del precio pagado y el cumplimiento forzado de la obligación? ¿Por qué no acuerda derecho, por ejemplo, a elegir entre la devolución del precio y el corte de la mano derecha del vendedor incumplido? ¿Sólo porque es un código “civilizado”? Este tipo de preguntas, para este tipo de normas, no puede contestarse con el estudio de la ideología del legislador ni con los hechos antecedentes a la producción del código civil. Quien intentara hacerlo partiendo de la ideología de los juristas de Napoleón o el ascenso de éste al poder, haría un lamentable ridículo.

Esta clase de preguntas, a la que haría muy mal en renunciar la *sociología jurídica*, y respecto de este tipo de normas “estratégicas” —no “coyunturales” o “tácticas”— del sistema de circulación mercantil, no puede contestarse sino a partir de teorías sociales complejas, como el marxismo por ejemplo. Y no puede menos que considerar como objeto de estudio el contenido de las normas, lo cual, por definición, parece, equivocadamente, corresponder a la ciencia dogmática del derecho. En este sentido, las normas sí son objeto de la *sociología del derecho*.

En lo que sigue, en sendos capítulos para causas y efectos del derecho, trataremos de acercarnos a diversos problemas a los que se enfrenta nuestra disciplina.

## DE LAS CAUSAS DEL DERECHO

## VI. LAS RELACIONES SOCIALES (RRSS) Y EL DERECHO

Este es sin duda uno de los temas fundamentales de nuestra disciplina. Cómo sucede la relación causal entre los fenómenos sociales y el derecho es la gran cuestión. ¿Son los fenómenos la causa del derecho o lo son las representaciones o ideas que de ellos se hacen los actores?

1. *Hechos e ideas*

Aceptemos que “ideas” es una palabra apta para significar contenidos cualesquiera de conciencia. Aceptemos también que las ideas no son “hechos”, en el sentido de no ser perceptibles por los sentidos. Y por lo tanto, que las normas jurídicas tampoco son “hechos”. Esta diferencia ha motivado una profusa literatura acerca de las relaciones de determinación entre hechos —o fenómenos o relaciones sociales— e ideas o ideología. Actualmente nadie, que se sepa, niega que las relaciones sociales determinan las ideas de los actores de esas relaciones. Pero aparte de esta generalidad, el acuerdo acerca del sentido que debe atribuírsele a esa afirmación es inexistente. Fue el marxismo quien más combatió la idea de que los fenómenos históricos pueden explicarse a partir de las ideas de los hombres. Tal parece que Marx y también Engels se sintieron constreñidos a batirse en contra de una forma de pensamiento que hacía de la idea el demiurgo de la “realidad”, por cierto palabra oscura si las hay. Actualmente, por méritos precisamente de Marx, y de otros sin duda, la discusión parece un tanto fuera de lugar: si alguna vez hubo alguien que lo hiciera, lo cierto es que hoy ya nadie piensa que la ideología es suficiente para explicar algún fenómeno social. En este momento, la cuestión debe plantearse de otra manera. Ya no se trata de la perogrullada de que son las relaciones sociales —cualquiera sea el referente de ello— las que explican los fenómenos sociales, sino de cómo es que puede suceder esta “determinación” de los fenómenos sociales por las relaciones sociales.

2. *Las relaciones sociales (RRSS) como causa de las normas*

Que las RRSS son “causa” de las normas quiere decir que consideramos que tienen la “fuerza” suficiente para “hacer” ese efecto, y por tanto para constituirse en explicación del ser así de éstas. Ahora bien, el concepto mismo

de “RRSS” es de muy difícil definición. Algunos autores han insistido, en el afán de hacer comprender a los sociólogos que el derecho no es una superestructura sin importancia, que “el derecho *integra* la relación social”, que “no está *separado* de ella”. Esta posición pierde de vista un auténtico logro de la *semiótica*: la distancia, la censura irremediable, entre hechos y sentido. La *sociología jurídica* no puede prescindir de esta precisión y por lo tanto no puede, apresuradamente, perderla en una formulación vaga según la cual “el derecho *integra* las relaciones sociales”. Si por esto último debe entenderse alguna forma de realidad aprehensible empíricamente, entonces sería tanto como decir que el derecho *integra* los hechos, lo cual es absurdo luego de aceptarse que el sentido es distinto que los fenómenos que, precisamente, adquieren *sentido* por la asignación que del mismo se hace a los primeros.

La definición de *RRSS* debe, por lo tanto, tomar otro rumbo. Dejaremos aquí planteado, en carácter de hipótesis, 1) que las relaciones sociales están constituidas por conductas repetidas; o dicho de otra manera, la descripción de una relación social consiste en la descripción de un conjunto de conductas que podrían observarse y, 2) que *algunas* conductas no pueden nombrarse sino por el *sentido* que les adjudica alguna norma. Esto sería el equivalente de la expresión “el derecho *integra* la relación social”: no es que la integre sino que no puede ser *reconocida* sin recurrencia a normas.

### 3. *Las RRSS como referente de las normas*

La cuestión de la causalidad de las relaciones sociales respecto de las normas, puede ser también vista como la cuestión de la referencia del discurso jurídico. En efecto, suponemos, como hipótesis, que las relaciones sociales “causan” las normas. Pero eso es lo mismo que decir que las normas se refieren a aquello que las “causa”, que son las relaciones sociales. Por ejemplo, decimos que en los artículos en que se organiza la compraventa, el código “se refiere” al fenómeno que los economistas llaman intercambio. Pero de la misma manera decimos que son las relaciones de intercambio las que determinan —“causan”— el ser así de las normas del derecho civil. El problema lo plantea el hecho de que, así, las normas se refieren, tienen como referente, a las relaciones sociales, de intercambio en este caso.

La distancia entre el lenguaje y el ser, bien podríamos decir aquí, entre el discurso jurídico y las relaciones sociales que se supone lo “causan”, constituye un motivo de reflexión cuando menos desde Gorgias. En efecto, fue este sofista quien puso la cuestión con aquello de que “el ser no existe, y si existiera no podría conocerse y si se conociera no podría transmitirse”. Desde entonces el

problema ha permanecido en el pensamiento occidental, sólo que, podemos decir, siempre reprimido. Advuértase que la afirmación de Gorgias ataca lo más sagrado de la epistemología occidental: la idea de que la ciencia es el discurso de la verdad, que implica la correspondencia entre el enunciado y la "realidad". Claramente, esto es mentira según Gorgias: no es cierto que el ser se pueda decir o, lo que es lo mismo, transmitir.

Si esto es así, desde luego que no puede afirmarse de ninguna manera que las normas "hablan" de las relaciones sociales. Habría que conformarse, en todo caso, con una parte de la sociología jurídica que es aquélla que se refiere solamente al efecto que las normas tienen sobre la conducta de los ciudadanos. Pero no cabría preguntarse acerca de la causa del derecho.

Quienes estudian los signos han recogido esta posición de Gorgias, cuando afirman que un signo está en lugar de otra cosa que es el significado. Pero éste, a su vez, no es una "cosa" o referente. El significado es siempre una idea. Por ejemplo, el signo "compraventa" no es ninguna parte del ser, ningún objeto físicamente existente, ningún fenómeno, digamos. El signo "compraventa" remite al significado "compraventa" que es nuestro concepto de esa operación mercantil. Y constituye una arbitrariedad del pensamiento adjudicar, adscribir —¿imputar?— ese significado a ciertos fenómenos visibles. O bien, aceptando la existencia de un ser o mundo exterior, aprehensible por los sentidos, obtenemos de las partes de ese mundo una idea a la cual nombramos con su signo, con lo cual esa parte del mundo exterior se hace transmisible, se convierte en objeto del lenguaje y por tanto del pensamiento. Pero de cualquier manera, el mundo es exterior al lenguaje, a los discursos. El referente es exterior al significado, el cual sólo por acción de quien crea ese significado, es atribuible al mundo exterior supuesto como existente por hipótesis que nadie en su sano juicio quiere negar.

Trasladado este problema al discurso jurídico ¿cómo es posible decir que las relaciones sociales "causan" el ser así de las normas? Si las palabras del derecho —los signos— significan algo, este algo no son las "relaciones sociales" sino las ideas que quienes producen las normas se hacen de esas relaciones sociales, que suponemos existentes por hipótesis. ¿Cómo sabremos entonces que esas relaciones sociales "causaron" estas normas? Nótese que, por ejemplo, la palabra "compraventa" significa, no un grupo de conductas empíricamente verificables, sino la idea de esas conductas. Y las normas sólo pueden ser "efecto" de relaciones sociales siempre que podamos decir de ellas que "se refieren" a esas relaciones. Pero ¿cómo sabemos que la idea que nos hacemos —o que se hace el legislador— de esas conductas observables, que la idea de compraventa corresponde a tales o cuales conductas observables? Más aún,

el derecho del trabajo ofrece ejemplos precisamente de lo contrario, de que la idea que el legislador tiene acerca de la relación entre patrón y obrero es incorrecta. Por ejemplo, el derecho del trabajo obliga al pago del precio del trabajo cuando sabemos que lo que se paga es el precio de la fuerza de trabajo. Entonces ¿cómo podemos decir que la relación capitalista es la “causa” del ser así del discurso propio del *derecho laboral*?

Este ejemplo mismo ofrece una respuesta: sólo a partir de los conceptos de la ciencia llamada *economía política* podemos decir que las relaciones capitalistas son “causa” del ser así del *derecho del trabajo*, agregándose, en este caso especial, que las palabras de la ley ocultan la “realidad” o impiden una clara comprensión de las relaciones sociales.

Esto quiere decir que la *sociología jurídica* sólo puede referirse a las “relaciones sociales” que causan el ser así de las normas siempre que por relaciones sociales se refiera al resultado de las ciencias sociales básicas, como la sociología —en general— o la economía. Hé aquí un formidable problema.

Esto es por el hecho, innegable, de que los actores de esos fenómenos sociales que hay que explicar, están inmersos en un mundo que no está compuesto de “relaciones sociales” sino de las ideas que se hacen de esas relaciones. “Están inmersos” quiere decir que viven, no relaciones sociales, sino las representaciones que, suponemos, son representaciones de ellas. El mundo humano es un mundo de mitos, símbolos, deseos. Lo que llamamos relaciones sociales está oculto para los actores de ellas. Si así no fuera, como decía Marx, entonces no haría falta la ciencia, que es un esfuerzo inteligente, que deliberadamente coloca como objeto, a las “relaciones sociales”, que, por hipótesis, supone que explican la vida humana. Bien visto, las llamadas relaciones sociales son determinadas representaciones que algunos individuos, los científicos sociales, construyen para poder pensar la vida social. Se supone la existencia de algo a lo cual se nombra “relaciones sociales”, de lo que se dice que determina —en el sentido de causa— la ideología y las conductas de los actores, dentro de las cuales se encuentran los mismos científicos. Este es un procedimiento que permite objetivar el mundo humano; quiero decir, permite convertir en objeto la vida social, colocándola fuera del sujeto, para producir un discurso acerca de ella. Pero se trata de una actitud intencional, específica, distinta de la del resto de los actores sociales.

#### 4. *La hipótesis básica de la sociología jurídica*

Si esto es así, las que llamamos “relaciones sociales” que explicarían el contenido de las normas jurídicas, son a su vez discursos producidos por econo-

mistas y sociólogos para pensar ese fenómeno social que se supone existente por hipótesis. No tenemos acceso directo a las mentadas “relaciones sociales” si no es a través de las representaciones ideológicas que crean los científicos sociales, y que suponemos más “exactas” que las que formula el actor común de esas relaciones. Esto es así porque sobre lo que está más allá del lenguaje sólo hay acceso por medio de otro lenguaje. No hay acceso directo a la “realidad”. Por eso es que resulta difícil decir que ciertos fenómenos son causa de ciertas ideas, por ejemplo de las ideas que aparecen como el contenido de las normas si a la vez reconocemos esta cesura entre discurso y realidad.

Se trata no de otra cosa que de una convención según la cual ciertos enunciados son tenidos como denotativos de la “realidad”. Se trata de una convención que establece un puente entre el pensamiento, los discursos, y lo que está más allá de ellos y que a nadie le parece sensato negarle existencia.

Este puente era necesario desde que el concepto de verdad como correspondencia entre enunciado y “realidad” comenzó a no ser convincente. De allí que la ciencia contemporánea haya hecho todos los esfuerzos que ha hecho para establecer este puente entre el discurso y los “hechos” de los que se supone que el discurso es tal. Este puente es la experiencia empírica. Se acepta que el discurso se refiere al objeto al que pretende referirse, si buena parte de los enunciados del discurso pueden “comprobarse”, se dice. Y “comprobarse” no es otra cosa que una convención que significa que ciertas observaciones empíricas son reputadas como referidas por los enunciados que de esta manera quedan verificados (advértase que es el sujeto el que decide que cierta observación empírica constituirá el referente del enunciado que él mismo ha formulado). Pero entre los discursos y los que llamamos hechos, hay discontinuidad.

Este descubrimiento, preocupante sin duda, trágico tal vez, dejó al pensamiento occidental en el lugar que ahora se encuentra: en la discusión acerca de la racionalidad. Si no hay verdad como correspondencia, entonces nada es seguro.

Pero éste es un problema para filósofos. Los científicos pueden pasarse sin él. Y es por eso que a pesar de este descentramiento, de esta caída del pensamiento en la inseguridad que la creencia religiosa evitaba y evita, la ciencia contemporánea de todos modos ha demostrado ser “eficaz”; esto es, ha permitido actuar útilmente sobre el mundo que ha sido transformado sin ninguna duda (aunque muchos pensemos que la transformación a que ha dado lugar la ciencia moderna no es hacia un mundo mejor). Dicho de otro modo, estas dificultades aparentes sólo para los filósofos, generadas por la discontinuidad entre pensamiento y “realidad”, no han impedido que los hombres, valiéndose del primero, transformaran a la segunda.

Si esto es así, la afirmación de que las normas tienen como causa relaciones sociales, es problemática; es una hipótesis. Queda supuesto que hay una dimensión distinta de aquella que viven los hombres, dimensión que está oculta para el común de los mortales, y que sólo una parte de éstos, los científicos, se aprestan a develar. Ahora bien, como a esa dimensión a la que suele llamarse “realidad”, sólo hay acceso por la vía de los discursos de quienes hablan de ella, que son los economistas y sociólogos, entonces la materia de las causas del derecho está constituida por esos discursos. No hay que esperar encontrar “algo”, con las características de la materialidad, que sean las “relaciones sociales” que constituirían algo así como la empiria de las normas, su causalidad material. Esas “relaciones sociales” se encuentran descritas en las obras de los teóricos de la sociedad.

Conviene seguramente aclarar que con “relaciones sociales” nos referimos, no a hechos observables, sino a otra cosa, que no es observable, que supuestamente explica los fenómenos. Por ejemplo, son “hechos” los fenómenos como el acto de producir una norma. Por caso, el acto de la firma de un decreto por parte de un funcionario. Pero con “relaciones sociales” los sociólogos y economistas no se refieren a esos fenómenos; se refieren a otra cosa que son modelos teóricos contruidos como recurso explicativo. Por lo tanto, lo que explica el contenido de las normas no es algún fenómeno observable, de la misma manera que un economista no aceptaría que lo que explica la inflación es algún hecho empírico. El economista busca explicaciones que parten de ciertos modelos del funcionamiento de la economía capitalista, que permiten pensar esos fenómenos empíricos.

Esto es lo que hace que la *sociología jurídica* tenga que basarse en una *teoría sociológica del derecho* que a su vez acepte alguna de las teorías sociales existentes —se usa frecuentemente la palabra “paradigma” seguida de “científico” para decir lo mismo: marxismo, weberismo, estructuralismo, etcétera—. Porque sólo hay acceso a la “realidad social” a través de esas teorías.

De esta manera, la afirmación de que el derecho está determinado por las relaciones sociales —y mucho más la idea peor formulada de la relación derecho-sociedad— debe ser cuidadosamente manejada: la búsqueda de esas relaciones sociales no se realiza en el interior de la empiria sino en las teorías sociales. La empiria, por sí misma, no puede decir nada: es muda.

## VII. LAS RRSS Y LA IDEOLOGÍA

Ahora bien; lo que se supone —por hipótesis— que esas relaciones sociales —que tampoco son “hechos”— determinan, no son las normas, sino las ideas de quienes producen las normas. Esto quiere decir que la causa inmediata del contenido de las normas no son las relaciones sociales sino la ideología del “legislador” (una de las tareas es saber quien es este personaje).

Tendríamos así un primer problema: las causas del contenido de las normas pueden diferenciarse. Las mediatas deben buscarse en las relaciones sociales; las inmediatas deben buscarse en la ideología del legislador. (Y desde luego que la diferencia entre causas inmediatas y mediatas no deja de ofrecer problemas importantes).

A su vez esto pone un segundo problema: las relaciones sociales determinan la ideología del legislador; pero ¿esto es verdad respecto de toda su ideología o sólo respecto de una parte que explicará luego el contenido de las normas? Ejemplo: aceptemos la simpleza de que el legislador de un país capitalista estará determinado para producir normas de “contenido capitalista”; ¿solo eso explicará el contenido de la norma? ¿En nada influirá una cultura jurídica milenaria, producida en la antigüedad no capitalista? Seguramente olvidar esos sectores de la ideología del legislador, que no provienen de las relaciones sociales actuales, daría como resultado una no muy plausible *sociología jurídica*.

La necesidad de recurrir a la ideología del legislador es lo que hace sensato ampliar el campo de esta disciplina hasta englobar el tema de la formación profesional de los juristas —es decir, la formación de su ideología—, puesto que éstos juegan un papel determinante en la producción de normas, aún cuando el legislador no sea jurista.

1. *La construcción de una visión del mundo*

Los operadores jurídicos, cuando no se trata de los creadores de ideología jurídica, desarrollan su actividad en un medio cultural o visión del mundo que ya está definido de antemano. Gramsci formuló observaciones, que no han sido refutadas, acerca del fenómeno de la construcción de una visión del mundo por parte de la clase que aspira a adquirir el poder social. Su explicación de la formación de una ideología de clase es perfectamente compatible con las ideas que acepta todo jurista acerca del modo como se constituyó la que podría, sin mayores dificultades, llamarse ideología jurídica burguesa. Como se sabe y creo que nadie niega, la burguesía formuló, mucho antes de su acceso al poder, una

visión “jurídica” del mundo, en la que el individuo aparece como enfrentado a ese otro que es el estado, creando así la “inversión copernicana” del derecho subjetivo. Pues bien; como hemos dicho que las causas de las normas deben buscarse, en lo inmediato, en la ideología del legislador —que estará, por hipótesis, a su vez, causada por las relaciones sociales—, la “visión del mundo” de la sociedad moderna, jurídica por excelencia, constituye un objeto de estudio imprescindible para el sociólogo del derecho que no acepte limitar su estudio a los fenómenos ideológicos inmediatamente antecedentes a la producción de las normas.

Ahora bien, habría que conceder que este tipo de estudios corresponde más al bagaje de conocimientos que necesita ese jurista que al objeto propio de la sociología jurídica. Se trata de un “instrumento” necesario que muy posiblemente deba ser tomado de manos de los historiadores de la ideología jurídica, y reelaborado al servicio de la *sociología*. Debemos contar con estos temas en los trabajos y congresos de esta disciplina.

## 2. *Los operadores jurídicos y su extracción de clase*

Los sociólogos del derecho ya han incorporado a sus preocupaciones, desde hace tiempo, el estudio de los llamados operadores jurídicos, que ciertamente es un término que no cubre solamente a los juristas, porque el conjunto de los funcionarios públicos constituyen “operadores”, al igual que los ciudadanos en general.

La razón de incorporar este tema es, sin duda, el hecho de que, por definición, el derecho está constituido por sentidos de actos de voluntad producidos después de alguna forma de deliberación inteligente. De modo que la formación de la ideología de estos operadores jurídicos resulta de la mayor importancia para nuestra disciplina.

En este sentido, tanto el estudio de las costumbres universitarias de las facultades de leyes, como los programas de estudio, y mucho más la investigación acerca de la cultura general y la extracción de clase de los juristas, constituyen motivos válidos para esta disciplina.

Ahora bien ¿No podrá decirse lo mismo de la cultura general del conjunto de los ciudadanos? ¿Cómo se explica la arbitrariedad de los jueces y los funcionarios, en regímenes no abiertamente dictatoriales, sino por la ignorancia del derecho por parte de la población, por la falta de todo control social sobre la producción del derecho en estos niveles de la aplicación de leyes generales? ¿Y no es esto producto de la falta generalizada de una cultura democrática, desde luego generada por el propio gobierno poco interesado en la crítica de la crea-

ción de normas que realizan jueces y funcionarios? La sociología jurídica haría bien en ampliar su campo de interés, ya no sólo al estudio de la ideología y extracción social de los operadores jurídicos, sino también al estudio del efecto que produce en la creación de normas la cultura política de la ciudadanía en general.

### VIII. LA NATURALEZA, LA HISTORIA Y LAS ESTRUCTURAS

Estos tres conceptos, tal vez “realidades”, se disputan parte de la explicación propia de nuestra disciplina. Acerquémonos un poco.

#### 1. *La naturaleza*

La *sociología jurídica* no puede tampoco dejar de considerar lo que el concepto de “naturaleza humana” sugiere como “causa” de la existencia misma de las normas. Posiblemente la mayor parte de los sociólogos, como los teóricos del derecho, se resisten a acordar un lugar en el discurso científico a este concepto sin referente empírico conocido. Sin embargo teorías como el psicoanálisis tienen propuestas que no pueden dejar de ser consideradas por nuestra ciencia. Y esto para no hablar del papel que este concepto juega en pensamientos tan atractivos como el de Hobbes o el de Kelsen por ejemplo.

#### 2. *La historia*

La historia del derecho está constituida, entre otros, por un tipo de explicación que encuentra en los fenómenos antecedentes a la producción de las normas, la causa del contenido de éstas. Esta disciplina corre frecuentemente el riesgo de constituirse en la típica respuesta, apologética, que sostiene que el derecho es un producto social, entendiendo por ello que es el resultado de lo que aconteció inmediatamente antes de que se dictaran las normas. Es la “explicación” que dice, poco más o menos, que los contratos aparecieron, en Roma, tan luego como hubo comerciantes. Con ello se dice que, necesariamente, el derecho debió ser así y no de otra manera, puesto que eso era lo que “requería” la sociedad. El derecho aparece así como lo justo, lo que subviene las necesidades de orden de cierta sociedad. Por eso es una respuesta apologética: porque sostiene que así como es, está bien; es “apropiado” para esa sociedad. Es lo “históricamente dado” suele decirse. Y se usa también para justificar las reformas legislativas: “es que la evolución de nuestra sociedad así lo requiere”. Y de allí a la condena de quien quiera cambiarlo, o evitar las

reformas, hay sólo un paso. Que se da muy fácilmente, por lo demás: la acusación suele ser la de que “desconoce la historia del país”. La *sociología jurídica* debe establecer relaciones firmes con la *historia del derecho*, pero debe también constituirse en la crítica firme de ésta.

### 3. *Las estructuras*

Esta diferencia entre relaciones sociales y fenómenos empíricos permite establecer una diferencia simétrica entre la explicación histórica del contenido de las normas y la explicación llamémosle “estructural”. Una explicación no apologética parte de las relaciones sociales; de esas construcciones ideológicas elaboradas para pensar los fenómenos históricos. Por ejemplo, una explicación no apologética de los contratos en el derecho romano, partiría de las relaciones sociales propias del sistema mercantil simple, en el estilo de la descripción que hizo Marx de este último por ejemplo (pero sin duda hay otros modelos teóricos para explicar el intercambio de mercancías). Y será más bien esto lo que explicará la aparición de los comerciantes que, para la explicación apologética, resulta la causa de que apareciera la figura de los contratos.

El tipo de fundamento elegido para explicar el contenido de las normas jurídicas conducirá a un determinado tipo de sociología jurídica. Por ejemplo, una explicación del derecho laboral que se detenga en la lucha de los obreros y la sensibilidad del estado moderno, mostrará que esa rama jurídica expresa las aspiraciones de los trabajadores, que es justa, etcétera. Una explicación que busque en las relaciones sociales típicamente capitalistas, encontrará que la lucha de los obreros sólo explica la aparición de esas normas en cierto momento y no en otro: en el momento en que la correlación de fuerzas fue favorable a los trabajadores. Pero encontrará también que el derecho laboral establece como debidas las conductas necesarias para la reproducción de la sociedad capitalista. El tipo de *sociología jurídica* dependerá, finalmente, del tipo de *teoría sociológica del derecho* que se adopte.

### 4. *La apología del derecho*

Esta diferencia entre explicaciones historicistas y estructurales, permite mostrar también lo siguiente.

Un nacionalismo de ribetes fascistoides promueve la idea de que los países son distintos unos de otros a tal grado que no es posible producir teorías generales. Finalmente se trata de una ideología que sugiere que en el país no pueden cambiar las cosas porque ese estado de cosas es el “apropiado” para ese

país y para ningún otro. Y lo que hace la “particularidad” nacional termina siendo la raza, el ser nacional, la historia particularísima del país, el espíritu del pueblo, y cosas de ese jaez, que conforman todos los populismos fascistoides frecuentes en América Latina, en nombre de los cuales se explotan pueblos enteros y se han violado los derechos humanos hasta límites novelescos.

En términos de sociología jurídica esto conduce a explicar el contenido de las normas jurídicas a partir de las peculiaridades nacionales, rechazando puntos de partida fincados en teorías generales. Por ejemplo, explicando el derecho económico nacional suele recurrirse a una especie de voluntad nacional, siempre expresada fielmente por el gobierno, que hace que las diferencias respecto de los sistemas extranjeros oculte las similitudes, oculte que el derecho económico, en todos los países capitalistas, organiza y protege el movimiento del capital.

Se ve claramente el resultado del tipo de explicaciones. La que recurre a la historia “nacional” promueve la idea de que el derecho del país es el “justo” por ser apropiado a la “realidad histórica”. La que recurre a teorías sociales generales permite comparaciones que denuncian el discurso de la peculiaridad nacional como discurso apologético del estado tal cual es.

#### IX. LA VOLUNTAD COMO CAUSA DE LAS NORMAS

La voluntad de los hombres reclama también su lugar entre las causas del derecho. Pero ¿qué es “voluntad”? ¿Adónde la encontraremos?

##### 1. *La decisión política y la voluntad de poder. La intención del legislador*

Los sociopolitólogos suelen decir que el derecho es el resultado de las decisiones políticas. De allí que el estudio del derecho es secundario para la ciencia política. Sin embargo, ¿cómo sabremos cuál es la decisión si no es conociendo la norma que es producto de ella? Estos científicos se empeñan en trabajar con entelequias cuya referencia empírica es difícil si es que no imposible establecer. Ciertamente que debemos aceptar que las normas son el producto de una voluntad de dominio; de una decisión política. Pero mientras tal cosa no se manifieste en algún discurso, que no puede ser sino normativo, no hay nada acerca de lo cual intentar un enunciado con pretensiones de científicidad. Bien; pero dejemos a los sociopolitólogos con sus entelequias ¿Cuál es la tarea —y los problemas— de la sociología jurídica respecto de esta cuestión?

Como observaremos al tratar los problemas que presentan los efectos de

las normas, la *sociología jurídica* aparece como la ciencia política más interesante, tan pronto como comparamos los resultados —los efectos— de las normas con las intenciones del grupo en el poder. No cabe duda de que si quien dicta las normas consigue que se le obedezca, entonces puede decirse que ejerce el poder en plenitud. Veremos esto después. Pero la cuestión del acto de poder, cuyo resultado es la norma, es parte de las causas del derecho.

El problema principal para nuestra disciplina es, obviamente, que la palabra “intención” no denota nada que sea muy útil para una ciencia. Y ciertamente que podría decirse que lo sano fuera excluir el tema por su evidente oscuridad. Sin embargo me temo que sería demasiado pedir. Me temo que buena parte de los sociólogos del derecho considerarían que tal renuncia es más de lo que están dispuestos a concederle a las reglas del método científico.

Si hay algo a lo que quepa llamar “intención del legislador”, no creo que pueda encontrarse en otra parte que no sea en los discursos previos del grupo en el poder. Y entonces la tarea del sociólogo se convertirá en el trabajo de lo que se ha dado en llamar análisis del discurso.

Esto requiere que los sociólogos del derecho se introduzcan muy concienzudamente en los métodos y teorías de estas ciencias que, como la *semiología*, pueden clasificarse genéricamente como ciencias del lenguaje.

Ahora bien; ¿dónde encontrar esos discursos que, por hipótesis, supondremos expresivos de la “intención” del grupo en el poder? Esto plantea problemas peliagudos. En primer lugar, una definición precisa de “grupo en el poder” cuya filiación gramsciana no es suficiente para convertirla en un concepto teórico útil para la práctica de una ciencia. Porque ¿acaso aceptaríamos que en un gobierno no hay distintas líneas y grupos, algunos de los cuales triunfan sobre otros logrando que se produzcan ciertas normas y no las que proponían los otros? Esto pone al sociólogo del derecho ante el problema de estudiar las diferentes líneas políticas en el interior de un gobierno, sin lo cual no sería posible estudiar esta faceta de las causas de ciertas normas.

Pero, en segundo lugar, ¿dónde encontrar el material para estudiar esas que llamamos líneas políticas? En los discursos, sin duda; pero ¿dónde? Me parece que el investigador deberá decidirlo en cada caso, enfrentado a una maraña de discursos de campaña, de programas partidarios, de declaraciones a la prensa. Y me parece que el principal problema será que buena parte de tales discursos no reflejan algo así como la “verdadera intención”. (Sin contar el problema de determinar la verdadera intención).

La búsqueda de las causas del derecho en estos vericuetos de la voluntad de poder, ha hecho que la tarea de la *sociología jurídica* fuera también vista como el estudio de los llamados “factores de poder” o también “grupos de presión”.

En efecto, puede decirse que la “intención” del legislador no es otra que producir normas que convienen al grupo social al que favorece en cierto momento lo que se ha denominado “correlación de fuerzas” e incluso “lucha de clases”. Esto amplía enormemente el campo de nuestra disciplina. Pero tampoco creo que sus inconvenientes arredren a sus cultores. Nadie renunciará a la búsqueda de las causas del derecho en la voluntad de dominio de los diferentes sectores sociales. Más vale establecer, y aceptar, convenciones para el estudio de estos temas, por peliagudos que sean, que intentar reducir el espacio de la ciencia dejándolos fuera. En futuras oportunidades será conveniente discutirlo cuidadosamente.

## 2. *La intención del legislador y la oscuridad del lenguaje político*

El problema de la explicación de las normas a partir de las decisiones políticas, tiene esta otra faceta: no es dable esperar que los discursos anteriores a la producción de las normas sean todo lo explícitos y claros que fuera de desear. En efecto, no puede descartarse una intención de ocultamiento por parte del legislador. Si es perfectamente aceptable que el derecho es establecido por el grupo en el poder, aún cuando deba hacerlo a veces a regañadientes debido a las presiones del dominado, de todos modos debemos esperar que el legislador no siempre —en realidad casi nunca lo hace— deje advertir sus “verdaderas” intenciones. No sería del todo confiable una investigación que se redujera a los términos de las discusiones políticas antecedentes. Seguramente fuera deseable arribar a algún tipo de “objetividad” que permitiera controlar los propios discursos políticos antecedentes a la producción de las normas.

Esta “objetividad” sólo puede ser proporcionada por una teoría sociológica del derecho que permitiera formular el tipo de reglas técnicas que establecen la relación entre el fin como objetivo político y el derecho como medio. Estamos frente al mismo problema visto más arriba, acerca del contenido de las normas como objeto de nuestra ciencia. Los discursos políticos deben ser contrastados con los enunciados de una teoría que propusiese hipótesis sobre el contenido de las normas que debieran existir, para el caso de que ese determinado tipo de sociedad haya de reproducirse. Por ejemplo, es sensato aceptar que para que una sociedad mercantil se reproduzca, es necesario que se establezcan normas que prohíban conductas que impiden el libre intercambio de mercancías por la suma de dinero que equivale a su valor. Esto puede aceptarse como hipótesis. Ahora bien; si en una sociedad —en una formación social determinada, según cierta nomenclatura marxista— nos encontráramos con normas que establecen penas para quienes, dedicándose al comercio, entregan mercan-

cías a cambio de sumas superiores a su valor, entonces la pregunta por la causa de esas normas debe encontrarse tanto en el nivel de los discursos políticos, como en el de las "intenciones objetivas" del legislador. Es muy posible que como explicación de la necesidad de dictar tales normas, encontráramos que el discurso político previo habla de "justicia", de "equidad", de "malos" y "buenos" comerciantes, de la protección que debe darse a la población —consumidor, suele decirse—, etcétera. Sin embargo, seguramente, como en el caso del ejemplo, este tipo de explicación no conformaría totalmente. Habría que recurrir a la hipótesis que dice que para conservar la sociedad mercantil es necesario que las mercancías se intercambien por un precio aproximado a su valor. Por lo tanto, la "intención objetiva" del legislador, en tal caso, es la protección de la circulación mercantil y no la protección de los consumidores.

Esta búsqueda de las "intenciones objetivas" es más frecuente de lo que parece a primera vista. En realidad cada vez que, por ejemplo, los penalistas hablan de "el bien jurídicamente protegido", se refieren a una supuesta intención de la ley más que de ese legislador concreto que resulta del análisis de los discursos políticos previos.

El tener en cuenta que las sociedades "necesitan" ciertos y muy específicos contenidos de normas para reproducirse, impediría explicar esos contenidos de la misma manera que lo hace el grupo en el poder, evitando así la apología descarada del derecho y sus autores.

A su vez, desde el lado de los efectos de las normas, de su eficacia, este recurso a las hipótesis sociológicas de reglas técnicas que establecen la necesidad de ciertos contenidos normativos para ciertas sociedades, puede permitir explicar "fracasos" de la legislación: en efecto, suele decirse, las "intenciones" del legislador fueron buenas, pero la población no "respondió". Más bien se trata del fenómeno de legislaciones cuyo contenido es incompatible con la reproducción de la sociedad tal cual es: dadas las relaciones sociales dominantes, no podía esperarse el "éxito" de cierta legislación, cuya ineficacia no puede sino atribuirse al hecho de que imponía conductas contrarias a la "lógica" de las relaciones sociales. Por ejemplo, los esfuerzos legislativos de ciertos gobiernos tendientes a evitar que los miembros de la clase dominante exporten divisas, suelen ser infructuosos puesto que atenta contra la "lógica" del capital.

### 3. *La voluntad de la clase dominante*

Es sabido que conforme con la definición tradicional de Vishinsky, el derecho constituía un conjunto de normas establecido por la voluntad de la clase

dominante. Esta definición recogía elementos centrales de la moderna teoría general del derecho de cuño kelseniano: el derecho es un conjunto de normas producto de actos de voluntad. Sin embargo la definición resultaba simplificada por cuanto no atendía al hecho de que el derecho no sólo es un resultado de la lucha de clases, sino un objeto de la misma. Por lo tanto no es posible decir que una clase puede hacer absolutamente su voluntad. Cuando más puede decirse que el derecho es el efecto de una voluntad, pero que esa voluntad está determinada por la apreciación política que hace el legislador acerca de las posibilidades de favorecer a un grupo u otro de la sociedad.

Ciertamente, la palabra "voluntad" no es en absoluto clara. No se sabe con precisión cuál sea su referente. Sin embargo un positivista como Kelsen jamás quiso renunciar a ella puesto que hacerlo significaba ocultar irremediabilmente la voluntad de poder de "alguien". Existe en la *teoría general del derecho* contemporánea una línea de pensamiento que califica a esta posición de "voluntarista" e incluso de "irracionalista". Pero se trata de una tendencia que pretende ocultar el hecho de que las normas son dictadas siempre por alguien y en beneficio de alguien. Esta tendencia, apologética sin duda, se ve conducida a la negación de la posibilidad de investigar acerca de las causas de las normas, con el pretexto de la oscuridad de la "voluntad" que es la causa inmediata.

#### X. EL DERECHO QUE NACE DEL PUEBLO O EL DERECHO ALTERNATIVO Y EL PLURALISMO JURÍDICO.

El problema de la voluntad del grupo dominante, que no es voluntad omnímoda, pone el problema, frecuente en América Latina, de las normas que no son establecidas por el grupo en el poder, sino que lo son por otros grupos subalternos. Como se sabe, según Kelsen, las normas válidas tienen como condición el ser eficaces. De allí que estas normas establecidas por los grupos subalternos adquieran la mayor importancia en una perspectiva democrática: en efecto, hacerlas valer constituiría un triunfo de la democracia sobre la inconsciencia jurídica de los jueces y funcionarios autoritarios.

Por lo tanto hay allí un objeto de especialísimo interés para una *sociología jurídica* de intenciones democráticas. Adviértase que posiblemente no quepa decir de estos grupos subalternos que establecen sus propias normas, que son "grupos de presión" puesto que frecuentemente no pretenden que el estado produzca ciertas normas. Frecuentemente se trata de comunidades a cuyos miembros les tiene sin cuidado la opinión o la voluntad del grupo en el poder.

El mismo problema se presenta en América Latina en los territorios ocupados por fuerzas guerrilleras, donde se establecen normas y autoridades distintas que las del estado, sin que por ello se pueda decir que se trata de otro estado.

#### XI. EL PROBLEMA DE LA EXTENSIÓN DE LAS CAUSAS

Aceptado que la *sociología jurídica* se enmarca dentro del cuadro de las ciencias que estudian causas y efectos, es decir, aceptado que ésta es una disciplina "causalista", como cualquiera otra se enfrenta al problema de la extensión de su competencia en la cadena causal. El problema puede plantearse con un ejemplo: supongamos que se trata de establecer las causas que motivaron la especial redacción de las cláusulas constitucionales sobre el *derecho del Trabajo* en México. Sin duda habrá que recurrir tanto a la ideología jurídica como a los acontecimientos precedentes, esto es, a la Revolución Mexicana. Bien; pero ¿también habrá que estudiar el movimiento obrero mexicano, las luchas de los trabajadores y, finalmente, el estado de desarrollo del capitalismo mexicano e internacional? Es difícil que alguien se atreva a decir que estos últimos temas no pueden ser vistos como causas del ser así de la legislación laboral mexicana. Pero también es cierto que, si esto es así, entonces prácticamente la cadena causal a investigar por esta ciencia es infinita. Desde luego que, por definición, la cadena de causas y efectos es, efectivamente, infinita. Pero por eso es que todas las ciencias establecen, en sus teorías fundantes, los límites de su competencia. Lo mismo reza para la *sociología jurídica*: cada investigador debe establecer los límites dentro de los cuales se extenderá su búsqueda de causas de las normas.

Tal vez conviene decir que todo hace parecer que, mientras más amplio sea el radio de competencia establecido, mientras más compleja sea la trama de causas en que se instala el investigador, los resultados serán más creíbles. Aunque eso será al precio de retardar las investigaciones, y el riesgo de comenzar a competir con los historiadores...

#### XII. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Desde el punto de vista de las causas de las normas jurídicas, los *derechos humanos* se constituyen en tema de nuestra disciplina desde varias perspectivas. Por de pronto, una cantidad considerable de normas jurídicas son producidas desde la ideología de la defensa de estos derechos. O, dicho de otra manera, la convicción de que los derechos humanos deben ser defendidos es la causa de un buen número de normas jurídicas. Por otra parte, también puede sospecharse

que el discurso de los derechos humanos es utilizado por el poder para la producción de normas que, o de antemano se sabe que serán ineficaces, o tienen como objetivo, no la defensa de los derechos humanos sino la producción de la ideología del estado bueno y protector.

Pero además, considerado el discurso del derecho como el producido por toda clase de funcionarios autorizados y no sólo por el legislador y el juez, el tema de los derechos humanos es tarea de la *sociología jurídica* porque el proverbial autoritarismo de los funcionarios, principalmente del poder ejecutivo, produce cotidianamente una gran cantidad de normas que violentan los derechos humanos. La producción de normas con este sentido debe ser adjudicado, en carácter de causa, a la ideología de los miembros del estado moderno.

## DE LOS EFECTOS DEL DERECHO

### XIII. LOS DISCURSOS Y SU EFICACIA

El problema de la sociología jurídica, respecto de los efectos de las normas, puede ser visto como dentro del género de los problemas de la eficacia de los discursos en general. Y por lo tanto tributario de las mismas dificultades. ¿Cómo sabremos que una conducta es “efecto” de un discurso? Deberíamos establecer convenciones científicas que permitieran atribuir la causa de cierta conducta o bien a la “compulsión” generada por la norma en la conciencia del actor, o bien al “consenso” del actor respecto de la prescripción. Pero eso no parece fácil. Kelsen hablaba, en este respecto, de la representación que el sujeto se hace de la norma, de manera que pudiera decirse que la conducta es el “efecto” de esa representación psicológica en la conciencia del actor. Aunque en su polémica con Weber aclaraba que las conductas son motivo de la *sociología del derecho* aún el caso de que el actor no conociese la norma y no pudiese decirse, por tanto, que su acción era efecto de la misma. Weber, por su parte, hablaba de orientación de la conducta por las normas. En estos casos, si fuera fácil discernirlo, tendríamos que tales conductas son “efecto” de las normas.

También vale la pena apuntar que si resulta aceptable esta aproximación al problema de los efectos de las normas, la *sociología jurídica* difícilmente se diferenciará de la *psicología política* (si es que hay algo así). Si los sujetos actúan motivados por lo que creen que debe ser, esto es, por consenso o por temor, pero conforme con una decisión que se realiza en un acto de voluntad, difícilmente nuestra disciplina podrá prescindir de los resultados de la *psicología*, a menos que se conforme con el estudio de las regularidades estadísticas.

Pero me temo que es también demasiado pedirle a quienes, dado su interés científico, están demasiado cerca de la política como para renunciar al estudio del efecto que las normas causan en la conciencia de los individuos. Una *sociología jurídica* con estas características, sin duda deberá intentar poner a punto métodos de investigación que permitan establecer el vínculo causal entre el discurso normativo, su impacto en la conciencia del ciudadano y las conductas —ésta sí observables— de éste.

#### XIV. EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS

Ya ha sido destacado que existe una clara diferencia entre afirmar que las conductas previstas en las normas se producen —o no— y afirmar que los objetivos perseguidos por el legislador se consiguen o no. En el primer caso se afirma la efectividad de las normas, y en el segundo caso su eficacia. Por lo tanto, podría haber normas efectivas pero ineficaces, como fuera el caso de una penalización del aborto respecto de la cual se descubriera que los jueces condenan en todos los casos, sin que por ello se consiga el objetivo previsto de la supresión de esa práctica.

Pero también podría darse el caso de normas inefectivas pero eficaces, como es el caso de las normas que obligan al policía de tránsito a detener el vehículo de los infractores. Esas normas son inefectivas por cuanto lo que realmente sucede es que el conductor se ve compelido, bajo la amenaza de hacer efectiva la norma, a ser exaccionado por el policía. Ahora bien, tal norma no pudo haber sido dictada con el objeto de que no haya infracciones de tránsito, sino para posibilitar la necesaria corrupción policial, objetivo conseguido sin duda alguna. En el caso de la efectividad podemos hacer las siguientes distinciones útiles para la investigación empírica:

##### 1. *Efectividad en el cumplimiento*

La efectividad o inefectividad de la ley puede medirse en relación con el cumplimiento de la misma por parte de los ciudadanos, o en relación con su aplicación por parte de los funcionarios. La mayor efectividad posible se daría, tal vez como veremos, en el caso de las normas cuya sanción nunca es del caso aplicar. Ahora bien, en el caso del cumplimiento podría distinguirse los siguientes casos:

**A. *Cumplimiento por consenso***, que sucedería cuando pudiera establecerse que los ciudadanos, o parte de ellos, producen las conductas, o la mayor parte

de las veces producen las conductas promovidas por la legislación. Por ejemplo, a primera vista pareciera que pudiera adelantarse la hipótesis de que las normas civiles que obligan al pago del precio de las mercancías, son normas efectivas en tanto se cumplen por consenso generalizado de la población.

B. *Cumplimiento por temor*, que sucedería cuando pudiera establecerse que los ciudadanos adoptan las conductas ordenadas sólo por temor al castigo, lo cual parece ser el caso del cumplimiento que los trabajadores hacen de sus obligaciones, siempre mayores que el salario; parece posible adelantar la hipótesis de que sólo bajo la amenaza de las sanciones es posible conseguir que los obreros desarrollen las tareas que le producen al patrón más de lo que éste paga.

## 2. *Efectividad en la aplicación*

Ciertamente, la aplicación de las normas puede verse como cumplimiento de las mismas por parte de los funcionarios. Sin embargo es posible distinguir uno y otro caso de cumplimiento, dejando el nombre de aplicación para el caso en que la conducta estudiada es la producida por funcionarios públicos. En estos casos, podemos distinguir útilmente entre:

A. *Aplicación formal de las normas*. Igualmente, respecto de la efectividad por aplicación, sucede frecuentemente, como sabe cualquier abogado, que las leyes laborales son aplicadas por los tribunales de tal indecente manera, que los obreros ganan los juicios, pero cuando el patrón ya se ha fugado o quebrado. Bien puede decirse que en tales casos, en efecto los funcionarios aplican las normas, pero su significación es sólo formal.

B. *Aplicación material de las normas*. Distinto es el caso en que los funcionarios sí son celosos defensores de la legalidad, como cuando se trata de reprimir manifestaciones que significan conductas prohibidas. En tales casos no se conoce ejemplo en el que la policía haya llegado tarde...

## XV. EL ESTUDIO DE LA EFECTIVIDAD DE LA LEY Y LA POLÍTICA

Es común que los juristas, no se sabe por cual extraño sentimiento de culpa, produzcan todo género de discursos para tratar de convencer —¿y de convencerse?— de que las ciencias jurídicas son apolíticas. La discusión es conocida. Y quienes sostienen su insostenible apoliticidad, suelen

remitirse a Kelsen como *numen* de su causa. Ciertamente Kelsen quería una ciencia jurídica a—política. Pero precisamente por conocer tan bien a los abogados, siempre políticos con piel de apolíticos, siempre queriendo hacer pasar su actividad como “científica” cuando no es otra cosa que actividad política. Pues bien; en el caso de la sociología jurídica, nuevamente, el científico se ve enfrentado a su lamentable realidad: establecer que una conducta es aplicación de la ley, implica decir al mismo tiempo que el individuo que produjo esa conducta es el funcionario señalado como tal por la norma. Pero decir eso es ni más ni menos que interpretar la ley; es hacer un juicio acerca de que cierto hecho —en el caso la conducta del funcionario— corresponde con la conducta descrita en la norma. Es decir, significa tanto como establecer el puente entre el discurso normativo y un hecho o fenómeno empíricamente verificable. En este caso, no se trata exactamente de la conducta descrita, sino de que ese individuo “cumple con los requisitos” establecidos en la norma para convertirse en su aplicador legítimo. Y ese acto de interpretación es un acto político.

Lo mismo sucede con la interpretación de la conducta misma. ¿Estaba o no el funcionario habilitado para producir esa conducta que el sociólogo estudia por su relación con la norma? Los militares colombianos proporcionaron un ejemplo de este problema. ¿Estaba o no el general que ordenó el asalto al palacio de justicia de Bogotá autorizado para ello? Si de lo que se tratase fuese de averiguar acerca de la efectividad de las leyes militares respecto de su cumplimiento, esta acción, ¿entraría en la columna donde anotamos los ejemplos de conductas que significan efectividad o en la de los que implican ineffectividad de la ley? ¿Alguien se atrevería a decir que una respuesta en cualquier sentido no es una actitud política?

## XVI. EFICACIA DE LAS NORMAS

La definición de eficacia, que hace referencia a los objetivos de las normas, o, mejor, a los objetivos políticos del grupo en el poder, plantea los mismos problemas que en el caso de las causas de las normas. En efecto, la eficacia remite, de alguna manera, a las intenciones del legislador, y a los problemas de la voluntad de poder. En este respecto podemos distinguir útilmente entre:

### 1. *Eficacia subjetiva*

Si de lo que se tratase fuese de investigar el efecto de las normas respecto de las intenciones subjetivas de los individuos que participan en la

formulación de esas normas. En este respecto valen las observaciones hechas más arriba acerca de las intenciones del legislador y los lugares donde esto podría estudiarse si fuera el caso, como creo que es, de ser demasiado pedir el renunciar a ello.

## 2. *Eficacia objetiva*

Si de lo que se tratase fuese de estudiar los efectos de la normas en relación con algún enunciado que dijese algo acerca de alguna función objetiva de la ley, más allá de la voluntad personal de los individuos que participan en su formulación. Esto implicaría la necesidad de establecer esas funciones objetivas de las normas, funciones que pudieran predicarse de las mismas al margen de los individuos. No se trataría, como en el caso de la efectividad y la eficacia, de que pudiera haber normas efectivas pero ineficaces. Aquí la cuestión no sería que pudiera haber normas eficaces subjetivamente e ineficaces objetivamente. La utilidad de esta distinción apunta más bien a la posibilidad de que la norma produzca efectos no previstos pero que debieron preverse, o bien que produzca efectos previstos pero no confesados por el legislador, o bien efectos que, vistos de una manera por el grupo en el poder, pudieran ser vistos de otra manera por otros grupos sociales. Si esto es posible, es algo que debe contestarse en la sede de la discusión acerca de la diferencia entre las causas históricas y las causas estructurales de la ley. La única posibilidad de investigar acerca de la eficacia en este sentido objetivo, se basa en la posibilidad de establecer que ciertas normas actuando sobre ciertas estructuras o relaciones sociales producen, cualquiera sea la intención del legislador, determinados efectos. Si pudiera establecerse cuáles son esas normas, y cuáles son esos efectos esperables, entonces se habría establecido un parámetro que ofrecería una hipótesis plausible a partir de la cual proponerse estudios empíricos sobre la eficacia objetiva. Por ejemplo, si se tratara de averiguar la eficacia de una norma que establece un límite para los salarios, y que fue dictada, según el legislador, para disminuir la inflación, seguramente que, sobre la base de la intención del grupo en el poder, podrá establecerse que la norma es eficaz porque descendió la inflación. Sin embargo, desde el punto de vista de los obreros, bien podría decirse que la norma es eficaz, pero no porque consiguió el efecto previsto por el grupo en el poder —descenso de la inflación—, sino porque produjo el descenso del nivel de vida de los trabajadores, lo cual era un efecto no confesado pero absolutamente esperable. En este caso, la conclusión acerca de la eficacia, conclusión objetiva de alguna manera en tanto que no se

estudia en relación con la intención del grupo en el poder, resulta develadora del significado que la acción de gobierno tiene para este grupo subalterno. En fin, no se me escapa la relatividad de estos conceptos, ni su estado primitivo de construcción, pero de todos modos me parece que de otra manera todo estudio de la eficacia culminará en una apología del gobierno.

#### XVII. LA EFECTIVIDAD COMO APLICACIÓN Y COMO CREACIÓN DE DERECHO.

En la mayor parte de los casos, la aplicación de una norma consiste en la producción de otra. Por ejemplo, en el caso de la aplicación de la ley penal, el único acto de cumplimiento de las normas que no es otra norma, es prácticamente la conducta cumplida por el reo al obedecer la orden de entrar a la celda. En efecto, piénsese que lo que llamamos comúnmente aplicación de la ley penal es el acto de pronunciar la sentencia. Pero ese acto no es otra cosa que un discurso que ordena que otro, el órgano penitenciario, cumpla la sentencia. Pero lo que el director del sistema penitenciario hace es, a su vez, producir una orden cuyo cumplimiento consistirá en que el alcaide de la cárcel ordenará a sus subalternos que cumplan todos los trámites destinados a que el reo sea encarcelado, y así sucesivamente, de modo que no es una ironía decir que el único que cumple la ley es el reo. Lo mismo si pensamos en una sentencia civil, que es una orden para que el deudor pague, o bien el banco entregue el dinero al acreedor. En realidad, las conductas de que hablamos como objeto de la *sociología jurídica* son, casi siempre, producción de normas. Es importante tener esto en cuenta para no hacernos demasiadas ilusiones respecto de las posibilidades experimentales de nuestra ciencia. Casi siempre lo observable consistirá en una conducta, pero calificada conforme con una norma, calificación ésta que constituye, siempre, un acto de interpretación.

#### XVIII. EL PROBLEMA DEL TIEMPO

El tiempo ofrece un problema adicional para nuestra disciplina. En efecto, las normas son vigentes a partir de algún momento y dejan de serlo a partir de otro. Ahora bien; supuesto que hubiese unanimidad en aceptar que las normas son válidas a partir del momento en que lo establece la autoridad que las produce, y supuesto que ese momento pudiese ser conocido con exactitud, y supuesto, además, que pudiese conocerse con exactitud el momento en que la validez de una norma concluye, ¿cómo debe estudiarse la efectividad de la ley en el tiempo? Tal vez resulte provechoso hacer las siguientes distinciones:

### 1. *El tiempo de validez de las normas*

Es muy posible que un estudio sociológico establezca que las normas mantienen distinto grado de efectividad en distintos momentos del lapso de su validez. Esto obligará al sociólogo a definir los límites de su investigación y el significado que dará a las comprobaciones de distinto grado de efectividad en distintos momentos.

### 2. *El tiempo necesario para cumplir las conductas obligatorias*

Por otra parte, el tiempo ofrece un problema adicional si tenemos en cuenta que las normas pueden hacer obligatoria una conducta que necesita determinado tiempo para realizarse. Por ejemplo, las normas que ordenan a algún funcionario cumplir ciertos procedimientos para controlar la importación de mercancías. Un estudio podría arrojar como resultado que el obligado produce algunas acciones de la conducta obligatoria y otras no.

### 3. *El tiempo durante el cual debe mantenerse cierta conducta*

Un buen número de normas obligan a mantener ciertas conductas durante cierto tiempo, o incluso constantemente, como la obligación ciertos funcionarios de mantener la vigilancia respecto de los actos de sus subalternos. Un estudio podría arrojar como resultado que ciertos funcionarios obedecen esas normas sólo en ciertas ocasiones.

## XIX. LA EFECTIVIDAD EN EL INTERIOR DEL ESTADO

De la misma manera, puede suceder que una norma incluya las conductas obligatorias de varios funcionarios, como por ejemplo en el caso de procedimientos para autorizar la instalación de ciertas industrias. Es muy posible que, en la tarea de estudiar la efectividad de ese tipo de normas, el sociólogo encuentre que en el interior del aparato estatal ciertos funcionarios obedecen y cumplen y otros no. Pero, además, seguramente tales funcionarios serán de distinta jerarquía de modo que las normas puede que sean efectivas en ciertos niveles del estado y que sean inefectivas en otros.

## XX. EL GRADO DE EFECTIVIDAD

En primer lugar, no parece que haya un concepto unánimemente aceptado para afirmar que una norma es totalmente efectiva. Por ejemplo: ¿es totalmente efectiva la norma que nunca es necesario que sea aplicada por las autoridades, o lo es aquella que siempre es aplicada luego de que es desobedecida? ¿O bien lo es la norma que es muy desobedecida y siempre aplicada? Lo más posible es que ninguna norma sea totalmente efectiva o inefectiva. Lo cual plantea inmediatamente el problema de los grados de efectividad. Pueden distinguirse al menos estas variaciones:

- Desobediencia y aplicación: una norma puede resultar obedecida en el 60% de los casos estudiados, y aplicada la sanción por los funcionarios competentes en el 100% de los casos.
- Pero puede ser obedecida en ese 60% de los casos, pero aplicada la sanción sólo en el 70% de los casos presentados ante la autoridad.
- Claro que tal vez de ese 70% de casos, se descubra que en el 65% se trató de aplicación sólo formal y no material.
- A la vez que puede suceder que del 60% de casos de obediencia, en 45% de ellos la hubo por temor y sólo en un 15% de casos por consenso.

Como se ve, el problema del grado de efectividad de las normas dista mucho de estar esclarecido tanto como para decir que estamos frente a una ciencia constituida.

## XXI. EFICACIA Y HEGEMONÍA

Finalmente cabe reflexionar sobre el hecho de que el tema de la eficacia de las normas es el mismo tema que el de la hegemonía según el pensamiento marxista más reciente. En efecto, si hegemonizar es equivalente a “dirigir” una sociedad, hegemonía es lo mismo que dictar el derecho —“*dirigere*”— y, como sólo es derecho el que es eficaz según Kelsen, hegemonía es conseguir la efectividad de las normas que se dictan. Si esto es así, y creo que lo es, entonces nuestra disciplina se ocupa precisamente de estudiar la hegemonía que mantiene —o no— un grupo en el poder. Más aún, parece, la *sociología jurídica* es una de las ciencias políticas más importantes, si es que no la que ofrece las mejores perspectivas para el estudio empírico del fenómeno que los teóricos llamaron hegemonía. Así como las “decisiones” de los politólogos constituyen fenómenos inaprehensibles si las mismas no se convierten en normas efectivamente producidas, así también la “hegemonía” es un concepto sin apariencia fenoménica al menos que pueda controlarse con alguna experiencia. Y, con seguridad, la efectividad de las normas que hacen aprehensible las decisiones políticas, constituye uno de los fenómenos que pueden permitir el control empírico de la hegemonía.

## EN LA ENCRUCIJADA: LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN LOS AÑOS NOVENTA<sup>1</sup>

Lawrence M. FRIEDMAN<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho en los noventa: algunas características.*  
III. *La crisis de gobernabilidad.*

### I. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, la sociología jurídica —o más ampliamente estudios sobre derecho y sociedad— tiene una historia bastante larga y suficientemente honorable. Por su naturaleza, sin embargo, esta disciplina tiene que modificarse según evolucionen los tiempos. Una estructura teórica y de investigación que insiste en enfocarse a la función del sistema jurídico actual en la sociedad debe, necesariamente, transformarse cuando tal función cambie disminuya o crezca en su forma. Mis comentarios están dirigidos a algunos aspectos de la tarea que tienen los estudios del derecho y la sociedad, en la presente encrucijada de la historia.

Un hecho crudo y obvio acerca del mundo moderno es que es un lugar muy complicado; mucho más complicado que nunca antes; todas las áreas de la sociedad humana, incluyendo los sistemas de derecho de la sociedad, se encuentran en un estado constante de flujo y cambio.

Nada en la historia de la humanidad puede compararse con la vertiginosa velocidad de los cambios sociales en nuestros tiempos. Ninguna sociedad, desde luego, ha estado nunca completamente estática; pero el ritmo de cambio social y tecnológico, en las sociedades anteriores, especialmente en sociedades tradicionales o antiguas, e incluso en los siglos XVIII y XIX, fue inmensurablemente lento comparado con lo que experimentamos en nuestros días. El motor del cambio social ruga cada vez más rápido. La diferencia entre el cambio social en nuestros tiempos, y en cualquier otro período del pasado, es

<sup>1</sup> Traducción del inglés por María Victoria López.

<sup>2</sup> Universidad de Stanford.

algo así como la diferencia entre viajar en un carruaje tirado por bueyes y hacerlo en un Boeing 747.

La velocidad del cambio social y el mero hecho del cambio social, tiene un impacto dramático, fundamental, en la cultura de la sociedad moderna; influye en la manera de pensar de la gente así como en la forma en que viven. Ha habido una revolución en las expectativas sociales, el público moderno está acostumbrado al cambio y, me parece, que es en parte por esa razón que no es indiferente y fatalista, sino, en realidad, infinitamente demandante. La personalidad del hombre moderno, creo yo, es diferente en aspectos fundamentales de la personalidad del hombre y la mujer en las sociedades tradicionales. Mi propia creencia es que la tecnología es, al menos en parte, responsable de estos cambios. Hemos vivido, en nuestros días, a través de un cambio que hace aparecer a la más extravagante ciencia ficción como un cuadro pintoresco y entretenido. Es suficiente mencionar lo que la computadora ha hecho del mundo en que vivimos.

Todas estas maravillas tecnológicas conducen a la gente a pensar que cualquier cosa es posible, y ven sueños al alcance de su mano, maravillas en las puntas de sus dedos, y eso extiende sus aspiraciones. Esto lleva, creo yo, a un ciclo de demanda y respuesta que trastorna los regímenes sociales de cada país en el mundo.<sup>3</sup>

Cualquiera que sea la causa, es obvio que el gobierno ha crecido en un grado enorme en el último siglo. El Estado, ciertamente en las sociedades occidentales, es un gigante más allá de los sueños más extravagantes o de las peores pesadillas del siglo XIX. Este Estado más libre, abierto y democrático del mundo moderno, hace más, gobierna más, tiene más funciones y tareas que el más completo despotismo de la China tradicional o la antigua Roma. Desde que el Estado moderno actúa a través, por, y con el uso del derecho, esto significa que los sistemas jurídicos también han ampliado su alcance enormemente. Estos sistemas han generado una enorme masa, un manojo, de normas y reglamentos, estatutos, ordenanzas, decisiones, sobre cualquier tema concebible de la vida moderna.<sup>4</sup>

Para algunos investigadores, este estado de cosas plantea dos preguntas elementales: ¿se encuentra el Estado moderno al borde de alguna clase de límite, se está acercando a un punto donde colapsará por su propio peso exce-

<sup>3</sup> He escrito sobre este tema en *Total Justice* (1985).

<sup>4</sup> En este punto véase, por ejemplo, Galanter, Marc, "Law Abounding: Legalisation around the North Atlantic", *Modern Law Review*, 55:1 (1992).

sivo (verdaderamente, ha alcanzado ya este límite)? y, segundo ¿hay alguna forma de prevenir que este torpe gigante, este mastodonte, aplaste hasta la muerte a los pobres ciudadanos, a los individuos solitarios e indefensos? Preguntas similares, por supuesto, pueden plantearse acerca del sistema jurídico y sus varias partes. Más adelante, comentaré sobre esto con más detalle.

Tenemos, en resumen, un mundo complejo, desconcertante y cambiante; un mundo de enormes poblaciones y gigantescas demandas tanto colectivas como individuales hacia el Estado; enormes Estados, gobiernos, regímenes y enormes sistemas de derecho. Esta es la verdad de las naciones occidentales, los países más ricos del mundo; también es verdad, más o menos, de los estados nacionales que crecieron sobre las tumbas de los imperios coloniales; y aún más, es universalmente verdadero de todos los mundos, primero, segundo, tercero, y cualquier otro.

El derecho, entonces, es un fenómeno social de importancia crítica; y los usos del derecho plantean cuestiones fundamentales de política, filosofía y teoría política. Existe una vasta literatura sobre casi cualquier aspecto de los sistemas jurídicos, eso es seguro. Pero no mucho de ésta realmente vale la pena, o es verdaderamente pertinente para nuestro tema. Por un motivo, que no nos sorprende, la mayoría de los escritos jurídicos son prácticos y profesionales. Pero aun los aspectos teóricos de la erudición jurídica, son principalmente devotos de cuestiones secas, áridas, sin importancia, de mentalidad estrecha. La verdadera vocación de la erudición jurídica, es decir, la parte teórica de ella, debe ser sociológica; debe ser adaptada no a cuestiones de filosofía, historia intelectual y teoría política, sino a la tarea de entender cómo funciona realmente el sistema jurídico, como un sistema operante; qué lo hizo de esta manera, y cómo afecta el orden social en el cual está inmerso.

Sólo de esta forma podemos esperar *entender* a este gigante; y entendiéndolo, controlarlo, alejarlo de la maldad y someterlo a los intereses de la justicia.

La sociología jurídica tiene como objetivo explorar el papel de los sistemas jurídicos en la sociedad. Para realizar esto, tiene que ser capaz, antes que nada, de describir y medir estos sistemas. Tiene que descubrir los rasgos de influencia que fluyen en dos direcciones: *de* la sociedad hacia el sistema jurídico y *del* sistema jurídico hacia la sociedad. Tienen que encontrar, en otras palabras, las fuentes del derecho, es decir, de qué manera las fuerzas sociales se trasladan en el derecho, y cómo afectan a la sociedad que las creó, el impacto del derecho, el comportamiento jurídico y las instituciones jurídicas, cómo todas ellas se reflejan en esa sociedad que las creó.

## II. EL DERECHO EN LOS NOVENTA: ALGUNAS CARACTERÍSTICAS

El tema central, que quisiera discutir en este ensayo, puede ser abordado desde dos escenarios. Primero, quiero preguntar cuáles son las características del derecho en el momento presente, el derecho al inicio de los noventa. ¿Qué características lo distinguen de sistemas diversos o anteriores? Segundo, ¿existe una crisis en los sistemas jurídicos modernos? y, si es así, ¿cuál es su naturaleza?

Comienzo, entonces, por mencionar algunos rasgos que me parecen especialmente característicos de los sistemas jurídicos de los noventa. Con esto no estoy diciendo que estas sean las *únicas* características de los sistemas jurídicos conforme nos dirigimos al siglo XXI; pero son ciertamente —pienso— muy sobresalientes e importantes. Existen seis de estas, y quiero describir y explicar cada una de ellas brevemente.

(1) En primer lugar, se encuentra el hecho —ya mencionado— del rápido cambio, tanto en los sistemas jurídicos como en la sociedad. Los sistemas jurídicos de los noventa son sistemas en movimiento. Muy poco del derecho moderno es estático; cada sistema jurídico, podemos estar seguros, tiene su propia tradición, sus propios rasgos históricos; pero, si no estoy equivocado, estos rasgos heredados importan cada vez menos. Las costumbres singulares del saber jurídico y las formas en que los abogados son capacitados, tienden a oscurecer este punto; la preparación jurídica en las universidades se revuelve en puntos teóricos e históricos de dudosa importancia. Pero si podemos sortear estos aspectos académicos y observar los sistemas jurídicos reales, en sociedades concretas, el punto que planteo es obvio.

(2) En segundo lugar, los sistemas jurídicos de los noventa son densos y ubicuos. Con esto quiero decir que existen menos “vacíos” en el sistema - cubren un espacio social más amplio como nunca antes-. Esto es una verdad en cortes y legislaturas, y ciertamente en agencias administrativas y tribunales.

En cuanto a los tribunales: prácticamente cualquier problema puede ser llevado ante una corte; existen menos géneros de demandas en donde un tribunal pueda decir “esto no es de mi competencia”. Hay menos zonas de inmunidad; el alcance del derecho se extiende incluso a las esferas más personales e íntimas —al matrimonio y divorcio, a la custodia de menores, conducta

sexual—. Esto es parte del fenómeno que ha sido denominado “legalización” o “juridificación” y ha sido señalado con una cierta alarma.<sup>5</sup>

Es importante dejar claro este punto. Los tribunales modernos y, ciertamente, los sistemas jurídicos en general, *normalmente* no entran en estas esferas de la vida personal. Muy rara vez, en realidad, una cuestión del —diremos— derecho de los padres a disciplinar a sus hijos entra a un tribunal. Pero no hay área de la vida social que se encuentre positiva y totalmente separada de la intervención jurídica. Esa intervención siempre se encuentra ahí *potencialmente*.

Estos son ejemplos extraídos de las llamadas áreas del derecho privado. Pero la vida comercial, también, es más densa y completamente legalizada. Esto, por supuesto, es primeramente el trabajo de las legislaturas y de los administradores ubicuos. Una gruesa alfombra de reglamentos cubre casi cualquier forma de negocios; normas laborales, regulaciones en salud y seguridad, normas financieras y de impuestos, regulaciones en el uso de suelo, la lista es casi interminable.

(3) Tercero, la teoría básica de la legitimación, en el derecho moderno, es *instrumental*. Por esto quiero decir que la gente, grupos, clases, ocupaciones, estratos, todos conciben y usan al derecho como un arma, una herramienta, para alcanzar sus objetivos económicos y sociales; y, aún más importante, piensan que es adecuado y propio hacer esto. Cada grupo de interés cabildea por leyes que les ayudarán a conseguir lo que ellos quieren: exenciones de impuestos, menos reglamentos, más regulaciones para alguien más, mejores reglas de decisión, y así sucesivamente. Nadie piensa que el derecho es en su totalidad eterno, dado por Dios, inmutable, más allá del alcance de los actores humanos.

En esta consideración, el derecho moderno difiere totalmente de la mayor parte de las formas del derecho antiguo y medieval e incluso del derecho de la Ilustración; en el pasado, las teorías del derecho natural y el derecho divino fueron las teorías dominantes de la legitimación jurídica.<sup>6</sup> Esto ya no es más el caso. No me estoy refiriendo aquí, claro está, a la teoría jurídica o política

<sup>5</sup> Entre otras fuentes: Voigt, Ruediger, *Verrechtlichung: Analysen Zur Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung; Buerokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und oekonomischer Prozesse*, (1980).

<sup>6</sup> Sobre este punto, véase Friedman, Lawrence M., “On Legal Development”, *Rutgers Law Review*, 24:11 (1969); existen, por cierto, excepciones indicativas incluso en el mundo moderno, por ejemplo, la reciente revitalización de la ley fundamentalista Islámica.

avanzada, sino a lo que en realidad piensa la gente (aunque, en esta consideración, la teoría del derecho avanzada no es quizá muy diferente).

(4) El cuarto punto podrá parecer hasta cierto punto inconsistente con lo que acabo de mencionar. Históricamente, las teorías instrumentales del derecho son tan viejas como la Revolución Industrial. Pero existió otro elemento de la teoría jurídica popular, y tan antiguo también; y este elemento, en años recientes, ha ido creciendo cada vez con más fuerza. Me refiero a la parte *no* instrumental del derecho: la creencia apasionada en los derechos fundamentales.

Tales derechos son usualmente parte de una constitución o de algún documento similar, más no siempre. Las constituciones escritas, con estatutos de derechos básicos *ejecutorios*, se encuentran muy en boga. La "constitucionalización" ha sido una característica crucial del derecho de los Estados Unidos en el siglo XX; de hecho, tiene una historia antigua y honorable en este país. Pero el carácter de la revisión jurídica ha cambiado dramáticamente en la última generación, aproximadamente. Y, en el período que sigue a la Segunda Guerra Mundial, la revisión jurídica se ha convertido en un elemento en la historia del derecho de muchas naciones, del cual carecían antes. Alemania, Japón y Canadá se encuentran entre los muchos ejemplos. El uso de la revisión jurídica para crear lo que es en "algunas ocasiones política pública muy dramática... es crecientemente característico de los magistraturas por todo el mundo".<sup>7</sup>

(5) Quinto, el mundo se está haciendo cada vez más pequeño; la práctica del derecho y, creo yo, la cultura jurídica<sup>8</sup> en general, se están globalizando rápidamente. Las fronteras nacionales significan cada vez menos en términos *económicos*. Como consecuencia, esta es una era de *convergencia* de las culturas jurídicas, es decir, los sistemas jurídicos se están haciendo más, en vez de menos semejantes conforme avanza el tiempo; y de manera parecida las actitudes del público en los diversos países. Claro que existen grandes espacios entre las culturas jurídicas, tanto internos como externos, de digamos Japón, México, los Estados Unidos y Francia.

Me parece que el punto sobre la convergencia es válido para la mayoría de los países industriales del Occidente, y para países que están intentando desarrollarse bajo condiciones similares. Ciertamente, sería difícil decir que el derecho

<sup>7</sup> Tate, C., Neal "Some Introductory Notes" (en un simposium sobre revisión jurídica en una perspectiva comparativa), *Policy Studies J.*, 19:76, 78 (1990).

<sup>8</sup> Para el significado de este término, véase Friedman, Lawrence M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, (1975).

en Irán, desde la caída del Sha, se ha inclinado hacia una convergencia con las corrientes generales globales.

(6) Un punto sexto y final es el siguiente. Los sistemas jurídicos modernos son fuertemente individualistas, no obstante la fuerte dosis de regulación y el absoluto tamaño del sistema jurídico. Ellos presuponen y promueven una sociedad de *individuos*; la unidad del derecho y la cultura es el supuestamente autónomo, individuo autosuficiente. En el pasado, muchos sistemas jurídicos han tendido a ser comunales, la unidad del análisis jurídico fue la familia, el clan, el grupo. El derecho socialista también, en teoría, tiene un sabor comunal. Pero la base familiar del derecho se encuentra en rápida decadencia, casi en cualquier lugar donde todavía sobrevive. La estructura socialista del derecho se está derrumbando rápidamente y casi ha desaparecido en Europa Oriental. El derecho de los países occidentales y, cada vez más, el derecho de muchos otros países, presuponen el individualismo moderno, consciente o inconscientemente.<sup>9</sup>

He argumentado que el trabajo de la sociología jurídica es el entender cómo trabajan los sistemas jurídicos y cuál es su lugar en la sociedad. Nadie, probablemente, está en desacuerdo con esta proposición simple, y bastante banal. Pero en la práctica, como he mencionado, muchos sociólogos jurídicos parecen más interesados en lo que ellos llaman "teoría", es decir, *ideas* acerca del derecho en la sociedad, actitudes filosóficas hacia el tema, exposición del pensamiento de grandes pensadores y, en resumen, la historia intelectual del tema, más que el tema mismo.

Quizá detrás de toda esta actividad erudita está una presunción implícita de que las grandes ideas tienen un impacto masivo en la forma en que funcionan en la práctica los sistemas jurídicos; que las ideas filtran y moldean cómo los juristas y abogados y ciudadanos se comportan. Francamente yo dudo de esto, yo pienso que las grandes ideas tienen poco o nada que hacer con la forma en que el sistema trabaja en una base cotidiana. Mi visión es que las líneas de influencia, en realidad, corren hacia el lado contrario: las grandes ideas despegan desde la estructura de la vida diaria; no le quita nada de mérito a grandes mentes el insistir en que ellos también son criaturas de sus tiempos y lugar. De cualquier manera, debemos estar debatiendo el rol de la avanzada cultura jurídica en la sociedad, no presuponiéndola.

Si estoy en lo correcto, en mi punto de vista en general, entonces debemos estar primeramente dentro de la tarea del estudio del derecho desde la base

<sup>9</sup> He argumentado este punto en *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture* (1990).

hacia arriba, por así decirlo. Debemos estar recopilando datos empíricos, debemos estar interesados en hechos y medidas y tendencias. Aun así yo sería el primero en admitir que nada puede ser medido sin alguna teoría, hipótesis o idea que guíe la medición.

En la parte previa a esta plática, he desplegado lo que yo considero algunas características de los sistemas jurídicos modernos. Es justo preguntar cómo uno llega a identificar estas características. Nada de lo que he mencionado hasta ahora parece prestarse a una medición fácil. He estado hablando sobre la cultura jurídica, acerca de actitudes y valores que dan base al derecho moderno. Es extremadamente difícil reducirse tales elementos a hechos del mundo real. En realidad, el explorar la cultura jurídica es más un arte que una ciencia; pero entonces toda ciencia es un arte así como una ciencia —ciencia es el arte de explicar o teorizar sobre datos—; pero los datos tienen que estar allí.

Sinceramente, mi exposición del derecho moderno es menos una explicación de datos que una conjetura sobre lo que esos datos podrían mostrar. La información simplemente no está a la mano. Esto no quiere decir que, en principio, mis comentarios estén más allá de pruebas empíricas o refutaciones.<sup>10</sup> Pero para la mayoría de los sistemas jurídicos, aun hechos básicos y estadísticas jamás han sido reunidos. Lo que necesitamos son obreros dispuestos a hacer a un lado sus volúmenes de filosofía del derecho en aras de la búsqueda de la vida en bruto.

Y, como es obvio, en el mundo moderno la información será cada vez más internacional, intercultural; trascenderá las fronteras en toda oportunidad. Explorarán igualdades y diferencias en la cultura jurídica. Existen ya los principios de una literatura sobre el tema de la cultura jurídica comparada,<sup>11</sup> y la temática tiene un linaje considerable y honorable. El trabajo clásico de Max Weber, después de todo, es esencialmente de cultura jurídica comparada. Uno difícilmente puede esperar el cultivar una bandada de nuevos Weber; pero lo

<sup>10</sup> El lector deberá tomar dichos términos (“probado; refutado”) con un grano de sal. Los juicios sobre cultura legal, sociedades enteras, y cosas por el estilo, son evasivos. Es difícil diseñar métodos para examinar las bases hipotéticas; y los hechos encontrados son raramente tan persuasivos que puedan realmente acabar con la hipótesis, o colocarla fuera de discusión. Pueden, sin embargo, arrojar suficiente agua fría en esta o aquella idea.

<sup>11</sup> Véase por ejemplo, Cohen-Tanugi, Laurent, *Le droit sans l'état: sur la démocratie en France et en America* (1985); Blankenburg, Erhard, “Indikatorenvergleich der Rechtskulturen in der Bundesrepublik und den Niederlanden”, *Z. fuer Rechtssoziologie*, 6:255 (1985); Upham, Frank K., *Law and Social Change in Postwar Japan*, (1987); Fitzgerald, Jeffrey, “Grievances, Disputes and Outcomes: A Comparison of Australia and the United States”, *Law in Context*, 1:15 (1983).

que necesitamos es trabajo que construya sobre esta tradición, entre otras cosas; y que lo lleve adelante.

### III. LA CRISIS DE LA GOBERNABILIDAD

Los países ricos industrializados del Occidente son Estados de bienestar con densos sistemas de negocios y regulación social. Los seis rasgos distintivos que mencioné son, por excelencia, característicos de los sistemas jurídicos de estos países. Pero creo que la mayoría de los países del mundo —con algunas excepciones— comparten estas características, en un grado mayor o menor. No es el objeto de este trabajo decidir si estos rasgos, o cualquiera de ellos, son buenos o malos; eficientes o ineficientes; justos o injustos. Las características son coherentes, sin embargo; ellas están relacionadas unas con otras y, si las reunimos, muestran un mensaje particular básico: que los sistemas son factores grandes e importantes de la vida moderna. Por otra parte, los sistemas jurídicos no son factores sin problemas. Esto me lleva a un nuevo punto.

Ha habido considerables pláticas sobre la crisis del Estado de bienestar que, dicen, es esencialmente ingobernable. Ya que el derecho y el gobierno difícilmente pueden ser separados en el mundo moderno, esto significaría, necesariamente, que el sistema jurídico también se encuentra en crisis; que es incapaz de realizar su función, es decir, controlar y monitorear la conducta del Estado moderno. ¿Existe en realidad una “crisis jurídica” en el Occidente, o en el mundo en su totalidad?

Probablemente es absurdo decir que alguna de las grandes instituciones sociales *no* se encuentra en crisis; en nuestros tiempos, con constantes trastornos llenando los encabezados de los diarios y (como he mencionado) un cambio social incesante, toda gran institución se encuentra en alguna especie de crisis continua, aunque en algunas la crisis es más profunda que en otras, es claro. No obstante, existen razones, pienso, que son poco más que escépticas acerca de al menos algunas de las afirmaciones sobre la crisis en el gobierno del Estado de bienestar.<sup>12</sup>

Para empezar, el Estado no es seguramente ingobernable en el sentido literal. Bastantes regímenes han colapsado o han desaparecido por la guerra y los disturbios civiles. Existen en el presente momento, desafortunadamente, países en este planeta que han caído en un estado de anarquía total; el sufri-

<sup>12</sup> He expresado algo de este escepticismo en “Legal Culture and the Welfare State”, Teubner, Gunther, ed. *Dilemmas of Law in the Welfare State* (1986), p. 13

miento humano en estos infelices lugares está más allá de cualquier descripción. Pero ninguna de las democracias regulatorias del bienestar ha sufrido este destino; todas parecen estar prosperando o, en el peor de los casos, estables o declinando ligeramente. Nadie sugiere que Suiza o Francia, Nueva Zelanda o Dinamarca, México o Brasil, son en realidad incapaces de llevar a cabo las operaciones normales de gobierno, al menos en algún nivel. En estos países los trenes corren, los doctores de hospitales estatales realizan operaciones, cheques de las pensiones y ayudas son librados regularmente, se construyen embajadas, el correo es entregado, y así sucesivamente; existen fallas aquí y allá, pero difícilmente se puede hablar de un estado en colapso. De manera similar sucede con sus sistemas jurídicos. Problemas, demoras, cuellos de botella, puntos de corrupción, pero en su totalidad, el sistema funciona.

Quizá debamos ser un poco más precisos al especificar qué podría significar “ingobernable”. En primer lugar, un país pudiera ser “ingobernable” porque el público, o parte de él, simplemente desea demasiado, o realiza demasiadas demandas al Estado; al mismo tiempo, el público (o una parte de este), como votantes o “tirantes de cuerdas”, se muestran así mismos inflexibles acerca de *pagar* por lo que ellos quieren, en forma de impuestos. Esto es ciertamente un serio problema político —en los Estados Unidos, por ejemplo, y en cualquiera otra parte también—. Pero no es, pienso, un problema inherente del Estado regulador del bienestar o el Estado moderno en general, y no es una señal de que el sistema no funcione.

Está claro que el Estado de bienestar es muy caro, y los impuestos se ubican en un nivel muy alto; en muchos países esta situación ha creado protestas de los contribuyentes más o menos serias. Este tipo de estancamiento, entre ingresos y egresos, puede llevar a grandes déficits (y frecuentemente sucede); y puede traer una cierta cantidad de desconcierto político, sin mencionar los cambios de régimen. Pero estos eventos difícilmente hacen al Estado “ingobernable”. Simplemente significa que algunas decisiones difíciles deben ser tomadas.

Un segundo sentido en el cual el Estado pudiera ser “ingobernable”, es en el que las demandas públicas aumentan de tal manera su actividad y funciones hasta el punto de que está más allá de todo control, o simplemente, no opera; nadie puede obtener un dominio sobre él. El gigante se torna tan obeso, tan pleno en su desempeño, que se torna esencialmente inmóvil, se ahoga en su propio llanto.

Ya sea que esta terrible condición haya o no ocurrido me parece esencialmente como una cuestión empírica. Antes de que el problema empírico pueda ser contestado, tiene que haber un pensamiento muy profundo acerca de lo que

realmente significa tal interrogante. Es posible ciertamente, me imagino, para un régimen tratar de hacer algo que va más allá de sus poderes —tal vez más allá del poder de cualquier Estado—. Una economía totalmente planeada —como el experimento del bloque del este, Cuba, China, Vietnam, y algunos otros países— podrían entrar en esta categoría. Podría ser un terrible error el suponer que esa burocracia en Moscú puede razonablemente decidir cuántas plumas fuentes, misiles intercontinentales y coles producir, y cuanto cobrar por cada uno de estos productos. Pero ningún país occidental, o alguno de los países no-socialista fuera del club de las potencias industriales, ha tratado en algún momento de amordazar su economía de esta manera; o de una forma parecida.

Indudablemente, no hay persona, ni régimen, ni administración, que pueda obtener un control completo de la burocracia en el Estado moderno. La maquinaria jurídica es tan inmensa que es difícil mantenerla en movimiento en alguna dirección en particular. Pero no debemos olvidar que los gobiernos más antiguos también sufren de problemas similares, aunque (desde un punto de vista moderno) estos gobiernos en realidad no han hecho gran cosa; y aún no tienen la tecnología para tratar de hacerlo. El Estado ha crecido de forma masiva; pero también los instrumentos varios de gobierno y control. La tecnología ha venido al rescate, en muchos casos. Hoy, la computadora permite a gobernantes, burocracias, y al orden público de manera general llevar a cabo funciones que antes eran absolutamente imposibles; hace factible ciertos tipos de regulación y administración las cuales solo pudieron realizarse antes a un costo asombroso.

Por ejemplo, las supercomputadoras Servicio Interno de Hacienda, en los Estados Unidos, pueden leer millones de declaraciones de ingresos, compararlas con los reportes enviados por cientos de miles de empresas e instituciones financieras, listando los sueldos, salarios, dividendos pagados, e intereses acreditados en bancos; decidir cuáles declaraciones tienen discrepancias entre lo que fue pagado y lo que fue reportado; enviar cartas a los contribuyentes pidiéndoles una explicación sobre tales discrepancias; y poner en el correo aquellas cartas a las partes adecuadas. Si una administración previa hubiese decidido llevar a cabo este esfuerzo, hubiera requerido un contingente de oficinistas imposible. La noción de que gobernar está “más allá de su capacidad” en el Estado moderno, ignora el hecho de que hay nuevas herramientas flamantes que incrementan la capacidad del Estado —de cualquier estado— para gobernar.

Esto no quiere decir que no haya casos más sutiles para la propuesta de que el Estado y su sistema jurídico están en crisis. Y por último, tal como

Claus Offe nos ha advertido, ha pasado de moda algo de la fuerza de la teoría del pluralismo que estuvo en su apogeo en los años sesenta. Sus seguidores eran optimistas en cuanto a que pensaban que los desacuerdos y las rivalidades de grupos de interés, harían que todo resultara de la mejor forma. El estira y afloja de las fuerzas contendientes, llevaría, de una manera similar a una mano invisible, a soluciones óptimas, hablando políticamente, para solucionar los problemas que surgieran en estas sociedades. Este optimismo ha desaparecido de todas formas. En su lugar, se empieza a ver como si “la acción deshinibida” de “la fuerza de grupos de interés organizados”, conduce a la anarquía y desorden. Específicamente, los grupos de interés han utilizado su influencia para “debilitar” a los gobiernos parlamentarios; sus demandas han llevado a la inflación y a un abuso fiscal, y han obstaculizado con atentados contra la planeación económica y social global de largo plazo.<sup>13</sup>

Pudiera ser que la teoría pluralista era simplemente ingenua; o tal vez la naturaleza de los grupos de interés ha cambiado; se han vuelto más estridentes, más corruptos, menos proclives a los compromisos.

El problema, si es que hay alguno, sería bastante fundamental. Los gobiernos modernos y los sistemas jurídicos modernos se han apoyado en ciertas premisas —implícitas con frecuencia— acerca del comportamiento o posible comportamiento de la gente. En cuanto a la conexión con la economía, todo el mundo conoce sobre Adam Smith y el concepto de la mano invisible. La idea aquí era que la gente en sociedad, buscando sus propios intereses (económicos), comprando y vendiendo y comerciando, mágicamente y solo por este hecho produciría crecimiento, desarrollo, riqueza. Pero había aún otra premisa, en el siglo XIX; una premisa que, en su conjunto, la gente en una sociedad libre se comportaría; que ejercitarían un auto control, sin la cohesión del Estado o la presión de la autocracia tradicional; la gente podía ser confiable de vivir, votar, gobernar, y trabajar, guiados por las reglas heredadas de la honestidad y la legalidad.

Es esto, más que una moda en teoría política, que sostenía el experimento democrático, que arrasó con todo el Occidente en el siglo XIX, y esta arrasando sobre todo el mundo en este siglo. Es esto lo que reforzaba la idea del llamado “dominio del derecho”. La aristocracia pensaba que el hombre común era esencialmente un animal, incapaz de gobernar cualquier cosa; su mejor desempeño era como campesino, donde se le ordenaba que hacer, y era llevado

<sup>13</sup> Offe, Claus, *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformation of Work and Politics*, (1985), p. 227.

por la nariz. La teoría Republicana era totalmente diferente. Glorificaba a “la gente”; y proclamaba su derecho a gobernar el mundo. Pero esto presumía ciertas reglas; asumía que la gente podía ser confiada para realizar lo correcto, para seguir cierto trayecto de orden y decencia que hacían posible la vida civilizada. La disciplina y el auto control eran las piedras angulares, de hecho, en la teoría democrática.

Desde luego, nadie era tan ingenuo como para pensar que *todo el mundo* obedecería las reglas, o ejercitaría el grado correcto de autodisciplina. Para aquéllos que no obedecían, estaba la mano estricta del Estado. El Estado era más que un vigilante; era también un padre que castigaba. Tenía sus lados punitivos y coercitivos. Los inicios del siglo XIX eran una etapa del florecimiento de la democracia; era también la época cuando se inventaron y construyeron enormes prisiones o penitenciarías;<sup>14</sup> la era que prestó atención particular a la embriaguez pública, y la cual cambió su atención de los crímenes morales a los crímenes contra la propiedad. Esa es al menos la historia en los Estados Unidos.

Pero estos acontecimientos, creo, que no fueron específica y únicamente americanos. En Europa, tal vez, los liberales asumieron de alguna manera suposiciones diferentes (otra vez, probablemente de manera inconsciente). El promedio de los ciudadanos adultos varones, aunque libre para votar y tomar parte en la vida política, elegiría desde luego ser gobernado por líderes naturales; no necesariamente la antigua aristocracia, pero una aristocracia de mérito, con buenas costumbres, educación y preparación. Casi hasta la etapa actual, los líderes políticos en, digamos Gran Bretaña, ya sean radicales o conservadores, han tendido a ser elegidos de la misma clase social. Primeros ministros de países continentales, y presidentes de países latinoamericanos, son usualmente (más o menos) miembros de la intelectualidad. Aún en los Estados Unidos, que es mucho más populista y anti-intelectual,<sup>15</sup> muchas de las figuras políticas más populares de los tiempos recientes han sido hombres de enorme riqueza, aunque no enorme poder cerebral.

Puede ser paradójico hablar del siglo XIX en términos de las presunciones mencionadas —presunciones de deferencia y disciplina; pretensiones de obe-

<sup>14</sup> Sobre este tema, ver Ignatieff, Michael, *A just Measure of Pain*, (1978); Rothman, David J., *The Discovery of the Asylum: Social Order and Disorder in the New Republic*, 1971; Foucault, Michel, *Discipline and Punish*, (1977).

<sup>15</sup> Hoy al menos, sería un suicidio político para un presidente norteamericano el aparecer demasiado intelectual. (De hecho, casi ninguno de ellos lo es). Un presidente norteamericano nunca va a la ópera.

diencia a las normas—. Era, después de todo, un siglo de turbulencia constante en muchos de los países en desarrollo y desarrollados, si no una guerra de clases absoluta. La turbulencia, al menos parcialmente, era una señal de que el antiguo orden se estaba destruyendo; el ocaso de la deferencia, y los crecientes sufrimientos de una nueva forma de sociedad. Políticamente, la mayoría de los países europeos hoy parecen mucho más estables de lo que fueron en el siglo XIX; nadie espera motines y huelgas generales en Suecia o aún en Italia.

Pero la idea de “crisis” no está por esa razón completamente delimitada. Esta es una época mucho más individualista que las anteriores, como ya lo hemos planteado; y el malestar es, si uno puede llamarlo así, el malestar de individuos que se sienten sofocados y frustrados; no es la lucha de clases en el viejo sentido marxista, sino la lucha constante de un sin número de millones de gente por un lugar bajo el sol, como ellos dicen.

La importancia de todo esto para nuestro objeto de estudio es: que el individuo en sociedades democráticas es mucho más intransigente, de muchas maneras, que sus bisabuelos, quienes vivían en una sociedad que era, objetivamente, mucho menos “libre”. El Estado de bienestar es tanto causa como efecto de este cambio de cultura o personalidad; el Estado de bienestar proporciona una especie de fondo o “campo base” de derechos, lo cual motiva al individualismo. Realiza esto en la medida en que protege al individuo de caer demasiado lejos y demasiado rápido en la llamada “red protectora social”.<sup>16</sup> Nadie se atrevía a vestir algo extravagante o tener algún peinado extraño para ir a trabajar en los tiempos en que el jefe tenía el derecho a despedir a la gente al momento, totalmente desprovistos de cualquier recurso o represalia. Desde luego, la red protectora social también fomenta un ciclo de demanda y expectativa: mientras más realiza el estado, mientras más servicios brinda, más gente llegará a creer que estos servicios son un derecho divino. Existe una paradoja en la sociedad moderna; por todas partes, encontramos una multiplicidad de grupos económicos organizados, grupos sociales; grupos étnicos; grupos religiosos y raciales;— y a pesar de eso también encontramos un individualismo estridente y creciente. Discutiblemente, algo del individualismo es una respuesta al crecimiento de grupos; es una batalla para evitar ser aplastado y sofocado por sus enormes brazos. Pero existen más y más grupos. Particularmente significativo, en la sociedad moderna, es el crecimiento de lo que uno podría llamar grupos desprendidos “horizontales”, no necesariamente económicos, que se aglutinan a través del milagro de la comunicación masiva, en lugar de

<sup>16</sup> Para este concepto, ver Friedman, *Republic of Choice*, pp. 98, 105.

directamente por su compacta disposición de vivir o por su geografía. Estos “grupos” son realmente la expresión de un individualismo feroz. Los grupos feministas, por ejemplo, representan (entre otras cosas) un intento apasionado de liberarse de, los estereotipos y patrones heredados, o cual aprisionaban a las mujeres en ciertos roles sociales; es un intento de aceptar el derecho de las mujeres a ser *individuos*, cuyo género (y sus consecuencias) son aquellas y sólo esas que ellas libremente han elegido para ellas mismas.

En cualquier circunstancia, la avidez de los individuos por sus derechos es un factor cardinal de este siglo. Este es definidamente el siglo de “Grundrechte”, de derechos fundamentales; estas son las bases, el mínimo, el substrato necesario en donde se erige todo aquello referente al Estado, y al sistema jurídico. Me refiero aquí no a la teoría política, sino al sentido subjetivo de lo correcto que el público en general parece tener; y el que ellos expresan en un comportamiento concreto. El siglo XIX, también, estuvo muy interesado en los derechos, por supuesto; pero estos derechos fueron primeramente económicos y políticos; ellos estaban —como hemos dicho una y otra vez— íntimamente relacionados con la idea de un libre mercado, y los derechos clásicos no presuponen ó anticipan el moderno Estado de bienestar social, con su enorme apetito de reglamentación económica y seguridad social. Verdaderamente, toda la idea del siglo XIX sobre los “derechos” de la burguesía bien puede ser inconsistente con esta clase de Estado.<sup>17</sup>

El nuevo requerimiento de derechos —derechos económicos; derechos de estilos de vida; derechos a la personalidad y a la privacidad— resultan en un florecimiento del quehacer del derecho; y transforma el trabajo de varias instituciones jurídicas. Por un motivo, trae un surgimiento repentino y dramático de poder a los tribunales. Los tribunales son agencias que deciden sobre litigios; pero una parte de su actividad es convertir los “derechos” abstractos en una realidad concreta. Por supuesto, el sistema de tribunales, difiere de una sociedad a otra sociedad. Las evoluciones más sorprendentes han tenido lugar en lo que podemos llamar el tipo de tribunal norteamericano: un tribunal activista, un tribunal de hacer político, un tribunal con un enorme potencial para satisfacer la avidez por el reclamo de derechos.

Estos tribunales activistas no son (en la mente de la gente), exclusivamente políticos. No piensan en ellos como legislativos, o de quehacer político. Que los tribunales están ocupados de los quehaceres públicos son tal vez algo conocido

<sup>17</sup> En este punto, ver Preuss, Ulrich K., “The Concept of Rights and the Welfare State”, en Teubner, (ed), *Dilemmas of Law*, p. 151.

para los científicos en política, pero pueden ser novedades, y novedades desagradables, para el público en general. La queja de que los tribunales no son democráticos, que frustran los deseos de la mayoría, no tienen significación alguna para el público consumidor. Después de todo, el deseo de la mayoría no tiene nada que hacer con los derechos fundamentales. Un derecho fundamental es exactamente eso: fundamental; y nadie, ni siquiera una institución, puede tocarlo.

Por supuesto, esta también es una idea antigua, los derechos básicos del hombre. Teóricos políticos de la Ilustración pueden asentir con la cabeza y aceptar. Lo que es nuevo es el verdadero poder revolucionario de esta vieja idea, la increíble fuerza que ha adquirido tan de repente; y lo que también es nuevo es el *contenido* de los *derechos* fundamentales. Después de todo, los grandes pensadores del siglo XVIII no consideraron, en principio, que las mujeres eran iguales a los hombres, o que tenían derecho alguno de serlo; ellos nunca pensaron en derechos reproductivos, derechos a medicina y cuidados básicos, o a una educación, o a un trabajo; o el derecho a vivir un estilo de vida desviado, y una gran cantidad de otros derechos, algunos de los cuales se han convertido en tópicos comunes en nuestros días.

Muchas de estas cuestiones se presentaban en los tribunales, en los Estados Unidos, antes de que cualquier legislatura seriamente las considerara de alguna forma. Los tribunales son también una agencia de control sobre los intermediarios y el ejercicio del poder a nivel de Estado. Ellos se "cuestionan" qué hace el gobierno, qué hacen las grandes instituciones, con el objeto de proteger los derechos de los individuos. El enemigo natural, la oposición, es la "administración", no únicamente el Estado, sino los dirigentes de todos los burócratas; y los líderes de uniones laborales tanto como los oficiales de corporaciones gigantescas.

Por supuesto, es una cuestión empírica si los tribunales realizan bien esto, si lo realizan frecuentemente, y si lo que hacen es efectivo.<sup>18</sup> Algunos académicos creen que los tribunales simplemente hacen un desastre cuando intervienen en el trabajo del Estado, o sociedad o grandes instituciones. Seguramente una tarea de la sociología del derecho es explorar si esto sucede así. Los

<sup>18</sup> Sobre efectividad, hay una crítica en Horowitz, Donald, *The Courts and Social Policy* 1977, entre otras cosas; Carl Baar, quien ha llamado a las cortes de la India "la más activa magistratura mundial", concluye que "aunque una magistratura cuya energía y actividad pueda asombrar a forasteros no hace juego con la energía y actividad del estado hindú y sus líderes políticos": Baar, Carl, "Social Action Litigation in India: The Operation and Limitations of the World's Most Active Judiciary", en *Policy Studies Journal*, 19:140, 147-148 (1990).

teóricos se preocupan acerca del impacto; pero parecen estar más preocupados acerca de la legitimidad de los tribunales. ¿Cómo puede alguien justificar toda esta actividad jurídica, este hacer político? Nadie elige a sus jueces. ¿No es esto no democrático?

Extrañamente, el público no parece estar de ningún modo preocupado, aunque el público es el que da o conserva la legitimidad. De hecho, la legitimidad de los tribunales puede ser más cierta, en los países occidentales, que en cualquier período previo.<sup>19</sup> Esto es así debido a lo que los tribunales han hecho en los Estados Unidos: los resultados concretos de las decisiones. Después de todo, si los tribunales son ilegítimos, es o bien por lo que hacen; o porque, bien o mal, ellos realizan algo que nadie ha autorizado. La legitimación, básicamente, se define como una consecuencia del último punto, no del anterior.<sup>20</sup> Si los tribunales son ilegítimos, será porque ellos violan el principio de elección o mayoritario; pero este principio por sí mismo no está más allá de la crítica o discusión.<sup>21</sup> En efecto, como hemos mencionado, el concepto entero de los derechos es una negación del principio mayoritario; y la revolución de los derechos significa una contracción del ámbito de las mayorías, así como del ámbito de la razón.

He intentado en esta ponencia, hacer un bosquejo de algunas de las características más notables del derecho moderno. He discutido también, la cuestión de la crisis jurídica, o crisis de gobernabilidad; y relacionado esta cuestión a la modernidad jurídica. También he intentado demostrar como las condiciones del derecho moderno llevan a un incremento en el poder y el ámbito de los tribunales.

Los motivos que prevalecen detrás de la “modernidad” del derecho (o, si así se quiere, de la post-modernidad) siento que están inmersos dentro de la cultura popular; las normas prevalecientes de la sociedad occidental, y cada vez más, de las sociedades no occidentales, son la clave. La cultura general produce

<sup>19</sup> Esto no impide que los mismos miembros del público, o alguno de ellos, se preocupen sobre la “explosión de litigios” o el incremento desmedido de los costos de los juicios y lo que esto significa para la sociedad. Nadie requiere que la gente sea consecuente. Millones de personas desearían bajos impuestos y mayores servicios. Ellos quieren restricciones legales, también, pero ellos además quieren que sus “derechos” sean protegidos a toda costa.

<sup>20</sup> Sobre el significado de la legitimación social, ver Friedman, M. Lawrence, *The Legal System: A Social Science Perspective*, 1975, p. 112.

<sup>21</sup> Ver, por ejemplo, Offe, Claus, “Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung?” en Bernard Guggenberger y Claus Offe, eds., *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie: Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*, 1984, p. 150.

y fomenta una cultura de derechos; y los tribunales han evolucionado, o son capaces de evolucionar, en agencias primarias que hagan cumplir estos derechos. Para los tribunales, no hay una crisis real de legitimidad; por el contrario, la legitimidad es inherente a ellos como las limaduras de hierro en un magneto. El poder de los grandes tribunales, especialmente tribunales constitucionales, es probablemente algo que va a crecer en los años por venir.

La tarea de la sociología del derecho, desde luego es estudiar, medir y definir fenómenos jurídicos: la naturaleza del derecho, y la manera en que opera el derecho en la sociedad. En los años noventa, la sociología del derecho tendrá que tomar en cuenta los cambios masivos en el orden jurídico que han tenido lugar y están teniendo lugar.

Necesariamente, esto significa que el área tendrá que volverse más global, más comparativa. Esto desde luego, no será fácil. Es bastante duro estudiar el sistema jurídico de un país, empíricamente; comparar más de uno es inmensamente difícil.

La sociología del derecho no ha sido terriblemente exitosa, hasta ahora, al cruzar las fronteras de la cultura. Además, para ser franco acerca de esto, hay *tener y no tener* en el mundo de la sociología jurídica, como hay en tantas otras cosas. La mayoría de los países del mundo no juegan mucho el rol del desarrollo de la sociología jurídica. Ellos no tienen los recursos, o la erudita tradición, que podría hacer esto posible. Es desafortunado para ellos; es también agotar enormemente el campo. La mayoría de las teorías de la sociología del derecho han sido divisadas con sociedades occidentales en mente.<sup>22</sup> El grueso de la investigación ha sido llevada a cabo en unos pocos países —Estados Unidos, Alemania, Japón están entre los líderes—. Estos son lugares importantes; pero no son todos ni en todas partes.

Es una tarea urgente el extender la investigación al resto del mundo, donde ha nacido, trabaja, vive y muere la mayoría de los habitantes. Tenemos una gran necesidad de tener una investigación que se empiece en el tercer mundo, por ejemplo; y esto sería más que una mera réplica de estudios e hipótesis importadas del Occidente. Tenemos que probar nuestras teorías y agudizar nuestras ideas en otro escenario. Cada vez más, todos vivimos en un mundo único entrelazado; y el saber jurídico tiene que venir a términos con este hecho.

<sup>22</sup> Aquí hay, por supuesto, excepciones honorables, especialmente la abundante literatura en antropología del derecho. La mayoría de estas, sin embargo, han sido dedicadas al derecho pueblerino, y otras sistemas informales de la comunidad. Esto es importante, pero limitado. Hay pocos estudios rigurosos de los niveles más altos de operación de los sistemas legales y solo en pocos países.

## LA OBSERVACIÓN SOCIOLÓGICA DEL DERECHO

Niklas LUHMANN\*

### I

Al emprender su trayectoria histórica a fines del siglo pasado, la sociología encontró que la mayoría de los campos de la actividad humana estaban ya ocupados con interpretaciones y teorías. Sin aguardar a la sociología, los hombres ya habían reflexionado sobre el por qué y el cómo de sus actos, y habían puesto aparte el saber respectivo, constituyendo la cultura. Así, existían numerosas interpretaciones religiosas que llegaban a formar elaborados sistemas confesionales y dogmáticas teológicas. Había concepciones de la moral y teorías éticas. El sentido del comportamiento económico se podía explicar, en parte en el contexto de la racionalidad privada y en parte en el metacontexto del orden económico nacional e internacional que se establecía por encima de los individuos. Había teorías del Estado y concepciones del orden político constitucional. Existía la ciencia jurídica de orientación práctica, cuyo nivel teórico se había elevado durante el siglo XIX gracias a una especie de filosofía del derecho positivo. Se contaba con una pedagogía de la "formación". Sin embargo, a través de todas estas explicaciones y teorías corría una multiplicidad de conceptos de lucha ideológica, surgidos por efecto de la Revolución Francesa y de la industrialización, que se habían organizado según criterios de pro y contra.

En este mundo no resultaba sencillo determinar el sentido de la nueva disciplina denominada sociología. Las esperanzas puestas en el progreso, concebido como crecimiento immaculado, se habían desvanecido en las dos últimas décadas del siglo XIX. El relativismo histórico y en la política de las ideas apenas bastaba por sí solo para alentar a la teoría. Nada hubiera favoreci-

\* N. del T.: El texto original apareció publicado bajo el título "Die soziologische Beobachtung des Rechts", como cuaderno número 3 de los *Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*; Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1986; 47 pp. La versión española se publica con aprobación del autor y de los editores. Del mismo autor apareció un ensayo de contenido similar, pero menor extensión, con el título "El enfoque sociológico de la teoría y la práctica del derecho", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985, número 25, pp. 87-103. Traducción de Héctor Fix-Fierro.

do más la unidad de la nueva disciplina que la definición de su objeto también como unidad, con independencia de todas las disciplinas que se ocupaban ya de la acción y el pensamiento humanos. De este modo surgió, en bosquejo al menos, un nuevo concepto de sociedad que no prolongaba la vieja tradición europea de la *societas civilis*, ni el concepto de sociedad del siglo XIX, referido a la economía. Se trataba más bien de una reflexión sobre la facticidad estructural e histórica de la sociedad moderna: de su economía basada en la división del trabajo; de su derecho formal legal; de su legitimación política; de su religiosidad ligada a formas en el contexto de una difundida secularización.

Ciertamente la fascinación inducida por las consecuencias de la modernidad no daba respuesta a la cuestión teórica de la unidad del objeto de la sociología. Tal carencia fue cubierta mediante el supuesto de una integración normativa o incluso moral, así al menos en el pensamiento de Durkheim y, más tarde, en el de Parsons. Por tal motivo opinaba incluso este último que la sociología había nacido como sociología del derecho.<sup>1</sup> La alternativa a esta corriente consistía en sospechar, por principio, de la motivación del actor.<sup>2</sup> La descripción sociológica de la acción debía apearse al modo como ésta es entendida en la vida diaria para, acto seguido, rebasarla mediante un mejor saber.<sup>3</sup> En mayor o menor grado, los teóricos de la sociedad cayeron en el postulado de la norma; los teóricos de la acción, en la reconstrucción de los motivos.

Aproximadamente por la misma época, a medida que se apartaba de la llamada "jurisprudencia de conceptos",<sup>4</sup> descubría la ciencia jurídica su

<sup>1</sup> Hago referencia a una comunicación oral.

<sup>2</sup> En particular al respecto, Van Parijs, Philippe, *Evolutionary Explanation in the Social Sciences: An Emerging Paradigm*, London 1981, pp. 129 ss. Cfr; también Mills, C. Wright "Situating Actions and Vocabularies of Motive", en *American Sociological Review* 5 (1940), pp. 904-913.

<sup>3</sup> Van Parijs, *op. cit. supra*, nota 1, p. IX, califica esto acertadamente como "parasitic clarification".

<sup>4</sup> Materiales: Krawietz, Werner (ed.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* (Teoría y técnica de la jurisprudencia de conceptos), Darmstadt, 1976. Cada vez se tiene mayor conciencia de que esta etiqueta fue, por su lado, una polémica reconstrucción histórica. Para una evaluación más objetiva del trabajo con conceptos véase, por ejemplo, Krawietz, Werner, "Begriffsjurisprudenz" ("Jurisprudencia de conceptos"), en *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (Diccionario histórico de la filosofía), vol 1, Basel-Stuttgart, 1971, cols. 809-813. La jurisprudencia de conceptos no hacía frente, sin embargo, contra la investigación empíricoinductiva de los intereses, sino contra la interpretación exclusiva con base en las palabras que usa el legislador. Cfr. al

interés por la sociología,<sup>5</sup> interés que dio a conocer Hermann Kantorowicz al Primer Congreso alemán de sociólogos.<sup>6</sup> Con bases no del todo irreales, se reclamaba ahí mismo esta tarea como oficio secundario para los juristas.<sup>7</sup> Las condiciones ofrecidas por los grupos reducidos hacían posible el contacto personal y permitían la utilización de personas y nombres como argumentos en las discusiones de política de la especialidad.<sup>8</sup> Sin embargo, esto no podía ocultar por mucho tiempo las ambivalencias en la relación entre las disciplinas. Por un lado, mediante su énfasis teórico en normas y valores, la sociología parecía proporcionar una nueva fundamentación de la jerarquía social del derecho; por otro lado, su análisis del contexto causal de la motivación era de escasa utilidad desde el punto de vista jurídico, y su pretensión de un mejor saber totalmente inaceptable en vista de su notoria incapacidad para manejar las materias jurídicas.

A partir de estos comienzos, la sociología y la ciencia del derecho más bien se han distanciado, y el surgimiento de una “sociología del derecho” particular no ha podido impedir este distanciamiento. Ello se debe, sobre todo, a las dificultades que la propia sociología tiene con el derecho, las cuales derivan de un déficit general existente no sólo en relación con aquél. La pretensión de un mejor saber fue practicada en todo caso respecto de las racionalidades y los motivos atribuidos a la acción, mientras que se dejaban de lado las figuras artísticas (*Kunstfiguren*) más exigentes de la cultura. No hay

respecto Pawlowski, Hans-Martin, *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes* (Metodología para juristas: teoría de la norma y de la ley), Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pp. 51 s. Se trataba, pues, de una segunda positividad, una positividad histórica detrás de la positividad de la ley. La actual aversión a la jurisprudencia de conceptos surgió, por lo tanto, como sustitución del concepto contrario: en vez de ley, ahora interés.

<sup>5</sup> Véase, desde el punto de vista sociológico, Schelsky, Helmut, “Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht. Ein wissenschaftlicher Beitrag” (“El modelo de Jhering del cambio social a través del derecho. Una contribución científica”), en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 3 (1972), pp. 47-86, reproducido en: id. *Die Soziologen und das Recht* (Los sociólogos y el derecho), Opladen, 1980, pp. 147-186.

<sup>6</sup> Kantorowicz, Hermann U., “Rechtswissenschaft und Soziologie” (“Ciencia del derecho y sociología”), *Verhandlungen des Ersten Soziologentages 1910*, Tübingen, 1911, pp. 275-309.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 278.

<sup>8</sup> Así también, por la misma época, en los Estados Unidos. Cfr. Geis, Gilbert, “Sociology and Sociological Jurisprudence”, *Kentucky Law Review* 52 (1964), pp. 267-293.

una sociología de la Trinidad y ningún sociólogo se plantea la pregunta: *¿cur Deus homo?* La genética de Mendel no es tema para los sociólogos y, tratándose del instinto de muerte, hay que atenerse a Freud. La transformación en los modelos de equilibrio en modelos de crecimiento corresponde a la teoría económica. El sociólogo tampoco se inmiscuye en las crisis nerviosas y los entusiasmos recurrentes de la pedagogía, y es tan incompetente para delimitar entre sí la conciencia del injusto y la culpabilidad como en relación con los componentes irónicos y el hábito de la cita en las obras del arte moderno. Por todas partes la misma perplejidad. Se puede considerar esto como efecto de la diferenciación en disciplinas aceptada en el sistema científico o como especialización necesaria del estudio de la sociología. En todo caso, en el ámbito de la sociología del conocimiento se producen esfuerzos encaminados a superar esta situación, si bien se carece de una guía teórica en la sociología general y las correlaciones permanecen en un nivel superficial.

Sin embargo, a la sociología se le escapa una parte importante de la realidad social si insiste en permanecer en esta abstinencia,<sup>9</sup> pues entonces debe renunciar a ser teoría de la sociedad y apenas será capaz de entender *a posteriori* en qué medida la sociedad moderna se debe precisamente a la realización de una ambiciosa semántica. Los planteamientos que en tal sentido podemos encontrar en la obra de Max Weber, pero también en Scheler, Simmel, Mannheim y otros, no han sido llevados adelante en forma más concreta. La teoría del proceso de la civilización de Norbert Elias,<sup>10</sup> permanece como una

<sup>9</sup> No resulta difícil citar, al lado de las interpretaciones generales de la sociología de la cultura, contraejemplos suficientemente específicos, pero éstos demuestran a la vez, por el momento, la marginalidad de este interés científico. Cfr. por ejemplo Knoll, August Maria, *Zins und Gnade: Studien zur Soziologie der christlichen Existenz* (Interés crediticio y gracia: estudios de sociología de la existencia cristiana), Neuwied, 1967; Nelson, Benjamin, *The Idea of Usury: From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood*, 2a. ed., Chicago, 1969; id., *Der Ursprung der Moderne: Vergleichende Studien zum Zivilisationsprozess* (El origen de la modernidad: estudios comparativos sobre el proceso de la civilización), Frankfurt, 1977, Hahn, Alois, "Zur Soziologie der Beichte und anderer Formen institutionalisierter Bekenntnisse: Selbstthematization und Zivilisationsprozess" ("Sociología de la confesión y otras formas institucionalizadas de profesión de fe: autotematización y proceso de la civilización"), *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 34 (1982), pp. 408-434; además mis propios ensayos en: *Gesellschaftsstruktur und Semantik* (Estructura social y semántica), 2 vols., Frankfurt 1980-1981 (el tercer volumen apareció en 1989) y *Liebe als Passion. Zur Codierung von Intimität*, Frankfurt, 1982 (hay traducción con el título: *El amor como pasión*).

<sup>10</sup> *Über den Prozess der Zivilisation*, 2 vols., Basel, 1939, reediciones a partir de 1969 (traducción: *Sobre el proceso de la civilización*, Madrid-México, 1987).

obra aislada, cuyas bases teóricas no bastan para estimular la prosecución de la labor en otros ámbitos de la cultura. No es de sorprender, entonces, que se carezca también de una sociología de la dogmática jurídica.

El tema de la "observación sociológica del derecho" debe ofrecer la oportunidad de reflexionar sobre esta singular distancia y dar forma teórica a sus motivos. El derecho es uno de los múltiples ámbitos dentro de los cuales no sólo se produce comunicación social, sino que se comunica ampliamente consigo mismo. Al hacerlo produce, en forma hasta cierto punto epigenética, un producto cultural que se utiliza, replica, reproduce, y transforma permanentemente. La mera complejidad de estos artefactos los hace intransparentes, lo cual bien puede fungir como barrera. Se trata, sin embargo, de una dificultad más bien práctica, pues no hemos declarado todavía que esta inaccesibilidad del derecho para la sociología deba ser y permanecer así.

## II

Las dificultades de la observación y la descripción sociológicas del derecho y la distancia característica que la sociología guarda hacia su objeto pueden mostrarse y entenderse con auxilio de una teoría de los sistemas autorreferentes autopoyéticos.<sup>11</sup> Los sistemas autorreferentes autopoyéticos son sistemas que se remiten siempre a sí mismos en todas sus operaciones, es decir, que no pueden referirse a otros sin autorreferencia, y que reproducen ellos mismos todos los elementos que los componen (por ejemplo, macromoléculas, células, impulsos nerviosos, comunicaciones, decisiones) a través de estos mismos elementos. Se trata, pues, de sistemas circularmente cerrados que, gracias precisamente a su clausura operativa, presentan propiedades características de las cuales se ocupan hoy día amplias investigaciones en los campos de la lógica, las matemáticas, la biología, la cibernética y la teoría de sistemas. En

<sup>11</sup> Sobre la discusión, en sus inicios puramente biológica, de esta propuesta teórica cfr. Maturana, Humberto R., *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit* (Cognición: la organización y representación de la realidad), Braunschweig, 1982; Varela, Francisco J., *Principles of Biological Autonomy*, New York, 1979. Sobre la discusión más amplia ver también: Zeleny, Milan (ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, New York, 1981; Dumouchel, Paul/Dupuy, Jean-Pierre (eds.), *L'Auto-organisation: De la physique au politique*, París, 1983; Ulrich, Hans/Probst, Gilbert J.B. (eds.), *Self-Organization and the Management of Social Systems: Insights, Promises, Doubts and Questions*, Berlín, 1984. En particular sobre los sistemas sociales: Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984 (traducción con el título: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, 1991).

el ámbito de los problemas lógicos es particularmente significativa la circunstancia de que tales sistemas no puedan ser entendidos a través de uno solo de los valores de una lógica binaria. Mientras la lógica clásica tenía que presuponer objetos de un solo valor, “ontológicos”, sobre los cuales es posible elaborar juicios verdaderos o falsos, los sistemas autorreferentes proceden de manera selectiva en sus operaciones, aceptando dos valores, esto es, que únicamente pueden referir su “sí mismo” (*Selbst*) a la diferencia respecto de un ambiente (*Umwelt*).<sup>12</sup>

Esta teoría sistémica postontológica, altamente abstracta, puede combinarse con una teoría de la sociedad moderna. Es posible mostrar que la diferenciación de grandes sistemas sociales funcionales (*Funktionssysteme*), la cual es una, si no la particularidad de la sociedad moderna, obedece a este modelo sistémico. Los sistemas funcionales se diferencian como sistemas autorreferentes porque sólo así es posible realizar su autonomía social.<sup>13</sup> En esta particularidad residen el riesgo estructural de la sociedad moderna y su improbabilidad evolutiva: en el establecimiento de sistemas autorreferentes, autónomos, operativamente cerrados, para el desempeño respectivamente de una función específica. O en términos más claros: el riesgo de la clausura circular propia se combina con el riesgo de la especificación funcional, bajo la desintegración de instituciones y morales multifuncionales. En el orden así alcanzado ningún sistema funcional puede sustituir a otro o siquiera descargarlo de su función: ni la política puede actuar en lugar de la economía, ni ésta puede investigar en

<sup>12</sup> Naturalmente esto resulta debatido dentro de la teoría a la que hacemos referencia. Respecto de la opinión aquí sostenida cfr. Gianville, Ranulph, “The Same is Different”, en: Zeleny, *loc. cit.* (nota 11), pp. 252-262. Los límites de la lógica de dos valores, sobre todo en relación a los objetos autorreflexivos y los hechos sociales (“subjetividad del tú”) han sido tratados repetidamente por Gotthard Günther como límites del pensamiento ontologista. Véase: *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik* (Contribuciones a la fundamentación de una dialéctica operacionalizable), 3 vols., Hamburg, 1976-1980.

<sup>13</sup> Cfr. para los casos particulares: Luhmann, Niklas, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (La teoría política en el Estado benefactor), München, 1981; id., “Staat und Politik: Zur Semantik der Selbstbeschreibung politischer Systeme” (“Estado y política: sobre la semántica de la autodescripción de los sistemas políticos”), en: Bernbach, Udo (ed.), *Politische Theoriegeschichte: Probleme einer Teildisziplin der Politischen Wissenschaft*, número especial 15/1984 de la Politische Vierteljahresschrift, Opladen, 1984, pp. 99-125 (reproducido también en Luhmann, Niklas; *Soziologische Aufklärung*, vol. 4, Opladen 1987, pp. 74-103); id., “Das Kunstwerk und die Selbstreproduktion der Kunst” (“La obra de arte y la autorreproducción del arte”), Delfin III (1984), pp. 51-69. Más recientemente: id., *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (La economía de la sociedad), Frankfurt, 1988 y *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (La ciencia de la sociedad), Frankfurt, 1990.

sustitución de la ciencia. La ciencia, por su parte, es tan incapaz de suplir al derecho como éste de hacer lo propio por la religión, y así sucesivamente en todas las relaciones intersistémicas.

La autonomía de los sistemas funcionales es precisamente manifestación de esta renuncia a la multifuncionalidad, a la garantía múltiple de las funciones. Al prescindir de la seguridad es necesario que los sistemas funcionales la compensen mediante una dinámica propia y una sensibilidad mayores, por ejemplo, a través de lo que la metáfora "mercado" representa para la economía o la metáfora "democracia" para la política.

Los sistemas funcionales se diferencian, por tanto, como órdenes autosustitutivos, y únicamente ellos pueden hallar equivalentes funcionales, calcular operaciones, cambiar estructuras con base en su propia función. Al mismo tiempo, esta autonomía los hace más dependientes de su ambiente, pues están supeditados a que las demás funciones sean satisfactoriamente cumplidas en otra parte, y que ello ocurra de modo tal que no se originen problemas insolubles en su ámbito funcional. Lo que aquí debe equilibrarse desde el punto de vista evolutivo coincide prácticamente con la temprana utopía socialista de la división del trabajo independiente del capital, que hace abstracción del tiempo y del dinero: cada uno trabaja confiando en que los demás también trabajen.<sup>14</sup>

Si estos supuestos iniciales son correctos, entonces los conocimientos relativos a las estructuras típicas y a los problemas operativos de los sistemas autorreferentes deberían ser aplicables también al sistema jurídico; la evolución de la sociedad debería entonces haber producido resultados que, dentro de los sistemas funcionales diferenciados, como el jurídico, presenten los caracteres típicos de los sistemas autorreferentes. Los aspectos más importantes serían los siguientes:

(1) Los sistemas autorreferentes son sistemas cerrados por lo que se refiere a su reproducción. Pero al mismo tiempo son sistemas abiertos en la medida en que esta reproducción sólo puede tener lugar en un ambiente y gracias a la irritación y perturbación constantes que éste produce. Este hecho se ha descrito

<sup>14</sup> Cfr. por ejemplo Hodgskin, Thomas, *Labour Defended Against Capital*, (1825), reimpresión de la edición de 1922, New York, 1969, pp. 51 s.

como *order from noise principle*<sup>15</sup> o bien con ayuda de la distinción entre *couplage par input* y *couplage par clôture*.<sup>16</sup> En todo caso, significa que la dinámica del sistema depende del ambiente y que, sin éste, se interrumpiría, pero no que pueda ser controlada por factores del mismo o por otros sistemas determinados. En otras palabras, puede decirse que la “resonancia” de un sistema autorreferente depende de sus estructuras internas y de sus estados momentáneos. Por “autonomía” del sistema no debe entenderse, en consecuencia, independencia o aislamiento relativos respecto del entorno, sino la autorregulación de sus dependencias e independencias.

(2) Los sistemas autorreferentes que emplean el sentido (*Sinn*)<sup>17</sup> como modo de operación autopoyética, se observan y describen a sí mismos. Reintroducen su propia unidad como “identidad” en el sistema, a saber, como identidad en la diferencia respecto de su ambiente. La distinción entre sistema y ambiente se presenta de nueva cuenta en el sistema, y el sistema (¡no el ambiente!) puede orientarse, por tanto, en función de esta diferencia.<sup>18</sup>

(3) Los sistemas autorreferentes observan su propia identidad como tautología. No cuentan más que con la diferencia respecto del ambiente para poder determinarse a sí mismos. Son lo que son. Carecen de “criterios” que definan su identidad.<sup>19</sup> Así, para el sistema jurídico es derecho lo que

<sup>15</sup> (“Principio de orden a partir del ruido”). Así, von Foerster, Heinz, “On Self-Organizing Systems and their Environments”, en Yovits, Marshall C./Cameron, Scott (eds.), *Self-Organizing Systems*, Oxford 1960, pp. 31-50. Cfr. también Atlan, Henri, *Entre le cristal et la fumée: Essai sur l'organisation du vivant*, Paris, 1979, especialmente pp. 39 ss

<sup>16</sup> (“Acoplamiento por entrada” y “acoplamiento por clausura”). Así Varela, Francisco J., “L'auto-organisation: de l'apparence au mécanisme”, en: Dumouchel/Dupuy, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 147-164.

<sup>17</sup> Cfr., Luhmann; *Soziale Systeme*, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 92 ss.

<sup>18</sup> Sobre los problemas lógicos de tal “re-entry” (de una distinción dentro de lo que ella distingue) cfr. Brown, George Spencer, *Laws of Form*, 2a. ed., New York, 1972.

<sup>19</sup> Cfr. respecto de la conciencia Shoemaker, Sidney, *Self-Knowledge and Self-Identity*, Ithaca N.Y., 1963; id., “Self-Reference and Self-Awareness”, *The Journal of Philosophy* 65 (1968), pp. 555-567. Aplico esta misma idea a los sistemas sociales y a su autoobservación, contra el parecer de los filósofos. Cfr. Dieter, Henrich, “Identität - Begriffe, Probleme, Grenzen” (“Identidad - conceptos, problemas, límites”), en: Marquard, Odo/Stierle, Karlheinz (eds.); *Identität, Poetik und*

es derecho para el sistema jurídico, y solamente los observadores externos, por ejemplo los sociólogos, pueden en dado caso reprocharle al sistema que disponga sobre el derecho (*Recht*) en una forma que al observador le parece carente de derecho (*Unrecht*), por ejemplo, como manifestación de una sociedad de clases o como esclarecimiento insuficiente de argumentos racionales.

(4) Al combinar operativamente la autorreferencia y el uso de la negación, los sistemas autorreferentes generan paradojas internas. A diferencia de lo que prescribe la lógica a partir de Russell y Whitehead, no son capaces de aislar diferentes niveles entre sí (por ejemplo derecho constitucional y leyes ordinarias) porque en el contexto de los modos de operación del sistema cada plano implica a los otros y remite a ellos. Los sistemas autorreferentes son en esta medida *tangled hierarchies*:<sup>20</sup> al operar en el nivel más alto, por ejemplo, mediante una iniciativa de reforma al artículo 79 inciso 3 de la Ley Fundamental de Bonn, se encuentra uno inopinadamente en el nivel del reglamento interior del Parlamento, que hace improcedente dicha iniciativa.\* Dentro de los sistemas basados en un código binario, tales paradojas adquieren relevancia central en los casos en que el código debe ser aplicado a sí mismo, es decir,

*Hermeneutik*, München, 1979, vol. VIII, pp. 133-186, 178.

<sup>20</sup> Así Hofstadter, Douglas R., *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Hassocks Sussex UK, 1979 (\* traducción: Gödel, Escher, Bach. Una eterna trenza dorada, México, 1982). Cfr. al respecto, desde la perspectiva jurídica: Eckhoff, Torsten/Sundby, Nils Kristian, "The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence", *Scandinavian Studies in Law* 19 (1975), pp. 123-151, y Eckhoff, Torsten; "Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems", *Scandinavian Studies in Law* 22 (1978), pp. 39-51. Aparte de tales colapsos en una jerarquía de funcionamiento normal debe pensarse también en los colapsos ocasionales de la diferencia entre sistema y entorno aplicada dentro del sistema. Hofstadter habla aquí de "strange loops": "something in the system acts on the system as if it were outside" ("algo en el sistema actúa dentro de él como si estuviera fuera") (p. 691). Se ve uno tentado a pensar en la idea, empleada por Esser, de "recurso" ("Durchgriff") a las valoraciones sociales. Véase Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis* (Precomprensión y elección de método en la aplicación del derecho: garantías de la racionalidad de la práctica de la decisión judicial). Frankfurt, 1970.

\* El artículo 79 inciso 3 de la Ley Fundamental de Bonn contiene una cláusula pétreo (la doctrina habla literalmente de una "cláusula de eternidad" o *Ewigkeitsklausel*) que prohíbe la reforma de algunos principios constitucionales como, por ejemplo, la organización federativa del Estado, la democracia representativa o la garantía de los derechos humanos (artículos 1 y 20). No hay, empero, una disposición de nivel formal constitucional que impida la reforma de la "cláusula de eternidad" misma. De ahí la paradoja a la que se refiere el autor.

por ejemplo, si se trata de saber si la distinción de lo lícito e ilícito (*Recht, Unrecht*) es introducida y manejada lícita o ilícitamente.<sup>21</sup>

Con ayuda de estos criterios no sólo obtenemos posibilidades de comparación del sistema jurídico con otros sistemas autorreferentes, en particular con otros sistemas funcionales de la sociedad moderna, sino a la vez líneas conductoras para nuestro tema de la observación sociológica del derecho. Gracias a los problemas básicos de la tautología y la paradoja se puede entender, en lo particular, la historia de la reflexión del sistema jurídico sobre sí mismo, de sus conceptos y de sus teorías, como historia de los esfuerzos por eliminar las paradojas y las tautologías en el derecho. Si bien la autorreferencia del sistema jurídico, al ser observada y descrita, remite a la tautología y la paradoja, el sistema mismo no debe admitir ni la una ni la otra. Ni la arbitrariedad (*Beliebigkeit*) ni el bloqueo de las operaciones son estructuras admisibles en el sistema. Por lo tanto, es necesario elaborar en su interior un discurso sobre el sistema que guarde una relación oculta con la paradoja y la tautología, encubriendo al mismo tiempo esta relación y garantizando mediante la institución de sentido (*Sinnsetzungen*) la productividad de las operaciones.<sup>22</sup> En este sentido se dan en la historia muy variadas soluciones semánticas,<sup>23</sup> que con

<sup>21</sup> Que esto es cierto en el sistema jurídico respecto de cada decisión jurídica lo muestra Walter Benjamin en relación con el problema de la indeterminación residual, que ninguna diferencia entre creación y aplicación del derecho (es decir, jerarquización) es capaz de eliminar del todo. Véase: "Zur Kritik der Gewalt" ("Sobre la crítica de la violencia")(1921), en: *Gesammelte Schriften* (Escritos completos), Frankfurt, 1977, vol. II 1, pp. 179-203. Sobre la recepción de este problema en el contexto de la discusión teórica reciente cfr. Resta, Eligio, *L'ambiguo diritto*, Milano, 1984.

<sup>22</sup> Véanse las ideas correlativas sobre las teorías de la economía en el sistema económico en: Dumouchel, Paul, "L'ambivalence de la rareté", en: Dumouchel, Paul/Dupuy, Jean-Pierre, *L'enfer des choses: René Girard et la logique de la économie*, Paris, 1979, pp. 135-254, especialmente 234 s.

<sup>23</sup> Respecto de un corto periodo cfr. Luhmann, Niklas, "Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte" ("La teoría del orden y los derechos naturales"), en: *Rechtshistorisches Journal* 3 (1984), pp. 133-149.

frecuencia son aplicadas en forma puramente metafórica,<sup>24</sup> y quizá la metáfora más actual del momento sea: la violencia.<sup>25</sup>

Durante un tiempo estuvo también de moda en la sociología decir: violencia.<sup>26</sup> Sin embargo, esto no es necesario ni esclarecedor. La sociología falta a sus posibilidades si simplemente copia y adopta los modos en que los sistemas se describen a sí mismos y evitan tautologías y paradojas. A cambio, puede adoptar el punto de vista de un observador externo y aprovechar el distanciamiento que lleva aparejado.<sup>27</sup> La distancia de la sociología hacia su objeto, la cual se nos había presentado de momento como fracaso ante la complejidad y la falta de transparencia del derecho, puede resultar ser una ventaja si se aprovecha bien. No hay más que poner en juego la diferencia entre autoobservación (autodescripción) y observación (descripción) ajena. La autoobservación tiene que identificarse con lo observado, si no, no sería tal: debe reconocerse (también) a sí misma en sí misma. No puede poner en duda que también es lo que es, pues ello interrumpiría su autopoyesis.<sup>28</sup> Ello no significa que exista una transparencia interna plena, que en realidad no puede haber para ningún sistema complejo, pero sí una firme certidumbre en la existencia y orientación

<sup>24</sup> Este podría ser punto de partida para una reinterpretación de Blumenberg, Hans; *Paradigmen zu einer Metaphorologie* (Paradigmas para una metaforología), Bonn, 1960.

<sup>25</sup> Respecto del sistema jurídico se puede rastrear esta respuesta hasta la segunda mitad del siglo XVIII. Véase la negativa todavía estricta de Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, I 3; después, por ejemplo, Linguet, Simon-Nicolas-Henri, *Théorie des lois civiles, ou Principes fondamentaux de la société*, Londres, 1767, especialmente el vol. I, pp. 284 ss. La transferencia de esta metáfora a otros sistemas funcionales es de fecha más reciente. Para la religión cfr. Girard, René; *La violence et le sacré*, Paris, 1972; respecto de la economía, aparte de Dumouchel/Dupuy, *op. cit.*, supra, nota 22, también Aglietta, Michel/Orléan, André, *La violence et la monnaie*, Paris, 1982 (traducción: La violencia de la moneda, México, 1990).

<sup>26</sup> Cfr., ya en retrospectiva, Rammstedt, Otthein (ed.), *Gewaltverhältnisse und die Ohnmacht der Kritik* (Relaciones de violencia y la impotencia de la crítica), Frankfurt, 1974.

<sup>27</sup> No en todos los casos: no en relación consigo misma, no en relación con el sistema científico, al cual pertenece, y tampoco en relación con la sociedad, a la cual intenta observar internamente con ayuda de un "strange loop", como si fuera desde el exterior. Cfr. supra, nota 20.

<sup>28</sup> Quisiera poner en duda si por ello, como opina Atlan, *op. cit.*, supra, nota 15, p. 70, deba existir una jerarquía de inclusión, de manera que el sistema se pueda observar desde un sistema más amplio. Véase también el concepto de *self-indication* en: Varela, Francisco J., "A Calculus for Self-Reference", *International Journal of General Systems* 2 (1975), pp. 5-24. Esta cuestión es de gran relevancia teórica y debería ser examinada con más cuidado, pues de ella depende de que pueda afirmarse que el sistema jurídico está obligado, por razones lógicas, a recurrir a la sociedad en su autoobservación y autodescripción.

de la observación a través de sí misma. Van Parijs habla en este sentido de *authoritative self-knowledge*.<sup>29</sup> Igual valdría decir autoidentificación. La autoobservación es excluyente en este sentido, pues ocupa el único punto posible para la autoobservación. La “seguridad de sí misma” que ello le brinda es inalcanzable para cualquier observación ajena. El déficit se compensa porque la observación ajena puede ejercerse desde varios sistemas externos y ser disciplinada mediante el acuerdo entre ellos, así como a través de métodos de producción de certidumbre “intersubjetiva”.

Sin embargo, un análisis más sutil debe tener en cuenta que la autoobservación, como toda observación, emplea un esquema de distinción en el cual localiza al objeto observado.<sup>30</sup> Respecto de su propio esquema la observación es, pues, el tercero excluido; como autoobservación resulta ser el tercero excluido incluido, esto es, una paradoja inaccesible a sí misma. Esta paradoja de la autoobservación puede observarse sólo desde el exterior y tiene como precio la pérdida de su seguridad. La observación ajena puede identificar tautologías y paradojas en su objeto, sin por ello verse bloqueada como tal. Naturalmente, a la vez debe poder observar de qué modo el sistema observado se conduce con sus tautologías y paradojas, cómo se desentiende de ellas y las deja de lado. Si no viera esto al mismo tiempo, la observación ajena se bloquearía también a sí misma, puesto que no estaría en condiciones de determinar de qué manera el sistema observado hace posible y controla sus operaciones. Aquí nos limitamos a señalar las intrincadas relaciones entre autoobservación y observación ajena y no hemos de profundizar más sobre ellas. Aprovechamos, empero, la posibilidad de interpretar la relación entre la sociología y el sistema jurídico (incluyendo las teorías de reflexión de este sistema) frente a este trasfondo teórico. La teoría del derecho produce una autodescripción del sistema jurídico. La sociología aprovecha la posibilidad de la observación ajena, incluyendo la observación de las autodescripciones del sistema, es decir, la sociología de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica. En esta interpretación, la sociología debe abandonar toda pretensión a un saber mejor; pero también puede desentenderse de las responsabilidades operativas en el sistema jurídico, de la lealtad al sistema, de ofertas de auxilio y de servidumbres de todo tipo. Puede observar más, y a la vez menos, que el sistema jurídico mismo.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, supra nota 2 p. 130

<sup>30</sup> Véase el empleo basal de los conceptos *distinction* e *indication* en la lógica de Spencer Brown, *op. cit.*, supra nota 18.

Con la finalidad de no permanecer en este nivel de abstracción, a continuación se mostrará, con la ayuda de algunos ejemplos centrales seleccionados en el ámbito de la teoría y la dogmática jurídicas, de qué manera se distinguen la autoobservación y la observación ajena del derecho. Tomamos el problema de la norma (III), el de la positividad de la validez del derecho (IV), los problemas dogmáticos de la orientación por las consecuencias (V), la peculiaridad de la argumentación jurídica (VI) y el problema de la justicia (VII).

### III

El sistema jurídico mismo se ve precisado a definir tautológicamente la calidad normativa de sus decisiones. Puede sustituir las palabras, definiendo las normas por ejemplo como “deber ser”, pero esto sirve sólo para encubrir verbalmente la tautología. El sentido jurídico-normativo (*rechtsnormativer Sinn*) es aquello que caracteriza a un elemento como perteneciente al sistema jurídico. Esto es válido no sólo para las leyes y los contratos, sino también para las sentencias, derechos y expectativas que pertenecen al sistema jurídico por cuanto recurren a este sentido jurídico-normativo. La autopoyesis del derecho no es otra cosa que la reproducción de esta posibilidad y su transformación continua en vivencia y acción actuales.<sup>31</sup> Por lo tanto, forman parte del sistema jurídico no solamente los actos realizados en el desempeño de roles organizados o profesionales, los del legislador y los de tribunales y abogados,<sup>32</sup> sino también toda comunicación cotidiana en la medida en que hace referencia al derecho. El deber ser del derecho simboliza la unidad y la clausura del sistema jurídico. No existe derecho fuera del derecho, es decir, que en la relación del sistema con su ambiente, no hay *input* (entrada) ni *output* (salida) de derecho. En otras palabras, la función social del derecho es desempeñada exclusivamente en el sistema jurídico y en ninguna otra parte más.

En la teoría del derecho se presenta este estado de cosas como la imposibilidad de derivar normas de los hechos. Tal prohibición parece haber sido descubierta a medida que la evolución social conducía a la diferenciación del

<sup>31</sup> Cfr. Luhmann, Niklas, *Die Einheit des Rechtssystems*, *Rechtstheorie* 14 (1983), pp. 129-154 (traducción francesa: “L’unité du système juridique”, en: *Archives de philosophie du droit*, 1986, tomo 31, pp. 163-188; traducción inglesa: “The Unity of the Legal System”, en: Teubner, Gunther (ed.); *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*; Berlin-New-York, 1988, pp. 12-35).

<sup>32</sup> Así la opinión dominante. Cfr. por ejemplo Friedman, Lawrence M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, 1975.

sistema jurídico y al abandono de las premisas iusnaturalistas. Hoy se le reconoce unánimemente, y la sociología también habrá de respetarla. Sin embargo, y debido precisamente a ello, la observación sociológica del derecho adopta una posición totalmente distinta a la que asume la observación interna del sistema. Para la sociología del derecho las normas son hechos, de manera que no se plantea siquiera el problema de la deducción lógica. Así, la cuestión teórica que debe resolver la sociología del derecho es el modo en que debe manejar a las normas como hechos, es decir: con cuál aparato de conceptos ha de establecer la relevancia y conectividad teórica del hecho particular llamado "norma".

La concepción hoy predominante ofrece al respecto, siguiendo a Max Weber y Emile Durkheim, una solución muy sencilla. La facticidad de la norma es la opinión, la concepción o el consenso empíricamente determinables—esto es, un fenómeno subjetivo— que asumen el sentido de la norma. No obstante, esto no aclara el concepto de la norma, sino que lo presupone como forma irreductible de la vivencia.<sup>33</sup> Con ello no se hace más que transferir a la conciencia empírica la tautología según la cual la norma es lo que es. En consecuencia se repiten las definiciones tautológicas: "*A norm is a rule, more or less overt, which expresses 'ought' aspects of relationships between human beings*", dice por ejemplo un antropólogo social.<sup>34</sup> Esta concepción no ha sido improductiva, pues ha permitido aclarar, por ejemplo, que es necesaria la conciencia de lo contingente para poder generar conciencia de la norma, que se requiere la previsión de consecuencias y algunas cosas más.<sup>35</sup> Por lo que se

<sup>33</sup> Así, de modo explícito, Timasheff, Nicholas S., *An Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge, 1939, p. 68: "Ought to be" is a primary, irreducible content of consciousness". Esto resultará evidente para los fenomenólogos. En Geiger, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, reimpresión Neuwied, 1964, pp. 45 s. (traducción: *Estudios de sociología del derecho*, México, 1983), se hallan observaciones en el sentido de que la validez normativa de las reglas es sólo una concepción aparentemente simple de la vida cotidiana, detrás de la cual estarían por descubrirse hechos en verdad complejos.

<sup>34</sup> ("Una norma es una regla, más o menos explícita, que expresa el aspecto de lo 'debido' en las relaciones entre seres humanos") Bohannan, Paul, "The Differing Realms of Law", en: id. (ed.); *Law and Warfare, Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City, N.Y., 1967, pp. 43-56 (45). Cfr. también el panorama, con abundante material, sobre los intentos de definición en: Lautmann, Rüdiger, *Wert und Norm: Begriffsanalysen für die Soziologie (Valor y norma: análisis conceptuales para la sociología)*, Köln-Opladen, 1969, pp. 54 ss.

<sup>35</sup> Cfr. como investigaciones en esta dirección, por ejemplo, Oman, Milton/Tomasson, Richard F., *Disparities in Visualizing Social Norms*, *Social Forces* 3 (1952), pp. 328-333; Schwartz, Shalom H.; "Words, Deeds, and the Perception of Consequences and the Responsibility in Action Situations", *Journal of Personal and Social Psychology* 10 (1968), pp. 232-242; Sukale-Wolff,

refiere al concepto mismo de norma, se desaprovechan las posibilidades inherentes en la distinción entre observación ajena y autoobservación.

Podemos superar este estado de la discusión si concebimos a las normas como expectativas de conducta contrafácticas, es decir, como expectativas sostenidas aun cuando sean desilusionadas,<sup>36</sup> en cuyo caso también se trata a las normas como hechos (y no como derivaciones lógicas de los hechos), pero la definición pone al mismo tiempo en relieve la diferencia entre expectativas cognitivas y normativas: tratándose de las primeras, se aprende de las decepciones; en el caso de las segundas, no. Se ve, además, que en muchos, que en la mayoría de los casos es irrelevante esta distinción, porque no es necesario preocuparse del comportamiento a asumir en caso de decepción. La expectativa cotidiana se contenta con lo evidente y permanece incalificada respecto a la distinción cognitivo/normativo (aprender/no aprender). Sólo cuando se anuncia un conflicto, o en todo caso, cuando existe la posibilidad de que una expectativa sea frustrada, hay motivo para preocuparse anticipadamente y, en dado caso, sujetarse uno y los demás mediante un estilo de expectativa con énfasis normativo.<sup>37</sup> Los aspectos clásicos del concepto sociológico de la norma pueden introducirse entonces de manera secundaria: si sostener las expectativas en caso de decepción, esto es, si el riesgo de denegación del aprendizaje adaptativo es lo importante, la improbabilidad de tal comportamiento debe garantizarse de modo adicional, ya sea mediante requisitos especiales en la formulación y simbolización de la norma, para que esta pueda mantenerse sin correlato en la realidad; ya sea mediante la suposición del consenso de terceros no involucrados (institucionalización); ya sea a través de la perspectiva de una posible sanción, mediante la cual se dé cauce a la decepción y se confiera fuerza a la expectativa.<sup>38</sup> Si atendemos a la función que cumple la expectativa de tipo

Sybill, *Konformität als Antwort auf Konflikte: zwei Modelle*, Conformidad como respuesta al conflicto: *dos modelos*), Festschrift Eduard Baumgarten, Meisenheim am Glan, 1971, pp. 174-200.

<sup>36</sup> Véase más detalladamente Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie* (Sociología del derecho), 3a. ed., Opladen, 1987, pp. 40 y ss.

<sup>37</sup> Naturalmente debe reconocerse que precisamente esta obligación anticipada puede resultar incómoda y que se buscarán vías de autodispensa si esto sale a relucir. Cfr. al respecto el estudio de caso de Frankel, Barbara, "The Cautionary Tale of the Seven-Day Hospital: Ideological Messages and Sociological Muddles in the Therapeutic Community", en: Krippendorff, Klaus (ed.); *Communication and Control in Society*, New York, 1979, pp. 353-373.

<sup>38</sup> Los sociólogos, en particular, pero también los teóricos "realistas" del derecho, definen el concepto de norma a través de este elemento secundario. Esta constituye igualmente una posibilidad de afirmar la pura facticidad de lo normativo sin entrar en el sentido característico de la normatividad. Cfr. por ejemplo Popitz, Heinrich, "Soziale Normen" ("Normas sociales"), *Europäisches*

normativo, se comprende a la vez el motivo de esta necesidad de apoyo y la conexión entre las distintas formas de la garantía. La norma debe poder afirmarse en mayor o menor grado contra la realidad, y se formula únicamente porque esto podría ser necesario en algún momento. El significado de la norma radica en la conducta anómala, y no en la conformidad con ella.

Con ayuda de este concepto de norma, encuadrado en una red de condiciones y funciones fácticas, la sociología es capaz de ver y formular más de lo que se puede aprovechar dentro del sistema jurídico.<sup>39</sup> Así, el sociólogo destacará la referencia de lo contingente, la función que tiene el aseguramiento de las expectativas y la terquedad característica de la norma, y de esto deducirá la necesidad de su fundamentación, mientras que, por el contrario, en el sistema jurídico la reproducción y aplicación de la norma se fundamenta con su propia fundamentación. En la perspectiva sociológica la norma se sujeta a comparaciones del todo diversas a las que emplea el sistema jurídico. Por otro lado, en la realización de su autopoyesis únicamente las operaciones del sistema jurídico están en situación de modificar sus estructuras de expectativas normativas, y las reflexiones requeridas para tal efecto pueden parecerle inexplicables o imprevisibles al sociólogo.

#### IV

No es del todo sencillo determinar a qué cuestión responde realmente el concepto de la positividad del derecho y por ello tampoco queda en claro cuál es su significado último. Es de suponerse que el planteamiento que da origen al concepto haya sido reemplazado en época reciente, pero ¿cómo? y ¿por qué razón?

En la arquitectura medieval del derecho, la positividad era la denominación de una de sus fuentes,<sup>40</sup> esto es, un fundamento de validez que garantizaba a

*Archiv für Soziologie* 2 (1961), pp. 185-198; Spittler, Gerd, *Norm und Sanktion: Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus* (Norma y sanción: investigaciones sobre el mecanismo de la sanción), Olten-Freiburg, 1967, especialmente pp. 14 y ss.

<sup>39</sup> Cfr. Ziegler, Rolf, "Norm, Sanktion, Rolle: Eine strukturelle Rekonstruktion soziologischer Begriffe" ("Norma, sanción, rol: una reconstrucción estructural de conceptos sociológicos"), *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 36 (1984), pp. 433-463.

<sup>40</sup> Sobre la semántica histórica del concepto "fuente del derecho" cfr. también Luhmann, Niklas, "Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht" ("La doctrina jurídica de las fuentes del derecho desde la perspectiva sociológica"), en: id.; *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Diferenciación del derecho: contribuciones a la sociología y la teoría del derecho), Frankfurt, 1981, pp. 308-325.

la vez la justicia del derecho dentro de un orden jerárquico de fundamentos de validez y que gozaba de credibilidad gracias a su limitación. En otras palabras, la jerarquía de las “leges” permitía unir proposición de validez y proposición de justicia. Al mismo tiempo, resultaba necesario aceptar, desde el punto de vista político, un derecho de resistencia. Quizá en este problema de la facultad de resistir contra un derecho ilegítimamente establecido (como forma de manifestación de la paradoja del derecho) fue el motivo de escándalo: en todo caso, dicha jerarquía de las leyes se disuelve en los siglos XVII y XVIII, y en su lugar queda la positividad de la validez del derecho.<sup>41</sup> Hoy en día sólo tiene validez el derecho positivo. Tras bambalinas se sustituyó la paradoja del derecho por la tautología del derecho, y la positividad no quiere decir otra cosa sino que es válido como derecho lo que según las disposiciones del derecho vale como derecho. Ante determinadas afirmaciones jurídicas, el jurista común no tendrá, por lo regular, más que plantearse y responder una pregunta en el caso concreto: “¿dónde se encuentra eso?”

Pero esta solución seductoramente simple tiene sus costos, pues ha disuelto la unidad entre proposición de validez y proposición de justicia. El derecho vigente ya no es sin más derecho justo, sino que requiere una “legitimación” —en todo caso, según la opinión de la doctrina—. Obligado a desempeñar esta función, el concepto de legitimación no puede ser ya hoy, como lo fue antes, un concepto jurídico,<sup>42</sup> sino que se convierte en concepto político y desemboca en la cuestión de la legitimación de la política para la legitimación del derecho,<sup>43</sup> y encuentra aquí una respuesta final, ya sea en la teoría de la democra-

<sup>41</sup> Respecto de la teoría de reflexión cfr. Bluhdorn, Jürgen, “Naturrechtskritik und Philosophie des positiven Rechts”: Zur Begründung der Jurisprudenz als positive Fachwissenschaft durch Gustav Hugo” (“Crítica del derecho natural y ‘filosofía del derecho positivo’: sobre la fundamentación de la ciencia del derecho como ciencia positiva especializada por Gustav Hugo”), *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 41 (1973), pp. 3-17; id.; “Kantianer und Kant: Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur Wissenschaft vom positiven Recht” (“Los kantianos y Kant: el viraje de la metafísica del derecho a la ciencia del derecho positivo”), *Kantstudien* 64 (1973), pp. 363-394.

<sup>42</sup> Las perplejidades se anuncian bastante temprano. Así, la legitimidad, referida a la dominación política, se define negativamente la mayoría de las veces por las condiciones de su ausencia, a saber, usurpación violenta o abuso tiránico. Cfr. por ejemplo Spontone, Ciro, *Dodici libri del Governo di Stato*, Verona, 1599, pp. 241 ss.

<sup>43</sup> Por lo demás, el concepto de Estado en la tradición continental europea permite concentrar abreviadamente este complejo estado de cosas en la fórmula de la legitimación del Estado. Cfr. las contribuciones y discusiones en: Achterberg, Norbert/Krawietz, Werner (eds.), “Legitimation des modernen Staates” (Legitimación del Estado moderno), suplemento 15 del *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, 1981.

cia o en la de los valores. Así se asimetriza suficientemente al sistema jurídico para permitirle operar. Cada vez que surge la cuestión de la legitimación, tiene éste la facultad de remitirse a algo "superior" sin tener por ello que admitir de entrada un derecho de resistencia.

Es evidente que esto no satisface al sociólogo. Max Weber reaccionó ante este problema mediante la conocida distinción entre los diversos tipos de dominación legítima, lo que en realidad constituye una tentativa teórica más bien impotente que no va más allá de caracterizar a la sociedad moderna mediante el tipo formal-racional de dominación legal (lo cual sabemos también sin necesidad de recurrir a la sociología). Uno de sus méritos reside, sin embargo, en la factualización de todos los tipos de legitimidad, incluso de la creencia en la legitimidad tradicional y la carismática, lo cual autoriza a hacer comparaciones. Al mismo tiempo, se encubre la diferencia histórica, consistente en que las sociedades anteriores no conocían en absoluto este problema y el que toda la discusión sobre la legitimidad surge apenas frente a la estela dejada por la positivización del derecho.

Si, en cambio, concebimos la positivización del derecho como correlato de la diferenciación del sistema jurídico y de su autonomía autopoyética, tendremos un punto de partida teórico totalmente distinto. En las condiciones definidas por la diferenciación funcional, la validez del derecho sólo es posible si es "positiva", es decir: puesta por el derecho mismo. El derecho puede regular la manera en que se reproduce a sí mismo, es decir: cómo se pasa legítimamente del derecho al derecho; pero esto sólo el derecho puede regularlo. No existen autoridades o instancias externas que puedan introducir derecho en el derecho. El derecho se constituye circularmente, y un observador que pretenda describir como unidad esta circunstancia debe recurrir, por tanto, a una formulación tautológica. Todas las restricciones son autoimpuestas; toda orientación por el ambiente debe ser manejada por el sistema en su propio interior.

En consecuencia, el derecho es válido sólo porque se ha decidido que lo sea. Sin embargo, sería un error querer ver en esto un "decisionismo" arbitrario y carente de principios. En su fundamentación mediante decisión reside ya una doble restricción: por un lado, lo que es creado mediante decisión puede modificarse por el mismo medio. El derecho se funda en la inestabilidad de su principio de validez. Es válido hasta nuevo aviso.<sup>44</sup> La justificación de su

<sup>44</sup> Se impone la comparación con los programas de inversión ("empresas") en el sistema económico y los programas de investigación ("teorías") en el sistema científico. En todos estos casos se aplica la temporalización para descargar al sistema, y las perspectivas de un futuro en que

contenido reside en que las normas no son modificadas, aunque podrían serlo. Se puede operar con una presunción de consenso y forzar al oponente a iniciar un procedimiento de reforma del derecho. Por otro lado, si bien todo el derecho puede ser modificado, no puede serlo todo al mismo tiempo. Todo cambio en el derecho debe fundarse en derecho. Todo nuevo derecho ha de integrarse en el viejo derecho y ser armonizado con éste, si no se quiere que la programación se vuelva contradictoria e impronosticable en sus operaciones. La escasa posibilidad de centralizar el material jurídico y la reducida "penetración" (*Durchgriffswirkung*) de los principios constituyen, por tanto, también una protección contra la arbitrariedad. Quien desee cambiar radicalmente en corto tiempo los programas del sistema jurídico tiene que empezar desde el exterior.<sup>45</sup>

El problema práctico reside entonces menos en un peligro de arbitrariedad inmanente al derecho que en las dificultades provocadas por las innovaciones jurídico-políticas de tipo profundo. A lo largo de periodos prolongados pueden ser identificadas como cambios tendenciales de la jurisprudencia y tomar auge entonces a través de la retroalimentación (*feedback*) positiva; así, por ejemplo, el paso de la responsabilidad estricta por culpa a la responsabilidad por riesgo objetivo y la protección de la buena fe, o bien, el creciente reconocimiento del daño inmaterial. Si el cambio es de orden legislativo se requiere iniciar un alud de modificaciones mínimas, con incontables e imprevisibles efectos. El fortalecimiento de las consideraciones ecológicas en el llamado derecho ambiental ofrece un buen ejemplo de ello.

Para el sistema jurídico, la cuestión de la positividad del derecho no tiene respuesta, ya que nunca se somete a decisión. En todo caso, el déficit de legitimación se pone al descubierto cuando la justicia carece de buena prensa. La observación sociológica externa al sistema es capaz, además, de hacer comprender por qué esto es así. Puede describir como autorreferencia la autopoiesis del derecho y como tautología la unidad del sistema referente y el referido. También puede hacer entender la ganancia que significa complementar al menos, si no sustituir, la asimetrización jerárquica de la tautología con la asimetrización temporal. No es tanto que la positividad se decreta desde "arriba", sino que más bien se pone en operación mediante un procedimiento

es posible disolver las obligaciones aligera la decisión de obligarse.

<sup>45</sup> Un buen estudio de caso en este sentido: Rütters, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (La interpretación sin límites: sobre la transformación del derecho privado en el nacionalsocialismo), Tübingen, 1968.

paulatino de “un paso después del otro”. Esta descripción sociológica obtiene una transparencia que el sistema es incapaz de instrumentar en sus propias operaciones. En esta medida difieren la observación propia y la ajena, pero precisamente tal diferencia puede ser observada de nueva cuenta en la reflexión sobre esta distinción.

## V

Podemos derivar de la tautología y la paradoja los problemas de teoría del derecho que hemos abordado hasta ahora y, desde ese punto de partida (que escapa a la observación en el sistema), reconstruirlos en el marco de la teoría de sistemas. Pasamos ahora de la teoría del derecho a la dogmática jurídica, es decir, de la reflexión sobre la unidad del sistema a las cuestiones de la decisión correcta.

Una de las más importantes transformaciones de la dogmática jurídica de este siglo consiste en considerar en buena medida legítimo, incluso ineludible, orientarse por las consecuencias ligadas con diversas concepciones y decisiones jurídicas.<sup>46</sup> Desde el momento en que se prescinde de las asimetrías “natura-

<sup>46</sup> Al respecto, desde una perspectiva crítica: Luhmann, Niklas, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, pp. 31 y ss. (traducción: Sistema jurídico y dogmática jurídica, Madrid, 1985) y en el contexto del liberalismo (en su concepción norteamericana) Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1978 (traducción: Los derechos en serio, Barcelona, 1984). La subsecuente discusión dentro de la ciencia jurídica se ha aferrado al aspecto de la orientación por las consecuencias. Cfr. entre la abundante bibliografía, por ejemplo: Teubner, Gunther, “Folgenkontrolle und juristische Dogmatik” (“Control de las consecuencias y dogmática jurídica”), *Rechtstheorie* 6 (1975), pp. 179-204; Damm, Reinhard, “Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre” (“Norma y hecho en la evolución histórica de la metodología jurídica”), *Rechtstheorie* 7 (1976), pp. 213-248 (241 ss.); Schöneborn, Christian, “Schuldprinzip und generalpräventiver Effekt” (“Principio de culpabilidad y efecto de prevención general”), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-wissenschaft* 88 (1976), pp. 349-364 (con reservas iuspenalistas típicas); id. “Zum Stellenwert der juristischen Dogmatik in Rechtsfindungsgang” (“Sobre la posición de la dogmática en el proceso de aplicación del derecho”), *Rechtstheorie* 7 (1976), pp. 169-186; Sambuc, Thomas, *Folgenerwägungen im Richterrecht. Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsprechung, erörtert am Beispiel des Paragraphen 1 UWG* (Consideraciones sobre las consecuencias en el derecho judicial: la consideración de las consecuencias de la decisión en la jurisprudencia, analizada con base en el ejemplo del párrafo 1 de la Ley contra la competencia desleal), Berlin, 1977; Wälde, Thomas W., *Juristische Folgenorientierung* (Orientación por las consecuencias jurídicas), Königstein/Ts., 1979; Lübke-Wolf, Gertrude, *Rechtsfolgen und Realfolgen (Efectos jurídicos y consecuencias reales)*, Freiburg, 1981; Rottluehner, Hubert, “Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung” (“Sobre el método de una aplicación del derecho orientada por las consecuencias”), en: *Wissenschaften und Philosophie als*

les”, de las construcciones jurídicas “apriorísticas” y de la deducción conceptual, es decir, a partir de la transición hacia la jurisprudencia de intereses, no es posible reconocer el valor del derecho más que en los intereses afectados y, por ello, se requiere examinar de qué modo lo son. La doctrina anterior había sido más cuidadosa en este punto,<sup>47</sup> e incluso la ética utilitarista previene y distingue entre utilidad de la acción y utilidad de la regla<sup>48</sup> (esta última depende del poder desentenderse del cálculo de las consecuencias y de que se pueda obedecer a la regla como regla). Partiendo del enfoque habitual en la teoría de la decisión y la sociología empírica, resulta incomprensible, con mayor razón, que el jurista pueda confiar tanto en conocer el futuro. La respuesta es, naturalmente, que se ve obligado a ello. Con alguna exageración podríamos decir que la orientación por las consecuencias es a la vez imposible y necesaria.<sup>49</sup> Las “buenas razones”, la experiencia de la vida, el cuidado puesto en la práctica profesional, en las que se apoya el jurista, le sirven para disolver esta paradoja y para convencerse de que es posible de todos modos. Y si las consecuencias no se producen en la forma esperada o si no se les da siquiera la oportunidad porque se rechaza la decisión que conduciría a ellas, en nada cambia la legalidad de una resolución, pues ha adquirido autoridad formal.

A la distancia, pueden llamarle la atención varias cosas al sociólogo que no se contenta con asentir satisfecho a este viraje empírico de la ciencia del derecho. De entrada, resulta evidente que aquí se halla en juego una asime-

*Basis der Jurisprudenz* (Las ciencias y la filosofía como base de la ciencia del derecho), suplemento 13 del *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, 1981, pp. 97-118; Hassemer, Wienfried, “Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze” (“Sobre la consideración de las consecuencias en la interpretación de las leyes penales”), *Festschrift Helmut Coing*, München, 1982, pp. 493-524.

<sup>47</sup> “Las consecuencias de la acción en la experiencia únicamente pueden enseñar lo agradable o desagradable de la misma para el sentimiento, y así ofrecer preceptos a la cordura. Empero no pueden derivarse de ellas el concepto de un derecho y de una obligación”, se lee en Buhle, Johann Gottlieb, *Lehrbuch des Naturrechts* (Manual del derecho natural), Göttingen, 1798, reimpresión Bruselas, 1969, p. 51. O bien Garland, Edwin Norman, *Legal Realism and Justice*, New York, 1941, p. 76: “To look for the consequences of his judgment is injustice in a judge who is asked to administer law and not policy” (“La búsqueda de las consecuencias de sus sentencias es injusticia en el juez al que se le pide administrar justicia y no política”).

<sup>48</sup> Cfr. Brandt, Richard B., *Ethical Theory: The Problems of Normative and Critical Ethics*, Cliffs N.J. 1959. Cfr. un breve panorama en Höffe, Otfried, *Einführung in die utilitaristische Ethik; Klassische und zeitgenössische Texte* (Introducción a la ética utilitarista; textos clásicos y contemporáneos), München, 1975, pp. 20 y ss.

<sup>49</sup> Puesto que la “contingencia” se define como negación de la imposibilidad y de la necesidad, puede hablarse aquí de “contingencia negativa”.

trización temporal que sustituye a la arquitectura jerárquica. Precisamente porque no se puede conocer el futuro es difícil atacar las afirmaciones sobre las consecuencias de la decisión. El afectado desventajosamente por ésta no lo sabe mejor. Si al disolver un matrimonio, el juez determina que la madre es mejor garante del bienestar de un niño que el padre, ¿cómo puede éste esclarecer en su favor el turbio futuro? Casi se querría decir: *in pari turpitudine melior est causa auctoritatis*.<sup>\*</sup> La inseguridad acerca del futuro funciona precisamente como equivalente de la certidumbre. Así se sustituye la seguridad de los principios que han perdido credibilidad o se han vuelto improductivos para la deducción, y se tiene ahora fe en las consecuencias.

Un segundo punto adquiere quizá mayor peso. La orientación por las consecuencias permanece limitada a las operaciones oficiales del poder legislativo y la justicia. No ha sido pensada para cualquiera. Si la clientela normal del sistema se orientara también por las consecuencias, todo dependería de ser descubierto, o no, por la infracción a la ley, o de que el contrario se decida a demandar o deje pasar. Si este cálculo fuera lícito, tendríamos que vérnoslas con un peculiar caso de *tangled hierarchy*:<sup>50</sup> basta con tomar en cuenta el no funcionamiento del sistema jurídico para que lo ilícito pueda convertirse en lícito. La unidad del sistema entraría en el sistema otra vez como déficit funcional, y el código lícito/ilícito podría aplicarse a sí mismo.

Para impedir esta posibilidad, es necesario ejercer la orientación por las consecuencias como privilegio oficial, como *ius eminens*. Desde el punto de vista sociológico es de esperar que esto agudice la ya de por sí considerable distancia entre el uso oficial del derecho y el no oficial. En la medida en que la orientación por las consecuencias determine los programas de decisión, la aplicación oficial de estos programas seguirá criterios que los afectados no pueden adoptar para sí mismos. Se ven entonces confrontados con un derecho que no corresponde a su pretensión de alcanzar justicia, sino que reduce el derecho a un modo de la *social engineering* (ingeniería social), cualesquiera que sean sus buenas intenciones. No serían sino consecuentes al conducirse primariamente conforme a la probabilidad de ser descubiertos o demandados, pues de esto dependen las consecuencias para ellos.

\* "En igualdad de torpeza, es mejor la causa de la autoridad". Cfr. por ejemplo el adagio jurídico latino: *In pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis* ("En igualdad de causa torpe, es mejor la del poseedor").

<sup>50</sup> Cfr. *op. cit.*, *supra*, nota 20.

## VI

Mientras que la jurisprudencia de intereses y la orientación por las consecuencias intentan afianzar el derecho en las tierras bajas de la experiencia, una segunda tendencia de cambio sigue apostando, igual que antes pero de manera atenuada, a la racionalidad. A pesar de toda la crítica enderezada contra la deducción conceptual y el rigor lógico, no ha sido posible prescindir de la exigencia de que las opiniones jurídicas estén fundamentadas. Dentro del sistema jurídico se halla uno atendido a creer, si no en determinadas razones, sí en la posibilidad, y en el requisito permanente, de fundamentación del concepto jurídico, y como síntesis de todas las fundamentaciones plausibles resulta insustituible algo así como la "razón" o la racionalidad jurídicas. Si tal cosa no es posible mediante la lógica estricta, entonces debe serlo de otro modo, pero ¿cómo?

Junto con la orientación por las consecuencias puede observarse, como segunda transformación significativa en el ámbito de la doctrina jurídica del presente siglo, la búsqueda de formas y posibilidades de legitimación de una racionalidad atenuada.<sup>51</sup> El intento de revivir los modelos de racionalidad tópica o retórica, el razonamiento por opiniones y las técnicas de la persuasión, ha ejercido cierta fascinación durante un tiempo y, en vista del estado de necesidad,<sup>52</sup> ha abierto cuando menos el camino a los actuales esfuerzos en torno a una teoría de la argumentación jurídica. El interés en los modos de la

<sup>51</sup> En modo alguno se trata de un fenómeno exclusivamente jurídico, sino de una tendencia mucho más general de acomodo a los límites de la racionalidad. Podría hacerse referencia al teorema de Arrow sobre las restricciones de la agregación social de preferencias (Arrow, Kenneth J., *Social Choice and Individual Values*, New York, 1951 y al respecto Podlech, Adalbert, "Recht und Moral" ["Derecho y moral"], *Rechtstheorie* 3 (1972), pp. 129-148); a la crítica de la máxima de optimización de la única decisión correcta (Simon, Herbert A., *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, New York, 1957); al "dilema del prisionero" (Rappaport, Anatol/Chamnah, Albert R., *Prisoner's Dilemma: A Study in Conflict and Cooperation*, Ann Arbor, 1965); al renacimiento del concepto de "acrasia" en la filosofía de la personalidad (Rorty, Amélie O., "Self-Deception, Akrasia and Irrationality", *Social Science Information* 19 (1980), pp. 905-922) y a otros más. Todos estos esfuerzos tienen en común el dejar atrás la plana distinción racional/irracional o razón/voluntad/sentimiento.

<sup>52</sup> Véanse los principales protagonistas: Viehweg, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (traducción: Tópica y jurisprudencia, Madrid 1964); Perelman, Chaim, *Das Reich der Rhetorik*, München, 1980. Es evidente que el descuido de los contextos históricos ha facilitado la recepción.

argumentación, que hace caso omiso de los efectos sociales del derecho,<sup>53</sup> es como tal un síntoma de la diferenciación del derecho. No se trata aquí ya de la búsqueda (*inventio*) de razones ni de su reforzamiento con el propósito de impresionar (*amplificatio*), sino de la obtención, mediante generalización y selección, de un consenso apoyado intersubjetivamente.<sup>54</sup> Así se reconstruye el proceder del gremio, quizá de forma demasiado idealista, pero en todo caso no de modo suficientemente pragmático. Sin embargo, hay aquí puntos de contacto para una autodescripción del sistema jurídico. Los argumentos conducen a razones más o menos adecuadas que sirven para situar en un contexto, controlable en detalle, una multiplicidad de decisiones. Y como difícilmente se puede sustituir a las razones como garantes de los contextos de decisión, al jurista le parece entonces que las razones justifican las decisiones y no a la inversa. De nueva cuenta, nos hallamos ante una asimetría en acción.<sup>55</sup>

Nada de esto debería trasladarse en calidad de mera copia a la teoría sociológica, por ejemplo, identificando la racionalidad con una habilidad profesional.<sup>56</sup> El análisis sociológico no agota la profundidad y precisión que puede alcanzar ni tampoco aprovecha suficientemente la distancia que confiere la descripción ajena. Nuestro punto de partida es distinto y, de nueva cuenta, más extraño. De entrada, la sociología debe preguntar sobre todo por la función de la argumentación, y no contentarse con la respuesta, casi tautológica, de que proporciona razones.

El problema que en última instancia debe resolver la argumentación

<sup>53</sup> Werner Krawietz ha hecho notar en diversas ocasiones este cambio. Cfr., por ejemplo, "Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?" ("¿Qué aporta la dogmática jurídica a la práctica de la decisión judicial?"), *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 23 (1972), pp. 47-80 (72 s.).

<sup>54</sup> Cfr., con apoyo en Habermas, Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischer Argumentation* (Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica), Frankfurt, 1978. Como panorama sobre la bibliografía reciente véase Krawietz, Werner, "Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive" ("La argumentación jurídica desde la perspectiva de la teoría, la filosofía y la sociología del derecho"), *Festschrift Ulrich Scupin* 1983, pp. 347-390.

<sup>55</sup> Habría más que decir sobre el particular, sobre todo acerca de la técnica de descomposición y disolución de los intereses en conflicto en una multiplicidad de pasos mentales que deben fundamentarse de manera detallada. De este modo surge algo así como el efecto de enjambre, conocido en la investigación del comportamiento, que irrita a los peces grandes y les obstaculiza el ataque.

<sup>56</sup> Así, Schelsky, Helmut, "Die juristische Rationalität" ("La racionalidad jurídica"), en: id., *Die Soziologie und das Recht* (Los sociólogos y el derecho), Opladen, 1980, pp. 34-76.

razonada es la ocurrencia aislada de los casos jurídicos en la vida cotidiana. Una aeronave se desploma. Los cónyuges se separan. Una dama golpea por descuido un anaquel de un almacén y un costoso jarrón se despedaza en el suelo. ¿Cómo es posible que estos eventos estén relacionados jurídicamente? ¿Porque una caída es una caída? ¿O porque los hijos de los fallecidos o divorciados deben recibir alimentos? Todo planteamiento del problema enfocado exclusivamente al evento irrepetible conduciría a la arbitrariedad, y precisamente contra ella protege el derecho. Este permite establecer entre los casos una conexión inexistente de antemano —sobre todo para los involucrados— y así los accidentes y azares se convierten en casos jurídicos, en la medida en que son reconstruidos bajo criterios de derecho y son tratados como si hubieran podido ser esperados. El caso jurídico se obtiene, así pues, eliminando mentalmente, a través de una “desrandomización”,\* la casualidad en la coincidencia de las circunstancias.<sup>57</sup> Visto desde el sistema jurídico, el caso se convierte en la concretización de una regla general para la decisión que uno se propone aplicar siempre que se produzcan tales casos.

Todo esto puede decirse con los medios internos de autodescripción del sistema jurídico.<sup>58</sup> Pero la sociología puede ir más allá, suponiendo que precisamente al imponer estructuras regulativas a la vida cotidiana se incre-

\* Del inglés *random* (“azar”).

<sup>57</sup> “Le mot ‘cas’ designe un ensemble, abstrait et général, de circonstances, dont le rapprochement est, au moins en partie, fortuit, mais présente pour le juriste un intérêt” (“El término ‘caso’ designa un conjunto abstracto y general de circunstancias, cuya coincidencia es, en parte al menos, fortuita, pero que presenta un interés para el jurista”) Ray, Jan, *Essai sur la structure logique du code civil français*, París, 1926, p. 154.

<sup>58</sup> Véase, de entre la rica bibliografía, por ejemplo Hruschka, Joachim, *Die Konstitution des Rechtsfalles: Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung* (La constitución del caso jurídico: estudios sobre la relación entre la determinación de los hechos y la aplicación del derecho), Berlín, 1965; Bund, Elmar, *Untersuchungen zur Methode Julians (Investigaciones sobre el método de Juliano)*, Köln-Graz 1965; Hardwig, Werner, “Die methodologische Bedeutung von Rechtsfällen für die Behandlung rechtswissenschaftlicher Probleme” (“La significación metodológica de los casos jurídicos en el tratamiento de problemas de la ciencia jurídica”), *Juristische Schulung* 7 (1967), pp. 49-54; Nörr, Dieter, “Das Verhältnis von Fall und Norm als Problem der reflektierenden Urteilskraft” (“La relación entre caso y norma como problema de la reflexión del juicio”), en: Fuhrmann, Manfred et al. (eds.); *Text und Applikation. Poetik und Hermeneutik* (Texto y aplicación. Poética y hermenéutica), München 1981, vol. IX, pp. 395-407; Schapp, Jan, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre* (Problemas centrales de la metodología jurídica), Tübingen, 1983.

menta la casuística, como reacción inmune de la vida, por así decirlo.<sup>59</sup> Además, contrariamente a lo que pudiera pensarse, junto con la regulación aumenta, en vez de decrecer, el componente accidental de la vida social.<sup>60</sup> Así, cuando el sistema jurídico cede en demasía ante sus propias posibilidades, cae en la trampa del concretismo y de la complejidad incontrolable del detalle. Pero ver y decir esto no es todavía, en manera alguna, ¡un argumento!

La argumentación actúa como contraveneno. A la caza de razones, los juristas generan, como efecto secundario, redundancia. Esto es: cada argumento reduce el efecto sorpresivo de los subsecuentes argumentos y, en última instancia, de las decisiones mismas.<sup>61</sup> La redundancia indica sobre todo la medida en que resulta superflua la información adicional, el grado de independencia de las próximas sorpresas, es decir, el grado de certidumbre. La inseguridad consiste siempre en la cantidad de información que todavía hace falta, y los argumentos que muestran que se puede tratar un caso de igual modo que otro, o bien, que otros casos deben decidirse de manera distinta, generan y aprovechan la redundancia; también el encadenamiento de los argumentos entre sí, esto es, el hecho de que se conecten, apoyen y gufen mutuamente, debe atribuirse a la generación y aprovechamiento de la redundancia.

El sistema jurídico es un sistema con incertidumbre circulante. Por un lado, hay que reproducir continuamente la inseguridad, para que las decisiones puedan mantenerse abiertas y haya motivación para generarlas.<sup>62</sup> Por otro lado, la limitación de esta inseguridad es condición de posibilidad de su circulación, pues de otro modo se perdería la conectividad entre las operaciones.

<sup>59</sup> Véase Hahn, *op. cit.* supra nota 9, sobre el ejemplo de la casuística de la confesión. Hahn ve aquí una raíz del individualismo moderno.

<sup>60</sup> Hasta donde alcanzo a ver, no existe en el ámbito de lengua alemana una investigación sobre este importante tema de la génesis estructural de accidentalidad, debido quizás ya al hecho de que no existe un vocablo con la extensión semántica de "accidens".

<sup>61</sup> Este concepto de redundancia debe distinguirse de otro que se refiere a la entropía y designa la igualdad de todos los contactos. A diferencia de este último concepto, aquí se trata de que la información sobre un ítem (ya sea un argumento o una decisión) disminuye el valor informativo (el valor de sorpresa) de la comunicación de otro ítem, a pesar de la alta complejidad neguentrópica. Por ello es posible proponer las mediciones de redundancia como medida de la complejidad. Cfr. sobre el empleo de este concepto de redundancia Atlan, *op. cit.*, supra nota 15, en especial p. 129: conectividad como especie de redundancia, o p. 71 sobre la necesidad de un "compromis entre redondance et variété".

<sup>62</sup> Al respecto Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren (Legitimación a través del procedimiento)*, reimpresión Frankfurt, 1983; id. "Konflikt und Recht" ("Derecho y conflicto"), en: id.; *Ausdifferenzierung des Rechts, loc. cit.*, nota 40, pp. 92-112.

Precisamente la clausura del sistema lo expone al azar, es decir, a eventos que no son controlados de forma causal por eventos anteriores, ni de modo final por otros posteriores, en el sistema mismo.<sup>63</sup> Sin embargo, el sistema se ve precisado a “desrandomizar” estos eventos casuales, pues de otro modo no podría ser sensible a ellos. Esta función es cumplida por la argumentación.

Esto sucede, en cierta medida, con independencia de los objetivos que persigan los argumentadores con sus argumentos y, más aún, ocurre independientemente de la cuestión si las razones mismas son criterios “superiores”, o bien, si éstas pueden ordenarse jerárquicamente. Esto sucede, pues, con independencia de la autodescripción del sistema. En otras palabras, el sistema depende de no tener que fundamentar la fundamentación. La redundancia no es, en este sentido, la razón de la fundamentación, sino su función y como tal es un criterio de comparación e intercambio que el discurso dentro del sistema se ve obligado a oscurecer cuando se trata de establecer razones a la luz de las evidencias internas del sistema.

La consistencia del sistema es la razón de las razones, pero si ha de ser introducida como razón en el sistema, se requiere entonces una idea sucedánea que represente al sistema en el sistema.<sup>64</sup> Debe aparecer en forma depurada, simplificada, lista para usar, exenta de paradojas, porque de otro modo no podría colaborar en la generación de redundancia. La redundancia misma no es redundante, pero cada argumento, por su lado, tiene que aportar redundancia. La redundancia misma está construida simétricamente (porque si un argumento reduce el valor sorpresivo de otro, lo mismo sucede en el caso inverso), pero el recurso a las razones posee una estructura asimétrica, irreversible (porque sólo se obtienen razones cuando se puede interrumpir la recursividad de todas las relaciones de sentido). La redundancia se da de modo no especificado, pero las razones deben especificarse para que puedan distinguirse entre sí y presentarse como mejores razones. La redundancia es un evento contextual, esto es, un elemento del sistema, mientras que la argumentación debe confiar en las propiedades intrínsecas de los argumentos, en su capacidad inherente de

<sup>63</sup> Aquí reside el motivo por el cual la argumentación jurídica no puede conformarse con copiar causalidades externas. Cfr. al respecto el capítulo sobre “Legal Reasoning” en: Aubert, Vilhelm; *In Search of Law: Sociological Approaches to Law*, Oxford, 1983, pp. 77 ss.

<sup>64</sup> Con Gauchet, Michel, *L'expérience totalitaire et la pensée politique*, Esprit, julio/agosto 1976, pp. 3-28, se podría decir también que la introducción de la unidad del todo como argumento en el todo viene a ser la introducción de una diferencia en el todo - una diferencia, que para justificar el punto de vista del todo, debe buscar puntos de referencia externos.

fundamentar convincentemente las posturas en cuestión.<sup>65</sup> La redundancia misma no puede ser atribuida a ningún argumento; en cambio, esto es precisamente lo que debe atribuirse a todo esfuerzo de fundamentación.

Esta conexión autolimitativa de los argumentos se denomina en la ciencia jurídica sistema o sistemática, o también método sistemático.<sup>66</sup> De este modo el sistema jurídico se designa y —se encubre— a sí mismo. Las diferencias mencionadas entre autodescripción y descripción ajena de la argumentación permanecen invisibles y, como es de preverse, surge una diferencia: el jurista se ve confrontado con la cuestión de si prefiere escoger el método sistemático o bien algún otro método, el “razonamiento sistemático” o mejor el “razonamiento problemático” (*Vielweg*). El análisis sociológico externo es también capaz de comprender esto. Pero con ello se pierde, sin darnos cuenta, la posibilidad de entender y juzgar cómo argumenta realmente el jurista, y todo aparece a la luz difusa de la indiferencia y de la equivalencia funcional de otras posibilidades.

## VII

Los programas y argumentos que guían el sistema jurídico constituyen expectativas respecto de la conducta jurídicamente debida (*richtig*). Hacemos

<sup>65</sup> Así explícitamente Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 1, Frankfurt, 1981, p. 48 (traducción: Teoría de la acción comunicativa, Madrid, 1987, 2 vols.). Habermas mismo advierte el problema, pero concluye únicamente que por el momento se carece de una lógica “informal” que tendría que aclarar las relaciones entre argumentos (para Habermas unidades pragmáticas, actos lingüísticos). Cfr. *loc. cit.* pp. 45 s., 340. En comparación: en su teoría de los medios simbólicos generalizados, Talcott Parsons enfatiza que la influencia no puede explicarse solamente con base en “intrinsic persuaders”. Véase: “On the Concept of Influence”, en: Parsons, Talcott, *Sociological Theory and Modern Society*, New York, 1967, pp. 355-382 (367).

<sup>66</sup> Cfr. recientemente Cappellini, Paolo, *Systema iuris I: Genesi del sistema e nascita della “scienza” delle Pandette*, Milano, 1984. Además, por ejemplo, Coing, Helmut, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft* (Historia y significado de la idea de sistema en la ciencia jurídica), Frankfurt, 1956; Canaris, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (Razonamiento sistemático y concepto de sistema en la ciencia jurídica, desarrollado con base en el ejemplo del derecho privado alemán), Berlín, 1969; Pawlowski, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 209 y ss; Krawietz, Werner, “Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik” (“Sistema jurídico y racionalidad en la dogmática jurídica”), en: Aarnio et al. (ed.); *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation* (Metodología y teoría del conocimiento de la argumentación jurídica), suplemento 2 de Rechtstheorie, Berlín, 1981, pp. 299-335; Peine, Franz-Josef, *Das Recht als System* (El derecho como sistema), Berlín, 1983.

referencia a la justicia cuando se trata de expresar la unidad de aquello que es correcto (*richtig*) en el derecho, ya sea como una especie particular de virtud (*habilidad*), ya sea como valor especial. A partir de Aristóteles se discute la especificación de los requisitos así planteados.<sup>67</sup> Más allá del campo visual de esta filosofía relativamente constante, se ha transformado, sin embargo, el contexto de esta discusión, lo cual se manifiesta de manera insuficiente en el paso de la teoría, de la "virtud", al "valor".

Ya en la Alta Edad Media, cuando se comenzaba a reaccionar ante las condiciones sociales cada vez más complejas a través de una especie de explosión del pecado,<sup>68</sup> la justicia se vuelve ambivalente desde el punto de vista religioso y teológico. En vista de la situación del pecado, la justicia no podía más que justamente conducir al infierno. Pertenece, pues, al demonio, quien también la representa en los procesos de las leyendas marianas, mientras que María tiene que esforzarse por arrancar al diablo una que otra alma mediante triquiñuelas procesales o de otro tipo.<sup>69</sup> Por otro lado, persiste la antigua doctrina según la cual la justicia debe asegurar en última instancia, por encima de todas las fórmulas de igualdad o del *sum cuique*, el camino a la vida eterna.<sup>70</sup> Esta ambivalencia muestra la necesidad de diferenciar un criterio particular de lo justo que ya no se halle prefigurado en el contexto de la cosmología religiosa.

La diferenciación de sistemas funcionales, con autonomía y dinámica propias, sobre todo de un sistema económico integrado monetariamente, obliga a abandonar la referencia social de las concepciones de la justicia. Tan pronto el valor y la liquidez de la moneda ponen en movimiento todos los horizontes restrictivos, la propiedad se vuelve *eo ipso injusta* y ya no puede ser corregida bajo el criterio de la justicia. "*Il ne suffit plus d'être juste, quand les lois de*

<sup>67</sup> Como breve panorama véase Kaufmann, Arthur, *Theorie der Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Betrachtungen* (Teoría de la justicia: consideraciones históricas sobre el problema), Frankfurt, 1984.

<sup>68</sup> Cfr. los volúmenes con amplio material de Delumeau, Jean; *La peur en Occident (XIVe-XVIIIe siècle)*, Paris, 1978 y *Le péché et la peur. - La culpabilisation en Occident (XIIe-XVIIIe siècle)*, Paris, 1983.

<sup>69</sup> Cfr. al respecto, con indicaciones más precisas, Spangenberg, Peter Michael, *Die Alltagswelten des spätmittelalterlichen Mirakels: Ein Beitrag zur historischen Pragmatik religiöser Texte* (Los mundos cotidianos del milagro en la Alta Edad Media: una contribución a la pragmática histórica de los textos religiosos), tesis doctoral, Siegen 1984.

<sup>70</sup> "L'ultimo fine della giustizia ... è il ridurre i popoli a tale stato que siano atti à possedere la vita eterna" ("El fin último de la justicia... consiste en reducir a los pueblos a tal estado que sean aptos para poseer la vida eterna"), se lee en Spontone, *op. cit.*, *supra*, nota 42, pp. 192 y 220.

*propriété réduisent à un étroit nécessaire le plus grand nombre des hommes*", aduce Jacques Necker durante la transición de la beneficencia de motivación religiosa hacia la política social del Estado.<sup>71</sup> En consecuencia, hoy podemos observar cómo las concepciones de la justicia pasan al ámbito de la política social, mientras se argumenta por encima de las normas del derecho positivo.<sup>72</sup> Pero tampoco la diferenciación del sistema jurídico resuelve este problema, sino que le da un giro específico.

Esta diferenciación obedece a un código binario que organiza todas las operaciones del sistema según la diferencia lícito/ilícito y que mediatiza todos los demás códigos (por ejemplo: verdadero/falso o útil/dañino). Esto tiene consecuencias de largo alcance. Tal diferenciación induce a la vez la diferenciación interna de las estructuras que controlan las operaciones, esto es, la codificación y la programación. Lo lícito ya no simboliza sin más lo justo, pues también la calificación de lo ilícito debe ser distribuida justamente. La perspectiva de la justicia queda situada de través sobre el código binario. Los programas, a grandes rasgos leyes y contratos, sirven para repartir lo lícito e ilícito sobre las situaciones de hecho y poseen únicamente esta función específica del código y del sistema. Pueden ser modificados cuando se presentan otras concepciones de lo que es jurídicamente justo, pero siempre recuperando su referencia al código, es decir, no otra cosa que la distribución de lo lícito y lo ilícito sobre las situaciones de hecho. Las modificaciones del programa deben reproducir el código; de otro modo, no serían reconocibles y manejables como modificaciones del programa. Por un lado se articula de manera más precisa la diferencia en la dimensión temporal y en su aspecto material. Por el otro, esta diferencia funciona precisamente como acoplamiento. Sólo a través de ella puede estructurarse el sistema jurídico.

<sup>71</sup> ("No basta ya con ser justo cuando las leyes de la propiedad reducen a una estrechez necesaria a la gran mayoría de los hombres"). De *l'importance des opinions religieuses*, London-Lyon 1788, cita según *Oevres complètes*, vol. 12, Paris 1821, pp. 80 s.

<sup>72</sup> Por ejemplo, en la difundida idea, relacionada también con el incremento de lo "accidental" en la sociedad moderna, de que una desgracia, o es merecida o reclama ayuda. Cfr. de entre la amplia investigación empírica Lerner, Melvin J., "The Desire for Justice" y "Reactions to Victims", en: Macaulay, Jacqueline/Berkowitz, Leonard (eds.); *Altruism and Helping Behavior: Social Psychological Studies of Some Antecedents*, New York, 1970, pp. 205-229. Esto significa también que se puede otorgar el carácter de justicia a un daño denigrando al perjudicado. Cfr. por ejemplo, Graf, Richard G./Green, Duane; "The Equity Restoring Components of Retaliation", *Journal of Personality* 39 (1971), pp. 581-590, con mayores detalles. En este lugar no podemos más que remitir globalmente a la amplia investigación de psicología social sobre las ideas de igualdad de trato y de justicia, en general no tomada en cuenta por los juristas.

Esta estructuración rompe la antigua arquitectura jerárquica que culminaba en la perfección de lo bueno, lo verdadero y lo justo,<sup>73</sup> y que sólo preveía una negatividad privativa, en el sentido de corrupción del orden, de decadencia. La reflexión interna del sistema enfrenta ahora dos problemas distintos en relación con la unidad. La unidad de lo debido puede seguir llamándose “justicia”, pero ello no dice todavía en qué consiste la unidad del código y, por tanto, la unidad del sistema jurídico (véase la tabla anexa). De alguna manera se adquiere una sensación de incomodidad cuando se pretende derivar únicamente de lo lícito el manejo de lo ilícito como ilícito. A partir del siglo XVIII lo demuestran las teorías del derecho penal encaminadas a la prevención o a otras consideraciones similares de utilidad. Si se quiere afirmar la unidad de lo lícito y lo ilícito como lícito, termina uno en la paradoja y debe admitir que tal unidad podría ser igualmente injusta o como dice Walter Benjamin,<sup>74</sup> simplemente “violencia”. Para determinar la unidad del código y la unidad del sistema jurídico podemos por ello remitir únicamente a la diferenciación funcional del sistema social, es decir, a la diferencia del sistema jurídico frente a su entorno. Esto significa, empero, que la unidad del derecho es la autopoyesis del sistema jurídico, es decir, precisamente la autorreproducción continua al servicio de una función social que da sentido tanto a la codificación como a la programación del sistema.

	Código	Programa
Reflexión de la unidad	?	Justicia
	Lícito/ilícito	Leyes, contratos, Etcétera.

<sup>73</sup> Todavía Leibniz podía decir: “... *in Universo etiam justitiam observari, cum Justitia nihil aliud sit quam ordo seu perfectio circa mentes*” (“...también en el Universo se observa la justicia, por cuanto la justicia no es otra cosa que el orden o la perfección tocante a los espíritus”), cita tomada de: Gerhardt, C. J. (ed.); *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz* (Los escritos filosóficos de Leibniz), reimpresión Hildesheim, 1965, vol. 7, p. 290. También el empleo médico del término “iustitia” como concepto de salud puede rastrearse en el siglo XVII.

<sup>74</sup> *Op. cit. supra* nota 21.

La semántica de la “justicia” no ha acabado por adaptarse hasta ahora a las transformaciones desencadenadas por la evolución del sistema social, pero bien puede concedérsele que la adaptación no es una necesidad y que la no adaptación puede ser incluso una estrategia sensata.<sup>75</sup> Sin embargo, la no adaptación trae consecuencias. La doctrina de la justicia se vuelve rígida; como bien tradicional y como fórmula ideal reproduce la conciencia de la distancia, incapaz de reconocer el camino hacia la justicia. Dependiendo de la ambición política puede adoptar funciones secundarias de concepto decorativo o de protesta.<sup>76</sup> Pero podría pensarse también en una reformulación teórica y referir el concepto de justicia a la armonización de las relaciones entre decisiones, a la búsqueda específicamente jurídica de buenos argumentos y decisiones correctas.<sup>77</sup> Una decisión sería entonces justa en la medida en que se adecue a otras decisiones.

Sin embargo, cada vez será más difícil llevar a cabo esta especie de armonización de las decisiones con otras decisiones, conforme aumente la complejidad socialmente adecuada del sistema y se incremente la dinámica del cambio, y resultará inevitable dar un rodeo a través del aparato conceptual de la dogmática jurídica, problema que no es posible desatender. La justicia

<sup>75</sup> También en las ciencias sociales se enfatiza más hoy el hecho y la función de la conservación, de la no adaptación, que en la época en que se hablaba de *survivals*. Véase por ejemplo Rappaport, Roy A., “Maladaptation in Social Systems”, en Friedman, J. Rowlands, M.J. (eds.); *The Evolution of Social Systems*, Pittsburgh, 1978, pp. 49-71; id.; *Ecology, Meaning and Religion*, Richmond, Cal. 1979. El concepto de autopoyesis señala precisamente que no se puede identificar en absoluto evolución con adaptación.

<sup>76</sup> Otra posibilidad consistiría en hacer la definición mediante la negación, es decir, tender a evitar la injusticia. Véase, por ejemplo, Cahn, Edmond N., *The Sense of Injustice: An Anthropocentric View of Law*, New York-London, 1949. En forma similar, tomando la justicia como minimización casuística-comparativa de la injusticia, también Esser, Josef, “Tradition und postulative Elemente der Gerechtigkeitstheorie” (“Tradición y elementos postulativos de la teoría de la justicia”), en: *Tradition und Fortschritt im Recht* (Tradición y progreso en el derecho), Tübingen, 1977, pp. 113-130. Con ello se obtienen posibilidades de operacionalización, como puede verse en el programa paralelo de Popper sobre el principio de falsificación para las ciencias. Sin embargo, esta maniobra de lo “positivo” a lo “negativo” es únicamente una disposición dentro del código binario que no asegura por sí sola que los resultados sean satisfactorios en todo sentido.

<sup>77</sup> También el artista rechazaría hoy día el concepto de “belleza” como finalidad, y sin embargo puede practicar una “adaptación” inmanente a la obra entre actividades particulares y reconocer errores. Para ello es necesario encontrar criterios que posiblemente no requieran la reflexión de una idea central, pero que debe presuponer alguna diferencia codificada. Cfr. al respecto las contribuciones en Schmidt, Siegfried J. (ed.), “*schön*”: *Zur Diskussion eines umstrittenen Begriffs* (“bello”: Acerca de un concepto debatido), München 1976.

tendría que ser definida, sobre todo, con una “dimensión de dificultad”, por ejemplo, como consistencia de la decisión en presencia de una complejidad adecuada del sistema jurídico.<sup>78</sup> En esta versión, el principio de la justicia puede conectarse con el componente de redundancia de toda argumentación, con el postulado de la determinación del derecho por sí mismo, con la teoría de la reproducción cerrada, autopoyética y autorreferente, del sistema jurídico y con la “randomización” de todos los influjos externos sobre el derecho.<sup>79</sup>

Sin embargo, a través de un análisis más preciso deben disolverse tanto la complejidad como la consistencia en una pluralidad de dimensiones, y el lenguaje de esta descomposición habrá de alejarse cada vez más de aquél con el que argumentan y fundamentan sus decisiones los juristas. Aquí nos topamos sobre todo con aquella bifurcación entre autoobservación y observación ajena, la cual pertenece a las condiciones estructurales que derivan, en la sociedad moderna, de la diferenciación funcional de los sistemas jurídico y científico.

## VIII

Por último, volvemos la atención a la tesis sobre los sistemas funcionales autopoyéticos de la ciencia y del derecho, y a la distinción entre autoobservación (autodescripción) y observación ajena (descripción ajena). Si frente a este trasfondo planteamos la habitual pregunta sobre la utilidad de la sociología del derecho, entonces la respuesta es clara e inequívoca: la sociología del derecho es útil —a sí misma—. Bastante logrará ya si es capaz de contribuir al desarrollo de la teoría sociológica y, a lo sumo, podrá influir en el contexto de la investigación interdisciplinaria. Apenas puede esperarse que la sociología del derecho aproveche a la práctica. Precisamente como sociólogo no es posible dar otra respuesta. Se requiere ver en cuántos de los procesos pendientes hoy día

<sup>78</sup> Así, Luhmann, Niklas, “Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft” (“La justicia en los sistemas jurídicos de la sociedad moderna”), *Rechtstheorie* 4 (1973), pp. 131-167, reeditado nuevamente en id.; *Ausdifferenzierung des Rechts*, loc. cit. (nota 40), pp. 374-418, y como posición contraria, desde el punto de vista de la filosofía práctica orientada por la razón, Dreier, Ralf, “Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems” (“Sobre la nueva formulación del problema de la justicia por Luhmann”), *Rechtstheorie* 5 (1974), pp. 189-200, reeditado en: id.; *Recht-Moral-Ideologie: Studien zur Rechtstheorie* (Derecho-moral-ideología: estudios de teoría del derecho), Frankfurt, 1981, pp. 270-285.

<sup>79</sup> Así, por ejemplo, Aubert, Vilhelm, *The Hidden Society*, Totowa, N. Y., 1965, pp. 137 ss., especialmente 164 y ss., con interesantes posibilidades, a partir de aquí, de entender la justicia de los formalismos y “juicios de Dios” en sociedades más simples como interrupción de una probable corrupción del derecho y como producción de resultados al menos casuales.

se plantean y se resuelven cuestiones sociológicas y con ayuda de la capacidad profesional del sociólogo<sup>80</sup> y aún sin investigación empírica de este problema llegaremos a la conclusión de que se trata de un número casi inexistente.<sup>81</sup> Pero todavía no hemos despachado el problema planteado. Muy posiblemente se parte aquí de una falsa premisa. Se busca medir la influencia de la sociología según la medida en que su teoría, sus conceptos o partes de su saber empírico son adoptados en el sistema jurídico o encuentran aplicación en él. Se espera que la influencia se manifieste como identidad parcial de las concepciones o como “interpenetración”,<sup>82</sup> en el sentido que da Parsons a este concepto. Sin embargo, si pasamos del planteamiento de la identidad al de la diferencia, las perspectivas que se abren son totalmente distintas. Podemos entonces apoyarnos en la diferencia insoluble entre autoobservación y observación ajena y preguntar qué podrían obtener el sistema jurídico y, en especial, los esfuerzos teóricos de éste, si aprenden a observar la observación ajena y a reconocer que la sociología presenta los hechos que le son familiares de manera totalmente distinta a la que éste adopta en su interior. También la diferencia une. Sólo se

<sup>80</sup> Los casos particulares que llegan a conocerse impresionan más por su excepcionalidad que por las dificultades que plantean al conocimiento sociológico especializado. Naturalmente no se trata de casos para la sociología del derecho. Véase Philippi, Klaus-Jürgen, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgemäßer Entscheidungen* (La determinación de los hechos por el Tribunal Constitucional federal: una contribución a la fundamentación racional-empírica de las sentencias constitucionales), Köln 1971, o como análisis de caso por un sociólogo: Lüscher, Kurt, “Jurisprudenz und Soziologie: Die Zusammenarbeit in einem konkreten Rechtsfall” (“Ciencia jurídica y sociología: la colaboración en un caso concreto”), en: Kübler, Friedrich (ed.); *Medienwirkung und Medienverantwortung: Überlegungen und Dokumente zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts* (Efectos y responsabilidad de los medios de comunicación: reflexiones y documentos sobre la sentencia Lebach del Tribunal Constitucional federal alemán), Baden-Baden, 1975, pp. 83-165.

<sup>81</sup> No debe dejar de mencionarse una difundida apreciación más optimista, por lo menos de las posibilidades. Cfr. por ejemplo Lautmann, Rüdiger, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, Stuttgart 1971 (traducción: Sociología y jurisprudencia, Buenos Aires, 1973, reedición México, 1991); Opp, Karl-Dieter, *Soziologie im Recht* (La sociología en el derecho), Reinbek, 1973; Rottleuthner, Hubert, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie* (Teoría y sociología del derecho), Freiburg, 1981.

<sup>82</sup> Este concepto es utilizado plena y centralmente como reflexión de las estructuras de la modernidad en Münch, Richard, *Theorie des Handelns: Zur Rekonstruktion der Beiträge von Talcott Parsons, Emile Durkheim und Max Weber* (Teoría de la acción: acerca de la reconstrucción de las aportaciones de Talcott Parsons, Emile Durkheim y Max Weber), Frankfurt 1982; id.; *Die Struktur der Moderne: Grundmuster und differentielle Gestaltung des institutionellen Aufbaus der modernen Gesellschaft* (La estructura de la modernidad: Modelo básico y configuración diferencial de la organización institucional de la sociedad moderna), Frankfurt, 1984.

requiere especificar suficientemente los temas para que sea posible una contraposición inequívoca y el reconocimiento de lo idéntico en la diferencia. En este sentido deberían considerarse de significación ejemplar los temas tratados en las secciones anteriores: la normatividad, la positividad, la orientación por las consecuencias, la argumentación y la justicia son hechos suficientemente determinados e inconfundibles en su significado que, sin embargo, ofrecen a la autoobservación del sistema otro sentido y, en cierto modo, otra superficie visible, que a la observación ajena. Esta diferencia, por su parte, debería poder observarse y entonces la reflexión doméstica del sistema jurídico podría reflexionar qué puede aprender para sí misma del hecho de que la sociología conceptualice de otro modo las instituciones y los conceptos internos del derecho.<sup>83</sup>

Si este diagnóstico es acertado, sería conveniente ampliar los ámbitos de contacto mediante la discusión teórica. Ni la relación teoría/experiencia ni la relación teoría/práctica llevan más allá. La primera permanece interna a la ciencia; la segunda reúne cosas demasiado heterogéneas en una fórmula diferencial. En cambio sería de provecho que las teorías reflexivas de los grandes sistemas funcionales se sometieran a un análisis sociológico y, a partir

<sup>83</sup> El mismo problema se da en la relación entre teoría sociológica y el sistema religioso y la teología. Aquí tampoco es posible incorporar la observación externa en el sistema mismo; pero es posible aprovecharla como factor de irritación. En este frente ha avanzado más la discusión (también en la reflexión sobre las condiciones de sus propias posibilidades). Véase por la parte teológica, por ejemplo: Rendtorff, Trutz, *Gesellschaft ohne Religion? Theologische Aspekte einer sozialtheoretischen Kontroverse* (Sociedad sin religión? Aspectos teológicos de una controversia en la teoría social), München, 1975; Herms, Eilert, "Theologische Implikationen der Gesellschaftstheorie" ("Implicaciones teológicas de la teoría de la sociedad"), *Zeitschrift für evangelische Ethik* 21 (1977), pp. 61-67; Pannenberg, Wolfhart, "Religion in der sekulären Gesellschaft: Niklas Luhmanns Religionssoziologie" ("La religión en la sociedad secularizada: la sociología de la religión de Niklas Luhmann"), *Evangelische Kommentare* 11 (1978), pp. 99-103; id. y Luhmann, Niklas, "Die Allgemeingültigkeit der Religion" ("La validez universal de la religión"), *Evangelische Kommentare* 11 (1978), pp. 350-357; Sauter, Gerhard; *Was heisst: nach Sinn fragen? Eine theologisch-philosophische Orientierung. (¿Qué significa preguntar por el sentido? Una orientación filosófico-teológica)*, München, 1982; Scholz, Frithard, *Freiheit als Indifferenz: alteuropäische Probleme mit der Systemtheorie Niklas Luhmanns* (Libertad como indiferencia: problemas de la teoría de Niklas Luhmann), Frankfurt 1982; Welker, Michael (ed.); *Theologie und funktionale Systemtheorie: Luhmanns Religionssoziologie in theologischer Diskussion* (Teología y teoría funcional de sistemas: la sociología de la religión de Niklas Luhmann en la discusión teológica) Frankfurt 1984; Pollack, Detlef; *Die Religionsstheorie Niklas Luhmanns und ihre systemtheoretischen Voraussetzungen* (La teoría de la religión de Niklas Luhmann y sus presupuestos teóricos), tesis doctoral, Leipzig, 1984.

de su ilustración (*Aufklärung*) por medio de la sociología, examinen si, y hasta qué punto, pueden mantener o revisar su patrimonio tradicional. Sabemos ahora que la sociología no puede imponérselos mediante la verdad, porque la verdad permanece referida al sistema científico y a las descripciones ajenas (“intersubjetividad”). Con todo, dentro de las discusiones teóricas será posible generar suficiente “ruido” e irritación para permitir que la semántica de los sistemas funcionales atiendan posibilidades propias todavía desaprovechadas. Aún en ese caso la sociología será ocasional y casualmente relevante para el sistema jurídico; pero la probabilidad de ocurrencia del azar puede elevarse mediante las medidas adecuadas en la teoría.

## A LA BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO<sup>1</sup>

Renato TREVES

**RESUMEN:** En 1965 resurge en Italia la sociología del derecho, y en los últimos veinte años, las actividades del autor han estado dirigidas a la *sociología jurídica*, lo que lo ha llevado a elaborar tres concepciones diferentes de dicha disciplina. Según la *primera concepción* de 1966 (*La sociología del derecho. Problemas en investigaciones*), se debe “estudiar las relaciones entre las estructuras jurídicas estatales y el contexto social en continua formación, a través de investigaciones empíricas”. La *segunda concepción* agregaba a la primera el examen de las teorías de los sociólogos de una parte, y de los juristas de otra. La *tercera concepción*, es el resultado de las inquietudes e investigaciones del autor, que se publicó en su libro *Sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Ahí se define a la sociología jurídica como “una disciplina que tiene la tarea de realizar dos clases de investigaciones, conexas y complementarias; por una parte, aquéllas que tienen por objeto la sociedad en el derecho, es decir, los comportamientos sociales conformes o no conformes con los esquemas jurídicos formales; y por otra parte, aquéllas que tienen por objeto la posición y la función del derecho mismo en la sociedad vista en su conjunto”.

1. Si debiera indicar el año del nacimiento, o más bien del renacer, de la sociología del derecho en Italia, citaría el año de 1965. En efecto, pienso que, en ese año, los *Cahiers de sociologie*,<sup>2</sup> la más antigua y entonces única revista italiana en la materia, llamaron la atención de los investigadores sobre la existencia de la sociología del derecho publicando un número especial que le fue dedicado. Un número en el que se informaba del programa y de los primeros resultados de una investigación sociológico—jurídica sobre la administración de justicia en Italia, y en el cual se publicaban las traducciones de ciertos artículos de los sociólogos del derecho del momento, contándose entre los más conocidos y los más influyentes Aubert, Carbonnier, Evans, Goldschmidt, Rose, Pogdorecki, todos miembros del Comité de investigaciones en sociología del derecho de la Asociación Internacional de Sociología, comité que había sido fundado en Washington en 1962 y que había fijado, aquel año, la sede de su presidencia en Italia, precisamente en Milán.

<sup>1</sup> Publicado en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, número 21. Traducción del francés de Ana María del Gesso Cabrera, de la Universidad Autónoma de Puebla.

<sup>2</sup> *Quaderni di Sociologia*, 1965, pp. 265-403.

Desde 1965 a hoy, han pasado veinte años, y debo decir que, durante este largo período, una buena parte de mi actividad científica ha estado dirigida a averiguar la razón de ser de esta disciplina y de promover su desarrollo determinando la naturaleza e indicando las tareas. Para explicar lo mejor posible el significado que revestía el último libro que recientemente he publicado sobre este tema,<sup>3</sup> intentaré ahora dar una idea de esta actividad deteniéndome en considerar tres momentos de la misma actividad a los que corresponden tres concepciones diferentes de la sociología del derecho, concepciones que me ha parecido un deber sostener y proponer en otros tiempos y en las que están implícitas, no expresamente formuladas, tres definiciones diferentes de esta disciplina.<sup>4</sup>

La primera concepción o, si se quiere, la primera definición de la sociología del derecho que me parece que debe presentarse es, aquella mencionada en la "Introducción" del volumen *La Sociología del derecho. Problemas e investigaciones* publicado en 1966, introducción en la que, después de tomar en consideración la situación del tema en los principales países del mundo, tal como ella fue descrita en los resúmenes del mismo volumen, presenté la sociología del derecho como una disciplina de reciente formación cuya tarea esencial consistía en promover y desarrollar las investigaciones empíricas propias para satisfacer exigencias determinadas entre las cuales:

la de estudiar las relaciones entre las estructuras jurídicas estatales y a menudo envejecidas, y el contexto social en continua formación; la de saber cómo el derecho se realiza efectivamente en la sociedad y cómo actúan en ella los diversos operadores jurídicos; la de controlar los comportamientos del público frente a la situación jurídica del presente y de calcular y de prever cuáles pueden ser las consecuencias de determinadas reformas legislativas.<sup>5</sup>

Es necesario reconocer que esta concepción de la sociología del derecho, correspondiente al primer momento de mi investigación, estaba fundada sobre buenas razones y presentaba ventajas indudables, sobre todo teniendo en cuenta la situación del momento. En los años inmediatamente posteriores al fin de la última guerra se había, en efecto, reforzado considerablemente, en sociología en general, el interés por las investigaciones empíricas y la sociología empírica

<sup>3</sup> Cf. mi *Sociología del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Turin, 1987.

<sup>4</sup> Se trata, en sustancia, de definiciones "estipulativas" o "explicativas" que indican el sentido a atribuir a la disciplina de la cual se tratan seleccionando en el campo de un uso precedente.

<sup>5</sup> Cfr. el volumen que he preparado *La sociología del diritto. Problemi e ricerche*, Milán, 1966, p. 1.

de tipo americano que había sido importada a los países europeos en los cuales la sociología teórica, histórica y filosófica, reivindicaba una larga y sólida tradición. Y esto que pasaba en el campo de la sociología general había llegado también, y sin duda en una medida mayor, al campo de la sociología del derecho, como se ponía de manifiesto en los ensayos contenidos en el libro mencionado en los cuales se describía justamente la situación de la materia en los principales países del mundo. Una definición así ponía primero en relieve la novedad de la disciplina, su metodología, que servía para diferenciarla de la manera más clara de otras disciplinas con las cuales ella habría podido confundirse: por un lado, la jurisprudencia sociológica y, en general, las corrientes de la ciencia del derecho particularmente abiertas a los problemas sociales, y por otro lado, la filosofía del derecho que, en los años anteriores, se había empleado para estudiar el problema fenomenológico invadiendo, al menos en parte, el campo propio de la sociología del derecho.

A pesar de las buenas razones que me habían empujado a formularla, la concepción de la sociología del derecho que yo había propuesto en 1966 no podía resistir largo tiempo. En efecto, no se podía olvidar las contribuciones de los clásicos de la materia, de Ehrlich, a Gurvitch, a Geiger, los cuales habían profundizado ampliamente en los problemas teóricos, históricos y filosóficos y habían descuidado, en general, las investigaciones empíricas. Y tampoco se podía dejar de tener en cuenta los problemas de carácter teórico general de los que no podía hacer abstracción una disciplina de reciente formación obligada a crearse un espacio en la cultura jurídica de su país. Así, después de haber propuesto la concepción arriba mencionada, resentí rápidamente la necesidad de extender el campo de las investigaciones reservado a la sociología del derecho, exigencia que he buscado satisfacer en sucesivos trabajos: el artículo consagrado a esta disciplina en el *Novissimo digesto* (1969), las intervenciones en el curso del debate sobre la naturaleza y sobre las tareas de la sociología del derecho, debate que marca el inicio de la publicación de la revista *Sociologia del diritto* (1974) y finalmente, los cursos, que a partir de 1969-1970, se suceden año con año.

No tengo intención de analizar los cambios particulares de mi pensamiento que son fácilmente reconocibles al examinar los trabajos y los cursos ya mencionados. Diré simplemente que con la publicación de las dos ediciones de mi *Introducción a la sociología del derecho* (1977-1980), propuse una segunda definición de la disciplina que no tenía otra finalidad que la de poner en evidencia la novedad y la importancia de las investigaciones empíricas, insertando tales investigaciones en un cuadro más amplio y brindando una presentación de la sociología del derecho útil —como decía entonces— “no solamente para

aquel que, ya iniciado en este estudio, desea reconocer los lazos que existen entre las diversas orientaciones y los diversos problemas teóricos y prácticos de la disciplina misma".<sup>6</sup>

La definición de la sociología del derecho que subyacía, a pesar de que ella no estuviera expresamente formulada, en las dos ediciones de mi *Introducción* consistía en el hecho de considerar que tal disciplina tenía por objeto el estudio de las relaciones entre derecho y sociedad y que este estudio debía ser dividido en una parte teórica y una parte empírica. La primera parte consagrada, por un lado, al examen de las contribuciones que las doctrinas de la sociología general habían aportado al estudio del derecho y, por otro, al examen de las contribuciones que los juristas antiformalistas habían aportado al estudio del derecho que vive en la sociedad y que se realiza en los hechos sociales. La segunda parte, destinada a examinar "el problema de las relaciones entre derecho y sociedad en las investigaciones empíricas que, por su naturaleza, son llevadas a cabo dentro de los límites de un sector particular y tienen por objeto las relaciones entre, por una parte, normas e instituciones determinadas, y, por otra parte, comportamientos individuales y colectivos determinados; investigaciones empíricas de una sociología particular que, desde este punto de vista, está simplemente ligada con las investigaciones de otras sociologías particulares como la sociología de las organizaciones y la sociología de las profesiones".<sup>7</sup>

Creo que las dos ediciones de mi *Introducción*, construidas sobre la base de la definición de la materia susodicha, reúnen el objetivo didáctico que se proponían, como resalta el hecho entre otros de que tales ediciones han sido ampliamente y muchas veces adoptadas en los cursos oficiales de diversas universidades italianas, y que la traducción española de la primera edición italiana ha sido recientemente reeditada. Pero, a pesar de este éxito en lo que hace a la edición y al nivel didáctico, a pesar de los juicios favorables emitidos públicamente en su respecto pude darme rápidamente cuenta de los numerosos defectos que presentaba mi libro en el nivel teórico y sistemático.

La segunda concepción de la sociología del derecho sobre la cual se fundaban las ediciones mencionadas, no eran, en efecto, otra cosa que una integración de la primera. A las investigaciones empíricas que, en un primer momento, parecían constituir por sí mismas la nueva sociología del derecho, se había agregado el examen de las teorías de los sociólogos de una parte, y de los

<sup>6</sup> Cfr. mi *Introduzione alla sociologia del diritto*, 1977, p. XII; 2a. ed., 1980, p. XI.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 3.

juristas de otra, sin explicar cuáles eran las diferentes relaciones que las investigaciones empíricas mismas mantenían con tales teorías. Y las menciones que hice del lazo que une siempre la teoría a la investigación, no servía para explicar la naturaleza diferente de esas relaciones, sino que se mantenían en el nivel más general y se presentaban como algo extrínseco.

Así es que, poco después de la publicación de la segunda edición de mi *Introducción*, busqué corregir esos defectos, dándome cuenta, en ciertos trabajos posteriores, que la sociología empírica del derecho no era una nueva sociología del derecho que debía sustituir a la antigua, sino que constituía un momento de una historia única. Pero esta comprobación, apropiada para mostrar el carácter insatisfactorio de las posiciones alcanzadas precedentemente, y un cierto deseo de renovación, no podía constituir una verdadera y adecuada corrección de las mismas posiciones. En efecto, era necesario arribar a una tercera concepción o definición de la sociología del derecho radicalmente diferente de las precedentes.

Considero haber llegado a ella en mi último libro titulado *Sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, libro que se funda justamente en una concepción diferente, en una definición distinta de la sociología del derecho, definición que se puede formular fácilmente en los siguientes términos: la sociología del derecho es una disciplina que tiene la tarea de realizar dos clases de investigaciones, conexas y complementarias; por una parte, aquellas que tienen por objeto la sociedad en el derecho, es decir los comportamientos sociales conformes o no conformes con los esquemas jurídicos formales; y por otra parte, aquellas que tienen por objeto la posición y la función del derecho mismo en la sociedad vista en su conjunto.

Para comprender el hecho de que una definición como ésta pueda ofrecer un fundamento a la construcción sistemática de la disciplina, fundamento que se pretende más sólido que el ofrecido por otras definiciones, es suficiente pensar que una tal definición se basa en ciertas observaciones sobre las doctrinas que han contribuido a fundar y han fundado la sociología del derecho.

Se puede mostrar así, en primer lugar, que las doctrinas sociológicas y políticas dan por sentado el problema de la posición, de la función y de la finalidad del derecho en la sociedad. Piénsese en Saint-Simon que hace coincidir la época crítica con la época en la que, el desarrollo general de la sociedad, el derecho y los juristas adquieren una posición hegemónica. Piénsese en Durkheim, que atribuye al derecho la función de símbolo visible de la solidaridad social y liga el pasaje de la solidaridad mecánica a la solidaridad orgánica con el pasaje del derecho represivo al derecho restitutivo. Piénsese en los fundadores, Comte y Marx, que hacen coincidir la desaparición del derecho con

la realización del ideal del estado positivo anunciado por el primero, o con el advenimiento de la asociación en la cual el libre desarrollo de cada uno es la condición del libre desarrollo de todos anunciado por el segundo. Se puede mostrar, en segundo lugar, que las doctrinas jurídicas antiformalistas se ponían un problema sociológico del derecho absolutamente diferente del indicado precedentemente: el problema de la sociedad en el derecho, es decir de los comportamientos sociales conformes o no conformes con los esquemas jurídicos formales, comportamientos de los cuales puede derivar el derecho libre que vive independientemente del estado; y éste es el terreno de donde nace el derecho del estado (Kantorowicz) a definir el derecho viviente que, no estando formulado en proposiciones jurídicas, regula toda la vida social (Ehrlich) de señalar la regla de la vida social de la cual el legislador no hace otra cosa que constatar y asegurar su observación (Duguit). Se puede mostrar, en tercer lugar, que más allá de las doctrinas sociológicas y de las doctrinas jurídicas indicadas, se encuentran al mismo tiempo doctrinas sociológicas y jurídicas que, como tales se ocupaban de esas dos clases de problemas. En este sentido, el ejemplo de Max Weber es típico: él, que por una parte se plantea el problema del derecho allí donde afirma que el sociólogo del derecho debe preguntarse "lo que *de hecho ocurre* en una comunidad en razón de que existe la *probabilidad* de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, ... consideren *subjetivamente* como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica"<sup>8</sup> y que, por otra parte se plantea los problemas típicos de la sociología general. Piénsese, por ejemplo en lo que dice respecto de las relaciones entre derecho y economía o en sus críticas a la doctrina del materialismo histórico o en las páginas en que concentra su atención en la creciente racionalización de los conceptos y las prácticas jurídicas tal cual ellos se desarrollan en la civilización occidental.

Es evidente, y no es necesario detenernos a explicarlo por el momento, que de estas observaciones emerge una concepción particular de la historia de la sociología del derecho. Una concepción sobre la base de la cual se puede afirmar que en general, las doctrinas sociológicas por una parte, y las doctrinas jurídicas por la otra, no han aportado más que contribuciones parciales a la fundación de la sociología del derecho, y que, entre los fundadores de la materia (en el sentido riguroso del término), no se puede enumerar más que investigadores que, como Weber, Geiger, Gurvitch y algunos otros, se han ocupado tanto del problema de la sociedad que vive en el derecho como del

<sup>8</sup> Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1983, p. 251.

problema, más amplio, del derecho en la sociedad vista en su conjunto. Así, paradójicamente no formaría parte del grupo de los fundadores Ehrlich, que se ha ocupado solamente del primero de los problemas indicados y que ha reducido su sociología del derecho a una teoría científica del derecho.

2. Después de estas consideraciones que explican cómo la nueva definición que he propuesto encuentra su fundamento y su justificación en el análisis y la evaluación de las doctrinas que han contribuido, en todo o en parte, a su fundación, se trata ahora de ver cómo, en una sociología así definida, tienen lugar esas investigaciones empíricas que, basándonos en la primera definición, constituían la totalidad de la disciplina y que, en la segunda, constituyan una de las partes en las cuales se subdividía la disciplina misma.

Con este propósito, diré antes que nada, que según la nueva definición, la sociología empírica del derecho responde, por una parte, a las exigencias de las corrientes jurídicas antiformalistas, y por otra, encuentra su realización en la sociología general y política. En lo que concierne a las corrientes antiformalistas, las investigaciones empíricas, en sus diversos campos de aplicación (ejecución o no ejecución de las normas, roles de los operadores del derecho, encuentros entre sistemas jurídicos diferentes, opiniones del público y así por el estilo) son investigaciones que buscan identificar y hacer conocer el derecho libre o derecho viviente tal como él se manifiesta en las opiniones, los comportamientos, en las reacciones de cada uno. Además, son investigaciones que, siendo propias de una sociología particular y no de la ciencia del derecho, no son incompatibles con las doctrinas del formalismo jurídico y siguen sus mismas reglas en cuanto agregan a las investigaciones formales sobre las normas, las investigaciones sociológicas sobre los hechos y evitan los peligros de superposición y confusión de los dos órdenes de investigaciones. En lo que concierne a la sociología general, la relación con la sociología empírica es la inversa de la ya indicada. No es que la sociología del derecho preste un servicio a las corrientes antiformalistas de la ciencia del derecho, sino que es la sociología general y política la que presta, a su vez, un servicio a la sociología empírica del derecho: el de pasar de la micro a la macro sociología del derecho, y por lo tanto de enfrentar los problemas generales de la posición que ocupa y de la función que ejerce en la sociedad este derecho libre, viviente, latente o en formación, que se manifiesta en las opiniones, en las acciones y en las reacciones de los particulares y que es también definido por ciertos autores como un "derecho natural", cambiante y relativo y no inmutable y absoluto como el de la tradición clásica.

En la intervención en el debate de 1974, que ya he recordado, decía textualmente: “el investigador empírico ... no puede reducir su trabajo a recopilar hechos que sirven para verificar ciertas hipótesis sin ver cómo esas hipótesis pueden insertarse en una teoría general del derecho o sin juzgar cómo esas mismas hipótesis entran en una concepción de la sociedad”. Y agregaba que “el investigador empírico que desea comprender la significación de su trabajo y se siente responsable de él, no puede, en otros términos admitir que su investigación sigue una vía independiente y desligada de la teoría y de la evaluación”. Concluía yo sugiriendo que podría ser útil a la disciplina superar los límites de un discurso especializado de sociología del derecho y profundizar el problema de las relaciones entre teoría e investigación y entre conocimiento y acción.<sup>9</sup> Vincenzo Tomeo, interviniendo en ese mismo debate, después de haber cortésmente revisado mis observaciones, precisaba esas mismas observaciones afirmando: “No existe ninguna investigación micro-analítica y sectorial que no pueda ser remitida a una teoría general de la sociedad, porque ninguna investigación es posible si no está guiada por un mínimo de conciencia del ser social propio y de la realidad circundante”. Y después de esta afirmación, observaba que, en los últimos decenios, una investigación así había encontrado un marco favorable en el universo funcionalista “que pone y acepta el orden social en términos de adaptación”. Pero esto, ciertamente, no excluye la posibilidad de referirse a una “teoría crítica de la sociedad que asuma, por ejemplo, como criterio de análisis central y dominante el conflicto, y que enfoque el orden social existente como determinado por una estructura de clases”.<sup>10</sup>

La alternativa entre el funcionalismo por una parte, y el conflictualismo propio de una concepción crítica de la sociedad por la otra, alternativa mencionada por Tomeo en ese debate de hace diez años es a mi entender, perfectamente actual.

El estructural-funcionalismo de Parsons ha tenido indudablemente numerosos méritos, entre los cuales se cuenta el de explicar cómo la primera función de un sistema jurídico es la función integradora que sirve para aplacar los elementos en conflicto y lubricar el mecanismo de las relaciones sociales, y el de definir la posición que el sistema jurídico ocupa frente a los otros sistemas sociales y, especialmente, frente al sistema político, profundizando, respecto de

<sup>9</sup> Cfr. mi artículo “Tre concezioni e una proposta”, en *Sociologia del Diritto*, 1974, pp. 8-9.

<sup>10</sup> Tomeo, Vincenzo, “Teoría, ricerca e giudizi di valore”, en *Sociologia del Diritto*, 1974, p. 282-284.

esto, los cuatro problemas de la legitimación, de la interpretación, de la sanción y de las competencias.<sup>11</sup> Otros autores ligados más o menos estrechamente con las enseñanzas de Parsons han tenido méritos no menos importantes. Pienso en Evan que ha elaborado una tipología de los sistemas jurídicos y ha desarrollado un análisis de las funciones del derecho distinguiendo las pasivas, de control social, y las activas, de instrumento destinado a modificar los comportamientos y los valores existentes en una sociedad determinada.<sup>12</sup> Pienso en Friedmann que explica cómo el sistema jurídico es un sistema de distribución de bienes y de servicios en el que interactúan tres elementos: la estructura que es el cuerpo institucional, el andamiaje rígido en el cual se desarrolla el proceso; la sustancia que está constituida por reglas jurídicas esenciales y reglas sobre los deberes y obligaciones de las instituciones; la cultura que puede ser externa, es decir común a toda la población, o interna, es decir, propia de los miembros de la sociedad que cumplen actividades jurídicas especializadas.<sup>13</sup>

Si bien yo reconozco éstos y otros méritos del estructural-funcionalismo y de las concepciones de él derivadas, no puedo sin embargo dejar de manifestar mis preferencias opuestas de la sociología crítica y con este propósito recuerdo sobretudo a Wright Mills que aprecio no sólo por su crítica a Parsons, sino por su referencia a la imaginación sociológica, referencia que le conduce a afirmar

que no hay investigador sobre el hombre y la sociedad que no acepte y no sobreentienda en su trabajo decisiones morales y políticas, decisiones que deben ser tomadas en el intento de superar la actual crisis del liberalismo y el socialismo, sin olvidar que "la promesa moral e intelectual de las ciencias sociales es que la libertad y la razón continuarán siendo valores privilegiados, y que uno se servirá de ellos sería, concretamente, de manera imaginativa en la formulación de los problemas.<sup>14</sup>

Pienso además, en Gouldner que opone a las tendencias conservadoras de la sociología de Parsons las exigencias de una sociología reflexiva en la cual el sociólogo, en sus investigaciones, une a la crítica del orden social existente y de las estructuras de orden que le subyacen, la formulación de modelos de

<sup>11</sup> Parsons, "The Law and Social Control", en Evan (al cuidado de), *Law and Sociology*, Glencoe, 1962, pp. 56-72.

<sup>12</sup> Evan, "Public and Private Legal System", en Evan (al cuidado de), *Law and Sociology*, op. cit.; Id., *The Sociology of Law. A Social-Structural Perspective*, New York, 1980.

<sup>13</sup> Friedmann, *The Legal System. A Social Science Perspective*, N. York, 1975; trad. it. *Il sistema giuridico nella prospettiva della scienze sociali*, Bologna, 1978.

<sup>14</sup> Mills, Wright, *The Sociology Imagination*, N. York, 1959; Trad. it. *L'immaginazione Sociologica*, Milan, 1962, pp. 86-178-184.

sociedades nuevas y mejores.<sup>15</sup> Pienso, en fin, en Dahrendorf, que también critica a Parsons, especialista atento del liberalismo y del socialismo, que recordamos aquí por sus tesis según las cuales el conflicto de clases puede constituir una fuerza irremplazable de cambio y de progreso, cada vez que las partes, aceptando el conflicto como inevitable, se organizan para proceder en el seno de éste según las reglas del juego.<sup>16</sup>

La sociología del derecho que, entre las teorías funcionalistas y estructuralista de una parte, y las teorías críticas y radicales de otra, muestra su preferencia por las segundas frente a las primeras es, a mi entender, inevitablemente conducida a enfrentar en su conjunto el problema de la función, del objetivo del derecho, sabiendo que se trata de un problema que no es específico de la disciplina puesto que es común a otras materias como de la filosofía del derecho y de la política.

A propósito de este problema, me limito a manifestar mis simpatías por las ideologías de un socialismo liberal, reformista y no necesariamente marxista, análogo al sostenido por numerosos fundadores de la sociología del derecho, de Tönnies a Oppenheimer, de Geiger a Gurvitch.

No me detengo a explicar las razones por las cuales esas ideologías, sustancialmente análogas a las sostenidas en Italia por corrientes de pensamiento que han participado activamente en la lucha contra el fascismo, son, a mi juicio, válidas, incluso si han sucedido numerosos cambios desde aquellos lejanos años hasta hoy. Me limito a recordar que, en el debate respecto de las ideologías, y en general de los fines del derecho, el sociólogo no debería olvidar la actitud crítica tradicionalmente asumida por su disciplina en relación con las pretensiones de inmovilidad y absolutismo características de las doctrinas clásicas del derecho natural.<sup>17</sup> Y él debería defender sus tesis y combatir las de sus adversarios permaneciendo en el campo del relativismo filosófico y del prospectivismo sociológico. Para el relativismo, pienso en Radbruch que ha presentado y sostenido el relativismo incluso como orientación filosófica más apta para defender la libertad y la democracia, recordando que los defensores de una tal orientación están siempre dispuestos a tolerar toda opinión diferente

<sup>15</sup> Gouldner, *The Crisis of western Sociology*, N. York, 1970; trad. it. *La crisi della sociologia*, Bologna, 1972.

<sup>16</sup> Dahrendorf, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Londres, 1959; trad. ital. *Clasi e conflitto di classe nella società industriale*, Bari, 1973.

<sup>17</sup> Radbruch, "Le relativisme dans la philosophie du droit", en *Archives de philosophie du droit et de la sociologie juridique*, 1934, pp. 105—110.

de la suya con excepción de la que pretende ser la única absoluta.<sup>18</sup> Respecto del prospectivismo pienso en Manheim y especialmente en Ortega y Gasset según quien con esta concepción cae la creencia errónea según la cual la realidad tendría “una fisonomía propia independiente del punto de vista del que la considera” y por lo tanto la creencia según la cual “toda visión de la realidad a partir de un punto de vista determinado sería falsa, no coincidente con su orden absoluto”. Y a esta creencia se sustituye la convicción opuesta según la cual la realidad se compone, en su naturaleza profunda, “de perspectivas infinitas todas igualmente verdaderas y auténticas” y según la cual “la única perspectiva falsa es la que pretende ser la única verdadera”.

<sup>18</sup> Ortega y Gasset, “El tema de nuestro tiempo”, en *Obras Completas*, III, Madrid, 1946-1947, pp. 197-203.

## CAMBIO DEL DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

Jerzy WRÓBLEWSKI<sup>1</sup>

**Abstract:** The present essay deals with the change of law and the social change in the dimension of metatheoretical research. This is the justification of its rather abstract character. My purpose was to outline some very general conceptual instruments, which can be used in a concrete legal theory or sociology of law based on historical and comparative research.

1. Para poder hablar de la relación entre cambio del derecho y cambio social,<sup>2</sup> hay que determinar los conceptos básicos que se van a emplear. Existen muchas concepciones del derecho y, en este ensayo, no sería posible tratar todas las que están presentes en la teoría jurídica (filosofía del derecho, jurisprudencia).<sup>3</sup> Por ello, debemos dejar en claro nuestros supuestos de partida.

Es preciso considerar al derecho bajo una perspectiva dual, que puede resumirse en las expresiones “derecho como norma”, y “derecho como hecho”. La norma es, o bien una norma general, o una decisión que dispone una norma determinada. El hecho es un fenómeno social que posee ciertas dimensiones espacio-temporales. Este doble aspecto corresponde a la idea de la complejidad del derecho, que no debatiremos aquí.<sup>4</sup>

El derecho como norma se revela como un sistema de reglas que constituye una parte del sistema socio-político total de una sociedad global organizada en el Estado. De ahí que, en este ensayo, me interesen solamente las normas relacionadas con el Estado. Puede acusarse a esta determinación convencional del ámbito de estudio de restringir el campo del derecho: por ejemplo, entre los que reconocen el derecho natural, el término “derecho” no denota únicamente

<sup>1</sup> Universidad de Lodz.

<sup>2</sup> En el presente ensayo uso algunos conceptos y argumentos elaborados en mi trabajo “Law and Social Change”, *Memoria del X Congreso Mundial de Filosofía del derecho y filosofía social*, México, 1981.

<sup>3</sup> En lo sucesivo usaré el término “teoría legal” (*legal theory*) para referirme a todos los tipos de reflexión general sobre derecho y metodología de la ciencia jurídica. Cf. Wróblewski, J., “Law and Philosophy”, *Österr. Z. Öffentl. Recht und Völkerrechts*, 28, 1977, pp. 211-213.

<sup>4</sup> Cf. Wróblewski, J., “Ontology and Epistemology of Law”, *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, 4, pp. 842-847.

el derecho positivo;<sup>5</sup> entre quienes hacen una polémica de la reducción del derecho positivo al derecho creado o reconocido por el Estado, el término "derecho positivo" no abarca sólo el derecho vinculado al Estado en la forma antes mencionada.<sup>6</sup>

Las normas jurídicas constituyen un todo más coherente. Las normas válidas se crean por promulgación o son aceptadas empleándolas como reglas de decisión. En la cultura jurídica contemporánea, el poder legislativo actúa de dos maneras, principalmente: legisla mediante promulgación de normas generales y mediante decisiones jurídicas.<sup>7</sup> El primer caso es clásico de los sistemas de derecho estatutario, y el segundo, de los sistemas de derecho operativo;<sup>8</sup> se suele denominar al primero el "derecho según los libros", y al segundo el "derecho en acción".<sup>9</sup> De ambos hablaremos en el presente ensayo.

Se considera también al derecho como hecho, es decir, como fenómeno social vinculado a otros fenómenos sociales. Esta relación tiene un aspecto pasivo y uno activo. El primero se manifiesta en la dependencia a la que está sometida el derecho de parte de otros fenómenos sociales; el segundo se manifiesta en el impacto que tiene el derecho sobre la realidad social. El impacto del derecho sobre otros fenómenos sociales se manifiesta en dos formas principales: como mantenimiento de cierto *statu quo* de la sociedad global o como canalizador o impulsor del cambio social.

2. Por "cambio social" entenderemos simplemente las diferencias significativas entre fenómenos sociales en determinada dimensión espacio-temporal. La cuestión vital es la de la significación, que define de hecho el uso del concepto en cuestión. Esta significación depende del aparato conceptual de la teoría que se emplea para describir y/o explicar el cambio social en un determinado nivel de análisis.

<sup>5</sup> E.g. Cotta, Sergio, "Diritto naturale", en *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. XII, 1964.

<sup>6</sup> Cf. la crítica de "la concezione statualistica del diritto", Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 108, sq., 124.

<sup>7</sup> Cf. Wróblewski, J., "Society of the Future and the Rationalization of the Law-Making", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1978, 1, pp. 44-48.

<sup>8</sup> Cf. Wróblewski, J., "Modelli di sistemi giuridici e potenzialità dell'informatica giuridica", en *Informatica e diritto*, 1978, IV, pp. 56-65.

<sup>9</sup> La oposición de "derecho según los libros" y "derecho en acción" es entendida aquí en un sentido amplio, influenciada por las ideas de R. Pound. Este concepto comprende también el "derecho como acción" en "integrative juresprudence", cf. Hall, J., *Foundations of Juresprudence*, Indianapolis-Kansas City-New York, 1973, cap. V.

Las fases o periodos de la historia se distinguen según el concepto de cambio social empleado en una determinada teoría sociológica o historiosofía. Este concepto determina la significación, y no puede ser precisado a nivel metateórico. Por ejemplo, dentro del marco conceptual marxista, las diferencias significativas para los cambios sociales relacionados con el derecho en la dimensión histórica son las diferencias de estructura de clase de sociedades globales, que definen las formas sociales.

Por "cambio del derecho" entiendo la diferencia jurídica significativa en una determinada dimensión espacio-temporal. También a este respecto el concepto de significación es de suma importancia. Puede emplearse la expresión "cambio del derecho" para denotar cualquier cambio, en cuyo caso, el derecho invariable se reducirá a los lapsos determinados de su historia: el "sistema jurídico momentáneo"<sup>10</sup> dura mientras no haya cambios en sus elementos (normas generales, decisiones). Sin embargo, para hablar de cambio del derecho y cambio social, todo parece indicar que debe emplearse una referencia a la significación determinada a nivel de una teoría jurídica.

3. Existen varias posibilidades de demostrar y analizar. Puede usarse la historia del derecho dentro del contexto funcional cambiante de su modelaje y su funcionamiento, o bien emplear una comparación entre sistemas que coexisten en un momento dado en varias sociedades globales. Ambos tipos de análisis pueden combinarse y deberían basarse en elementos empíricos.

Existe también la posibilidad de analizar las relaciones entre cambio del derecho y cambio social a un nivel teórico en determinada teoría jurídica o bien según un grupo de teorías que poseen un conjunto común de conceptos y postulados básicos. Este enfoque teórico está doblemente vinculado a un estudio de elementos empíricos: está estimulado por los hechos de la realidad, y sirve para describir y explicar fenómenos significativos.

El presente ensayo emplea un enfoque metafórico. Reconoce la tesis global de la relación mutua entre el derecho y el contexto social en el que opera la dependencia social del derecho, y el derecho como factor activo de cambio social. Emplea el concepto amplio de cambio del derecho y cambio social, que se define formalmente por referencia a la significación determinada a nivel de una teoría y, a fin de cuentas, a nivel de un problema concreto.

<sup>10</sup> Cf. Raz, J. *El Concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986, cap. VII/2.

4. La dependencia social del derecho es comúnmente aceptada en todas las ciencias jurídicas contemporáneas, así como en las ciencias sociales y humanidades. Tenemos dos conjuntos de datos para demostrar tal dependencia.

En primer lugar, se demuestra esta dependencia en una dimensión histórica diacrónica en una sociedad determinada o en algunos tipos de sociedad. Las diferencias temporales manifestadas históricamente son consideradas como cambios sociales a los que los cambios del derecho están correlacionados y explicados dentro del marco de una teoría concreta.

En segundo lugar, se demuestra la dependencia en cuestión comparando sincrónicamente sociedades y su derecho en condiciones diversas y con diferencias significativas. La comparación sirve para explicar las diferencias por dependencia del derecho dentro del marco conceptual de una teoría concreta que permita esta comparación.<sup>11</sup>

Es posible, desde luego, combinar el enfoque diacrónico y sincrónico, cosa que, sin embargo, requiere un aparato teórico más complejo.

Este ensayo presupone que todos los datos significativos relativos a la dependencia del derecho son conocidos. Como supuesto metateórico, puede darse en la teoría contemporánea del derecho.

5. La explicación de la dependencia social del derecho difiere según las teorías.<sup>12</sup> Existen diferencias entre determinadas teorías acerca de la identificación de fenómenos sociales de los que depende el derecho, de la explicación de la dependencia en cuestión, de las regularidades patentes de cambios sociales y de las posibilidades de uso operativo de estas regularidades para la política jurídica.

Los hechos sociales y sus cambios, de los que depende el derecho, pueden clasificarse de varias maneras: (a) estructura social de una sociedad global, especialmente estructura de clase; (b) estructura política de la sociedad global; (c) estructura económica de esta sociedad; (d) nivel de desarrollo tecnológico y de civilización; (e) cultura dominante de la sociedad, incluidas las normas y evaluaciones extra-jurídicas; (f) lugar de la sociedad organizada como Estado en las relaciones internacionales; (g) psicología social del hombre

<sup>11</sup> Acerca de la posibilidad de comparación en cuestión cf. Wróblewski, J. "The Problem of Incomparability in comparative law", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1976, 1, pp. 92-109.

<sup>12</sup> Para un trazo general de varias teorías comparar e.g. Stone, J., *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford, 1966.

expresada en actitudes epistémicas y axiológicas; (h) propiedades biológicas y psicológicas del hombre expresadas en las necesidades básicas de su existencia.

Esta enumeración proporciona ejemplos de la variedad de hechos de los que depende el derecho según diferentes teorías. La diferencia entre teorías se refleja no sólo en los hechos que son significativos para el derecho, sino también en su interdependencia y nivel de significación, y las opiniones relativas a su capacidad de cambio en dimensiones espacio-temporales.

Se suele afirmar que existe una diferencia entre los factores (h) y (a); se considera al primero como relativamente estable en la historia de la humanidad, por lo menos si se toma restringidamente el carácter básico de las necesidades,<sup>13</sup> mientras que el segundo es cambiante, desde el punto de vista histórico, y determina algunas tipologías macrocomparativas del estado y el derecho.<sup>14</sup> Existen profundas diferencias en las opiniones relativas a la significación de los cambios de factores determinados para la explicación de los cambios del derecho. Las teorías jurídicas pueden remitir a teorías más generales de la sociedad y sus cambios.

Según el enfoque sociológico en general, y el materialismo histórico, en particular, los cambios de factores de tipos (a) y de (d) explican con gran pertinencia el contenido y las funciones del derecho,<sup>15</sup> y están interrelacionados con otros factores, en espacial con los de tipo (b) y (c). Pero algunos cambios en los demás factores también resultan significativos para el derecho, por ejemplo, la moral prevaleciente como ejemplo del factor (e), o el impacto de las relaciones internacionales sobre el derecho en la situación actual de la interdependencia de varios estados de la comunidad mundial (el factor f).

6. Puede emplearse la identificación de los factores sociales variables, significativos para el derecho, no sólo para explicar el derecho sino también para formular regularidades que vinculen a los cambios sociales con el derecho. Según postulados metodológicos sólo así puede alcanzarse el nivel de "teoría" que se define estableciendo determinadas regularidades.

Estas regularidades reflejan diversas clases de relaciones entre cambios sociales y el propio derecho. Depende de las características de los fenómenos

<sup>13</sup> Este es el sentido de la doctrina del "contenido mínimo del derecho natural" cf. Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, cap. IX/2; Weinberger, O., "Über schwache Naturrechtslehren", en *Ius humanitatis*, Berlín, 1980.

<sup>14</sup> Cf. e.g. Wróblewski, J., "State and Law in Marxist Theory of State and Law", *Wayne Law Review*, 1976, vol. 22, part. IV.

<sup>15</sup> Cf. *cit. supra* nota 14, p. 821.

relacionados y el grado de complejidad de la teoría y de su generalidad. La teoría del derecho depende de teorías más generales del cambio social como son las teorías sociológicas de nivel amplio o medio.<sup>16</sup> Una explicación del derecho en términos de estas regularidades encaja en el paradigma metodológico de algunas ideas historiosóficas de desarrollo o decadencia de la humanidad. La polémica de si una teoría determinada es una descripción verificada de las regularidades o bien una visión historiosófica del pasado y el futuro parece ser un argumento persuasivo si no se formulan criterios estrictos para adoptar una decisión. Esta controversia tiene relación con las diferencias entre prognosis científica y profecía si se dirigen hacia el futuro, y se refiere a la capacidad de explicación de la teoría cuando se dirige hacia el pasado o el presente.<sup>17</sup>

Si el derecho depende de los fenómenos sociales, el cambio social puede influir en el cambio del derecho. De hecho, a través del análisis de reformas jurídicas y cambios sociales más o menos concomitantes es como puede demostrarse la tesis de la dependencia social del derecho. Existe una interdependencia entre los cambios del derecho y los cambios sociales. Por ello, puede analizarse la cuestión recalcando la dependencia del derecho del cambio social, y viceversa. Si se parte del cambio social y se explica el cambio del derecho mediante éste, puede verse en el derecho el reflejo más o menos retrasado del cambio social. Existe también una forma inversa de examinar el cambio: cuando se explica el cambio social por medio del cambio jurídico. En esta situación, se considera al derecho como factor de control de los fenómenos sociales, siempre y cuando posea un grado suficiente de eficiencia.

Tomando en consideración la interdependencia entre derecho y sociedad, debe analizarse esta relación desde ambos puntos de vista, es decir, partiendo del cambio social y partiendo del cambio del derecho. Así ocurre cuando se explican los fenómenos concretos empleando el concepto de retroalimentación. El derecho como fenómeno social depende de otros fenómenos sociales que determinan su existencia y las características fundamentales de sus reformas.

Se niega la relación entre reformas jurídicas y cambio social en aquellas teorías extremistas que presentan este falso dilema: el derecho puede adaptarse a la regularidad conocida del cambio social, o bien puede emplearse para controlar el cambio social. La primera posibilidad conserva la independencia de las regularidades en cuestión ante las actividades humanas, y las hace análogas a las leyes de la naturaleza. La segunda posibilidad significa que el hombre

<sup>16</sup> E.g. Merton, R. K., *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, 1957, p. 4 sq.

<sup>17</sup> Cf. Popper, K. R., *The Poverty of Historicism*, London, 1957, pp. 37-44.

puede cambiar estas regularidades y, por lo tanto, su papel es más activo, pero las regularidades resultan bastante diferentes de las que se encuentran en la naturaleza. Parece existir una gran variedad de regularidades relativas a la dependencia del derecho de los factores sociales cambiantes. Ello significa que la complejidad de los aspectos significativos para el uso operativo de las regularidades relativas a la dependencia social del derecho es muy acentuada, tanto desde el punto de vista de una teoría como de su uso práctico.

8. La dependencia social del derecho puede analizarse en el ámbito de la legislación por medio de normas generales (leyes promulgadas) o de la legislación mediante (derecho operativo). En ambos casos se demuestra una correlación entre cambio del derecho y cambios sociales bajo un análisis histórico y comparativo. Sin embargo, es más fácil describir esta correlación que formular las regularidades en cuestión.

El impacto de las reformas del derecho sobre el cambio social puede ponerse de manifiesto de forma análoga, describiendo correlaciones concretas y el descubrimiento final de las regularidades. El conocimiento de este impacto es uno de los cimientos de todo control social racional a través del derecho.

Existe una diferencia entre las funciones de control por medio del derecho promulgado y del derecho operativo, aunque el postulado de justificación y racionalidad es válido en ambas.<sup>18</sup> Para la legislación mediante normas generales (derecho promulgado), la idea de política racional depende del ámbito que se de a la función de control del derecho. El determinismo radical lo limita a una mera adaptación, mientras que la posibilidad de cambios inducidos por la actividad humana ensancha la gama de opciones para el legislador y para su responsabilidad. El legislador que no tome en cuenta ninguna regularidad refleja la actitud de un voluntarismo radical, y no es racional -si nos basamos en los parámetros de nuestra cultura jurídica.<sup>19</sup>

Para la legislación por medio de decisiones (derecho operativo), la idea de una política racional es igualmente válida. No obstante, el ámbito de opción del legislador se restringe si, según las premisas ideológicas, debe tomar en consideración algunas normas generales válidas, ya sea por promulgación o por

<sup>18</sup> Cf. Wróblewski, J., "Justification of legal Decision", *Revue Internationale de philosophie*, 1979, 127-128, pp. 238, 289-293. La decisión jurídica podría ser, no obstante, no sólo racional sino también razonable; cf. Perelman, Ch., *The New Retic and the Humanities*, Dordrecht-Boston-London, 1979, cap. 11.

<sup>19</sup> Cf. Wróblewski, J., "Law and Cognition of Reality", en *Contemporary Conceptions of Law*, Lopatka, A., (editor), Warsaw, 1979, pp. 206-213.

algún precedente que obliga. En el primero de los casos, el derecho operativo se considera como una transformación más o menos creativa de las normas generales en decisiones, mientras que en el segundo, el derecho operativo se crea a sí mismo en las normas de decisión.<sup>20</sup>

Los cambios del derecho están, pues, relacionados con los cambios sociales y, en términos generales, se dan cuatro tipos de situaciones:

- (A) cambio del derecho y cambio social
- (B) cambio de derecho y no cambio social
- (C) no cambio del derecho y cambio social
- (D) ausencia de ambos.

Trataremos todos estos tipos de situaciones en el supuesto de que existe una "relación causal" entre las dos variables (derecho, sociedad) (situaciones A y B) o que sean independientes en un área determinada (situaciones C y D). La "relación causal" se entiende aquí en una forma un tanto vaga, y cubre todas las relaciones objetivas posibles entre derecho y sociedad (por ejemplo, causal *stricto sensu* funcional, condicional, correlacional, etcétera).

La situación tipo A es paradigmática de las relaciones de interdependencia entre derecho y sociedad. Al tomar en consideración el caso en que los cambios del derecho determinan cambios sociales, debemos señalar las situaciones siguientes:

- (A1) el derecho es efectivo, es decir, se da el cambio social previsto por el legislador;
- (A2) el derecho es efectivo, pero el cambio social conlleva efectos colaterales de legislación, que son inevitables aunque previstos;
- (A3) el derecho no es efectivo, pero genera algunos cambios sociales independientes del propósito del legislador (A1) y de su conocimiento de efectos colaterales previstos (A2).<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Cf. Wróblewski, J., "Optative Models and Legal System", en Ciampi C., y Martino A. A., (editores) *Computerized Legal Decision. An Interdisciplinary Approach*, Amsterdam, 1982 par. 1-4, 11-12.

<sup>21</sup> Sobre los tres tipos de consecuencias de la legislación seleccionados en las situaciones A1, A2 y A3, cf. Wróblewski, J., "A model of Rational Law Making", *ARSF*, 1979, 2, pp. 192-194.

Dada la interdependencia entre derecho y sociedad, debemos tomar también en consideración las reformas del derecho provocadas por el cambio social. Tenemos, entonces, la situación siguiente:

- (A4) el cambio social influye en las reformas jurídicas; ello significa sea una incitación al legislador para que promulgue normas con contenido determinado, sea al aparato decisorio (derecho operativo), o ambos.

Las situaciones tipo B se refieren a reformas del derecho con ausencia de cambio social. Señalaremos las siguientes situaciones:

- (B1) reformas del derecho que no causan ninguna consecuencia suficientemente importante para ser calificada de "cambio social";
- (B2) la ley que persigue el cambio no es efectiva, y el cambio social se describe en relación a los objetivos del legislador; éste es un caso especial de (B1);
- (B3) no se aplica la nueva ley promulgada, es decir, no hay derecho operativo ni influye sobre sus destinatarios.

Al tratar situaciones de tipo B desde el punto de vista del impacto del cambio social en el cambio del derecho, surge la siguiente situación:

- (B4) se reforma una ley para evitar el cambio social, y esta ley es efectiva si mantiene el *statu quo*.

Partiendo de nuestros supuestos, podemos excluir las situaciones de tipo C. Se dan dos casos:

- (C1) el derecho no regula el área de cambio social o, en otras palabras, las dos variables no están relacionadas;
- (C2) el derecho en la situación (B4) no es efectivo.

Cabe señalar teóricamente situaciones de tipo D en periodos de estabilidad del derecho y de la sociedad. Sin embargo, sólo podemos señalarlas cuando definimos "reforma del derecho" y "cambio social" de forma que nos permita

hablar de esta invariabilidad a pesar de la conocida dinámica del derecho y la sociedad.

10. Dando por demostrada la dependencia social del derecho (situación A4), entraré en detalles acerca de la eficacia del derecho al generar el cambio social deseado (situación A1) y evitar el cambio social (situación B4).

Si empleamos el término “objetivo instrumental” para generar un cambio social (situación A1), y “objetivo homeostático”, para evitar el cambio social (situación B4), entonces la relación entre el cambio del derecho y el cambio social puede discutirse en términos de objetivos instrumentales y homeostáticos del derecho. Sostengo como tesis que a efectos de aplicar los objetivos instrumentales, el derecho debe mantener cierto *statu quo*, es decir, debe de aplicar también algunos objetivos homeostáticos.<sup>22</sup>

Empleamos aquí el concepto de homeóstasis en un sentido amplio. Un sistema es homeostático si reacciona a los estímulos externos e internos de tal manera que le permita conservar su equilibrio (o existencia) dentro de ciertos límites que determinan el grado de tolerancia de dicho sistema.

Existen tres tipos de homeóstasis considerados objetivos fundamentales del derecho: una homeóstasis biológica de la existencia del hombre en la tierra; una homeóstasis de la coexistencia social del hombre, es decir, de la existencia de la sociedad global en la que el hombre vive; una homeóstasis sociopolítica de una sociedad global organizada políticamente. Estos tres tipos de homeóstasis están estrechamente relacionados. No puede existir homeóstasis sociopolítica sin una homeóstasis de coexistencia social, que sólo es posible si se logra la homeóstasis biológica de la humanidad.

Son tres los sistemas que corresponden a los tres conceptos de homeóstasis: la humanidad, la sociedad global, y el sistema sociopolítico de una sociedad global. Cada sistema se presenta como un conjunto complejo y dinámico de elementos relacionados funcionalmente que reacciona ante estímulos externos e internos. No hay mecanismos naturales que garanticen la existencia del hombre; se necesitan sistemas y dispositivos humanos para preservar la homeóstasis en cuestión.<sup>23</sup> Todo sistema puede considerarse como un sistema social; todo sistema social es cambiante, y el derecho es tratado como un dispositivo para

<sup>22</sup> Cf. en detalle Wróblewski, J., “Law as an Instrument of Social Homeostasis”, en *ARSP*, 1981, 1,

<sup>23</sup> Cf. Wiener, N., *Cybernetics and Control and Communications in the Animal and Machine*, New York-Paris, 1957, p. 187.

mantenerlo en un determinado equilibrio, que puede definirse como su existencia o transformarlo de conformidad con los objetivos asumidos.

Al hablar de los objetivos homeostáticos del derecho en el contexto del cambio del derecho, nos encontramos frente a una situación en la que el derecho se emplea para evitar este cambio social, que destruiría a la sociedad. Esta es la situación B4 a la que nos referíamos (punto 9).

12. La homeóstasis de existencia se refiere a la relación entre hombre y naturaleza. Estas relaciones se encontraban en relativo equilibrio hasta nuestros días. Estamos ahora frente a dos retos: el reto de los efectos colaterales de las actividades normales del hombre, y el reto de la potencia destructora de las modernas técnicas de guerra.

El reto de los efectos colaterales de las actividades normales del hombre se debate en el marco de la crisis ecológica y la protección del medio ambiente. Nos enfrentamos a profundos cambios sociales debidos a las técnicas modernas. El segundo reto, más evidente que el primero, es el de la destrucción total de la existencia humana como resultado de una guerra mundial con el empleo de armas nucleares. El valor humanista fundamental es el de la existencia humana, que hace posibles todos los demás valores.<sup>24</sup>

Se usa el derecho para mantener la existencia biológica del hombre, sobre todo en una dimensión mundial, reglamentando las situaciones por medio de acuerdos internacionales. El derecho se enfrenta a cambios sociales que se manifiestan como dos tipos de retos a los que responde aplicando el objetivo de la homeóstasis biológica.

13. El hombre existe solamente dentro de un grupo social que conforma la sociedad global propiamente dicha. Así, pues, la existencia humana es siempre una coexistencia social con otros.<sup>25</sup> Esta coexistencia está determinada por conflictos que separan a las personas y a los grupos dentro de una sociedad global en el contexto de una escasez de medios para satisfacer sus necesidades, y de conflictos entre actitudes interesadas y desinteresadas de los individuos. Todas las formas de sociedad global que han evolucionado históricamente (por ejemplo, la familia, la tribu o el estado) posibilitan la coexistencia social dentro

<sup>24</sup> Cf. Wróblewski, J., "Basic axiological problems, humanistic values and legal protection of environment", en *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1981, 4, pp. 674-683.

<sup>25</sup> Cotta, Sergio, *Itinerari esistenziali del diritto*, Napoli, 1972, pp. 60-71, 80-84.

de ellas protegiendo con medios de eficacia práctica los valores fundamentales de esta coexistencia.

El derecho es parte de un sistema sociopolítico que conserva un orden de coexistencia. Sus valores básicos son vida, salud, riqueza y algunas libertades. Y estos valores están eficazmente protegidos por lo que hace a una parte suficientemente amplia de la sociedad en cuestión. El alcance y formas de esta protección son históricamente cambiantes. No obstante, la necesidad de su conservación es característica de todo sistema jurídico. La pertenencia de estos valores es la base para determinar un valor relativo de "legalidad formal" concebida para mantener cierto orden en la coexistencia social.<sup>26</sup>

14. La existencia humana se presenta siempre como una coexistencia sociopolítica. Todo hombre existe como miembro de varios grupos sociales, entre los que hoy figura como el más importante la sociedad global organizada en un Estado. Los mecanismos que permiten la homeóstasis sociopolítica de una sociedad global organizada en un Estado son bastante complicados. Es evidente, sin embargo, que se emplea el derecho como instrumento para mantener esta homeóstasis conservando las estructuras sociopolíticas y determinando límites a sus reformas jurídicas. Más allá de estos límites se dará una revolución que, de tener éxito, cambiará la estructura sociopolítica y construirá una nueva, legitimizándola por medios ideológicos.

15. Así, pues, la función del derecho como factor de estabilidad social es sumamente importante para su dependencia de varios fenómenos sociales y de su cambio social. La existencia de la humanidad y de la sociedad global organizada en el Estado exige el mantenimiento de cierto grado de estabilidad. Este grado viene definido por la necesidad de la existencia de la sociedad global en cuestión como parte de la humanidad. Esto significa que se garantizan la homeóstasis biológica, la homeóstasis de la coexistencia, y de cierto tipo de homeóstasis sociopolítica.

El derecho se atiene a estos objetivos homeostáticos evitando cambios que destruyan estos tres tipos de existencia humana. Sin embargo, está diferenciada la incapacidad del derecho para aplicar estos objetivos. La incapacidad de aplicar la homeóstasis biológica significaría el fin de la existencia del hombre sobre la tierra. Existimos, porque nunca en la historia vivimos esta experiencia. La incapacidad de aplicar la homeóstasis de coexistencia social de una sociedad

<sup>26</sup> Cf. Wróblewski, J., "Problems of legality in Marxist Theory", *ARSP*, 1976, 4, p. 509 y ss.

global determinada se manifiesta por su desaparición como sociedad. Existen experiencias históricas de este tipo debidas a diversos factores, pero no podemos aquí discutir si fue cuando menos parcialmente atribuible a un mal derecho. La incapacidad de aplicar la homeóstasis sociopolítica es bastante frecuente en la historia; significa un cambio revolucionario de una estructura sociopolítica dada, a pesar de que el derecho funcionara en contra de este tipo de cambio social.

16. Los cambios del derecho se usan para estimular el cambio social. Esta es la situación A1 (punto 9), en la que se emplea el derecho para aplicar objetivos instrumentales. Estos consisten en la transformación de una sociedad incitando, canalizando o impidiendo alguna conducta humana que genere cambios sociales.

Históricamente, existe una gran variedad de objetivos instrumentales del derecho, y los estudios comparativos en los sistemas jurídicos que funcionan actualmente demuestran claramente la dependencia de estos objetivos ante la axiología de sistemas jurídicos determinados, que revela la axiología política dominante de las actividades legislativas. No obstante, el legislador no es un inventor sino un representante de la axiología de los grupos gobernantes.

En su forma más pura, los objetivos instrumentales del derecho se hacen patentes en sistemas que asumen explícitamente los objetivos de largo alcance de transformar sociedades globales. Se trata aquí al derecho como el instrumento necesario de estos cambios, especialmente en su dimensión estratégica. La legislación por medio de normas generales se adapta más a esta actividad, que la legislación por medio de decisiones sobre casos particulares.

17. El legislador establece los objetivos instrumentales del derecho según la axiología que acepte. Sin embargo, no es libre en sus decisiones: la axiología que acepta está parcialmente determinada por sus condicionamientos sociopolíticos, morales y culturales y en parte también por sus actitudes epistémicas y evaluatorias individuales.

El legislador establece políticas, y su evaluación de la axiología operativa en la sociedad global en la que actúa está relacionada con su papel en la determinación de metas instrumentales.

Los valores instrumentales del derecho se ponen a prueba determinando el grado en que los objetivos instrumentales del derecho están aplicados por el funcionamiento del derecho. El concepto praxiológico de eficacia del derecho se define como la aplicación de los objetivos instrumentales del legislador. La eficacia del derecho es el resultado de la legislación racional, pero el derecho

no puede lograr todos los objetivos instrumentales, es decir, no todos los cambios sociales pueden ser incitados de manera efectiva por las normas jurídicas.

Existen algunos límites en la eficacia del derecho en relación a los objetivos homeostáticos (punto 5), y también hay algunos límites del derecho como instrumento de cambio social.<sup>27</sup> Estos límites son las fronteras que el legislador racional no puede cruzar.

En primer lugar, existe el límite sistémico: el legislador racional no puede usar el derecho para aniquilar la existencia de su sociedad. Racionalmente tampoco puede actuar en contra de la homeóstasis biológica de existencia (punto 12), ni contra la homeóstasis de coexistencia social (punto 13). Queda abierta la cuestión de saber si puede transformar el sistema sociopolítico por medio del derecho, creando un "nuevo sistema" (punto 14).

En segundo lugar, existe una frontera epistémica: la limitación del conocimiento que el legislador tiene a disposición suya. Este conocimiento tiene que ver con relaciones empíricas bastante complejas que son pertinentes para una eficaz reglamentación de la conducta humana a través de las normas jurídicas. El conocimiento, según nuestros supuestos, nunca es completo y, por ello, existe un factor de riesgo (véase situaciones A3, punto 9).

En tercer lugar, existe una frontera praxiológica: la relación entre los costos de lograr las metas del derecho deseadas y el valor adscrito a estas mismas metas. Este es el problema de la "eficacia económica" del derecho: el legislador racional no acepta medios demasiado costosos en relación con el valor de los objetivos que desea aplicar.<sup>28</sup>

La frontera praxiológica fija, de esta manera, el ámbito en que se emplea al derecho como incitador de cambios sociales. El derecho puede ser usado solamente cuando se justifica praxiológicamente por los criterios de "eficacia económica".

En cuarto lugar, hay una frontera axiológica: si no se acepta la norma general de que el fin justifica los medios, entonces, los medios jurídicos deberían clasificarse no desde el punto de vista de su eficacia sino del de la axiología general aceptada por el legislador.

<sup>27</sup> Cf. Pennock, J.R. y Chapman, J.W., (coordinadores) *The Limits of Law*, New York, Nomos XV, 1974.

<sup>28</sup> Cf. por ejemplo Posner, R. A. "The Economic Approach to Law", *Texas Law Review*, 1975, vol. 53, y literatura citada.

La frontera axiológica determina, pues, el ámbito de un uso de las normas jurídicas como medio para lograr objetivos instrumentales, porque no todas las normas pueden usarse a espaldas de sus valores instrumentales conocidos.

19. El bosquejo de las relaciones entre reforma del derecho y cambio social se ha basado en el supuesto de que se entiende el derecho como un todo que comprende derecho promulgado y derecho operativo (punto 1). Este es un supuesto simplificador al que hemos recurrido para presentar cuestiones fundamentales sin entrar en detalles propios de los sistemas de derecho estatutario y consuetudinario. Quisiera hacer ahora algunas consideraciones acerca de los problemas propios de los sistemas de derecho estatutario actuales y su operación.

Demos por sentado, sin demostrarlo aquí,<sup>29</sup> que en los sistemas de derecho estatutario existe *de facto* un derecho operativo: las decisiones de las cortes supremas influyen en el proceso decisorio de los tribunales inferiores. Esta influencia se manifiesta sea por referencia a estas decisiones sea como fenómeno meramente latente. En los sistemas de derecho estatutario podemos hablar de derecho promulgado y de derecho operativo. Las relaciones entre ambos son teóricamente bastante polémicas, y no son neutrales desde el punto de vista de una ideología de la aplicación del derecho.<sup>30</sup> Sin embargo, podemos suponer que en las teorías contemporáneas preferentes a los sistemas de derecho estatutario, existe un amplio consenso en cuanto a que las decisiones del derecho operativo, por norma general, no están estrictamente determinadas por el derecho promulgado. Se puede entonces formular la pregunta relativa a la relación entre el cambio en el derecho operativo y cambio social independientemente de que formulemos la misma pregunta para el caso del derecho promulgado.

Tomando esto en consideración, cabe distinguir entre las situaciones que habíamos señalado acerca de la relación entre cambio del derecho y cambio social (punto 9), con referencia al derecho promulgado y al derecho operativo. Existen teóricamente dos posibilidades extremas: o bien el derecho operativo se efectúa según el derecho promulgado, o bien se efectúa *praeter* o *contra legem*. La práctica del derecho operativo suele encontrarse entre estos dos extremos.

<sup>29</sup> Wróblewski, J., "The Concept and Function of Precedent in Statute Law Systems", *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 1974, VII, reeditado en Wróblewski, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, 1979, 140 y ss.

<sup>30</sup> Wróblewski, J., "Ideología de la aplicación judicial del derecho" en *Crítica Jurídica*, México, UNAM, 1992, número 10, pp. 19 y ss.

Por lo tanto, pueden analizarse todas las relaciones entre reforma del derecho promulgado, del operativo y los cambios sociales, pero rebasaría el ámbito del presente ensayo. Por ello, me referiré solamente a aquellas situaciones en que no hay cambio del derecho promulgado, mientras sí hay cambio en el derecho operativo. Llamémosle un “cambio relativo del derecho”.

20. El cambio relativo del derecho, en una situación de interdependencia entre el derecho y cambio social puede, en ciertos aspectos, modificar los efectos del derecho promulgado, siempre y cuando el derecho operativo posea suficiente importancia para poder hablar de cambio social. Tenemos entonces un caso singular de reforma relativa del derecho que combina las situaciones de tipo A y C, que describiremos como sigue:

- (D) Derecho promulgado sin cambio, con cambio del derecho operativo y cambio social.

El ejemplo clásico de una situación de tipo D es cuando la “letra del derecho” no varía —pero las decisiones de derecho operativo cambian y tienen un impacto sobre importantes fenómenos sociales.

La situación opuesta dentro de esta situación de tipo D se da cuando el cambio social influye sólo sobre el derecho operativo dejando intacto el derecho promulgado. Por lo general el derecho promulgado no refleja inmediatamente el cambio social y, por lo tanto, hay un lapso entre ambos, si es que este derecho es cambiado. El derecho operativo suele ser más flexible y adaptable a los cambios sociales.

Esta reforma relativa explica el conocido fenómeno de una relativa continuidad de la “letra del derecho”, es decir, del derecho promulgado.<sup>31</sup> El derecho operativo no reformado salvaguarda, en algunos casos, la eufuncionalidad del derecho preservando cierta seguridad del primero y permitiendo la necesaria elasticidad del último.<sup>32</sup>

Existen, sin embargo, algunos límites del cambio relativo del derecho, determinados por la relación entre derecho promulgado y derecho operativo aceptada por el sistema de derecho estatutario y la ideología de la aplicación del

<sup>31</sup> Hay otro tipo de continuidad basada en los objetivos homeostáticos del derecho, los cuales no abordo en el presente ensayo, cf. Wróblewski, J., *op. cit. supra* nota 19, parte III.

<sup>32</sup> Cf. Wróblewski, J., “Functions of law and legal Certainty”, en *Anuario de filosofía del derecho*, XVII, 1973-1974.

derecho. La axiología subyacente a la diferencia, si es que existe, entre normas generales y legislación por medio de decisiones determina la cuestión: la reticencia a llamar a esta “legislación”, y la preferencia por el término “aplicación del derecho” son sumamente sintomáticas.<sup>33</sup>

21. El presente ensayo trata del cambio del derecho y el cambio social en la dimensión de la investigación metateórica. Esta es la justificación de su carácter relativamente abstracto. Mi propósito era esbozar algunos instrumentos conceptuales que pueden usarse en la teoría jurídica y sociología del derecho basados en estudios históricos y comparativos.

<sup>33</sup> Cf. Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1965, parte III, cap. 3; Wróblewski, J., “Déciition judiciaire: l’application ou la création du droit”, *Scientia*, vol. CIII, n. DCLXXIX-DCLXXX; *Idem*, *Sadowe stosowanie prawa* (Judicial Application of Law), Warszawa, 1972, cap. XI, XII.

## POLÍTICA ANTIDROGAS Y POLÍTICA EN AMÉRICA LATINA

Ana Josefina Alvarez G.<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Las “razones del Estado” de los países latinoamericanos en la lucha antidrogas.* 1. *La razón económica.* 2. *La razón política.* II. *Las “razones de Estado” de los Estados Unidos.* III. *Conclusión.*

Es indudable que el narcotráfico, como lo llaman los Estados Unidos, o “problema drogas”, como prefiero denominarlo, se ha convertido en una variable de análisis —casi una “categoría de análisis”— obligada a la hora de evaluar la realidad latinoamericana actual en los niveles económico, social y político, y sus manifestaciones en la esfera legislativa.

Encontramos así, que desde el inicio de la década de los setentas, varios países de la región han visto transformarse partes fundamentales de sus organizaciones formales e informales al convertirse la producción y el tráfico de drogas en partes integrales de sus sociedades. Estas transformaciones, sin embargo, no hubiesen sido razón suficiente para que se iniciase en dichos países un proyecto de control social integral que colocó en lugar prioritario a la lucha antidrogas. Se necesitó, en realidad, que se ejerciesen presiones muy concretas e interesadas por parte de los Estados Unidos, para que los países de la región involucrados en este problema asumiesen el “asunto drogas” como elemento fundamental de sus políticas internas, y a las medidas jurídico-represivas impulsadas por el primero, como eje central de tales políticas.

<sup>1</sup> ENEP-Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México.

Resulta, por tanto, claramente ubicable el hecho de que la verdadera paranoia antidrogas comenzará a darse a partir de 1982, año en que Ronald Reagan decreta oficialmente la famosa "Guerra contra las drogas" (Drugs War) que logrará imponer, al igual que su sucesor, a la mayoría de los países de la región. Una parte importante de este trabajo consistirá en establecer la discrepancia existente entre lo que denominamos "razones de Estado" de los países latinoamericanos, frente a las "razones de Estado" de los Estados Unidos, manifestadas ambas en las políticas antidrogas, incorporando al análisis elementos de tipo económico y político que posibiliten la interpretación del fenómeno, no en sus dimensiones aparentes, sino en sus dimensiones reales.

## I. LAS "RAZONES DE ESTADO" DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS EN LA LUCHA ANTIDROGAS

### 1. *La razón económica*

La participación de numerosos países de América Latina en diferentes fases de la industria de la droga: producción, tráfico y lavado de dinero, fundamentalmente, ha tenido una influencia muy directa en las economías de dichos países, sobre todo de los andinos, dinamizándolas y hasta recuperándolas. Este es un primer elemento a tener muy en cuenta en relación a la realidad latinoamericana, sobre todo si se recuerda que el fenómeno del narcotráfico, entró en verdadero auge a partir de 1979-1980, lo que coincide claramente con el inicio de una crisis económica sin precedentes en la región.<sup>2</sup> Las repercusiones concretas de esta crisis a nivel económico y de bienestar social han llevado a la CEPAL a declarar, el periodo de 1980-1990 como "la década perdida" para América Latina, pues lejos de crecer, los países latinoamericanos decrecieron en su PIB y en otros indicadores económicos, logrando apenas al final de la década, estabilizar esta tendencia decreciente.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Esta evaluación fue hecha en el Informe de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina, ONU) de 1986. Igualmente fue evaluado por el Banco Mundial, Periódico *Excelsior* de México, septiembre 26, 1986.

<sup>3</sup> Esta estabilización no ha sido igual para todos los países, pues muchos de ellos siguen en la misma crisis: "Narcotráfico en las cuentas nacionales", en *Nueva Sociedad*, Caracas, julio-agosto 1989, número 102, pp. 94-106.

Otro de los aspectos básicos de la industria de la droga ha sido su generación de empleos, sobre todo para los empobrecidos campesinos latinoamericanos que vieron caer abruptamente, a lo largo de la “década perdida”, el valor de las materias primas que producían (café, azúcar, maíz, estaño, etcétera) debido al proyecto neoliberalista impulsado por los países desarrollados que implicó, entre otras cosas, un gran proteccionismo de sus propias materias primas. Así, se ha calculado, conservadoramente, que entre 2.5 y 2.7 millones de personas trabajan en el mundo de la droga en América Latina, lo que implica que entre 12 y 15 millones de personas más, familiares o dependientes, encuentran su base material de sobrevivencia en esta industria.<sup>5</sup>

Un ejemplo muy revelador de lo anterior es el dato de que un campesino boliviano normal que por la siembra de una hectárea de cualquier otro producto generaría un ingreso promedio de 350 dólares al año, por la siembra de coca llega a producir unos 7.000 dólares al año.<sup>6</sup>

Otros aspectos de las economías de los países involucrados que parecen haberse dinamizado son el ahorro nacional y la inversión, sobre todo debido al ingreso por la exportación de la droga, aunque en muchos casos, como en México, este ingreso se incorpore a la economía informal.

Hay que destacar también el papel jugado en ciertas economías centroamericanas y del Caribe por el lavado de los “narcodólares” y su reingreso al sistema financiero internacional. Así, economías como la panameña, por mencionar sólo uno de los casos que retomaremos por su importancia más adelante, han tenido grandes ingresos por este concepto.

Por último, hay que tomar en cuenta lo que algunos autores han catalogado como el surgimiento de una “narcoburguesía”,<sup>7</sup> que constituye una suerte de nueva clase social conformada por los “barones” de la droga, individuos que cuentan ya con grandes inversiones en la economía formal de sus países y que han jugado un papel que, en algunos casos, sobrepasa al propiamente económico para pasar al político y social. Esto los ha colocado en una función social parecida a la de los antiguos “bandoleros sociales” que Hobbsbawn describía. No es casual que este mismo autor haya analizado, en un trabajo

<sup>5</sup> Hardinghaus N., “El narcotráfico en las cuentas nacionales”, en *Nueva Sociedad*, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 100.

<sup>6</sup> Jordán Pando R., “Coca, cocaína, interdicción y narcotráfico”, *Estado y Sociedad*, La Paz, número 7, pp. 11-35.

<sup>7</sup> Kaplan, M., *Aspectos Sociopolíticos del Narcotráfico*, México, INACIPE, 1989.

reciente<sup>8</sup> la realidad de los narcotraficantes colombianos en un sentido semejante al mencionado.

Frente a toda esta realidad ineludible, ¿cuál ha sido el manejo que han hecho los países latinoamericanos del problema?

## 2. *La razón política*

El manejo político que han hecho los gobiernos de los países latinoamericanos involucrados ha pasado por diversas etapas, con ciertas variaciones particulares. Dicho manejo debe ser entendido en un contexto de presiones internacionales, particularmente de los Estados Unidos, que optó por la posición, desde inicios de la década, de impulsar medidas fundamentalmente de corte represivo, al interior de su país, pero sobre todo al exterior de éste. Estas medidas que consistieron, entre otras cosas, en la creación de un nuevo cuerpo de leyes mucho más represivo, en la ampliación de los cuerpos policiales regulares y especializados, en la sofisticación de las técnicas y los equipos de detección y persecución, hasta la apertura de nuevas cárceles de máxima seguridad, fueron igualmente exigidas —y hasta impuestas— a la mayoría de los países de la región involucrados.

De ahí que no podamos hablar de una autonomía en las decisiones de estos países en sus políticas de “lucha contra las drogas”.

En cuanto a los mecanismos de presión utilizados por los Estados Unidos, los mismos han sido variados. Mencionaremos algunos de los más relevantes:

a) La primera gran acción política de los Estados Unidos, fue la de decretar la guerra contra las drogas como un problema de “seguridad nacional” de carácter prioritario. Esta idea que fue rápidamente “vendida” a los gobiernos latinoamericanos muy presto, en su mayoría, a asumir medidas de excepción que ampliaran las prerrogativas y los presupuestos de los cuerpos militares (y permitieran la creación, validada en este caso por los Estados Unidos, de cuerpos paramilitares) y que les permitieran la recepción de ayudas económicas y “técnicas” extras, provenientes del poderoso país del norte. Algunos de los países involucrados —con profundos problemas internos y con procesos de

<sup>8</sup> Hobbsbawm, E. J., “Murderous Colombia”, *The New York Review of Books*, Nueva York, noviembre 20, 1986.

insurgencia armada en sus territorios—, vieron con relativo beneplácito estas acciones.

b) La presión más utilizada, como es natural, fue la económica, pues ante una situación de deterioro como la vivida por la región, ésta era indudablemente la mejor arma. Los mecanismos de control a este nivel se manejaron en dos sentidos fundamentales: a través de los procesos de renegociación de la deuda externa de los países latinoamericanos, donde los Estados Unidos juegan un papel fundamental tanto por su poder dentro del Fondo Monetario Internacional,<sup>9</sup> como en la banca internacional. El segundo sentido, más directamente controlado por ese país, fue el del comercio exterior con la región: condicionando compras o el otorgamiento de determinados precios, o dando trato preferencial a ciertos países en función de su comportamiento en el citado proceso de lucha contra las drogas. No hay que olvidar, en relación a esto último, que por razones históricas y de dependencia geopolítica-económica, toda América Latina, quizá a excepción única del Brasil, ha realizado el intercambio económico tanto a nivel de exportaciones como de importaciones, fundamentalmente con los Estados Unidos.

c) Un mecanismo de control más directo fue el creado en 1986 por los Estados Unidos en su *Anti-Drug Abuse Act*: las famosas “certificaciones” y “descertificaciones”, que desde esa época otorga el gobierno norteamericano a los países de la región en función de su participación activa en la guerra contra las drogas. Esta “certificación” que da cada año el Senado norteamericano implica, para los gobiernos que la reciben, hacerse acreedores de ayuda económica, de apoyo técnico y en equipo para la lucha antidrogas y del beneplácito del gobierno norteamericano en todos los sentidos. Dicha “certificación” ha sido ampliamente criticada por los gobiernos latinoamericanos por considerarla una injerencia directa en sus asuntos nacionales, sin embargo, muchos de los más importantes “golpes” contra el narcotráfico en la región han sido dados, justamente, en períodos previos a las certificaciones.

<sup>9</sup> En el FMI, a diferencia de los otros organismos de Naciones Unidas donde los países tienen cada uno un voto, el derecho a voto es proporcional a la cuota de cada país, lo que hace que los Estados Unidos controlen dicho organismo con un 18% de los votos.

El resultado de todo lo anterior fue, en un principio, que los gobiernos latinoamericanos asumieron la responsabilidad del problema casi de manera absoluta. No es casual, por tanto, que sea en la década de los ochenta en la que se dictan la mayoría de las nuevas leyes antidrogas en la región. En un estudio pormenorizado, para la región andina, sobre estas “leyes paralelas”, Del Olmo<sup>10</sup> demuestra las similitudes de las leyes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, dictadas todas entre 1984 y 1988, a excepción de la del Perú, dictada en 1978.

Estas leyes, si bien sería simplista atribuir las a las presiones de los Estados Unidos, se insertan en esta dinámica global de persecución de las drogas, inspirándose, en la mayoría de los casos, en las convenciones, convenios y protocolos internacionales de las Naciones Unidas frente al problema. Aún así, es interesante destacar que la tendencia que han seguido dichas leyes ha sido la de “endurecer” las medidas con relación al consumo y al tráfico de estupefacientes y psicotrópicos, y que esas tendencias se corresponden con una determinada visión que pretende encontrar la solución del problema en la perspectiva jurídico-represiva, visión que, como se dijo anteriormente, han impulsado en los diversos foros internacionales los Estados Unidos.

Las medidas legislativas fueron acompañadas de una verdadera situación de defensa nacional donde se involucró a los ejércitos nacionales en la lucha contra el narcotráfico. Esta persecución se acentuó marcadamente a partir de la segunda mitad de la década, elemento que se evidencia en el incremento desmedido que se da, a partir de ese período, en los ingresos a las cárceles por “delitos contra la salud” en los diversos países de la región.

Tenemos, entonces, que los gobiernos latinoamericanos asumieron, en un principio, una actitud de culpa total ante las presiones norteamericanas y de la comunidad internacional. Esto, a pesar de que el fenómeno de la producción y tráfico de drogas no afectaba directamente a sus poblaciones, pues fuera de los consumos tradicionales y milenarios de la hoja de coca en la zona andina y de otras sustancias como los hongos alucinógenos en México, los problemas de consumo de drogas siguen siendo muy bajos en la región;<sup>11</sup> y a

<sup>10</sup> Del Olmo R., “Leyes paralelas”, en Gazcue Sayan (coordinador), *Coca, cocaína y narcotráfico: laberinto en los Andes*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989.

<sup>11</sup> En México, por ejemplo, de acuerdo a los resultados de la última Encuesta Nacional de Adicciones, realizada en 1989, se encontró que sólo el 0.9% de personas habían consumido alguna droga en el mes anterior a la encuesta.

pesar de que las repercusiones económicas del fenómeno drogas estaban lejos de ser negativas para estos países.

Tanta importancia se le ha llegado a dar a este fenómeno y tanto han logrado los Estados Unidos, como en otras muchas ocasiones, imponer su visión de la realidad y sus necesidades a la región, que en muchos países la propia sociedad civil ha llegado a percibir el narcotráfico y el consumo de drogas ilícitas como un problema prioritario para sus poblaciones, debido esto, en gran medida, al bombardeo continuo de los medios de comunicación y a la gran importancia que le han atribuido al problema los gobiernos nacionales.

Lo anterior pudimos comprobarlo en una investigación piloto que llevamos a cabo dentro del medio universitario mexicano en 1990, para estudiar el fenómeno de "reacción social y drogas". Sin extendernos mucho en este punto, es importante destacar, sobre todo en este foro, donde el estudio de la reacción social ante la norma y ante el delito puede resultar de mayor interés, algunas de las respuestas obtenidas:

- En relación con la pregunta de cuáles eran los problemas más relevantes de México, se colocó, en un promedio dominante, al narcotráfico y al consumo de drogas por encima de "problemas de salud" y "falta de servicios".
- En relación con la pregunta de cuál era un problema de salud más relevante en México, el orden asignado, en promedio, colocó al consumo de marihuana en primer lugar, por encima del consumo de alcohol, que ocupó el segundo lugar y, curiosamente, se colocó el consumo de cigarrillos en último lugar, por debajo del consumo de cocaína, que en México es muy bajo.
- En cuanto a la opinión de cuál era considerado como un delito más grave, encontramos al narcotráfico en tercer lugar, superado únicamente por violación y homicidio, compartiendo ese lugar con "corrupción" y muy por encima de "contaminar", "consumo de drogas", "asaltar un banco", "evasión de impuestos" y "violación de la Ley Federal del Trabajo" que se colocaron en ese mismo orden. Es curioso también que el "consumo de drogas" sea considerado como un delito más grave que asaltar un banco o que la violación a la Ley Federal del Trabajo.

- En relación a las penalidades aplicadas a los narcotraficantes, un 71% de las respuestas se inclinaron hacia un endurecimiento de las sanciones, incluyendo en esto a un 8% que opinó que debía aplicárseles la pena de muerte.
- Finalmente, en cuanto a las penalidades a consumidores, un 35% se inclinó por el endurecimiento de las sanciones, un 42% las consideraron bien como estaban y solo un 10% opinó que no debían ir a la cárcel.

De lo anterior puede deducirse que la percepción sobre estos fenómenos por parte de la sociedad civil está condicionada, más que por su propia realidad, por las campañas en los medios de comunicación masiva, inspiradas por la realidad norteamericana.

Retomando nuestro análisis, encontramos que sólo hasta fechas muy recientes los gobiernos de los países latinoamericanos comenzaron a modificar su posición y a plantear los tres aspectos fundamentales que, a mi juicio, revelan la existencia de una responsabilidad compartida entre países consumidores y países productores.

Estos aspectos son, en primer lugar, el reconocimiento de que el fenómeno de las drogas se rige por las mismas leyes de oferta y demanda que cualquier otro producto y, por tanto, que la demanda interna de drogas en los Estados Unidos —la mayor del mundo— es lo que presiona a la industria ilegal de la droga a la producción.

En segundo lugar tenemos el hecho de que las mayores ganancias por concepto de distribución de la droga (el 95%, aproximadamente de las mismas) se quedan en los Estados Unidos,<sup>12</sup> entrando al circuito de su economía formal a través de una banca que no ha sido suficientemente controlada y generando condiciones que al igual que en los países latinoamericanos, han beneficiado a su economía en períodos recesivos como los actuales.

En tercer lugar hay que señalar que los Estados Unidos, al igual que los demás países desarrollados, han hecho muy poco por colaborar en la solución de los problemas económicos internos de los países latinoamericanos, problemas que impulsan a muchos de sus ciudadanos a seguir participando en la industria de la droga.

<sup>12</sup> Cálculo publicado en *Nueva Sociedad*, *op. cit.*, *supra* nota 4, sobre la base de datos de la revista *Fortune*, junio, 1988.

Este último aspecto, aunado al hecho de que los Estados Unidos presionaban para que cada vez más los ya exigüos presupuestos nacionales dedicaran una gran parte a la lucha antidrogas, y a que prácticamente obligaban a los gobiernos a actuar en contra de sus propias leyes nacionales (como ocurrió en varios casos de extradiciones de narcotraficantes o con el secreto bancario en Panamá), es lo que llevó a varios países de la región, en concreto de la región andina, a cambiar su actitud ante tal situación y a plantear el problema de la responsabilidad compartida, exigiendo otro tipo de trato en la búsqueda de soluciones al problema.

Estas actitudes abrieron una nueva etapa, muy reciente aún y con escasos resultados todavía, en el manejo internacional del problema del narcotráfico, etapa que podemos calificar de más nacionalista. Esta se inició, de manera concreta, con los discursos de los presidentes de Colombia y Bolivia en la 44ª Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, celebrada en septiembre de 1989. En este evento, el entonces presidente Virgilio Barco planteó de manera precisa que

los países industrializados, generadores del mercado creciente de estupefacientes, son los responsables del consumo de drogas, de la provisión de insumos productivos, de armas y de los transportes que usan los narcotraficantes y narcoterroristas, y son la sede de los bancos donde se lavan y legalizan los narcodólares... Se necesita algo más que coca para producir cocaína...

Por su parte, el presidente Paz Zamora de Bolivia lanzó, por primera vez, lo que posteriormente se convertiría prácticamente en una consigna para los países productores de la zona andina: la necesidad de lograr “la substitución de cultivos y un desarrollo alternativo”.<sup>13</sup>

Esta nueva tendencia en la comprensión de las complejidades del “fenómeno drogas”, tuvo un antecedente muy importante: la Convención de Viena, celebrada en diciembre de 1988, donde se marcó en realidad el hito histórico de contemplar la corresponsabilidad entre países productores y países consumidores, razón por la cual la solución debía tener un carácter global. Esta perspectiva constituyó una derrota (aunque sólo parcial y muy limitada) de la “línea dura” que trataban de impulsar los Estados Unidos con su “Plan Bennett”, que

<sup>13</sup> Jordán Pando, R., *op. cit. supra* nota 6, pp. 14-15.

tenía un carácter eminentemente represivo, dominado por las variables: militarización, destrucción ecológica, pena de muerte, guerra total...

El siguiente paso en este sentido fue la "Declaración de Cartagena", firmada en febrero de 1990 entre los presidentes de Bolivia, Colombia, Perú y Estados Unidos, donde se continuó con la visión social-integral del problema, pero que en la práctica, significó una cierta derrota de los avances logrados en la Convención de Viena y en la 44 Asamblea de la ONU. En esta reunión se lanzó más claramente la posición boliviana que ha calado mucho a nivel de consigna: "Coca por Desarrollo", que sintetiza la preocupación de los países productores, sobre todo de sus poblaciones campesinas y de muchas organizaciones populares. Los planteamientos fundamentales de esta Declaración, a partir de las posiciones elevadas por los cuatro países firmantes fueron:

- 1) Bolivia y Perú: Intercambiar "coca por desarrollo", sustitución de la economía de la coca, protección a campesinos productores, desarrollo social, etcétera.
- 2) Colombia: Restablecimiento de los precios del café y de las materias primas, fortalecimiento de la economía lícita para hacer frente a la narcoeconomía, tecnología, etcétera.
- 3) Estados Unidos: Interdicción, sustitución y destrucción de cultivos de coca, represión y militarización para la guerra contra las drogas.

Es obvio que hay una incompatibilidad entre lo que plantean Bolivia y Perú y lo que plantean los Estados Unidos, pero todas las posiciones quedaron recogidas en el documento de manera un tanto salomónica.

Lo que se evidencia como un retroceso en relación a lo ya logrado en Viena y en Nueva York, es que se aceptan prácticamente todos los postulados del "Plan Bennett".

Lo más preocupante de todo lo aprobado fue el aspecto de la militarización, sobre todo para Bolivia, que por ser el único de los tres países que no tenía un proceso de insurgencia armada en su territorio, poseía índices más bajos de militarización y de acuerdos al respecto con los Estados Unidos. Sin embargo, a partir de la Declaración de Cartagena ese proceso se ha acelerado, habiendo sido motivo de amplio debate en el Congreso de ese país la llegada, este año, de 72 asesores militares para apoyar en la lucha contra el narcotráfico, y quienes se van a mover dentro del territorio boliviano con lujo de liberta-

des. Estos “asesores” llegaron a La Paz acompañados de un cargamento de 90 toneladas de material explosivo y de otros equipos para el ejército boliviano.<sup>14</sup>

## II. LAS “RAZONES DE ESTADO” DE LOS ESTADOS UNIDOS.

Lo anterior nos lleva directamente a la discusión de las que consideraríamos como “las razones de Estado” de los Estados Unidos en la lucha contra el narcotráfico, aspecto que abordaremos de manera más sucinta por motivos de espacio. Creo que una de las razones fundamentales de la importancia que le ha dado ese país al problema de las drogas, aparte de la preocupación honesta que se puede tener por el problema del consumo, es la utilización de esta vía como forma nueva de injerencia política y militar en los países latinoamericanos. Entre otras cosas, la presencia en todo nuestro territorio de numerosos agentes de la DEA que han hecho, en muchos casos, labores de inteligencia y violatorias de las soberanías nacionales, parece indicarlo.

En relación con lo anterior, hay que recordar que en febrero de 1990 la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos resolvió que los agentes federales norteamericanos no tienen por qué cumplir con las leyes del país en donde actúan.<sup>15</sup> El caso del secuestro del médico mexicano Álvarez Machain en México, a cargo de la DEA y a sólo 2 meses de haberse sentado la señalada jurisprudencia, fue un buen indicador de que ésta sería cabalmente aplicada. Esto es lo que nos hace pensar en que unos son los fines “manifiestos” de la lucha antidrogas por parte de los Estados Unidos (la protección de la juventud norteamericana), y otros son los fines “reales” de la misma.

Esto último quedó por demás evidenciado en el caso de la invasión a Panamá. La razón manifiesta de esta invasión fue apresar al general Noriega por ser, supuestamente, un narcotraficante;<sup>16</sup> las razones reales, a mi entender, fueron suprimir a un gobernante que, luego de haber sido aliado de los Estados Unidos se tornó demasiado independiente, apoyando incluso los procesos de pacificación de la región impulsados por el grupo Contadora. Pero más que eso aún, fue determinante en esta acción defender los vastos intereses que tienen los

<sup>14</sup> Periódico *La Jornada*, México, 5 de abril de 1991.

<sup>15</sup> Periódico *La Jornada*, México, 1 de marzo de 1990.

<sup>16</sup> En realidad Noriega fue durante mucho tiempo un colaborador de la CIA y de la DEA. Esta última institución lo felicitó públicamente por su colaboración en la lucha antidrogas en 1986. Chomsky, N., (Entrevista), “Las drogas: el nuevo pretexto”, *Qué hacer*, Lima, número 63, 1990.

Estados Unidos en ese país, no tan sólo el Canal, sino toda la Zona del Canal, donde se encuentran las 4 bases más importantes para el control de la región.<sup>17</sup>

Un aspecto significativo que ya destacábamos en otro trabajo<sup>18</sup> es el hecho de que la invasión a Panamá ocurrió en diciembre de 1989 y en enero de 1990, en función de los acuerdos Torrijos-Carter de devolución progresiva del Canal, el administrador de dicho Canal lo sería, por primera vez, un panameño, nombrado por el gobierno de Panamá. Ese panameño, de haber seguido Noriega en el poder, hubiese sido muy probablemente adverso a los intereses estadounidenses en la región. Las deducciones son más que obvias....

El segundo elemento en el que el caso de Panamá resulta muy revelador, es el hecho de que, como han reportado diarios tan prestigiosos como el *Washington Post* y el *New York Times*, el tráfico de drogas en Panamá se ha incrementado desde la invasión a ese país.<sup>19</sup> Por otra parte, también se ha denunciado que Endara, el presidente títere instalado por los Estados Unidos, es accionista y ha sido miembro de la junta directiva del Banco Interoceánico que ha sido señalado por la misma DEA como uno de los principales bancos en participar en el lavado de los dólares del Cártel de Medellín.<sup>20</sup>

Esta actividad se eleva en Panamá, según informes recientes de la DEA hasta entre los 1,200 y 2,200 millones de dólares anualmente, aún después de la invasión.<sup>21</sup> Esto, junto con el hecho llamativo y aceptado oficialmente por los Estados Unidos de que muchos de los soldados que intervinieron en la invasión, regresaron a su país con las mochilas cargadas de cocaína<sup>22</sup> nos revela la dualidad del discurso norteamericano en relación a las drogas.

Otro hecho igualmente importante fue el famoso Irangate que reveló que la CIA estuvo coludida con el Cártel de Medellín para que éste entregase armas a la "Contra" nicaragüense cuando el Congreso norteamericano tenía detenidos

<sup>17</sup> Para una descripción detallada sobre las funciones y equipos de estas bases, ver Selser G., *Érase un país a un canal pegado*, México, Universidad Obrera de México, 1989.

<sup>18</sup> Alvarez, Ana. J., "De la guerra creada a la guerra real", *Coppal*, México, número 4, 1991.

<sup>19</sup> *The Washington Post*, 17 de diciembre de 1990, en *La Jornada*, 18 de diciembre de 1990: "Las perspectivas de mejora en Panamá no se cumplieron".

<sup>20</sup> *La Jornada*, 1 de noviembre de 1990: "Intervienen un banco en el que Guillermo Endara fue ejecutivo. Estaría involucrado en el lavado de dinero".

<sup>21</sup> Periódico *La Jornada*, México, 12 de mayo de 1991.

<sup>22</sup> C.B.S., 6 de Marzo de 1990; en *La Jornada*, 7 de marzo de 1990: "Versión de la C.B.S.: soldados de Estados Unidos involucrados en tráfico de cocaína."

los fondos para tales fines, a cambio de permitir pasar cocaína al territorio norteamericano, a veces en aviones militares de ese país.<sup>23</sup>

En relación a esto, el célebre lingüista norteamericano Noam Chomsky<sup>24</sup> ha destacado que los Estados Unidos sustituyeron la guerra fría por la lucha contra las drogas convirtiendo en verdaderos “demonios” a los narcotraficantes. Podemos interpretar, entonces, que los Estados Unidos lograron con esta nueva “guerra” algo que parece fundamental para su política interna: colocar siempre al enemigo “fuera de casa”: los Estados Unidos son un país que requiere de tener siempre una guerra en marcha pues su economía depende en gran medida de la industria militar; su armonía social, cohesión interna y autoimagen valorativa dependen, como ya señalamos, de situar al enemigo fuera de sus propias fronteras; y las campañas políticas y la popularidad se ganan en base a golpes espectaculares asestados a los enemigos (a los “demonios”, antes del Este, ahora del Sur).

Todo lo anterior ha quedado confirmado, nuevamente, en la reciente guerra contra Irak durante la cual, curiosamente, disminuyó sensiblemente la campaña interna y externa de lucha contra el narcotráfico y nos revela que no podemos ser simplistas en el análisis de lo que está ocurriendo en la región en relación al problema de las drogas ya que “las razones de Estado” de la nación norteamericana son múltiples y variadas en cuanto a este aspecto y el aprovechamiento de esta situación para el fortalecimiento interno y la generación del consenso entre su población —aspecto de vital importancia sobre todo en materia electoral—, no pueden ser dejados de lado.

En cuanto a esto, debe señalarse el interesante estudio realizado por un investigador mexicano,<sup>25</sup> en el cual se demuestra que las dos leyes más importantes votadas por el Congreso de los Estados Unidos, en fechas recientes en materia de drogas se adoptaron precisamente, y de manera acelerada, en dos años claves electorales: 1986 y 1988.

<sup>23</sup> Kwitny J., “Crímenes de patriotas: la verdad sobre droga, dinero sucio y la CIA”, *The Wall Street Journal*, 1986.

<sup>24</sup> Chomsky, N., “La guerra contra las drogas sustituye a la guerra fría”, en *Z*, Massachusetts, enero 1990.

<sup>25</sup> Pérez Espinosa, C., “Política antinarcóticos del Congreso Estadounidense”, en Álvarez J. (coordinador), *Memorias de las Jornadas Internacionales sobre Tráfico y Consumo de Drogas*, México, ENEP-Acatlán, 1991.

La ley de 1986 marca el inicio de una política claramente represiva y encaminada a actuar, fundamentalmente en el control de los países productores, surgiendo, entre otras cosas, las citadas "certificaciones".

La ley de 1988 va incluso más allá, creándose la figura del "Drug Czar". Esta figura en un principio recaería en George Bush quien la utilizó como plataforma de su lanzamiento a la presidencia del país, y luego sobre William Bennet. Triunfaría en esta ley la propuesta sobre la pena de muerte para ciertos narcotraficantes, al igual que el endurecimiento en las sanciones a consumidores o portadores de cantidades no muy elevadas de droga, pero, curiosamente, sería derrotada la propuesta sobre control de venta de armas de fuego debido, mayormente, a la fuerte campaña realizada en contra de dicha propuesta por la Asociación Nacional de Armas de Fuego. Otra vez encontramos el choque entre una voluntad real de combatir los problemas del narcotráfico —en el cual el control de venta de armas es fundamental— y los intereses creados al interior de los Estados Unidos. Otro dato curioso en ese mismo sentido, es el de que fue durante el breve período en que Bush ocupó la figura del Drug Czar que él mismo se encargó de eliminar los tímidos intentos que se habían iniciado para controlar el secreto bancario y el lavado de dólares.<sup>26</sup> Pero, claro está, Panamá está siendo presionada, al igual que otros países sobre todo del Caribe, para que se impongan medidas al respecto, aún en desmedro de sus tambaleantes economías.

Todo lo anterior nos lleva a pensar que la utilización de la lucha antidrogas, tanto al interior de la propia nación norteamericana, así como parte fundamental de su política exterior hacia América Latina y el Caribe responde, en gran medida, a necesidades de orden político-militar, más que a urgencias de tipo social basadas en una sana preocupación por el deterioro que puede implicar para la juventud el consumo de drogas. Si así fuese, lógicamente, las medidas deberían ir más encaminadas hacia la prevención a través de la educación y hacia el tratamiento, atacando fundamentalmente las bases del consumo interno.

<sup>26</sup> Chomsky, N., *op. cit. supra* nota 24.

### III. CONCLUSIÓN

Como decía al inicio, la política interna y externa de varios de los países de la región latinoamericana no puede ser evaluada, en estos momentos, de espaldas al problema del narcotráfico. Importantes medidas legislativas, económicas y sociales han sido tomadas en la última década pensando, básicamente, en enfrentar este problema.

En tal sentido, me pareció importante, sobre todo para un foro como éste, el destacar las razones políticas y económicas que han estado subyacentes a la creación de las principales normas antidrogas, tanto en los países latinoamericanos como en los Estados Unidos, así como analizar parte de la reacción social que han generado esas normas y, finalmente, la transformación de éstas en el lapso de la pasada década, en función de los cambios al interior de los diversos países.

De todo lo que hemos venido discutiendo en este trabajo, si a una conclusión podemos llegar, es la de que resulta fundamental para los países latinoamericanos más afectados por el narcotráfico —especialmente los andinos—, mantener la unidad y la visión integral y nacionalista del problema que comenzó a manifestarse desde 1988. Esta unidad, a pesar de los intentos de los Estados Unidos por minarla, parece haberse fortalecido aún más con la firma reciente, en mayo pasado, del “Acta de Caracas”, donde los 5 países del Pacto Andino (Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y Venezuela) reafirman sus posiciones en relación al “asunto drogas”.

De no lograrse lo anterior, de nueva cuenta, como otras tantas veces en la historia, las soluciones a los problemas de América Latina se buscarán de espaldas a los intereses reales de sus legítimos representantes.

## PERSPECTIVAS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL MEXICANA EN EL UMBRAL DEL TLC

Graciela BENSUSÁN<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las características del TLC*. III. *El escenario inmediato*.

RESUMEN: El propósito central de este trabajo consiste en indagar las consecuencias del avance del proceso de integración en el norte del continente americano sobre la legislación laboral mexicana, tanto en lo que se refiere a su posible reformulación como a su mayor efectividad. Al respecto se analizan las características del instrumento trilateral recientemente negociado, las propuestas complementarias de alcance laboral así como las posiciones de los organizadores sindicales y sociales mexicanos y estadounidenses frente a la cuestión. Finalmente se describe el escenario inmediato por el que atraviesa el tratado de libre comercio, en el que la agenda laboral se convirtió en uno de los ejes de las negociaciones en curso y del proceso de ratificación en el seno del congreso estadounidense.

ABSTRACT: The purpose of this article is to explore the consequences of the implementation of the North American integration process on the Mexican Labor legislation. The article discusses the eventual changes this legislation might go through and its potential greater effectiveness as well. It analyzes the main feature of the trilateral agreement recently negotiated and the possible addenda with impact in the labor field, the stands of labor and social organization for both examined. Finally the article describe the contemporary negotiation around NAFTA, the nodal character of the labor agenda and the agreement's process of approval within the US Congress.

### I. INTRODUCCIÓN

La formulación —o reformulación— de un marco jurídico destinado a regular la relación capital-trabajo ha sido siempre una operación particularmente compleja, ajena a cualquier visión armónica que subraye las coincidencias mecánicas entre las exigencias sociales, los requerimientos del proceso de acumulación y los diagnósticos estatales. Al definir una cuestión esencial de la dominación, la institucionalización laboral se inscribe fundamentalmente

<sup>1</sup> Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco.

en el espacio de la política estatal, donde se dirimen los intereses contradictorios del mundo del trabajo a través de los aparatos políticos existentes y de una determinada correlación de fuerzas. Nunca se trató, ni siquiera en la original experiencia mexicana, de procesos aislados por las fronteras nacionales.<sup>2</sup>

El peso de los parámetros internacionales en torno a los niveles de protección reconocidos a los asalariados ha influido en los distintos ordenamientos jurídicos adoptados en el mundo occidental a lo largo del siglo XX. El papel de la OIT, desde su fundación en 1919, con una estrategia armonizadora "hacia arriba", fue desempeñado después de la crisis mundial de los setenta en los países de capitalismo avanzado por otros organismos internacionales: el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Estos últimos encabezaron una verdadera cruzada a favor de la flexibilización de las normas laborales, destinada a restaurar el poder del capital e incentivar la inversión.

El restablecimiento de los viejos valores del capitalismo dio lugar a modificaciones diversas en los distintos regímenes laborales nacionales. Tuvo que enfrentar, a la hora de desaparecer o redimensionar los instrumentos asociados al desprestigiado Estado de Bienestar, dificultades provenientes del hecho de que el viejo arreglo institucional formó parte de procesos políticos centrados en la democracia o en alianzas de fuerzas heterogéneas. Estas últimas se sustentaron, entre otros compromisos, en las garantías de una tutela legal mínima a los asalariados y en el reconocimiento del poder de negociación de los sindicatos.

En el caso de México, la legislación laboral sobrevivió hasta ahora a un período de significativos cambios en las relaciones entre el Estado, los sindicatos y los empresarios que confirmaron, por otras vías, las tendencias flexibilizadoras en los niveles de protección y la correspondiente recuperación del poder patronal. Sin embargo, la conservación de un modelo de regulación cuyos rasgos esenciales quedaron definidos hace más de 60 años no se explica por su histórica inclusión en la alianza entre el Estado y los sindicatos o por su reconocimiento a nivel constitucional sino por una razón mucho más pragmáti-

<sup>2</sup> El artículo 123 de la Constitución de 1917 se nutrió, entre otros antecedentes, de las instituciones adoptadas en Alemania, Italia, Francia y los Estados Unidos. Sin embargo, las condiciones socio-políticas en las que se forjó este instrumento jurídico así como la legislación reglamentaria impusieron un sello propio a las modalidades de protección a los asalariados: la tutela legal, la intervención estatal y el corporativismo sindical se convirtieron en partes indisolubles del actual modelo de regulación de la relación capital-trabajo. Véase al respecto Bensusán, Graciela, *Institucionalización laboral en México: Los años de la definición (1917-1931)*, (Tesis de Doctorado), México, FCPyS-UNAM, 1992, pp. 1-57.

ca. Las instituciones laborales forjadas en la Revolución y el mercado intervencionismo estatal en este ámbito han sido un instrumento fundamental para imponer durante la crisis y el proceso de reestructuración que lo acompaña, un severo proceso de ajuste de altos costos sociales sin que se altere la estabilidad. Por ello, aunque el viejo pacto político se redefinió a partir de 1982 y el sector empresarial se convirtió en el interlocutor privilegiado del grupo gobernante, el proceso de reforma a la legislación laboral no ha podido cumplir su ciclo vital para dar lugar a un esquema de regulación acorde con las reivindicaciones patronales.

A los factores internos que a lo largo de la década de los ochenta se señalaron por parte del sector empresarial como indicadores de la “necesidad” del cambio —crisis, reconversión, modernización, etcétera— se sumaron los externos; primero los planes de ajuste adoptados en el marco de los compromisos acordados con el FMI provocaron la inoperancia de los mecanismos jurídicos disponibles para defender los intereses de los asalariados. Después las negociaciones en torno al Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá han sido reiteradamente utilizadas como argumento patronal para demandar la armonización legislativa en la materia, tomando como modelo el existente en los Estados Unidos, con un menor nivel de protección y marcadamente liberal e individualista.<sup>3</sup> Las comparaciones no solo fueron aprovechadas por las organizaciones empresariales. Tanto los sindicatos estadounidenses como los canadienses fundamentaron sus posiciones en contra del TLC en la precaria situación de los trabajadores mexicanos considerando, sobre todo, el nivel salarial, porque presionaría a la baja las condiciones de trabajo y amenazaría los empleos en sus respectivos países. Por ello, entre los múltiples interrogantes que abre la posibilidad de construir un escenario económico integrado en el Norte del continente americano, está el que se refiere al impacto de este proceso en la suerte de la legislación laboral mexicana.

En lo inmediato, las objeciones de muy diversa naturaleza respecto a la inadecuación entre el marco laboral vigente y el nuevo espacio de las economías integradas tienen escasas posibilidades de traducirse en un cambio radical en el ordenamiento jurídico, capaz de limitar el intervencionismo estatal y eliminar

<sup>3</sup> De esta manera, con la proximidad del TLC, cobraron importancia las diferencias entre los marcos jurídicos de los tres países. Véase la posición de un asesor del sector empresarial en Guaidá Escontría, Luis M., “Un vistazo a la legislación de los Estados Unidos”, en *Entorno Laboral*, número 622, 1991. Otras opiniones en la misma dirección en *Excelsior*, 5 de mayo de 1991.

los mecanismos legales, que operan como sostén del corporativismo sindical.<sup>4</sup> En el caso de México, este arreglo institucional incluye la subordinación de los intereses de los trabajadores a las políticas gubernamentales. Una hipótesis al respecto es que todavía no existen internamente las condiciones socio-políticas para que emerja un nuevo cálculo estatal y societal respecto de las ventajas y desventajas del viejo esquema de regulación, frente a los requerimientos del nuevo modelo económico en vías de implementación, del que es parte esencial del TLC. Habría, por tanto, un marcado paralelismo con las tendencias conservadoras que dominaron el escenario político. En ambos terrenos, el fortalecimiento del autoritarismo —con un amplio margen de discrecionalidad estatal y de impunidad en la transgresión de derechos fundamentales— ha sido una respuesta destinada a garantizar la acelerada modernización económica y a reducir los riesgos de la ingobernabilidad que pudiera generarse en el avance hacia la democracia.

Para quienes hoy disponen de los medios necesarios para impulsar o resistir el cambio, todavía son mayores los beneficios que los costos de conservar el orden laboral vigente. Lo que resulta decisivo al adoptar posiciones y determinar prioridades frente a la conflictiva cuestión de la reforma de la legislación laboral es la expectativa —más o menos fundamentada— de contar en adelante con el apoyo del Estado en la satisfacción de sus intereses lo que, de por sí, no constituye ninguna novedad en el comportamiento de actores tradicionalmente corporativos. El problema es que al operar sobre bases económicas, sociales y políticas muy distintas a partir de la crisis económica de 1982, la Ley Federal del Trabajo ya no es capaz de generar ventajas tangibles para los sujetos supuestamente tutelados. Los perdedores netos al conservarse intacto ese instrumento han sido los asalariados, quienes no dispusieron de ningún contrapeso frente a las políticas de efectos regresivos en la distribución de los ingresos y experimentaron cambios profundos en sus condiciones de trabajo, decididos unilateralmente por las empresas. Ante la crisis de represen-

<sup>4</sup> En el ámbito interno, las objeciones en contra de la legislación laboral provienen de dos tipos de argumentos: la rigidez y el excesivo proteccionismo —según la posición patronal— y la ineffectividad —conforme a la opinión dominante en el medio sindical—. Sin embargo, el análisis crítico efectuado por algunas organizaciones obreras independientes del gobierno ha subrayado la existencia de factores institucionales (jurídicos y políticos) que desvirtúan el sentido original de la protección estatal a los asalariados, cuya remoción es una condición para resolver el problema de la ineffectividad. De ahí que la democratización política y la reforma de la legislación laboral constituyen una “necesidad” de los asalariados para restablecer el equilibrio en el escenario laboral.

tación sindical debido, entre otros factores, a las trabas jurídico-políticas para recomponer las estructuras organizativas y sus dirigencias, los asalariados han estado ausentes del debate en torno a la conveniencia de mantener o reemplazar las reglas laborales. Se han impuesto por ello los cálculos gubernamentales y de la burocracia sindical, a favor de mantener el *statu-quo* en el terreno institucional.<sup>5</sup>

Reconocer el carácter todavía dominante de las posiciones conservadoras, por lo menos en lo que se refiere a los rasgos definitorios del viejo régimen jurídico, no significa ignorar las múltiples tensiones que se generan al haberse privilegiado durante una década el carácter de instrumento de control de la acción obrera en el funcionamiento de las instituciones laborales. Por una parte existe un déficit en la legitimidad tradicional de la intervención estatal en el mundo del trabajo y de la legislación que la hace posible. Por otra, al ponerse aquéllas invariablemente al servicio de los intereses patronales, se ha creado una situación de marcado desequilibrio en las relaciones obrero patronales que no puede sostenerse ilimitadamente por métodos autoritarios. Cuando uno de los principales retos que trae el TLC es el de aumentar la productividad, una solución que atenta contra la recuperación del consenso de los asalariados y contra la superación de las inercias corporativas no puede ser de largo plazo, a menos que se insista en defender a ultranza, como principal ventaja comparativa, los bajos salarios mexicanos.

En este contexto, el propósito central de este trabajo consiste en indagar de qué manera el avance del proceso de integración en el norte del Continente Americano influirá sobre la legislación laboral mexicana, tanto en lo que se refiere a su posible reformulación como a su mayor efectividad. Al respecto, las características del instrumento trilateral recientemente negociado permiten suponer que no puede esperarse del libre comercio, de manera mecánica, un efecto democratizador ni un impacto directo en la transformación de las instituciones laborales. Como todo parece indicarlo, el reciente triunfo del Partido Demócrata en las elecciones presidenciales en los Estados Unidos volverá a colocar la situación laboral mexicana —junto a la problemática ecológica— en el centro de las negociaciones destinadas a obtener la ratificación del TLC. Sin embargo, existen también razones para dudar acerca de las posibilidades reales

<sup>5</sup> Un análisis de la situación por la que atraviesa la cuestión de la reforma a la legislación laboral mexicana así como de las posiciones y propuestas de los patrones y los sindicatos se encuentra en Bensusán, Graciela, *Los sindicatos y la legalidad laboral*, Mimeo, diciembre de 1992. Véase también Méndez, Luis y Quiroz, José Othón, "En busca de una nueva legislación", *El Cotidiano*, número 50, septiembre-octubre de 1992, pp. 62-72.

de alterar por esta vía las ventajas comparativas que el estado actual de las relaciones laborales en México ofrece a los inversores.

Con el propósito de abordar estas hipótesis iniciales se analizan a continuación las características del TLC firmado por los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá el 17 de diciembre de 1992 así como las alternativas vinculadas al proceso de ratificación que pueden incidir en el ámbito de las instituciones laborales mexicanas, alterando el "impasse" interno.

## II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TLC

Al finalizar las negociaciones trilaterales el 12 de agosto de 1992 se confirmó la exclusión de los aspectos sociales del texto del TLC. Los reclamos provenientes de diversas organizaciones sindicales en los tres países, compartidos en principio por el Partido Demócrata estadounidense, no fueron atendidos por los negociadores oficiales. El argumento invocado por los tres gobiernos —la naturaleza exclusivamente comercial del Acuerdo— se asoció a una visión optimista respecto de los efectos del TLC. Las asimetrías entre las economías no llevaron tampoco a considerar mecanismos compensatorios del impacto negativo de la integración en los niveles salariales y en las condiciones de trabajo o para promover el desarrollo de la infraestructura y el gasto social en el país más débil. Se decía, por el contrario, que los tres países saldrán ganando en materia de inversiones, modernización, empleo, salarios y productividad.

De inspiración neoliberal, las posiciones dominantes en las negociaciones fueron las expuestas por los gobiernos y las organizaciones empresariales. Estas últimas, en el caso de México, han rechazado el tratamiento de los aspectos laborales de la integración en el TLC.<sup>6</sup>

En el medio sindical, como corresponde a la tradicional subordinación de las organizaciones oficiales, tanto la CTM como el Congreso del Trabajo han dejado en manos de los negociadores mexicanos la defensa de los intereses de los asalariados frente al proceso de integración y no han planteado exigencias

<sup>6</sup> Esta es la posición de la Coparmex, bajo el argumento de que el trabajo no es un artículo de comercio y por ello no puede formar parte de un "acuerdo comercial", *La Jornada*, 23 de marzo de 1991. En el mismo sentido se manifestó la Concamin, *Excelsior*, 15 de marzo de 1991.

específicas como condición previa para dar su aval respecto del texto acordado.<sup>7</sup> En este terreno, sin embargo, su aporte ha sido significativo. Por una parte, han tolerado el retroceso en los niveles de protección de los asalariados consignados en los contratos colectivos y la caída salarial a lo largo de la década precedente. Por otra, han descartado —al menos durante la fase de las negociaciones— la posibilidad de conjuntar sus esfuerzos con las organizaciones sindicales que, tanto en Estados Unidos como en Canadá, plantearon un rechazo sistemático al Libre Comercio entre los tres países.

Si bien el peso político de los sindicatos canadienses es mayor que el de los estadounidenses, lo cierto es que hasta ahora ninguno de los dos pudo influir en las posiciones gubernamentales y empresariales respecto al TLC, con base en sus objeciones respecto al efecto negativo de los bajos salarios mexicanos en los niveles de empleo y remuneraciones existentes en sus respectivos países. Como sucedió durante el proceso de reestructuración de los ochenta, la experiencia de la integración en el norte del continente indica, considerando tanto el tratado firmado entre Estados Unidos y Canadá como el avance de la inversión extranjera en México a lo largo de los ochenta, que esta estrategia ha operado como un mecanismo de coacción frente a los trabajadores. En los otros dos países se les amenaza con trasladar las empresas a México, en caso de no aceptarse las condiciones allí impuestas por el poder patronal. Acá se advierte que la disciplina y el sacrificio obrero son necesarios para atraer los capitales del norte y los correspondientes empleos.<sup>8</sup>

No pueden por ello dejar de considerarse las condiciones por las que atraviesan las relaciones laborales en Estados Unidos y Canadá, caracterizadas por un marcado debilitamiento de la capacidad de negociación de las organizaciones sindicales frente a las empresas y a los respectivos gobiernos. En el primero de estos países, existe un marco legal y jurisprudencial que legitima un amplio margen de discrecionalidad en la empresa para imponer decisiones estratégicas de adaptación a la competitividad mundial y de cambio de las estructuras organizativas de la producción —como el cierre de empresas y la relocalización de capitales en búsqueda de bajos salarios— y que limita el ejercicio del poder colectivo de los trabajadores. El movimiento obrero estado-

<sup>7</sup> Véase al respecto “La CTM ante el Tratado de Libre Comercio”, *La Jornada*. 19 de agosto de 1991 y el documento en que el Congreso del Trabajo dio a conocer su posición a favor del informe rendido por el ejecutivo federal sobre la conclusión de las negociaciones del TLC en *La Jornada*, 20 de agosto de 1992.

<sup>8</sup> Véase Cavanagh, John et al, *Trade Freedom*, San Francisco, The Institute for food and Development Policy, pp. 37 a 39 y 58 a 67.

unidense se encuentra hoy en una posición defensiva, cuando el sistema de relaciones industrial instaurado en los años treinta después de la gran crisis mundial, atraviesa por profundas transformaciones que afectan tanto la membresía sindical como el proceso institucionalizado de negociación colectiva.<sup>9</sup> Por su parte, los sindicatos canadienses han experimentado las consecuencias de la aplicación del libre comercio con los Estados Unidos, que se tradujeron en pérdidas de empleo en el sector manufacturero y en amenazas crecientes respecto a su sistema de seguridad social de alto nivel de protección. Aunque han ampliado su capacidad de agremiación, sus condiciones de trabajo y salariales se han visto afectadas por la presión empresarial ejercida bajo la advertencia de que posiciones sindicales rígidas provocarían el cierre de las plantas y su relocalización.<sup>10</sup>

La posición en contra del TLC entre México, Estados Unidos y Canadá, conforme los planteamientos de la AFL-CIO, se centró en tres tipos de argumentos: 1º) En cuanto a la naturaleza del acuerdo, se consideró que este tipo de instrumento supone la ausencia de intervención gubernamental en los problemas de pobreza y desarrollo económico. Por el contrario, proponían que se incluyera “la ayuda extranjera, la planificación del desarrollo, los esfuerzos para mejorar salarios y los niveles de vida de los mexicanos...”, considerando en particular la situación de las empresas maquiladoras estadounidenses ubicadas en México; 2º) Debía excluirse el tratamiento de la cuestión migratoria y rechazarse el interés del gobierno mexicano de que los trabajadores de este país ingresaran “en cantidad adicional” a laborar en el país vecino; 3º) al ser México un país cuya única ventaja comparativa es “la pobreza de sus habitantes y su buena voluntad para trabajar a cambio de un salario de subsistencia” y donde existen, respecto de los Estados Unidos, drásticas diferencias salariales y de protección social, el TLC perjudicaría a los trabajadores estadouni-

<sup>9</sup> Véase Kochan, Tomas A., “Adaptabilidad del sistema de relaciones industriales de Estados Unidos”, revista *Trabajo*, 5-6, pp. 91 a 107; Coriat, Benjamin, *El Taller y el Robot*, México, Siglo XXI, 1992, pp. 210 y 218, y U.S. Congress, Office of Technology Assessment, (OTA) U.S. “Mexico Trade: Pulling Together or pulling apart?”, IITE-545 Washington, DC: U.S. Government Printing Office, october, 1992, pp. 86-94.

<sup>10</sup> En relación a las características del sindicalismo canadiense y a sus posiciones frente al TLC véase Gutiérrez Haces, María Teresa, “La beligerancia sindical canadiense”, en revista *Trabajo*, núm. 5-6, pp. 63 a 81.

denses y traería pocas ventajas a los mexicanos. Los principales beneficiarios serían las compañías estadounidenses y las élites gubernamentales de México.<sup>11</sup>

Las perspectivas de incluir, antes de la ratificación por los respectivos Congresos, un capítulo social en el texto del TLC o de acordarlo en forma complementaria, se abrieron con el triunfo del candidato demócrata en las elecciones presidenciales estadounidenses del 3 de noviembre de 1992. Por el contrario, la propuesta alternativa a esta opción manejada por la administración republicana apuntaba a la compensación interna de las consecuencias del TLC en el terreno del empleo y en la necesidad de una rápida recalificación de la mano de obra. De esta manera, se esperaba contrarrestar las objeciones de la AFL-CIO y el Partido Demócrata.<sup>12</sup>

Cuál puede ser el contenido de un acuerdo en materia laboral destinado a evitar que los bajos salarios, la ineffectividad de la legislación o la ausencia de libertad sindical en México se conviertan en el factor principal de la relocalización de capitales, alentando en cambio una estrategia integradora sustentada en la productividad y en la distribución equitativa de los beneficios en los tres países, es todavía una interrogante en razón de la vaguedad de los planteamientos demócratas en relación a esta cuestión. La complejidad de la problemática involucrada en la dimensión laboral de la integración se origina no sólo en la diversidad de los modelos de regulación existentes en los tres países o en el grado de cumplimiento de los niveles de protección instaurados en cada caso sino en la escasa transparencia respecto de la situación laboral mexicana. La confusión generada, por una parte, por un discurso gubernamental comprometido con la justicia social y la modernización y una política laboral al servicio del capital, y por otra, la presión patronal por flexibilizar la legislación mientras el sindicalismo oficial la convierte en una barrera infranqueable ha opacado el debate sobre las implicaciones laborales del TLC y sus alternativas a ambos lados de la frontera.

Cabe recordar que el *memorandum* de entendimiento firmado el 3 de mayo de 1991 entre México y Estados Unidos, en el momento en que el

<sup>11</sup> Declaración del Consejo Ejecutivo de la AFL-CIO sobre el Tratado de Libre Comercio México-Estados Unidos, 24 de mayo de 1990, Washington, D.C., en revista *Trabajo*, número 5-6, pp. 88 y 89.

<sup>12</sup> En relación con el ofrecimiento del presidente Bush, expuesto en un comunicado al Congreso de los Estados Unidos, véase Scholpffe, Gregory K., "Problemas laborales en torno al TLC, en *Ajuste Estructural, Mercados Laborales y TLC*, México, El Colegio de México, Fundación Friedrich Ebert y El Colegio de la Frontera Norte, 1992, p. 301.

Congreso de este último país debía aprobar la vía rápida de negociación del TLC, calmó los ánimos de muchos congresistas aún cuando tan solo anunciaba acciones conjuntas destinadas a conocer y mejorar diversos aspectos de las relaciones laborales en los dos países.<sup>13</sup> Un documento de igual naturaleza y contenido fue firmado entre México y Canadá al año siguiente. Se hizo explícito en ambos casos que estos instrumentos bilaterales suponen el respeto a las leyes vigentes en los respectivos países, no generan obligaciones en materia de derecho internacional y colocan a México en igualdad de circunstancias respecto a sus contrapartes. Esto permite suponer que la administración del presidente Salinas habría logrado imponer la tesis de que se requiere “cooperación” en la materia y rechazar la posibilidad de la “supervisión” externa respecto a los puntos incluidos en los acuerdos, tales como trabajo de menores, seguridad e higiene, conflictos, estadísticas y estrategias de productividad y calidad.

Un paso más en esta dirección se dio después de la terminación de las negociaciones del TLC, de manera tan sorpresiva como se firmaron los acuerdos anteriores, con ánimos de prevenir las objeciones demócratas y de la AFL-CIO. El 14 de septiembre de 1992 se celebró otro acuerdo entre los gobiernos de los Estados Unidos y México con el propósito de crear una comisión consultiva sobre cuestiones laborales cuya competencia abarca aspectos no comprendidos hasta entonces y que, como los anteriores, deben dar lugar a la adopción de programas de trabajo conjuntos e intercambio de información. Se incluyen en él los temas relativos a la legislación laboral en general, normas aplicables a los trabajadores migrantes, programas de capacitación para trabajadores afectados por cambios estructurales y mecanismos para facilitar el uso de las nuevas tecnologías, además de los indicados en el anterior *memorandum*. Es importante observar que en los considerandos de este nuevo instrumento se reconoce la conveniencia “de acentuar en cada país la aplicación de leyes y reglamentos en materia laboral”, lo que sin duda constituye una respuesta a las presiones para corregir la situación de transgresión de los derechos de los trabajadores mexicanos, denunciada dentro y fuera de las fronteras del país.<sup>14</sup>

Aunque este avance no resultará suficiente para convencer a una administración demócrata o al Congreso estadounidense de que la “cooperación” es un camino adecuado para evitar daños mayores a los trabajadores de ese país, debe considerarse que también las empresas transnacionales están interesadas en que

<sup>13</sup> Véase Dininio, Phyllis, “North America Free Trade Agreement: Free for Whom”, *Harvard Business School*, número 9-792-049, 1992.

<sup>14</sup> Véase el texto del Acuerdo en *La Jornada*, 15 de septiembre de 1992.

México preserve, al menos en el corto plazo, sus ventajas comparativas en materia laboral y ambiental. Junto con los demás factores que inducirán a la relocalización de capitales, los bajos salarios mexicanos, la docilidad de la dirigencia sindical y la intervención estatal que hoy tutela abiertamente los intereses patronales, forman un atractivo paquete de incentivos para atraer la inversión, requisito en el que se sustenta el actual modelo de desarrollo impulsado por la economía más débil en el norte del continente americano.<sup>15</sup> Puede suponerse por tanto que las empresas estadounidenses ejercerán las correspondientes presiones para contrarrestar las posiciones críticas de la AFL-CIO, como lo hará la propia administración del presidente Salinas.

Sin embargo, aunque en México ha sido prácticamente nulo el debate social en torno a las ventajas y desventajas del texto negociado y no existe el menor obstáculo para lograr una ratificación vertiginosa a cargo del Senado de la República, otro será el escenario en el país vecino.<sup>16</sup> La intensificación de la actividad de las organizaciones sindicales y sociales opositoras al TLC así como la importancia e independencia del Congreso estadounidense respecto del poder ejecutivo crearán el espacio para la búsqueda de alternativas y correctivos a la actual estrategia de liberación comercial, tal como se ha venido planteando a lo largo de las negociaciones trilaterales.<sup>17</sup>

Al respecto, un estudio recientemente difundido por la Oficina de Tecnología del Congreso de los Estados Unidos propone un conjunto de políticas internas y de mecanismos trilaterales destinados a promover una nueva estrategia de integración, cuyo eje sea el aumento de la productividad y de los salarios así como la eliminación de la marcada desigualdad social existente tanto en México como en aquel país.

Algunos de estos mecanismos se orientan a revertir las tendencias que dominaron en la negociación del TLC y acompañaron recientemente la evolu-

<sup>15</sup> Véase Mercado Celis, Alejandro, "Inversión Extranjera y TLC: una perspectiva geográfica" en Driscoll, Bárbara y Gambrell, Mónica, *El Tratado de Libre Comercio*, México, UNAM, 1992, pp. 139-155.

<sup>16</sup> El debate social en México en torno a las ventajas y desventajas del TLC ha sido impulsado principalmente por la Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio (RMALC), creada en abril de 1991 y que hoy reúne a más de 100 organizaciones sindicales y sociales, además de miembros a título individual. En relación a su posición frente a la decisión de celebrar el TLC y al proceso de negociación de este instrumento trilateral, véase RMALC, *Nuestro Balance de la negociación formal sobre el Tratado de Libre Comercio*, mimeo, noviembre de 1992.

<sup>17</sup> En torno al papel del Congreso estadounidense en el proceso de ratificación del TLC véase Pérez Espinoza, César "El Congreso Estadounidense y las negociaciones del Acuerdo de Libre Comercio", en Driscoll, Barbara y Gambrell, Monica, *op. cit.*, *supra* nota 15, pp. 261 a 268.

ción de las relaciones laborales: ignorancia de los aspectos sociales y de las asimetrías, debilitamiento de los sindicatos, pérdida de empleos y reducción de los salarios. Entre las medidas que pueden tener una incidencia directa en la suerte de la legislación así como en las relaciones de subordinación corporativa de las organizaciones sindicales mexicanas frente al gobierno se proponen las siguientes: 1) La negociación de una carta social y de un plan de implementación de sus principios así como la creación de una comisión trilateral en materia laboral y de bienestar social: esta última parte de la propuesta, como se vió, ya tiene algún grado de avance a través de la creación de la Comisión Binacional México-Estados Unidos. Sin embargo, la propuesta del Congreso podría reorientar las características del tratamiento de la problemática laboral al plantear la necesidad de reconocer las "debilidades potenciales" de los actuales sistemas de protección al trabajo tanto en México como en Estados Unidos. Por el contrario, hasta ahora las posiciones oficiales defendieron el criterio de que en México existe una legislación de "avanzada" y evitaron analizar las consecuencias negativas del corporativismo sindical para los asalariados.<sup>18</sup> Para superar estas posiciones es fundamental la propuesta incluida en este estudio relativa a la autonomía frente al gobierno que debe tener la Comisión Trilateral en materia laboral, lo que no ocurre en el caso de la Comisión Binacional. 2) Establecimiento de consejos de trabajadores en las empresas norteamericanas (incluyendo dos o tres países) con el propósito de lograr un mayor acercamiento entre los sindicatos, favorecer la independencia de los sindicatos mexicanos frente a su gobierno y promover la armonización de los estándares laborales, dando mayor confianza a los asalariados de que podrán beneficiarse del crecimiento de la productividad. Cabe señalar que la eficacia de una medida como esta dependerá de la democratización previa del movimiento obrero mexicano. Paralelamente, la OTA propone avanzar en la fijación de salarios mínimos por ramas de actividad, considerando los niveles de desarrollo de las economías. 3) Creación de mecanismos trilaterales de resolución de las diferencias en temas laborales: se trata de una proposición que ha sido rechazada por los gobiernos firmantes del TLC bajo el argumento, ignorado en otros ámbitos como es el caso de los mecanismos de resolución de diferencias en materia de inversión, de la posible pérdida de soberanía. En lo inmediato, el papel central

<sup>18</sup> Al respecto, se ha señalado que una de las razones por las que el presidente Salinas ha postergado la reforma de la legislación laboral es el temor de que ello se visualice en los Estados Unidos como un debilitamiento de los niveles de protección y como un "reconocimiento implícito" de la existencia de un sistema de control sobre las relaciones laborales a cargo del Estado y el movimiento obrero oficial. US Congress, O.T.A, *op. cit. supra* nota 9, p. 83

de un panel con competencia en la resolución de diferencias sería el de revisar la consistencia del cumplimiento de la legalidad laboral de cada país, de los principios que llegaran a adoptarse en la Carta Social o de las normas internacionales. Siguiendo la tradición de la OIT, se propone la elaboración de informes periódicos relativos a las prácticas violatorias de los principios acordados en materia laboral; 4) Adopción de medidas, a través de acuerdos sectoriales o cambios legislativos, destinadas a acortar el tiempo de trabajo, aumentar las vacaciones y a promover licencias de entrenamiento y calificación. Todo ello permitiría aumentar el número de empleos, la productividad y la flexibilidad de la fuerza de trabajo; 5) Creación de una Comisión Trilateral sobre el futuro de la democracia política en Norte América: se atribuye, desde esta perspectiva, una gran importancia a los aspectos políticos capaces de garantizar un contexto favorable a una nueva estrategia de integración que potencie las fortalezas de cada país en lugar de sus debilidades.<sup>19</sup> Ejemplo de ello es la consideración que hace este estudio acerca de una de las posibles desventajas de crear un fondo económico compensatorio para México en las actuales circunstancias políticas: el peligro radica en la posibilidad de que estos recursos fueran utilizados para mantener al PRI en el gobierno.<sup>20</sup>

De tener algún grado de éxito estas propuestas, coincidentes con las expuestas en México por la Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio (RMALC), es posible que la legislación laboral pueda comenzar a salir de la encrucijada en que se encuentra: cuestionada por los empresarios mexicanos, aunque hayan sido sus beneficiarios, y defendida por un gobierno y una dirigencia sindical corporativa que continúan afirmando su alto nivel de protección de los asalariados, mientras éstos ven afectarse sus niveles de ingresos y condiciones de vida y de trabajo.<sup>21</sup> Tanto la impunidad que rodea a la transgresión de los derechos laborales como el amplio margen de discrecionalidad estatal en su interpretación y aplicación —elementos del autoritarismo estatal y/o patronal y del corporativismo sindical— quedarán expuestos a un enjuiciamiento creciente. Sobre todo, la opción relativa a la supervisión trilateral de la vigencia de la legalidad laboral contribuiría a desmistificar las ventajas de la supuesta tutela estatal de los asalariados y de los sindicatos frente al poder patronal, cuando

<sup>19</sup> *Ibid.* pp. 42 a 54.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 52

<sup>21</sup> Véase RMALC, *Las relaciones laborales frente al TLC de América del Norte*, mimeo, noviembre de 1992 y el cuadro número 1, de este trabajo.

ello supone a cambio la pérdida de autonomía y la subordinación a las políticas gubernamentales.

Se verá entonces que el problema no se reduce a la ineffectividad de la legislación laboral mexicana sino que es ineludible considerar los rasgos estructurales de las instituciones laborales que las convierten en un instrumento de las políticas públicas. Incluso se podrá evaluar, con mayores elementos, los resultados de sistemas de regulación tan opuestos como lo son, en esta materia, el mexicano y el estadounidense.

Aunque triunfara la posición a favor de restringir el contenido del TLC a lo ya negociado ello no inhibirá una de sus consecuencias positivas para los asalariados de México: el hecho de que los costos políticos de la violación de los derechos esenciales aumentarán al quedar expuestos a la opinión pública más allá de sus fronteras. Si hasta ahora ello no ha sido suficiente para obligar a este país a transitar hacia la democracia o hacia la consolidación de un auténtico Estado de Derecho, habrá que ver hasta qué punto la renovación política en los Estados Unidos llevará a la nueva administración a priorizar la democracia y el principio de legalidad, aún en el caso de que con ello se afecten en el corto plazo los intereses en juego de las empresas de ese país.

### III. EL ESCENARIO INMEDIATO

Existe hoy en México un acuerdo implícito entre el Estado, el movimiento obrero oficial y las cúpulas empresariales para postergar la reforma de la legislación laboral hasta después de la firma del TLC. Entre tanto no se garantice el flujo de inversión necesario para sostener el creciente desequilibrio de la balanza comercial y estabilizar la economía, no se pondrán en peligro los instrumentos coactivos de que dispone el gobierno con base en un orden jurídico autoritario y afín con el corporativismo sindical.

Transcurridos diez años de la estallada crisis económica más severa de este siglo, el control de los salarios sigue siendo el recurso principal del ajuste. De esta manera, la suerte del viejo sistema corporativo y de la legislación que lo sostiene es paralela a la de los pactos cupulares destinados a disminuir el índice inflacionario. La sujeción en octubre de 1992 —en una nueva revisión del Pacto para la Estabilidad y el Crecimiento Económico, cuyo nombre se cambió por el de Pacto para la Estabilidad, la Competitividad y el Empleo (PECE)— de los salarios mínimos y contractuales a incrementos inferiores al correspondiente a la inflación del presente año es un indicador de la necesidad gubernamental de

seguir contando con el liderazgo sindical tradicional como aval de las políticas y decisiones que atentan contra los intereses de los asalariados.<sup>22</sup>

Aunque la CTM —organización que ejerce el monopolio de la representación en el seno de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos— se negó a avalar el porcentaje decidido para el incremento a los salarios mínimos por esa Comisión de acuerdo las recomendaciones del PECE, firmó este instrumento político reiterando de esta manera la incoherencia en el plano discursivo y fáctico que la caracterizó a lo largo de la lucha salarial. Las organizaciones restantes, pertenecientes al Congreso del Trabajo y al sector obrero del PRI, han avalado invariablemente la política gubernamental, dejando en el aislamiento los débiles intentos de impugnación cetemista.<sup>23</sup>

Es por ello que los propósitos modernizadores de esta administración, según los cuales debía transitarse hacia un nuevo modelo de relaciones laborales sin estatismo y centrado en el diálogo y la concertación directa entre los interlocutores sociales, no resultan viables en las actuales circunstancias.<sup>24</sup> Por el contrario, los preparativos generados por la próxima firma del TLC acentuaron el autoritarismo en este escenario, dejando en manos del ejecutivo los controles necesarios para graduar e imponer direccionalidad a los cambios y correctivos a los vicios derivados de cinco décadas de subordinación y, a la vez, protección estatal a los sindicatos afines.<sup>25</sup> El reemplazo de las dirigencias hostiles, corruptas o ineficientes por otras sin estos defectos pero dispuestas a colaborar en las reestructuraciones contractuales con pérdida de derechos adquiridos, de niveles salariales y de empleos e incluso la armonización en la práctica de los sistemas de relaciones laborales vigentes en México y en Estados Unidos bajo la influencia del neoliberalismo fue una decisión impuesta a los trabajadores. La legislación mexicana, con su regulación restrictiva en el terreno de las libertades sindicales y el amplio margen de discrecionalidad que autoriza en lo que se refiere a la intervención estatal en la resolución de los

<sup>22</sup> Véase el texto del PECE en *Excélsior*, 22 de octubre de 1992.

<sup>23</sup> Véase *La Jornada*, 11 de diciembre de 1992.

<sup>24</sup> Véase por ejemplo el discurso del presidente Salinas del 10. de mayo de 1991, sus declaraciones en torno a la modernización laboral en *La Jornada*, 11 y 19 de agosto de 1992, el Plan Nacional de Capacitación y Productividad, *Diario Oficial*, del 20 de junio de 1992 y el texto del ANEPyC, *Excélsior*, 27 de Mayo de 1992.

<sup>25</sup> El conflicto ocurrido en la empresa Volkswagen de México es ilustrativo de esta tendencia. Véase Bensusán, Graciela y García, Carlos, "Entre la estabilidad y el conflicto: las relaciones laborales en la Volkswagen", en Arteaga, Arnulfo (Coordinador) *La industria automotriz en México*, México, UAM-I, 1992 (en prensa).

conflictos intersindicales y obrero-patronales, se acompañó de numerosas trasgresiones destinadas a restablecer la paz laboral, imponiendo las decisiones unilaterales de las empresas o sosteniendo a las dirigencias cuestionadas por las bases. La impunidad con que actúan las autoridades laborales administrativas o jurisdiccionales ante la fragilidad del Estado de Derecho —en razón de la concentración del poder en el ejecutivo, la ausencia de independencia en los poderes judicial y legislativo así como la ineffectividad de los mecanismos tendientes a restablecer la legalidad cuando es violada— completa la descripción de los instrumentos que sostienen hoy la estrategia de integración.<sup>26</sup>

Al respecto, el criterio sostenido por el ejecutivo en su iniciativa de reforma constitucional para institucionalizar a ese nivel la Comisión Nacional de Derechos Humanos, dejando fuera de su competencia tanto la materia laboral como la que se refiere a los procesos electorales, es revelador de la decisión de preservar —al menos en el corto plazo— el *statu quo* en este escenario.<sup>27</sup>

En este contexto, al hacerse pública la posición del presidente electo William Clinton acerca de la necesidad de reabrir las negociaciones o de adoptar acuerdos paralelos para considerar los aspectos laborales y ambientales del TLC, la administración del presidente Salinas planteó por su parte dos nuevas exigencias: 1) la creación de mecanismos compensatorios para favorecer el desarrollo de la economía más débil, dada la marcada asimetría existente entre la mexicana y la de sus futuros socios comerciales; 2) el tratamiento de la situación de los trabajadores migrantes, cuestiones ambas ampliamente reclamadas por los partidos de oposición y organizaciones independientes que fueron dejadas de lado en la primera negociación.<sup>28</sup>

Los acontecimientos en relación a la agenda del TLC, después de que asuma el nuevo presidente estadounidense, permitirán confirmar si se trata de un viraje real de la posición mexicana. Este podría deberse al interés de reorientar la naturaleza y el alcance del libre comercio, como efecto del fracaso de las posiciones neoliberales del presidente Bush, mostrando, por tanto, la

<sup>26</sup> Véase al respecto, Bensusán, Graciela “Transgresión y discrecionalidad en el mundo del trabajo” en revista *Trabajo*, número 9.

<sup>27</sup> Véase *La Jornada*, 9 de diciembre de 1991.

<sup>28</sup> *La Jornada*, 10 y 11 de diciembre de 1992. Al respecto, es importante señalar que el estudio elaborado por la O.T.A. del Congreso Estadounidense subraya las ventajas de instituir fondos compensatorios para equilibrar el desarrollo económico de México, entre los que se encuentra la disminución del flujo migratorio hacia los Estados Unidos, US Congress, O.T.A., *op cit*, *supra* nota 9, pp. 52.

interdependencia de las políticas en ambos países generada por esta fase inicial de la integración. Por el contrario, también podría constituir tan solo una estrategia de presión para impedir que se reabran las negociaciones, evitar el enjuiciamiento del sistema político y jurídico mexicano por parte del Congreso estadounidense, durante el proceso de ratificación, y postergar lo más posible cualquier supervisión internacional en materia laboral o ecológica.

En cualquier caso, la incertidumbre en torno a la suerte del TLC, los tiempos políticos de México —a fines de 1993 debe nominarse al candidato del PRI a la presidencia— y los desequilibrios del ajuste económico que frenan el crecimiento y obligan a mantener una fuerte presencia estatal en la regulación del mercado, son factores que actúan negativamente sobre las perspectivas de un cambio real en las relaciones laborales. La democratización de este escenario, la corrección de los factores institucionales que traban el mejoramiento de la condición de los asalariados así como la sustentación de una nueva estrategia de integración, acompañada de las políticas internas favorables a un desarrollo centrado en la productividad, constituyen expectativas que seguirán dependiendo en lo fundamental de la eliminación de los condicionantes económicos y políticos internos.

No puede descartarse, sin embargo, un intento por ofrecer pruebas de la voluntad gubernamental para atender internamente algunas de las objeciones expuestas en el país vecino. Si se considera que las críticas externas a la legislación laboral mexicana se centran sobre todo en su ineffectividad, podría esperarse un esfuerzo de reorganización del sistema de vigilancia y aplicación por parte de las autoridades laborales administrativas y jurisdiccionales, destinado a disminuir las violaciones más flagrantes, sobre todo en el caso de las empresas maquiladoras. Tal vez también terminará por aceptarse la petición de distintas organizaciones no gubernamentales a favor de ampliar la competencia de la CNDH al terreno laboral lo que siempre será menos peligroso, desde la perspectiva gubernamental, que la supervisión internacional.

Es posible que, de manera gradual y selectiva, se avance en la depuración de los liderazgos sindicales tradicionales y que se favorezca otras alternativas, más confiables para la actual administración como la nueva FESEBES (Federación de Sindicatos de Empresas y Servicios), destinada a aglutinar a los contingentes de trabajadores ubicados en los sectores más dinámicos y relevantes de la integración. Encontrar un punto de equilibrio entre la necesidad de modernizar las estructuras de representación y la gobernabilidad, que no conduzca a la parálisis o a la inestabilidad social, es un reto que todavía no ha podido afrontarse y del que depende la posible reforma del marco jurídico laboral. La búsqueda de nuevas formas de moderación social, distintas del autoritarismo,

como lo sería la generación de compromisos a nivel de las empresas en torno al eje de la productividad y del reparto transparente de sus costos y beneficios, ha dado magros resultados. Prueba de ello es el escaso avance en la implementación del Acuerdo Nacional para la elevación de la Productividad y la Calidad. Aunque este instrumento político se negoció cupularmente e incluyó una serie de lineamientos conforme a los cuales debían adoptarse programas de productividad a nivel de los centros de trabajo, en los hechos el sector patronal se resiste a aceptar la bilateralidad como forma de adoptar los cambios y a negociar los mecanismos destinados a vincular los salarios con los resultados de la empresa. El propio PECE impuesto por el gobierno, atenta contra esta alternativa y deja sin respuesta la necesidad de generar el consenso de los asalariados respecto de la renovación de las formas de organización del trabajo y de las nuevas tecnologías que modifican drásticamente sus anteriores condiciones laborales.

En las actuales condiciones, ante la crisis de representación sindical, cualquier medida que se tome con base en los diagnósticos estatales responderá a cálculos y exigencias destinadas a no poner en peligro el avance del proceso de integración. La reforma de la legislación y la recuperación de los sindicatos como instrumentos de expresión colectiva de los intereses de los asalariados seguirá dependiendo, en lo inmediato, de la creación de los factores internos capaces de inscribir la modernización laboral en el proceso más amplio de la democratización del sistema político y de la construcción de un nuevo pacto social, como eje de un proyecto de desarrollo que no se sustente en el sacrificio de los trabajadores mexicanos. Paralelamente, los esfuerzos provenientes de las organizaciones sociales y políticas de este país, articulados a los del exterior, orientados a impulsar un proceso de integración que considere la dimensión social y favorezca otras opciones de competitividad, tendrán que modificar la desfavorable correlación de fuerzas para los asalariados en la que se apoyó la reestructuración neoliberal a lo largo de la década precedente.

CUADRO 1		
PROPUESTAS COMPLEMENTARIAS AL TLC CON ALCANCE LABORAL		
PROPUESTAS	OTA	RMALC
<p>Armonización legal e institucional.</p> <p>Objetivo:</p> <p>a) Relación entre comercio, inversión y aspectos sociales de la integración</p> <p>b) Nueva estrategia de integración centrada en alta productividad y salarios.</p>	<p>Negociación de una carta social (principios básicos y plan de acción).</p> <p>Contenido</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Estándares comunes de salud y seguridad laboral.</li> <li>- Salarios mínimos regionales considerando los niveles de desarrollo de cada país.</li> <li>- Educación y entrenamiento.</li> <li>- Trabajos de migrantes.</li> </ul>	<p>Normas de conducta laboral para empresas transnacionales e industria maquiladora (calidad de empleo y condiciones de trabajo, requisitos mínimos de permanencia).</p> <p>Acuerdo marco de acceso legal y protección a trabajadores migrantes. Suscripción de la Declaración de Derechos Humanos de los trabajadores migrantes.</p> <p>Garantías en materia de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Libertad sindical (autonomía de las organizaciones frente al Estado, los patrones y los partidos políticos).</li> <li>- Contratación colectiva</li> <li>- Homologación de contratación colectiva por ramo industrial.</li> <li>- Protección efectiva de trabajo, mujeres, menores y minusválidos.</li> <li>- Derecho de huelga.</li> </ul>
<p>Reducción de tiempo de trabajo</p> <p>Objetivo:</p> <p>a) Aumentar el número de empleos.</p> <p>b) Aumentar la flexibilidad de la fuerza de trabajo a través de la calificación.</p> <p>c) Aumentar la estabilidad laboral y la promoción de oportunidades.</p>	<p>Adopción de políticas comunes (acuerdos sectoriales y cambios legislativos) para acortar el tiempo de trabajo (jornada diaria, semanal) y ampliación de periodos vacacionales.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Licencias de entrenamiento y calificación.</li> </ul>	

PROPUESTAS	OTA	RMALC
<p>Supervisión Internacional.</p> <p>Objetivo: reforzar la efectividad de los derechos laborales.</p>	<p>Creación de una Comisión Laboral y de Bienestar Social (autónoma de los gobiernos y con presupuesto propio).</p> <p>Funciones: Compartir información. Adoptar políticas trilaterales en materia de migración. Elaborar informes anuales sobre estándares laborales en cada país, mercados de trabajo y migración.</p> <p>Creación de mecanismos trilaterales de resolución de disputas laborales. Competencia: quejas por violación de legislación laboral nacional y de los principios de la Carta Social. Quejas por dumping social. Aplicar sanciones y establecer compensaciones por daños.</p>	<p>Adoptar mecanismos preventivos y correctivos que garanticen la efectividad de la Carta Social y de los acuerdos en materia laboral.</p> <p>Creación de una instancia sindical trilateral con participación de órganos encargados en cada país de los derechos humanos.</p>
<p>Democratización de las relaciones laborales.</p> <p>Objetivo: participación de los trabajadores en los beneficios de la productividad. Armonizar estándares laborales. Promover la independencia del sindicalismo mexicano.</p>	<p>Creación de consejos obreros en empresas instaladas en dos o más países.</p>	<p>Participación de los trabajadores en el mejoramiento de la productividad y distribución transparente de beneficios.</p>
<p>Asistencia técnica y financiera.</p> <p>Objetivo: elevar estándares laborales mexicanos, Reducir los flujos migratorios.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Asistencia técnica a México en materia de salud y de seguridad en el trabajo (programas de entrenamiento.</li> <li>- Asistencia financiera a México para desarrollar infraestructura, creación de empleos rurales, programas de salud y seguridad en el trabajo.</li> </ul>	<p>Impuesto sobre inversiones destinado al desarrollo social.</p> <p>Fondo para el desarrollo que garantice el acceso a tecnología adecuada (desarrollo de la pequeña y mediana empresa).</p>
<p>Democratización política.</p> <p>Objetivo: creación de las condiciones políticas favorables a una estrategia de integración sustentada en la productividad y los altos salarios.</p>	<p>Creación de una Comisión trilateral sobre el futuro de la democracia política.</p>	

Fuentes: U.S. Congress, Office of technology Assessment (OTA) y Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio (RMALC)

## UNIVERSIDAD Y POLÍTICA. UN CASO DE DOBLE JURICIDAD<sup>1</sup>

Florencia CORREAS VÁZQUEZ<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Breve historia del nacimiento del pluralismo jurídico universitario.* III. *Pluralismo jurídico universitario.* 1. *La ley orgánica de 1963.* 2. *Las normas creadas por los universitarios al margen de la legislación.* IV. *Efectos del pluralismo.* V. *Balance.*

### I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar un caso de pluralismo jurídico en una institución de educación superior mexicana: Universidad Autónoma de Puebla.

Generalmente los casos latinoamericanos de pluralidad jurídica que se han analizado son casos de grupos sociales marginales como los indígenas o las llamadas bandas,<sup>3</sup> que se encuentran fuera del alcance del proceso de industrialización emprendido por el Estado. Estos grupos conforman subculturas cuya instrucción escolar es elemental y precaria.

El caso que se analizará, por el contrario, no forma parte de una subcultura marginal. Se trata del grupo social más intelectualizado y politizado. En todos los tiempos y lugares, los universitarios han sido el sector más crítico del sistema político-jurídico de la sociedad de que se trate, y han realizado propuestas para su transformación general. Los movimientos universitarios en Europa y América son un claro ejemplo de esto.

<sup>1</sup> La investigación que respalda este trabajo fue llevada a cabo en 1988-1989 y se redactó en 1991. En abril de este último año el Congreso del Estado de Puebla aprobó una nueva ley para la Universidad Autónoma de Puebla, y en octubre del mismo año el Consejo Universitario de la UAP aprobó el Reglamento respectivo.

<sup>2</sup> Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Puebla.

<sup>3</sup> Grupos de muchachos de ambos sexos de un barrio urbano de clase media baja o baja; por lo general son drogadictos y alcohólicos, y autores de actos delictivos mayores y menores. Es común que cuando existe en una misma barriada más de una banda se produzcan peleas entre ellos para establecer cuál ejercerá el poder en la zona. Estas bandas se han convertido en un grave problema social de las grandes ciudades mexicanas.

Durante los años setenta, en Puebla, se llevaron a cabo cambios importantes en la estructura universitaria. Las transformaciones a la organización jurídico-política de la Universidad Autónoma de Puebla se fueron haciendo sin que la legislación vigente fuera modificada por la autoridad estatal competente. De esta forma, los universitarios poblanos vivieron durante tres décadas con una duplicidad jurídica sin que se preocuparan por ello, y sin que el Estado pudiera o se interesara en intervenir. Para comprender esta afirmación es necesario hacer referencia a la historia de estos cambios.

## II. BREVE HISTORIA DEL NACIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO UNIVERSITARIO

En los últimos años cincuenta de este siglo, en el Estado de Puebla, México, se inició un proceso acelerado de industrialización, el cual exigía de las instituciones de educación la preparación de profesionales adecuados a las necesidades del mismo. Ésta fue una de las causas, la principal, por la que, en la universidad pública de ese estado, Universidad Autónoma de Puebla (UAP), se generó, a inicios de la década siguiente, un importante movimiento estudiantil que se conoce con el nombre de reforma universitaria. De acuerdo con diversos documentos publicados en aquellos años, y con las informaciones proporcionadas por los propios impulsores del movimiento reformista, éste tuvo dos objetivos que fueron: 1) actualizar la enseñanza y 2) democratizar los procesos universitarios de toma de decisión.<sup>4</sup>

Por actualización de la enseñanza, los universitarios poblanos entendían, por un lado, que la UAP abriera nuevos campos educativos acordes con las nuevas exigencias que planteaba la sociedad industrial poblana; y por el otro, la necesidad urgente de revisar los planes y programas de estudio existentes que, en su opinión, no estaban a la altura de los avances científicos de la época.

Respecto de la democratización, aunque nunca hubo una definición clara del concepto, los universitarios entendían por ello la participación de todos los sectores de la comunidad universitaria en los procesos de toma de decisiones,

<sup>4</sup> El presente artículo utiliza datos que la autora recabó para una investigación sobre la Reforma Universitaria en Puebla. Se analizaron documentos universitarios tales como los programas de los Comités de Lucha, del Directorio Estudiantil Poblano, el Programa de Trabajo de Luis Rivera Terrazas, declaraciones del consejo universitario, y diversos artículos aparecidos en la prensa nacional y poblana en los años sesenta y setenta. También se entrevistó a personalidades que de alguna forma habían conducido al movimiento reformista.

sin importar el tipo de tareas que desempeñaba cada uno. Esto se traducía en plantear que tanto los docentes como los trabajadores no académicos y los estudiantes, tenían el derecho y la obligación de integrar igualmente los órganos de gobierno responsables de decidir sobre la vida política, administrativa y académica de la UAP. Para hacer realidad estas aspiraciones democráticas se debía derogar la ley orgánica de la Universidad Autónoma de Puebla de 1956. Pero esto no dependía exclusivamente de los universitarios, sino de sus posibilidades de influir en la decisiones del gobierno estatal y federal.

En un principio el gobierno del Estado de Puebla, que tenía intereses dentro de la UAP, no estaba de acuerdo con los planteamientos del movimiento universitario reformista. Ante esta actitud gubernamental, los universitarios emprendieron una serie de movilizaciones, algunas de ellas muy violentas. Finalmente, en 1963, se dictó una nueva ley orgánica que satisfacía en parte los intereses universitarios. Esta nueva ley eliminaba todas aquellas instituciones que, sin formar parte de la UAP, podían controlar la vida institucional, como eran el Consejo de Honor<sup>5</sup> y el Patronato.<sup>6</sup> Además convertía al Consejo Universitario en autoridad máxima de la universidad (anteriormente lo era el Consejo de Honor).

En el Consejo Universitario, aunque no igualmente, participaban todos los sectores universitarios (maestros, alumnos y trabajadores no académicos).

Algunos universitarios quedaron conformes con la nueva ley pero otros, encabezados por miembros del Partido Comunista Mexicano, pensaron que esa norma jurídica no satisfacía sus aspiraciones democráticas. Y es así como la aprobación de la Ley Orgánica de 1963 no trajo la paz a la universidad. Los enfrentamientos entre universitarios y estado continuaron y las contradicciones

<sup>5</sup> El Consejo de Honor era una institución formada por siete personas que podían ser o no ser universitarios; en caso que lo fueran, sólo podían desempeñar funciones docentes. La primera vez los miembros de este Consejo debían ser nombrados directamente por el gobernador; después del quinto año el Consejo Universitario debería elegir anualmente un miembro. El Consejo de Honor tenía como atribuciones el nombramiento de todas las autoridades universitarias y resolver en definitiva sobre los acuerdos del Consejo Universitario cuando los mismos fueran vetados por el rector, (artículos 11, 12 y 15 de la ley orgánica de 1956).

<sup>6</sup> El patronato debía estar formado por cinco personas, con experiencia en asuntos financieros y residencia en el Estado de Puebla de más de cinco años. Era atribución del Consejo de Honor el nombramiento de los miembros de esta institución. Tenía como funciones la fiscalización de las finanzas universitarias y debía informar al Consejo de Honor cualquier irregularidad, (artículos 34, 35 y 36 de la ley de 1956).

entre los primeros se profundizaron cada vez más, hasta que en 1972 asumió el poder universitario el primer rector comunista.

Los comunistas mexicanos, al igual que gran parte de la izquierda latinoamericana, nunca fueron defensores de las normatividades escritas a las que calificaban de burguesas.<sup>7</sup> Por eso es que no se preocuparon por averiguar si la reestructuración que llevaron a cabo, referente a la organización de la institución, se adecuaba o no a la Ley Orgánica de 1963. De esta manera, en las escuelas profesionales y preparatorias se establecieron órganos de gobiernos unipersonales y colectivos cuyas estructuras y funciones no estaban previstas por la ley vigente. Finalmente en 1981 se transformó la constitución del Consejo Universitario.

El grupo dirigente universitario llevó a cabo estas transformaciones con el afán de democratizar la Universidad Autónoma de Puebla y, sobre todo, de impedir el acceso al poder de universitarios no alineados con el PCM. Un ejemplo de ello fue la transfiguración que sufrió el órgano máximo de gobierno, en 1981 con motivo de la sucesión rectoral.

### III. PLURALISMO JURÍDICO UNIVERSITARIO

Todo este proceso dio como resultado la existencia de dos normatividades. Una, la aprobada por el Estado a través de la Ley Orgánica de 1963, y otra la que se fueron dando los universitarios, por medio de decisiones tomadas por los diferentes órganos de gobiernos de la UAP, que, a su vez, fueron creados por ellos mismos al margen del derecho estatal.

A continuación haremos un análisis de las dos normatividades de la organización político-jurídica de la UAP.

#### 1. *La ley orgánica de 1963*

Según esta ley, las autoridades de la UAP debían ser las siguientes:<sup>8</sup> a) El Consejo Universitario; b) El rector; c) Los Consejos Técnicos de las Escuelas, y d) Los directores de facultades, escuelas o institutos. El Consejo Universitario

<sup>7</sup> Opinión de varios de los reformistas en las diversas entrevistas realizadas por la autora entre los años 1986 y 1989.

<sup>8</sup> Las formas de gobierno de la universidad están especificadas en los artículos 6 al 17 de la ley orgánica de 1963.

debía estar formado por: 1. El rector, 2. Los directores de escuelas o institutos, 3. Un representante propietario y uno suplente de los maestros por escuela, 4. Un representante propietario y un suplente de los alumnos por cada escuela, 5. Un representante propietario y un suplente de los trabajadores.

La ley decía que el rector debía ser nombrado por el Consejo Universitario previa auscultación de la opinión de la comunidad universitaria.<sup>9</sup>

Por su parte los consejos técnicos de las escuelas debían estar formados por: 1. El director de la escuela, 2. Un maestro por cada uno de los años que integren la carrera, 3. Dos representantes de los alumnos. Los directores de las escuelas debían ser nombrados por el Consejo Universitario a propuesta en terna del Consejo Técnico de la escuela.

El Consejo Universitario era, según aquella ley, la autoridad máxima de la universidad, y como tal depositario de amplias atribuciones para dictaminar sobre todos los asuntos, tanto de tipo académico, como político, administrativo y jurídico.

En la rectoría debía recaer la importante atribución de designar a todos los maestros, investigadores y empleados universitarios. Esto revela que el gobierno no pensaba verdaderamente en entregar al Consejo Universitario la dirección de la Universidad. El Consejo Universitario y la rectoría debían centralizar todo el poder de la universidad. Los consejos técnicos y los directores de las escuelas sólo deberían hacer los planes y programas de las actividades a desarrollar en las mismas, y proponerlos al rector y/o al Consejo Universitario, quienes deberían autorizar su ejecución.<sup>10</sup>

## 2. *Las normas creadas por los universitarios al margen de la legislación*

Con la llegada del primer comunista a la rectoría, comenzó un proceso de reestructuración del poder de la institución, con el objetivo inmediato de concretar los planteamientos del movimiento reformista en relación con la democratización del gobierno universitario. ¿Qué entendían por esto? Es difícil saberlo. Se puede decir, sin temor a equivocarse, que cada uno lo definía como

<sup>9</sup> La ley orgánica no especificaba cómo debía llevarse a cabo esta auscultación. Los estatutos universitarios, dictados el 15 de noviembre de 1963 por el Consejo Universitario, no hacían referencia a la cuestión.

<sup>10</sup> Artículo 15 de la Ley Orgánica de 1963, y artículo 45 de los Estatutos Universitarios.

quería y como podía. Sin embargo el término "democracia" sirvió para aglutinar a un buen número de universitarios.

En cada escuela profesional y preparatoria (bachillerato) se produjeron movimientos de maestros y de estudiantes con el fin de establecer órganos de gobierno que respondieran a las ideas, bastantes confusas, del nuevo modelo de universidad a la que los reformistas aspiraban. Este proceso estuvo lleno de contradicciones acerca de lo que los universitarios pretendían lograr. Los cambios a la estructura de gobierno de las escuelas se fueron dando en tiempos distintos, y esto tuvo que ver con los enfrentamientos entre los diversos grupos políticos que existían en cada una de ellas. Tampoco hubo uniformidad en la creación de los nuevos órganos de gobierno. En cada escuela se instituyó una nueva organización jurídico-política, sin tener en cuenta lo ocurrido en las restantes unidades académicas.

Para poder conocer la estructura político-jurídica de la universidad hubo que analizar diferentes documentos como fueron las actas del Consejo Universitario, de los consejos de gobierno de las escuelas, resolutivos de los congresos internos de las mismas, y, sobre todo entrevistar a autoridades universitarias tales como el rector en funciones, los consejeros universitarios, coordinadores y miembros del órgano colegiado de gobierno de las escuelas, personajes del movimiento reformista, etcétera. Esto porque no existía derecho escrito en este respecto.

Como resultado de esta investigación se advierte que los cambios de los órganos de gobierno universitarios consistieron en lo que a continuación se detalla.

#### *A. La administración central*

Hasta 1981, el nombramiento del rector y los requisitos para aspirar a dicho cargo se ajustaba a lo establecido en la ley orgánica. Igualmente, el consejo universitario estaba formado por el número de consejeros maestros, alumnos y trabajadores no académicos establecido en ella. Pero a partir del año antes mencionado, a causa de la sucesión rectoral,<sup>11</sup> los comunistas propiciaron importantes cambios en el gobierno central de la institución con el objeto de asegurarse su permanencia en los puestos directivos de la misma.

<sup>11</sup> Confrontar *Compendio, sucesión, rectoría y crisis en la izquierda*, Puebla, UAP, 1984, 3 tomos.

En la sesión extraordinaria del día 22 de septiembre de 1981, el Consejo Universitario estableció que el rector se eligiera por mayoría simple a través del voto universal y secreto de la comunidad universitaria, es decir, de todos los maestros, alumnos y trabajadores no académicos de la UAP.<sup>12</sup> Cabe destacar que según la ley orgánica de 1963, el consejo universitario no tenía la facultad de cambiar la forma de elección del rector.

En la sesión extraordinaria del Consejo Universitario del día 29 de septiembre de 1981, se aprobó que este órgano máximo de gobierno estuviera formado por las autoridades unipersonales de las escuelas e institutos, y por un número igual de maestros y alumnos de los mismos. De esta manera se instituyó un consejero alumno más por cada unidad académica, y se otorgó representatividad a los departamentos de Música, Idiomas, Instituto de Ciencias de la UAP y al Hospital Universitario en igualdad de condiciones con las escuelas. Por otra parte, se aprobó que los trabajadores no académicos tuvieran en este órgano colegiado un representante con su respectivo suplente por cada cien o fracción mayor de setenta y cinco trabajadores. De esta forma, este sector quedó sobrerrepresentado en comparación con los maestros y los alumnos, cuyo número de delegados estaba relacionado con las unidades académicas y no con la cantidad de docentes y estudiantes que existe en la universidad.

Es importante recalcar que aquella ley orgánica no le confería al Consejo Universitario la facultad de cambiar su propia composición. Por lo tanto, a partir del momento en que introdujo esas modificaciones, la UAP sólo produjo actos no jurídicos si los relacionamos con la ley producida por el estado. Sin embargo por ejemplo los notarios que atestiguaron compraventas de inmuebles no pusieron ninguna objeción por el hecho de que el rector *de facto* no era el rector de la ley que, supuestamente, ellos estaban obligados a respetar. Por otra parte, los gobiernos federal y estatal entregaron el subsidio universitario a esas autoridades que, conforme con la ley, no lo eran en realidad.

El Consejo Universitario, según la ley de 1963, debía funcionar a través de asambleas ordinarias y extraordinarias. Para que sus decisiones tuvieran validez se requería que el mismo hubiera sesionado con *quorum*, el cual se formaba con la mitad más uno de sus miembros. Estas normas siempre se cumplieron.

La ley orgánica de 1963 y los estatutos universitarios aprobados por el Consejo Universitario en el mismo año, nada decían acerca de cuándo los

<sup>12</sup> Cfr. *Actas del Consejo Universitario 1981*, Puebla, UAP, 1982, pp. 115 a 119.

consejeros suplentes podían reemplazar a los propietarios, y la costumbre determinó que lo podían hacer en cualquiera de sus ausencias, fuesen éstas permanentes u ocasionales. Esto permitió que en momentos de crisis institucional —como la de 1989-1990— pudieran sesionar al mismo tiempo dos consejos universitarios cumpliendo ambos con el requisito del *quorum*.

Según la costumbre, el Consejo Universitario conservó la mayoría de las funciones académicas, políticas y administrativa que le confería la Ley Orgánica con la única excepción del nombramiento de rector y de los directores de escuelas que el mismo consejo delegó a la comunidad universitaria. Sin embargo, en las tres oportunidades en que se nombró rector a través de este mecanismo, después de la elección general el Consejo Universitario se reunió para calificar al proceso electoral y designar al nuevo “jefe nato” de la universidad. Con ello se pretendía cubrir el requisito de la ley violentada, según el cual era el Consejo Universitario quien debía nombrar al rector. Pero cabe destacar que ese consejo *no era* el consejo autorizado por la ley, puesto que estaba integrado, merced a la autorreforma, de manera distinta de como debía estarlo; y recuérdese que esta autorreforma no estaba legalmente autorizada.

### B. Los gobiernos de las escuelas

En la mayoría de las escuelas profesionales y preparatorias de la UAP, los universitarios cambiaron la denominación del órgano de gobierno unipersonal de las mismas. El director de la institución, tal como lo señalaba la ley orgánica, fue reemplazado por el “coordinador” o “coordinador general”. Con la transformación del nombre de la autoridad unipersonal, los impulsores del movimiento de reforma universitaria pretendieron quitarle la posición de poder que ostentaba el director respecto de los restantes universitarios en las escuelas. Los reformistas aspiraron a crear una forma de gobierno en la cual la autoridad unipersonal tuviera solamente la función de coordinar los esfuerzos académicos y políticos de la institución. Es decir, lo que querían era que la autoridad unipersonal no pudiera tomar decisiones en forma individual.

Según la costumbre, no existió uniformidad en la estructura de las coordinaciones de las escuelas: Ingeniería Civil tuvo cinco coordinadores: un coordinador responsable (consejero universitario en tanto coordinador), un coordinador académico, uno de investigación, uno administrativo de Ingeniería civil y otro de ingeniería topográfica. La Coordinación General de Arquitectura estuvo formada por tres coordinadores: académico (consejero universitario coordinador), de planeación y administrativo. Ingeniería Química tuvo cuatro

coordinadores: coordinador general, administrativo, académico y de relaciones. Solamente las escuelas de Medicina y Odontología conservaron el nombre de director.

También existieron variaciones entre las escuelas respecto de la duración en el cargo y de los requisitos para ser coordinador. En general se observó que en una misma institución los requerimientos para acceder a este cargo cambiaron en cada oportunidad. Cuando se llevó a cabo la remoción de las autoridades de las escuelas, (el coordinador y/o los consejeros de gobierno en funciones y/o una asamblea general y/o un congreso interno y/o la asamblea de maestros y/ cualquier otro órgano de gobierno existente), se determinaron *ad hoc* las cualidades que debían tener los postulantes a la coordinación o dirección. Esto, siempre, tuvo que ver con la confrontación entre los diversos grupos políticos que hubo en las escuelas.<sup>13</sup>

En cuanto a las atribuciones y funciones del órgano de gobierno unipersonal de las escuelas constaté que no existieron mayores diferencias entre lo manifestado por los coordinadores entrevistados de las escuelas y/o establecido en los reglamentos internos de las mismas y lo determinado por la ley orgánica para el director de las escuelas. Esto permite deducir que, a pesar del discurso de los reformistas para cambiar la denominación de este órgano de gobierno y con ello socializar el proceso de toma de decisiones, las normas creadas por los mismos universitarios no estaban dirigidas a provocar conductas diferentes de las que preveía el congreso del Estado de Puebla al aprobar la legislación universitaria.

El nombramiento de los coordinadores y directores se hizo en todos los casos a través del voto universal y secreto. Mediante la forma de elección los reformistas pusieron de manifiesto claramente su concepción de democracia. Es decir, para ellos democracia es igual a la elección popular de una autoridad.

Respecto de los órganos colegiados de gobierno, todas las escuelas profesionales y preparatorias de la universidad crearon uno diferente del establecido en la ley orgánica de 1963. En la mayoría de las escuelas se le denominó Consejo de Gobierno, aunque la Escuela de Arquitectura le llamó Consejo de

<sup>13</sup> La ley orgánica no establecía los requisitos necesarios para ser director y remitía a los estatutos universitarios, (artículo 17). En esos estatutos, en el artículo 49, se señalaba que el candidato debía ser maestro de la escuela con una antigüedad no menor de tres años. Las autoridades de diferentes escuelas establecieron por su cuenta otros requerimientos: ser mexicano por nacimiento (Derecho), tener posgrado (Biología), tener antigüedad de 5 años (Derecho), ser maestro tiempo completo (Contaduría), etcétera.

Delegados y Odontología Consejo Técnico. Estos órganos colegiados de gobierno estuvieron formados por miembros de todos los estamentos universitarios (maestros, estudiantes y trabajadores no académicos) cuya representatividad no es proporcional. En general se advirtió una clara tendencia a la sobrerrepresentación estudiantil. Solamente en Arquitectura e Ingeniería Civil, maestros y alumnos estuvieron representados en forma equivalente, y en la Escuela de Biología los docentes contaron con mayor número de representantes. La participación de los trabajadores no docentes era menor no llegando en ningún caso a más de tres miembros. En cuanto al número de consejeros variaba en cada escuela. Así por ejemplo en Economía, con 1,000 alumnos, fueron 42, mientras que en Odontología, con 10,000 alumnos, eran 10.

Todo lo anterior significa que la estructura de los órganos colegiados de gobierno de las escuelas varió en forma considerable respecto de lo establecido en la ley de 1963. No solamente cambió su nombre, sino también el número de miembros y la proporcionalidad de la representatividad de los estamentos que los conformaban.

Finalmente cabe decir, que los órganos colegiados de gobierno que crearon las escuelas al margen de la legislación vigente, tuvieron como función la planeación y programación de las actividades de política académica,<sup>14</sup> de manera similar a lo establecido en la ley orgánica para los consejos técnicos. En comparación con las atribuciones de estos últimos, observamos que los nuevos órganos dejaron de ejercer las siguientes: 1. Estudiar, formular y actualizar los planes y programas de estudios. Esta facultad fue delegada a congresos internos que eventualmente se llevaban a cabo en cada escuela; 2. Formular terna para que el rector designe al director. La autoridad unipersonal fue elegida por votación universal y secreta de los miembros de la escuela.

### *C. Las asambleas generales*

Un órgano de gobierno no previsto en la Ley Orgánica y que fue impulsado por el movimiento reformista era la Asamblea General. Importante número de escuelas profesionales contaron con esta institución creada a través del órgano colectivo de gobierno o de congresos internos. Los reformistas

<sup>14</sup> Esta información fue obtenida en las entrevistas realizadas a los coordinadores y consejeros maestros y alumnos de las escuelas. También se consultó, cuando existieron, reglamentos internos, folletos de información, actas del órgano colegiado de gobierno y resolutivos de congresos internos.

pensaban que la autoridad máxima de las escuelas debía ser la Asamblea General. Definieron a ésta como la reunión de todos los miembros de la escuela (docentes, alumnos y trabajadores no académicos), los cuales participarían con voz y voto. Las determinaciones que se tomarán en esta Asamblea General debían ser cumplidas por todos los miembros de la escuela y por los órganos colegiados y unipersonales. Con esto se pretendía plasmar en forma más cabal uno de los objetivos de la reforma universitaria: la democratización de la UAP.<sup>15</sup>

Por otra parte, las escuelas que contaron con este órgano de gobierno, no reglamentaron su funcionamiento. No tuvieron ningún tipo de periodicidad, y los temas que se trataron fueron muy variados: destitución del director, planeación de un congreso interno, ausentismo de maestros, violencia entre universitarios, etcétera. Dado el número de alumnos y el espacio físico de las escuelas, este organismo colegiado funcionó con una asistencia mínima de maestros, alumnos y trabajadores. Más aún, no existe ninguna instalación en el Estado de Puebla, que no sea el estadio de fútbol, en la que se pudiera albergar una asamblea general, con el cincuenta por ciento más uno de las comunidades de la Escuela de Derecho o de Medicina. Por eso es que muchos universitarios calificaron a la asamblea general como la antidemocracia de la democracia de la UAP, o la democracia de las minorías activas.

#### IV. EFECTOS DEL PLURALISMO

Los cambios en la estructura de la UAP se fueron dando al ritmo de las confrontaciones políticas. Los diferentes grupos que en determinado momento detentaron el poder, fueron modificando las formas del gobierno universitario con el fin de asegurar su hegemonía, y de esa forma se fue creando una estructura diferente a la establecida por la ley orgánica sin que ésta fuera derogada. La nueva estructura del gobierno de la UAP, como el Consejo Universitario y rectoría, no fue reglamentada. Esto permitió que los requisitos para ocupar el cargo de consejero universitario y de rector se fueran cambiando en cada oportunidad. El Consejo Universitario siempre funcionó tal como lo

<sup>15</sup> La idea de Asamblea General como máximo órgano de gobierno de las escuelas fue una idea que los reformistas expresaron a través de los diversos documentos (unos publicados en periódicos locales y nacionales y otros de circulación interna) que aparecieron durante los años sesenta y setenta. También se corroboró este dato en entrevistas a algunos impulsores del movimiento reformista mencionados en la nota.

establecía la ley orgánica, o sea, mediante asambleas ordinarias y extraordinarias, con el *quorum* requerido,<sup>16</sup> aunque no con la periodicidad establecida en los estatutos.<sup>17</sup>

La modalidad de que los consejeros suplentes pudieran reemplazar a los propietarios en cualquier tipo de ausencia permitió que en ocasión de la crisis institucional de los años 1989 y 1990, se formaran y sesionaran al mismo tiempo dos consejos universitarios.<sup>18</sup>

El Consejo Universitario cumplió con la mayoría de las funciones académicas, políticas y administrativa que le confería la Ley Orgánica. La atribución más importante que dejó de ejercer fue el nombramiento del rector.

Las modificaciones que se dieron en la organización de las escuelas profesionales y preparatorias, fueron aprobadas internamente por las respectivas unidades académicas a través de Asambleas Generales (Arquitectura) o Congresos (Economía, Derecho, Físico-Matemáticas, etcétera). Ninguna instancia universitaria superior intervino en estas determinaciones. Así, ni el Consejo Universitario ni la rectoría tuvieron participación, o incluso conocimiento de ello.<sup>19</sup>

El hecho de que en la mayoría de las escuelas la presencia de los estudiantes tuviera mayor peso numérico, demuestra la influencia desproporcionada de la voluntad estudiantil, fruto de un discurso demagógico que dominó en la UAP durante las últimas tres décadas. Esto provocó un malestar del estamento

<sup>16</sup> Artículo 30, apartado II de los estatutos universitarios de 1965.

<sup>17</sup> El artículo 29 de los estatutos universitarios determina que el Consejo Universitario celebrará sesiones ordinarias durante la segunda quincena de cada mes, y sesiones extraordinarias cuando lo juzgue necesario el rector o un grupo de consejeros que represente cuando menos una tercera parte de los votos computables.

<sup>18</sup> El 18 de octubre de 1989, miembros del Consejo Universitario, aduciendo faltas graves, solicitaron la renuncia del entonces rector de la UAP, Oscar Samuel Malpica Uribe. El 27 de octubre del mismo año, 70 consejeros reunidos en uno de los edificios de la universidad, destituyeron al rector y nombraron una junta provisional de gobierno. En tanto, Oscar Samuel Malpica continuó en la rectoría y manifestó que quien lo había nombrado era la comunidad universitaria (a través del voto universal y secreto) y no un grupo de consejeros. Durante más de medio año se dio una duplicidad de autoridades, y tanto la junta provisional como Oscar S. Malpica, convocaron al Consejo Universitario y ambos consiguieron hacer constatar por notarios públicos, que estaban sesionando con "quorum", (Cfr. Revista *Momento* núm. 106 y Periódicos *Cambio* y *Sol de Puebla* de octubre de 1989 a julio de 1990).

<sup>19</sup> Es necesario resaltar que ni la ley orgánica ni los estatutos universitarios facultaban a ninguna autoridad universitaria a realizar este tipo de modificaciones.

magisterial y, lo que es más importante, provocó que en muchas oportunidades el nivel académico se deteriorara dando lugar a que los alumnos procuraran obtener la titulación con el menor esfuerzo posible.

En cuanto a las asambleas generales, podemos decir que lo que normalmente se realizaba en la UAP estuvo lejos de ser la instancia donde se pudiera discutir temas de importancia con la profundidad necesaria y se guardara el respeto que todos los oradores merecían. En general las determinaciones se tomaron en medio de insultos, abucheos y otras formas agresivas de comportamiento, actitudes muy lejanas a la tan anhelada democracia.

Algunas escuelas, a medida que fueron reestructurando sus órganos de gobierno —apartándose de lo establecido por la ley orgánica, los estatutos, y los reglamentos universitarios—, aprobaron un reglamento interno para normar la forma de gobierno y la conducta individual de los maestros, alumnos y trabajadores adscritos a dicha unidad académica. En este caso están las escuelas de Derecho, Arquitectura, Biología, Odontología, Administración Pública y algunas preparatorias. En otras escuelas como Economía,<sup>20</sup> Ingeniería Química y Físico-Matemáticos no se contó con un cuerpo normativo y en su lugar se utilizaron acuerdos de asambleas generales y de congresos internos.

Por muchos años, los universitarios poblanos no se mostraron preocupados ante esta pluralidad jurídica. Más aún, tanto los impulsores del movimiento reformista como autoridades, maestros y alumnos universitarios entrevistados por la autora durante los años 1985 a 1989, se mostraron desinteresados por el tema, y en más de una oportunidad contestaron que el estado no tenía por qué normar la vida universitaria ya que eso sería una franca violación de la autonomía universitaria. Toda esta concepción jurídica proviene de la ideología de la izquierda universitaria durante los años sesenta: toda ley es burguesa y por lo tanto no se debe acatar. Y lo que más llama la atención es que la escuela de Derecho, que se supone que prepara juristas, fueran de las más reacias a la promulgación de una legislación universitaria.

Por su parte, el estado se mantuvo ajeno al quehacer universitario. Durante casi veinte años (1972 a 1990), los gobernantes apreciaron que si intentaban

<sup>20</sup> En el caso de esta escuela, la coordinadora Licenciada María E. Martínez de Ita informó que esta unidad académica no contaba con un reglamento interno, mientras que el consejero universitario maestro Licenciado Luis Enrique Fernández manifestó que si lo había. De todas formas no pude constar esto último ya que nadie me pudo proporcionar datos sobre dicho reglamento. Las entrevistas a estos funcionarios universitarios fueron realizadas en noviembre de 1988 y enero de 1989.

obligar a los universitarios a producir las conductas establecidas por la ley, habría, inevitablemente, una confrontación entre universidad y estado, situación no buscada ni deseada por el aparato gubernamental.

De esta forma, por dos décadas los universitarios poblanos desarrollaron sus actividades académicas sin respetar ninguna norma jurídica escrita, ni siquiera las dictadas por ellos mismos. Pero con el correr de los años, las contradicciones entre las diversas corrientes políticas dentro de la universidad comenzaron a profundizarse, y en 1989 alcanzaron su punto más álgido: la UAP llegó tener dos rectores y dos consejos universitarios cada uno de los cuales reclamaba su legitimidad interpretando diferentes normatividades. Fue entonces cuando un grupo importante de universitarios se planteó la necesidad de contar con una normatividad general para reglamentar la estructura de la universidad y la conducta de los miembros de la institución.

Durante el año 1990 en la UAP se abrió un debate sobre diferentes proyectos de la ley, los cuales respondían a aspiraciones políticas-académicas de los distintos grupos universitarios. Y fue en ese preciso momento cuando el estado vislumbró la posibilidad de aprobar una nueva ley y propició, también, una discusión pública. Finalmente, en abril de 1991, el congreso del Estado de Puebla aprobó una nueva ley orgánica que cambió la estructura de los órganos colegiados de gobierno, de tal manera que existe ahora una participación igualitaria de maestros y alumnos, disminuyendo y/o anulando, según el caso, el número de representantes de trabajadores no académicos.

## V. BALANCE

Es importante recalcar nuevamente que en la Universidad Autónoma de Puebla se dio un pluralismo jurídico urbano, y que eso sucedió en una de las instituciones sociales más intelectualizadas y politizadas. Lo interesante, para la sociología jurídica, es informar de esta forma de pluralismo normativo que no es el comúnmente reportado. Es decir, no es rural, indígena, de poblaciones marginales o agrupaciones empresarias. Aunque tal vez lo más importante de este caso, es que el estado reconoció y respetó las normas producidas de manera "ilegal", y que en ningún momento trató de intervenir a fin de que la ley universitaria de 1965 se aplicara.

Durante las década de los sesenta y setenta, los universitarios poblanos formaron una fuerza contestataria al gobierno y pensaron que con las instituciones que iban creando se acercaban a la más perfecta democracia universitaria. Sin embargo no fue así. Las nuevas formas de gobierno respondían más a

intereses de grupos políticos que a la tan anhelada democracia y el proyecto de universidad democrática no logró “sobrevivir”, cayendo por propias acciones de las fuerzas de izquierda universitaria. Fueron ellas mismas, un sector al menos, quienes terminaron proponiendo al gobierno la promulgación de una nueva ley universitaria de la que, entre otras cosas, se puede decir que es muy semejante a la de 1965, precisamente aquella contra la cual se había orientado la reforma universitaria.

## SERVIÇOS LEGAIS E ASSISTÊNCIA JURÍDICA<sup>1</sup>

José Eduardo FARIA<sup>2</sup>

Ao modificar por completo a estrutura geo-ocupacional do país, gerando um processo desenfreado de urbanização, alterando profundamente o perfil dos conflitos sociais e mudando em formas tradicionais de ação política, as transformações sócio-econômicas ocorridas no Brasil entre 1940 a 1980 provocaram significativas mudanças no âmbito do Poder Judiciário: além de propiciar o aparecimento de novos tipos de problemas jurídicos para cujo equacionamento não havia soluções previamente estabelecidas pela legislação, essas transformações também terminaram por ampliar extraordinariamente o número de demandas judiciais e por exigir dos operadores do direito novas atitudes em relação ao seu objeto de trabalho.

À medida que o desenvolvimento econômico brasileiro foi avançando, nestas últimas décadas, o acesso à justiça também foi sendo, paralelamente, apreendido como um direito político por parte das maiorias desfavorecidas. Esse fato obrigou o setor público e as diferentes entidades representativas da sociedade civil a criarem vários serviços gratuitos de assistência judiciária, seja com a finalidade de atender a explosão de demanda provocada por quem não tinha condições aquisitivas de pagar pela efetivação de seus direitos de cidadania, por meio dos tribunais, seja com o objetivo de educar e conscientizar a população, economicamente marginalizada na defesa de serviços públicos.

Durante muito tempo, contudo, a esmagadora maioria desses serviços teve um caráter meramente assistencial e caritativo, valorizando somente o atendimento dos problemas mais básicos da população desfavorecida no campo do direito privado —especialmente em matéria de família e de inquilinato. Como se tratavam basicamente de serviços apenas de “benemerência” particular ou então de assistencialismo público aos cidadãos “hipo-suficientes”, eles eram mal organizados e mal divulgados, sofrendo problemas crônicos de recursos

<sup>1</sup> Este texto apresenta a pesquisa “Justiça em São Bernardo do Campo-Perfil Sócio-Jurídico de Clientes e Profissionais da Assistência Jurídica”, realizada em 1990 pelo Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cediso) em convênio com a Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

<sup>2</sup> Universidade de São Paulo.

financeiros e humanos. Apenas os poucos grupos politicamente mais mobilizados estavam melhor organizados e preparados para “ideologizar” as demandas da população de baixa renda por serviços judiciais.

No entanto, com o avanço das lutas sindicais e com a emergência de movimentos sociais protagonizados por atores coletivos até então sem tradição de confronto, forjados na dinâmica das transformações geo-ocupacionais brasileiras, procurando politizar não apenas as relações entre o capital e o trabalho mas também várias outras instâncias da vida social, foram surgindo novos serviços legais especificamente voltados à defesa de interesses coletivos —serviços esses empenhados em substituir a “benemerência” pela “conscientização”. Estimulando ações comunitárias, com o objetivo de educar e organizar as maiorias desfavorecidas na luta por novos direitos, novos serviços e novos benefícios públicos, esses serviços de assistência judiciária gratuita emergentes não hesitaram em converter os argumentos jurídicos em simples estratégia para guerrilhas judiciais destinadas tanto a neutralizar a execução de sentenças de reintegração de posse em terrenos privados ilegalmente ocupados em nome da ilegitimidade do direito de propriedade e da carência absoluta dos ocupantes, quanto a pressionar por sentenças “*praeter-legem*” ou mesmo “*contra-legem*” em matérias de grande impacto popular como a descriminalização do uso de drogas leves, do adultério e do homossexualismo.

Uma das regiões brasileiras nas quais esse fenômeno eclodiu de modo mais nítido foi a de São Bernardo do Campo. Trata-se de uma cidade que, graças à industrialização acelerada a partir da década de sessenta e dos contrastes sócio-e-conômicos daí advindos, tornou-se palco de grandes conflitos coletivos. Sede das maiores fábricas de auto-peças e das indústrias montadoras de veículos do país e, por conseguinte, de um sindicalismo novo, muito mais militante, autêntico e confrontacional, São Bernardo converteu-se rapidamente num tenso laboratório de experiências políticas inéditas —e foi por isso que o Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cediso), vinculado ao Departamento de Filosofia e Teoria do Direito da Universidade de São Paulo, escolheu essa cidade como objeto de uma pesquisa destinada a identificar o perfil sócio-jurídico dos serviços de assistência judiciária gratuita aí prestados e a verificar como os profissionais do direito e suas respectivas clientelas encaram, quer sua própria atuação profissional quer seus problemas.

Co-patrocinada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e pelo Programa Especial de Treinamento (PET) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, essa foi no Brasil uma pesquisa inédita em função de seu campo temático. Realizada ao decorrer de oito meses, em 1990, a

pesquisa chegou a conclusões importantes sobre a natureza, a qualidade e a orientação dos serviços gratuitos de assistência judiciária em São Bernardo. A começar pela constatação de que a maioria da clientela desses serviços é basicamente formada por migrantes das regiões mais economicamente subdesenvolvida e economicamente miserável do país situadas no Norte e Nordeste brasileiro. Curiosamente, esse é um fenômeno que repete experiências ocorridas tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, onde os serviços legais foram criados especificamente para acelerar a adaptação e a socialização dos imigrantes. A pesquisa registrou ainda um acentuado déficit nos serviços gratuitos prestados em São Bernardo, em face da elevada demanda de serviços de assistência judiciária por parte da população de baixa renda, e também revelou que algumas as entidades privadas e algumas organizações sindicais têm suprido as lacunas dos serviços prestados pelo Estado, em suas diferentes instâncias. Uma demanda tão reprimida como essa significaria, em outras palavras, que um expressivo contingente da população continua sem conseguir ter acesso à Justiça por absoluta falta de condições financeiras e pela insuficiência de serviços legais gratuitos —o que representa, por consequência, uma efetiva redução de seus direitos de cidadania.

Essas conclusões, no entanto, eram previsíveis desde quando formulamos as primeiras hipóteses na fase de estruturação metodológica de nossa pesquisa. O que nos surpreendeu, contudo, foi a constatação de que o alto grau de politização da cidade exerce pouco impacto sobre a ideologização no uso do direito —neste caso específico, nossas hipóteses foram desconfirmadas pela pesquisa. Em outras palavras, ela revelou que o direito continua sendo encarado por maiorias economicamente desfavorecidas mas politicamente conscientizadas a partir de uma visão tradicional. Isto é: como um conjunto “técnico” e “neutro” de normas. O exceção dos serviços de assistência jurídica oferecidos pelo Sindicato dos Metalúrgicos, cuja clientela tem renda familiar mais elevada e uma nítida inclinação partidária, todos os demais, inclusive os da Ordem dos Advogados do Brasil e da própria Prefeitura da cidade, hoje dirigida pelo Partido dos Trabalhadores, a mais forte agremiação socialista do país, limitam-se a dar um atendimento assistencial com base na tradição positivista, formalista e normativista de direito.

Em suma: nos serviços de assistência judiciária gratuita à população de baixa renda, numa das cidades mais politizadas do país, não foram constatadas experiências dignas de nota sobre “direito alternativo”. Em vez disso, verificou-se a repetição de um fenômeno semelhante àquele que Pierre Bourdieu registrou, há alguns anos, na França. A instituição de um espaço judicial

implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que quando nele se acham lançados, permanecem de fato dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental e de toda a postura lingüística que supõe a entrada neste espaço social. A constituição de uma competência jurídica, mestra técnica de um saber científico frequentemente antinômico das simples recomendações do senso comum, leva à desqualificação de equidade dos não-especialistas e à revogação de sua construção espontânea dos fatos, da sua visão do caso. O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar um justificável, quer dizer, um cliente, e a visão científica do perito juiz, advogado, conselheiro jurídico etc., nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas; numa palavra, duas “visões de mundo”. A conclusão de Bourdieu, para quem os advogados de seu país somente “descobriram” os direitos humanos e os direitos das minorias quando enfrentavam um problema de abundância na oferta de seus serviços diante de um mercado consumidor inelástico, é no sentido de que, “perante o pleiteante, ergue-se um poder transcendente, irreduzível à defrontação das visões do mundo privado, que não é outra coisa senão a estrutura e o funcionamento do espaço socialmente instituído desta defrontação”. Por conseguinte, “a constituição da realidade” — entrar no jogo, conformar-se com o direito para resolver o conflito — é aceitar tacitamente a adoção de um modo de expressão e de discussão” que implica monopólios profissionais, prerrogativas salariais e alienação do direito à autodefesa por parte do cidadão comum.<sup>3</sup>

Esta surpreendente constatação, desconfirmando o que era afirmado pelo discurso de líderes da sociedade civil e da própria secção estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, uma entidade soi disant “progressista”, e desmistificando o que os próprios juristas “críticos” brasileiros imaginavam estar em franco processo de expansão, o “direito alternativo”, vem agora nos obrigando a refletir melhor sobre a natureza, o alcance e a eficácia das diferentes formas de luta político-jurídica hoje praticadas no país. O que nos interessa, em outras palavras, é descobrir as razões pelas quais nos grandes centros urbanos e industrializados não há essa vinculação que imaginávamos tão sólida entre a conscientização política e a conscientização jurídica, entre a mobilização partidária e a ideologização do direito, entre serviços legais alternativos e a

<sup>3</sup> Cfr. Bourdieu, Pierre, “The force of law: toward a sociology of the juridical field”, in *The Hastings Law Journal*, v. 38, 1987 pp. 820-828.

produção de sentenças “contra-*legem*” de caráter “libertador” após a atuação de operadores do direito com estratégias claramente políticas.

Em vez de constatar um suposto avanço nas lutas político-jurídicas naquela que é considerada a mais “politizada” e “progressista” cidade industrial brasileira, nossa pesquisa revelou que tais lutas vivem atualmente um momento de transição, em face da desconexão entre as práticas políticas e as práticas jurídicas. Trata-se de uma conclusão perturbadora, é certo, e que motivou os pesquisadores do Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cediso) a ampliar ainda mais sua inserção na realidade brasileira para melhor poder avaliar alguns dos problemas fundamentais com que a Sociologia Jurídica latino-americana, ainda em fase de implantação na maioria das faculdades de direito do Brasil, hoje se depara.

## ETNICIDAD Y DERECHOS HUMANOS. MESOAMÉRICA

José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES<sup>1</sup>

Carlos Salvador ORDÓÑEZ MAZARIEGOS<sup>2</sup>

*SUMARIO: I. Derechos humanos de los pueblos indios. II. Demandas a nivel del derecho positivo nacional. III. Existencia y vigencia del derecho indígena y su uso alternativo. IV. Desarrollo democrático de América Latina. V. A manera de epílogo.*

**RESUMEN:** Este trabajo enfatiza aspectos jurídicos del problema de los derechos humanos de las comunidades indígenas. I. Derechos humanos de los pueblos indios. II. Demandas a nivel del derecho positivo nacional. III. Existencia y vigencia del derecho indígena y su uso alternativo. IV. Desarrollo democrático de América Latina. V. A manera de epílogo.

**ABSTRACT:** This work observes the matter in human rights affairs of indigenas communities, from an interdisciplinary point of view. The purpose is to make enfácez the juridical aspects. I. Human rights of indigenas communities. II. Memmorials from a positice international law. III. Existence and vigeny of indian law and its alternative usage. IV. Democratic development in Latinamerica and. V. Balance and perspectives. This work searches to demonstrate the unadjudgment between the institutional regime ruled by Latinamerican States and juridical practice inside indigenas communities. As well as the internal matter and the etnias affairs, do require democratic foundation of the national State.

### I. DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIOS

Los derechos humanos de los pueblos indios se inscriben en el denominado derecho social y más contemporáneamente en los derechos de “solidaridad” y autodeterminación de los pueblos.<sup>3</sup> Sin duda, es en México a principios de

<sup>1</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

<sup>2</sup> Colegio de Antropología, Universidad Autónoma de Puebla-México.

<sup>3</sup> Ver: Capotorti, Francesco, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Nueva York, ONU, 1979; Lerner, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991; Martínez Cobos, José R., *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones*

siglo con la Revolución Mexicana, las luchas del campesinado mexicano, el ideario político de Zapata el que plasma los principios del llamado derecho social, desde el Plan de Ayala hasta su consagración constitucional en Querétaro.<sup>4</sup>

Los aportes mexicanos, son innegables tanto en el derecho agrario, de seguridad social y derecho laboral. Su nota característica, al decir de los especialistas, la primera en incorporar normas de contenido social. Lamentablemente cierta carga positivista en el desarrollo del derecho mexicano, su visión cargadamente mestiza no permitió avanzar en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en forma expresa

En términos históricos es la Constitución guatemalteca de 1945 la primera en regular la cuestión indígena y la República de Panamá la primera en reconocer autonomía a los “pueblos étnicos” como es el caso de los Kunas a quienes en el año de 1925 como fruto de la denominada Revolución de Tule se les concedió. El proyecto más avanzado por ahora es el de Nicaragua, con la autonomía de los pueblos de la Costa Atlántica. Las nuevas Constituciones de Brasil, Colombia, Guatemala y Perú son experiencias a tomar en cuenta.<sup>5</sup>

En el campo de la historia del derecho hispanoamericano colonial, fruto de las polémicas de los defensores religiosos de los indígenas, es significativa la

*indígenas*, Nueva York, ONU, 1985; Stavenhagen, Rodolfo, *et al.*, *Derecho indígena y derechos humanos*, México, Colegio de México, 1988; Zavala, Silvio, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI-XVIII)*, México, III-UNAM-UNESCO, 1982.

<sup>4</sup> Ver: Bartra, Roger, *Estructura agraria y clases sociales en México*, México, Era, 1974; Brading A. David, *et al.*, *Caudillos y campesinos en la Revolución Mexicana*, México, F.C.E., 1985; García, Antonio, *Reforma agraria y desarrollo del capitalismo en América Latina*, México, UNAM, 1981; Gutelman, Michael, *Estructura y reforma agraria*, Barcelona, Fontamara, 1978; Marroquín, Alejandro, *Balanza del indigenismo*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1972; Reed, John, *México insurgente*, México, Ariel, 1974; Wolf, Erik, *Las luchas campesinas en el siglo XX*, México, Siglo XXI, 1979; Womack, John, *Zapata y la revolución mexicana*, México, Siglo XXI, 1985; Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, México, III-UNAM, 1983, pp. 14-15; Carpizo, Jorge, *La constitución Mexicana de 1917*, México, 1980, pp. 93-105, Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. “La cuestión agraria y los derechos humanos”, en *Crítica Jurídica*, Universidad Autónoma de Puebla, número 8, 1980. pp. 155-172.

<sup>5</sup> Madrazo, Jorge, Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *et al.*, *Aspectos nacionales e internacionales sobre Derecho Indígena*, México, UNAM, 1992; Stavenhagen, Rodolfo, *Manual de Derecho Indígena y Derechos Humanos*, México, Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1990. Ver: Dandler, Jorge, Iturralde, Diego y Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “Dossier sobre Derecho Indígena” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, tomo XLII, núms. 185-186, septiembre-diciembre 1992, pp. 175-186.

denominada “Carta Magna de los Indios”, realizada por el sacerdote Francisco de Vitoria y la “Carta de Derechos Civiles y Políticos” (*de Regia Potestate*) de Fray Bartolomé de las Casas.<sup>6</sup>

Pero en los últimos años, los llamados derechos de los pueblos han cobrado una importancia cada vez mayor dentro del derecho internacional, en cuanto ejemplo único en ese grupo de derechos no basados en Estados, sino, más ampliamente, en comunidades humanas aparentemente distintas a los Estados. En particular, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 ha significado un nuevo momento para el desarrollo de los nuevos derechos colectivos de los pueblos. En sus artículos 19 a 24, esta Carta hace una relación de un número sin precedentes de derechos de los pueblos, empezando por un derecho a la igualdad y terminando con un “derecho a un medio ambiente sano y satisfactorio en general”. El derecho al desarrollo, cuyo reconocimiento y elaboración son el resultado de las demandas de hace algunos años por parte de los países del Tercer Mundo, fue asignado en 1979 por la resolución 34/64 de la Asamblea General de la ONU.<sup>7</sup> Son significativos los esfuerzos de la Fundación *Lelio Basso* gracias a la cual se elaboró en Argel, en 1976, una Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos. Los trabajos de la UNESCO en México en 1980; el Seminario sobre Cultura y Pensamiento, en Argel en 1981, convocado por la Universidad de las Naciones Unidas y el gobierno de Argel; la reunión de FLACSO-UNESCO sobre etnocidio y etnodesarrollo en 1982; la inclusión para su estudio (derecho indígena) en los cursos anuales del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San José Costa Rica, los esfuerzos que viene haciendo la Academia Mexicana de Derechos Humanos. Nuestro Instituto, abordó la cuestión primero en los coloquios “La problemática actual de América Latina y el derecho internacional” (octubre de 1988) y el dedicado al “derecho indígena” (julio de 1989). Dentro de las actividades de nuestro proyecto dedicado a los derechos humanos de los pueblos indios, en las Jornadas Lascasianas venimos tratando temas concretos: acceso y administración de justicia para los pueblos

<sup>6</sup> Pereña, Luciano, *Carta magna de los indios*, Madrid, Universidad Pontificia de Salamanca, 1987; (Cátedra V Centenario) *Bartolomé de las Casas de regia potestate o derecho de autodeterminación*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984, (edición corregida y aumentada).

<sup>7</sup> Ver: Gros Spiel, Héctor, *Estudio sobre Derechos Humanos*, Caracas, Ed. Jurídica, 1985; Grupo Barbados, *Indianidad y descolonización*, Nueva Imagen, 1974; Tomuschat “Los derechos de los pueblos-consideraciones sobre derecho internacional” *Universitas*, (revista trimestral alemana), Stuttgart, vol. XXV, núm. 2, 1987. p. 65-66.

indios en el régimen institucional reglado; cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios; balance y perspectivas de la regulación internacional y nacional de los derechos étnicos; y, etnicidad, derechos humanos y conflicto.

Es conveniente hacer constancia de los esfuerzos de las organizaciones indígenas no gubernamentales de México que se han hecho presentes en la elaboración y propuestas sobre una Declaración Universal de los Derechos Indígenas, a nivel de ONU en Ginebra.<sup>8</sup>

Resulta importante rastrear los resolutivos de los IX Congresos Indigenistas Interamericanos, en especial el último celebrado en Santa Fe, Nuevo México, Estados Unidos, donde se tomaron importantes resolutivos en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, destacando entre los informes, los del experto de Naciones Unidas, del abogado guatemalteco Augusto Willensm Díaz y del antropólogo mexicano Guillermo Bonfil Batalla.<sup>9</sup>

Para algunos analistas, a partir del VIII Congreso, celebrado en Mérida, México (1980) se dan nuevas políticas indigenistas.<sup>10</sup> Frente a ese optimismo continental, para algunos países como Guatemala, son los años más graves de instauración de políticas etnogenocidas de las dictaduras militares

Finalmente, otro esfuerzo es el que se ha denominado “Los indígenas y los espacios legislativos” para cuyo efecto se viene implementando el Parlamento Indígena de América Latina que ha celebrado hasta el momento cinco encuentros, el primero del 26 al 29 de agosto de 1987 en la ciudad de Panamá; Nicaragua, entre otros agosto de 1988; México, octubre de 1989; Guatemala, octubre de 1990 y Canadá, 1991.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Ver dossier: “Declaración de principios sobre derechos de los pueblos indígenas. Propuestas de ONGS indígenas no gubernamentales”, *Revista Guchachi'Resa*, (iguana rajada) núm. 25, Oaxaca, diciembre de 1985: Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “La cuestión étnica en Mesoamérica y los Derechos Humanos”, *Revista Justicia*, México, Procuraduría General de la Nación, 1988.

<sup>9</sup> *Anuario Indigenista*, México, vol. XLV, 1985.

<sup>10</sup> Barre, Marie Chantal, “Políticas Indigenistas y Reivindicaciones Indias en América Latina 1940-1980”, en *América Latina: Emodesarrollo y Emocidio*, Costa Rica, FLACSO-UNESCO, 1982. p. 39 y sigs.

<sup>11</sup> “Los indígenas y los espacios legislativos”, *Anuario indigenista*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1988, vol. XLVIII; “Quinto encuentro parlamentario de América”, *Anuario Indigenista*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1991, vol. XXX; “IV Encuentro Parlamentario Indígena”, *Perú Indígena*, 1991, núm. 29.

## II. DEMANDAS A NIVEL DEL DERECHO POSITIVO NACIONAL

Sin duda, la principal demanda que se plantea en la actualidad, es desarrollar ampliamente los derechos humanos de los pueblos indios

Sobre el punto, las reclamaciones de los pobladores indígenas, recopiladas en importante trabajo, sobre los movimientos indígenas, realizados por Guillermo Bonfil Batalla, pueden servirnos de orientador general en la medida que devienen de los propios grupos interesados y afectados, veamos:

Hay problemas recurrentes en la mayoría de los documentos indios, en torno a los cuales se plantean demandas y luchas siempre concretas: I. Defensa y recuperación de la tierra; II. Reconocimiento de la especificidad étnica y cultural; III. La igualdad de derechos frente al estado; IV. Contra la represión y la violencia; V. Contra la "planificación familiar" y VI. Turismo, artesanías y respeto a las expresiones culturales indias. La "folklorización" de las culturas indias se denuncia como un nuevo intento de penetración y explotación y como una muestra más del racismo imperante.<sup>12</sup>

José Matos Mar, actual Director del Instituto Indigenista Interamericano, agrupa las demandas indígenas en cuatro campos fundamentales: a) Territorios: un reclamo genérico por asegurar sus medios de vida; desde seguridad para sus parcelas de cultivo, hasta formas de dominio sobre sus espacios de reproducción étnica. b) Desarrollo económico y material: tanto para asegurar su participación en los beneficios del desarrollo nacional, como para mantener sus propias formas y prácticas culturales, sin perturbaciones a sus modos de vida y con un margen significativo de decisión en aspectos financieros, técnicos y de manejo de recursos. c) Desarrollo cultural: en especial el derecho a usar y desarrollar sus lenguas, religiones, prácticas médicas, saberes tradicionales; y a organizar sus propios procesos educativos y de comunicación social en general; y d) Autonomía: en tanto creación de las condiciones políticas en las cuales los anteriores reclamos sean posibles y seguros en el largo plazo. No implica un afán de secesión respecto de los Estados; plantea un reordenamiento orgánico para compartir las responsabilidades del ejercicio de la soberanía como parte integrante de la nación.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Bonfil Batalla, Guillermo, *Utopía y Revolución*, México, Nueva imagen, 1981, pp. 46-49.

<sup>13</sup> Matos Mar, José. "A propósito de Fray Bartolomé de las Casas: los nuevos retos del indigenismo a finales del milenio", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1991, núm. 17.

Naturalmente, las organizaciones indígenas de México y no sólo en el medio urbano y/o provincial (estatal) tienen sus propias aportaciones, en función de sus especificidades, por ahora encontramos que también los habitantes de las zonas urbanas, en especial de la gran metrópoli latinoamericana, el Distrito Federal, también se vienen organizando aquí hasta grupos independientes de mujeres indígenas; muchos sectores concientizados, advierten que sus luchas se encuentran vinculadas a los sectores obreros, campesinos y de pobladores de todo el país. El movimiento indígena, por otra parte, no es exclusivo de México, sino se manifiesta a lo largo y ancho de todo el continente.<sup>14</sup>

### III. EXISTENCIA Y VIGENCIA DEL DERECHO INDÍGENA Y SU USO ALTERNATIVO

La literatura antropológica es abundante en cuanto a la descripción de la existencia del derecho indígena y como en forma alternativa se viene creando, instrumentalizando y aplicando en varias regiones del país; seguramente frente al régimen institucional reglado del estado mexicano, en algunos casos con contradicciones como sucede en el procesamiento y condenas a muerte a brujos. Sin embargo, somos del parecer que estas manifestaciones superestructurales, deben su existencia a la reproducción ideológica de una cosmovisión étnica particularizada y a sus correspondientes formas productivas comunales que cada día vienen perdiendo existencia frente al avance capitalista, que se ha encargado de subsumir a los grupos indígenas en torno a su vida económica, social y política; por otro lado, en lo económico no puede ir más allá de los límites de una economía mercantil simple. En otro tipo de relaciones más vinculados al modo de producción capitalista, el Estado no permite, como podría ser este uso alternativo de las prácticas jurídicas indígenas en las áreas civil, mercantil, penal, laboral, etcétera, en su relación con las clases dominantes. Las prácticas jurídicas indígenas, se dan no sólo como regulación en su entorno social (familiar, de convivencia comunal, etcétera) sino como resistencia cultural y representan una cosmovisión en materia de derechos humanos, en donde la relación hombre-naturaleza tiene un carácter sagrado.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Ver: Sarmiento Silva, Sergio, *La lucha indígena un reto a la ortodoxia*, México, Siglo XXI, 1987; Barre, Marie Chantal; *Ideologías indigenistas y movimientos indios*, México, Siglo XXI, 1983.

<sup>15</sup> Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho*, (tesis), Universidad de San Carlos Guatemala, Facultad de Derecho, 1970.

Para Rodolfo Stavenhagen, las sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consisten en lo siguiente: 1. Normas generales de comportamiento público; 2. Mantenimiento del orden interno; 3. Definición de derechos y obligaciones de los miembros; 4. Reglamentación sobre el acceso a y la distribución de recursos escasos (ejemplo: agua, tierras, productos del bosque); 5. Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (por ejemplo: herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales); 6. Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; 7. Sanción a la conducta delictiva de los individuos; 8. Manejo, control y solución de conflictos y disputas; 9. Definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública

Esta lista no agota los elementos posibles de un derecho consuetudinario, y los que aparecen podrían ser divididos entre aquéllos que establecen normas y reglas y aquéllos otros que definen derechos, delitos y sanciones.<sup>16</sup>

En la medida que los indígenas conquisten espacios en la vida política nacional, sean debidamente protegidos en el ámbito internacional a nivel de ONU y OEA, seguramente los ámbitos de aplicación del derecho indígena o sus aportes en la legislación nacional, especialmente en los derechos sociales será seguramente valiosa. Lo anterior implica una reordenación del estado nacional y superar la visión positivista en su construcción.

#### IV. DESARROLLO DEMOCRÁTICO DE AMÉRICA LATINA

Es vital considerar seriamente que la cuestión nacional y la cuestión étnica requieren la formación democrática del Estado Nacional. La lucha por el derecho a las diferencias, expresión de una nueva democracia es trascendental para el desarrollo social de los países pluriétnicos y pluriculturales de América Latina

Pero la recuperación de la vida democrática en los países de población indígena no puede darse sin la participación de todas las etnias que la integran.

En torno de la cuestión debemos tener presente, para su efectivización, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a

<sup>16</sup> Stavenhagen, Rodolfo. "Introducción al derecho indígena", *op. cit.*, *supra* nota 13.

gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten".<sup>17</sup>

Varios han sido los esfuerzos internacionales que han lanzado proclamas en esa dirección: específicamente, la pionera Declaración de San José Costa Rica del 11 de diciembre de 1981, bajo el amparo de UNESCO y FLACSO, con la presencia de dirigentes indígenas y expertos comprometidos con el desarrollo de los derechos de los pueblos indios:

Como creadores, portadores y reproductores de una dimensión civilizatoria propia, con rostros únicos y específicos del patrimonio de la humanidad, los pueblos, naciones y etnias indias de América son titulares colectivos e individualmente de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales hoy amenazados.<sup>18</sup>

Se hace conveniente insistir en el Artículo I de los Principios de la *Cooperación Cultural Internacional*

Toda cultura tiene una dignidad y valor y ... todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su propia cultura en su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del Patrimonio común de la humanidad.<sup>19</sup>

## V. A MANERA DE EPÍLOGO

En mérito de lo expuesto, me permito finalmente plantear a título de proposiciones basadas en mi trabajo de campo como sociólogo y abogado:

En nuestros países indoamericanos, la discriminación contra los "pueblos étnicos", indígenas, no se expresa constitucionalmente, a diferencia de Sudáfrica o hace unas décadas en los Estados Unidos de Norteamérica, se da en la práctica, en la cotidianeidad (el mercado, la escuela, aparato administrativo del Estado, acceso y administración de justicia, el transporte, etcétera).

<sup>17</sup> Ver: Varios, *La protección internacional de los derechos humanos*, México, UNAM, 1986.

<sup>18</sup> (*Declaración específica sobre etnocidio y etnodesarrollo*) Jaulin, Robert, et al., *La descivilización*, México, Nueva Imagen, 1979; Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, "Derecho penal internacional y victimología, delitos de lesa humanidad, genocidio, etnocidio y democidio", *Revista Mexicana de Justicia*, México, enero-marzo, 1989, vol. VI, pp. 175-189; Roa Bastos, et al., *Las culturas condenadas*, México, Siglo XXI, 1980.

<sup>19</sup> Citado por Arthur James Sexmour, "Dos visiones del caribe", *Revista Culturas*, París, UNESCO, vol. V, número 3, 1978. p. 83.

El movimiento indígena constituye una fuerza política importante no solo a nivel de México sino continentalmente, así lo explica la aceptación de sus organizaciones no gubernamentales en el seno de Naciones Unidas; su contribución en las discusiones de la OIT (Convenio núm. 169); la creación del Parlamento Indio Americano, la campaña de 500 años de resistencia frente a la festiva propuesta del V Centenario del “descubrimiento” de América por los europeos; el otorgamiento del premio nobel de la paz a la luchadora social maya-quiché, Rigoberta Menchú Tum; y, la declaración de la Organización de las Naciones Unidas de designar a 1993 Año Internacional de los Pueblos Indios y la posibilidad de implementar una declaración universal y americana que regulen específicamente sus derechos.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Amnistía Internacional, *Los pueblos indígenas de América siguen sufriendo*. Madrid, 1992; Burguete Cal y Mayor, Aracely y Margarito Ruiz Hernández. “Derechos indios: menos avances más retrocesos”, *Memorias*. México, septiembre 1992; Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. “Foros Internacionales sobre los derechos humanos de los pueblos indios”, *Crítica Jurídica*. México, UNAM, número 10, 1992, pp. 295-299; Menchú Tum, Rigoberta. “Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia”, México, Siglo XXI, 1985; Varios, “Derechos de los pueblos indios”, *Revista Justicia y Paz*, México, enero-mayo 1992, número 25.

## SOBRE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. UN DEBATE ENTRE REALINO MARRA Y ROBERTO BERGALLI

Con motivo de la publicación del volumen *El derecho y sus realidades (investigación y enseñanza de la sociología jurídica)*, coordinado por Roberto Bergalli y editado en homenaje a Renato Treves en la colección Sociedad-Estado número 5, editorial PPU de Barcelona (España), en 1989, Realino Marra firmó una nota que aparecía en el primer fascículo de los *Materiali per una storia della cultura giuridica*, correspondiente a 1991 (o sea el volumen XXI, núm. 1, junio). El título de dicha nota fue «Lo statuto scientifico della sociología del diritto e la tutela weberiana». Dicha nota fue respondida por Roberto Bergalli mediante otra semejante: «Más sobre la institucionalización de la sociología jurídica (Un agradecimiento y una respuesta a Realino Marra)». Esta última ha sido replicada por Marra con la que lleva por título el siguiente: «Weber la duplicazione della scienza giuridica. Una replica a Bergalli». Puesto que todo el material mencionado supone la apertura de un debate en torno de la institucionalización de la sociología jurídica como disciplina académica, *Crítica Jurídica* considera importante su difusión en el área de la cultura jurídica latinoamericana. Por los motivos apuntados, y porque también el volumen de Bergalli ha puesto en evidencia los problemas y las necesidades de un conocimiento sociológico del derecho y de sus prácticas por parte de los juristas, el conocimiento de ese debate en Latinoamérica ayudará a la profundización de los aspectos metodológicos y epistemológicos de la disciplina en cuestión. El material que constituye el debate ha sido remitido por el profesor Bergalli (Universidad de Barcelona) y la traducción de las notas del profesor Marra han corrido a cargo del licenciado José Luis Domínguez Figuerido, colaborador del profesor Bergalli en la citada universidad catalana. La traducción es de José Domínguez, revisada con Roberto Bergalli.

## EL ESTATUTO CIENTÍFICO DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Y LA TUTELA WEBERIANA

Realino MARRA

SUMARIO: I. *El desarrollo de la sociología del derecho en España: paralelismos con el caso italiano.* II. *La sociología del derecho y la formación del jurista.* III. *Weber y la ratificación del dualismo entre dogmática jurídica y sociología del derecho.*

### I. EL DESARROLLO DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA: PARALELISMOS CON EL CASO ITALIANO

En *El derecho y sus realidades*<sup>1</sup> Roberto Bergalli ha recogido en un volumen las actas de las jornadas de estudio sobre la investigación y la enseñanza de la sociología del derecho celebradas en Barcelona en abril de 1988. En la “presentación” (p. XVII) del libro, Bergalli recuerda el doble objetivo de este encuentro: por una parte, rendir homenaje a la figura y a la obra de Renato Treves, el fundador de la sociología del derecho en Italia, y, por otra parte, profundizar el debate sobre la institucionalización de la disciplina en España.

Si se observa bien, se trata de objetivos estrechamente conectados entre sí. El homenaje a Treves es también un reconocimiento al venturoso éxito de una actividad de varios decenios de promoción de la sociología jurídica en Italia, y no disimula, por tanto, el auspicio de repetir la empresa con análoga fortuna en tierras españolas. Igualmente, si bien con cierta cautela (lo que ha sucedido una vez en un determinado país, en un período concreto de su historia, podría en efecto no suceder en un país y en un época diferente: “Un camino hacia la sociología del derecho”, p. 9), Treves no se sustrae a este empeño paradigmático de su esperanza intelectual; en su intervención de clausura del congreso (si bien por Bergalli de manera oportuna al comienzo del libro). Treves no sólo recorre, etapa por etapa, la lenta afirmación de la disciplina en Italia, sino que

<sup>1</sup> Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989.

también formula, aunque sea con discreción, sugerencias y exhortaciones sobre la dirección a seguir por los pioneros en España.

A este aspecto sobre todo un elemento, bien evidenciado en la *Presentación* de Bergalli, sugiere la existencia de algunas analogías entre la España de estos años y la Italia inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial, cuando se difunde entre nosotros el interés por la investigación sociológica. Me refiero a la veloz transformación de la sociedad española al final de la dictadura franquista, a la que ha correspondido un también rápido y profundo cambio institucional (“Presentación: por una sociología jurídica en España”, p. IX). El propio Treves recuerda en su intervención cómo la aceleración de los procesos económicos, institucionales y culturales tras la segunda guerra mundial había representado indudablemente un estímulo decisivo para la modernización de la cultura jurídica italiana, particularmente estableciendo las premisas para un estudio concreto, precisamente sociológico, de los fenómenos normativos (“Un camino hacia la sociología del derecho”, p. 14).

Y efectivamente, cuando la producción normativa se renueva radicalmente en los contenidos y en los procedimientos, deviene más evidente la insuficiencia de la cultura jurídica tradicional, sobre todo se descubre más fácilmente la naturaleza ideológica de los dogmas relativos a la unidad e integridad del ordenamiento, así como a la no existencia de contradicciones dentro del mismo; en definitiva, se revela siempre más urgente la necesidad de un jurista diferente, abierto y bien informado sobre la sociedad en la que opera, capaz de percibir los cambios acaecidos, y de reconstruir, sobre estas bases, las directrices normativas. En mi opinión, esta debería constituir la verdadera función del jurista en todo momento; en la realidad sucede que a las fases de grandes cambios les siguen después periodos de relativa estabilidad, que la producción normativa se desmienta, y con ello reaparece potentísima, la atracción de los juristas por el sistema. Los juristas tenderán ahora, si no son oportunamente contenidos, a retomar los ejercicios de siempre sobre los enunciados legislativos, a asumir las posiciones tradicionales de los “doctores de la ley” y los únicos en condiciones de tratar con un sujeto, el legislador, babilónico y convulso, y de hacerlo después visible a los profanos, a lo mejor recompuesto tras un contumaz tratamiento cosmético, pero sustancialmente lobotomizante, caracterizado por amputaciones y por costuras más o menos visibles.

## II. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Y LA FORMACIÓN DEL JURISTA

En definitiva, es necesario aprovechar al máximo los periodos de gran transformación, cuando es más aguda la crisis de la ideología iuspositivista tradicional, para insistir, con el auspicio de éxitos duraderos, en la petición de una diferente formación del jurista. El lúcido conocimiento de esta circunstancia anima, en mi opinión, la iniciativa editorial de Bergalli; y en relación con ello absolutamente comprensible que las preocupaciones del autor se concentran básicamente sobre el problema de la reforma de los planes de estudio en las facultades de derecho. La discusión sobre este punto se encuentra todavía abierta en España; pero de la exposición que hace Bergalli ("Presentación", pp. XIV-XVI) emerge claramente un cuadro de dificultades y resistencias. No obstante, sobre la base de todo lo dicho hasta ahora, se impone un cierto optimismo; la figura de un jurista capaz de dialogar con las ciencias sociales de las condiciones entre las cuales se desarrolla la creación y la aplicación de normas, es una necesidad que ha devenido apremiante por la radical renovación de la sociedad española.

Pasando a continuación de la vertiente a la científica, la lectura de las contribuciones recopiladas en el volumen legitima aún más una predilección favorable. Éstas evidencian no sólo el alto nivel de las investigaciones sociológico-jurídicas llevadas a cabo actualmente en España sino también —circunstancia posiblemente todavía más importante— una notable variedad en su interior, hasta el punto de poder presagiar para el inmediato futuro la concreta posibilidad de que aquellas llegarán a cubrir todas las áreas cultivadas tradicionalmente por la disciplina.<sup>2</sup>

De la primera parte del volumen ("Perspectivas teóricas") menciono el estudio de Manuel Atienza ("Sociología jurídica y ciencia de la legislación"), una reflexión de notable densidad sobre posibles contribuciones de la sociología del derecho a los estudios sobre la legislación, prefigurados analíticamente en base a las diversas ideas de racionalidad adoptadas normalmente en este sector de investigación (van en esta dirección los estudios sobre los destinatarios de la ley y sus expectativas, sobre los fines perseguidos por el legislador, sobre la

<sup>2</sup> En este sentido debe ser recordadas también la intensa actividad del Instituto de Sociología Jurídica de Oñati, promovida por su primer director científico André Jean Arnaud, con la colaboración de numerosos y cualificados estudiosos españoles. Un primer testimonio del gran relieve de esta iniciativa es la recopilación de las actas de la ceremonia inaugural del Instituto: A.J. Arnaud (ed), *Legal culture and everyday life*, Oñati, Instituto de Sociología Jurídica de Oñati, 1989.

coincidencia entre legislación y valores dominantes en ciertos sectores, etcétera); y el ensayo de María José Fariñas Dulce dedicado a la fundación de la sociología del derecho en Weber (“La consideración sociológica del derecho desde la perspectiva weberiana: una reflexión metodológica”). Este último artículo se distingue por el control seguro de las fuentes, incluidas las menos conocidas (la crítica de Weber a Stammler, por ejemplo, o el ensayo sobre Roscher y Knies, o incluso la intervención sobre la ponencia de Kantorowicz en el congreso de los sociólogos alemanes en Frankfurt en el año 1910), así como por la atenta consideración de la literatura secundaria sobre este momento fundamental de la reflexión weberiana. Deberemos retomar este tema.

Siguiendo en este rápido repaso, señalo después en la segunda parte de la recopilación (“Perspectivas empíricas”) el trabajo de Juan José Toharia (“Las juezes españolas: quienes y cómo son”) que analiza una de las modificaciones más características de la magistratura española en los últimos diez años, esto es, el fuerte aumento dentro de ella de la componente femenina; y en la tercera y última parte del libro (“Perspectivas teóricas en campos concretos”) las contribuciones de Roberto Bergalli (“El control penal en el marco de la sociología jurídica”) y de Emilio Lemo de Espinosa (“La enseñanza de la sociología de la desviación en España”), dedicadas respectivamente al estudio de los diversos niveles del sistema de control penal desde la perspectiva de la “nueva” criminología surgida de la crisis del paradigma etiológico, y a la situación (ciertamente no exultante) de la investigación y de la enseñanza criminológicas en España.

Las contribuciones de los autores extranjeros se revelan en sintonía con el espíritu y con los objetivos del volumen, suministrando en su conjunto una buena demostración del papel que la sociología jurídica puede desarrollar en un *curriculum* ideal para los estudios de derecho. En efecto, más allá de las diferencias entre las posturas y los argumentos de reflexión de los diversos autores, me parece que sobre todo un elemento da un sentido común a sus intervenciones; el hecho de que todos estos estudios se mueven concretamente en el interior de los fenómenos jurídicos, evidenciando en diversa medida una objetiva funcionalización respecto a un análisis unitario de estos. En particular, estos estudios parecen presuponer tácitamente un reparto de las tareas de la ciencia jurídica a la que asignan, en general, el objetivo de recompensar el contexto social y cultural dentro del cual se manifiestan los fenómenos normativos.

Pasando a un examen más concreto, algunos de estos análisis retoman y desarrollan temas ya tratados por los estudiosos españoles. Me refiero principal-

mente en este sentido el ensayo de Rüdiger Lautmann ("Mujeres y hombres en la sociología y el derecho: consecuencias para la formación de sociólogos y juristas"), que en una perspectiva teórica considera las consecuencias del aumento de la presencia femenina entre los operadores jurídicos, y en el cual se sigue una línea —oportunamente— de sociología del derecho (cuáles son los efectos del fenómeno para la cultura jurídica), y no genéricamente de sociología de las profesiones. Y también después a la intervención de Morris Ghezzi ("Teorías sociológicas de la desviación: una clarificación"), una útil reseña de las diversas líneas presentes dentro de las teorías criminológicas del etiquetamiento; y a la comunicación de Pedro Enrique Aguilar León ("Jueces y administración de justicia en Colombia"), dedicada al examen del complejo perfil, político y profesional, de los jueces colombianos, obviamente de gran interés tanto por los ribetes judiciales del problema de la producción y del tráfico de droga en aquel país, como por el reciente y trágico recuerdo de la masacre en el Palacio de Justicia de Bogotá en 1985.

Completan al volumen los estudios de Hubert Rottleuthner y Wolf Paul (respectivamente "Sociología de las ocupaciones jurídicas", y "Abogacía y cambio social"), ambos sobre las transformaciones de la profesión de abogado en Alemania; las intervenciones teóricas de Alessandro Baratta ("Desarrollos y modelos de sociología jurídica") y de Alberto Fabbrajo ("Sistemas sociológicos y teoría jurídica. Algunos dilemas de una sociología del derecho 'crítica'"), el primero sobre los diversos modos, desde Ehrlich a Luhmann, a través de los cuales ha sido delineado históricamente el estatuto científico de la sociología del derecho, y el segundo sobre el papel que la sociología del derecho puede asumir como momento de comunicación entre el mundo de las normas y el de los hechos, entre derecho y sociedad, y sobre la posible contribución del enfoque sistemático a tal configuración de la disciplina; y, finalmente, el ensayo de Giorgio Rebuffa ("La crisis de los modelos descriptivos del derecho público") dirigido a demostrar la escasa fiabilidad de las categorías dogmáticas de la ciencia jurídica del derecho público para comprender los caracteres reales del Estado moderno.

### III. WEBER Y LA RATIFICACIÓN DEL DUALISMO ENTRE DOGMÁTICA JURÍDICA Y SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Sobre un solo punto disiento de las orientaciones de fondo expresados en la recopilación. Sustancialmente es el que sigue: la reiterada mención a Weber en el curso del volumen con la preocupación, excesiva a mi juicio, de atribuir

estudios y reflexiones recientes en el campo de la sociología del derecho a la orientación metodológica de este autor. Nadie —evidentemente, yo tampoco— negará la contribución de Weber al pensamiento sociológico-jurídico; ésta es sin duda alguna importantísima, quizás todavía más importante de lo que se piensa normalmente.<sup>3</sup> Pero ello no debe impedir, pienso, una aproximación algo más audaz, menos deferente al pensamiento de este autor y, en particular, que se valoren objetivamente y a fondo el alcance y las consecuencias de la reflexión weberiana sobre el punto específico que interesa en este momento; es decir, el estatuto epistemológico de la sociología del derecho.

Es señalada la perspectiva del autor a este respecto. Para Weber “derecho”, “ordenamiento jurídico”, “norma jurídica” pueden ser considerados desde dos puntos de vista muy diferentes, y sobre todo *separados* entre sí, según sean colocados sobre el plano de la validez *ideal* (del deber ser *ideal*), o bien sobre el de la validez *empírica*, del devenir real. El primero es el propio de la dogmática que reconstruye exclusivamente el sentido correcto de las normas, de manera que sea posible reconducirlas a un sistema lógicamente exento de contradicciones; el otro es el propio, por contra, de la sociología del derecho, que se ocupa de los comportamientos reales y de sus relativas motivaciones; en concreto, del condicionamiento sobre el actuar ejercitado concretamente por el derecho.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Como consecuencia, en mi opinión, de la consideración de *Wirtschaft und Gesellschaft* como el *opus magnum* weberiano y, por tanto, de haberse concentrado la atención en la *soziologie*, con el parcial desconocimiento de las obras genuinamente sociológicas-jurídicas, como las investigaciones sobre las estructuras agrarias prusianas y sobre la bolsa (*Die Lage der Landerbeiter im etablischan Deutschland*, Berlín, Duncker and Humblot, 1892, también en Weber, Max, *Gesamtausgabe*, I, 3, colección de M. Riesebrecht, Tübingen, Mohr, 1984; “Die Ergebnisse der deutschen Bursenenquete”, en *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, XLIII, 1985, pp. 83-219, 457-514, 1896, pp. 29-74, XLV, 1986, pp. 69-156), y de historia del derecho (principalmente los escritores de habilitación para la decadenia universitaria: “Geschichte der Handelsgesellschaften” in *Mittelalter*, Stuttgart, Enke, 1889; “Die römische Agraegeschichte” in *ihre Bedeutung für das Staats- und privatecht*, Stuttgart, Enke, 1891, también en Weber, Max, *Gesamtausgabe*, I, 2, colección de J. Deininger, Tübingen, Mohr, 1986). Pienso que la publicación de la *Gesamtausgabe* weberiana está destinada a modificar profundamente esta situación.

<sup>4</sup> Cfr. en este sentido Weber, M. *Roscher und Knies die legischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, 1903-1906, en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1922, Tübingen, Mohr, 1986, pp. 86-88; *Roscher e Knies e i problemi legici della scuola storica dall'economia*, en *Saggi sulla dottrina de la scienza*, a cargo de Roversi, A., Bari, De Donata, 1980, pp. 82-94; *Id.*, “R. Stammers “Ueberwindung der materialistischsauffassung”, en *Gesammelte Aufsätze zur wissenschaftslehre*, cit., 1907, pp. 345-348; *Id.*, “Weber einige Kategorien der verstehenden

¿Están dispuestos realmente los autores de *El derecho y sus realidades* a aceptar esta indicación? A mi me parece que no, y en realidad ya he señalado la favorable impresión suscitada por la decidida petición, por una estable integración de la sociología jurídica en el *interior* de los discursos científicos sobre el derecho. A pesar de ello Bergalli en su presentación, después de haber recordado expresamente la etiqueta de “solución separatista” atribuida a la propuesta metodológica weberiana a señalarla aun más como la más idónea para los objetivos que la disciplina debe perseguir en la sociedad moderna (“Presentación”, p. II). Y aún Baratta (“Desarrollados y modelos...”, cit., p. 29) habla de ella como de una “solución equilibrada”, en particular respecto de la frontal contraposición entre la doctrina pura del derecho (Kelsen) y aquella de la sociología jurídica según la cual ésta sería la única y verdadera ciencia del derecho (Ehrlich). También Dulce insiste sobre este aspecto: el “gran mérito” de Weber es haber garantizado, con su dualismo metodológico, el estatuto de ciencia tanto para la dogmática jurídica como para la sociología del derecho y, por otra parte, el haber distinguido rigurosamente sus respectivos ámbitos de aplicación, así como el evitar disputas sobre la primacía científica de una o de la otra (“La consideración sociológica del derecho desde la perspectiva weberiana”, p. 115).

Advierto, en suma, una contradicción de fondo entre los objetivos declarados del volumen, obtener reconocimiento de la sociología del derecho como parte integrante de la ciencia jurídica, y este acuerdo con las directrices metodológicas weberianas. Se podría no hablar de esta contradicción (es notorio el significado frecuentemente ornamental de la mención a los clásicos), tratándose además de la única debilidad, desde mi perspectiva, de una iniciativa por lo demás muy válida. Sólo que ella viene a incidir de manera muy cercana en una dificultad todavía no resuelta de la fundamentación metodológica de la sociología del derecho, y precisamente provocada por la excesiva aquiescencia de los estudiosos de esta disciplina en relación a las soluciones “dualistas”, “equilibradas”, especialmente cuando estas parecen permitir una tranquila legitimación científica para la misma.

Soziologie”, en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit., 1913, pp. 439-440; “Alcune categorie della sociologia comprendente”, en *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cargo de Pietro Rassinì, Torino, Einaudi, 1982, p. 257; *Id.*, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, a cargo de J. Wnckelman, Tübingen, Mohr, 1985, p. 181; *Economia e società*, a cargo de Pietro Rossi, Milano, Comunità, 1981, II, pp. 3-4.

La historia del dualismo entre dogmática jurídica y sociología del derecho constituye la singular viscosidad de dos disciplinas que en realidad se temen recíprocamente (tal como se demuestra por la manera en que se inflaman los conflictos, sobre todo con la polémica de Ehrlich-Kelsen, cuando una de las dos pretende para sí la exclusiva de la científicidad) y que en general han decidido de manera tácita soportarse, si bien ignorándose totalmente. Por aquí el derecho, por otra parte los hechos; normas o comportamientos, validez o eficacia. Se trata de una orientación resistente dentro de la cultura jurídica, y de la cual Weber representa, por tanto, sólo una etapa; ella se remonta a la distinción realizada por Gerber entre consideración (*Betraachtung*) natural y consideración jurídica del Estado,<sup>5</sup> y a las análogas divisiones de Jellinek;<sup>6</sup> en tiempos más recientes emerge nuevamente con las reflexiones de Hart sobre el punto de vista “interno” y “externo” en el estudio del derecho.<sup>7</sup>

Ahora bien, el problema planteado por tales perspectivas es principalmente el de una identificación unívoca y no contradictoria del objeto examinado. Las objeciones al respecto de Kelsen son, *desde su punto de vista*, perfectamente comprensibles. El oponente a Jellinek la circunstancia por la cual, una vez calificado el derecho como conjunto de normas, no se puede pensar después que el mismo objeto revele características tales que permitan que éste venga estudiando *también* desde otro, y completamente diverso, punto de vista (el de la doctrina social del estado).<sup>8</sup> Si por contra, como en el caso de Weber, se aceptan hasta el final las consecuencias de una separación radical entre deber ser y ser, es necesario poner en evidencia hasta las últimas consecuencias, también en las opciones terminológicas, que ciencia jurídica y sociológica se ocupan de objetos totalmente diferentes entre sí. No obstante, si a pesar de ello Weber continúa sirviéndose de expresiones como “Estado” u “ordenamiento

<sup>5</sup> Von Gerber, C.F., *Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1862, pp. 1-2, 217-219.

<sup>6</sup> Cfr. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechten*, Tübingen, Mohr, 1905, pp. 12-20.

<sup>7</sup> Cfr. los explícitos renacimientos de Weber en *Roscher und Knies*, *op. cit. supra* nota 5, p. 87, nota 1; *Roscher e Knies*, *op. cit.*, *supra* nota 5, pp. 82-83, nota 40, así como Id., “Gedenkrede auf Georg Jellinek bei der Hochzeit dessen tochter Frau Dr. Bush am 21.3.1911”, en König, R. y Winchelman J. (ed.), *Max Weber zum Gedächtnis. Materialien und Dokumente zur Bewertung Von Werk und Persönlichkeit*, Köln-Pladen, Westdeutscher Verlag, 1963, p. 15.

<sup>8</sup> Cfr. Hart, H.L.A., *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 86-88; ver también Id. “Scandinavian Realism”, 1959, incluido en *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 165-167.

jurídico” no es, como supuestamente querría hacer entender, simplemente por la mayor precisión de éstas últimas, sino por el hecho de que en Kelsen una sociología aplicada —en realidad: una sociología de los comportamientos *determinados* por el derecho— no puede dejar de reconocer, cada vez que se refiere a él, la naturaleza específica, sólo y exclusivamente jurídica, de aquella entidad particular.<sup>9</sup> De esta manera, Kelsen desarrolla naturalmente al máximo los postulados del razonamiento dualista, y hace efectivamente absoluta la separación. El derecho pertenece integralmente al mundo del deber ser, y por ello sólo la ciencia normativa —la doctrina pura— es adecuada para el mismo.

Por tanto, o se razona como Kelsen, se piensa que el momento normativo constituye la esencia específica y exclusiva del derecho, y entonces a la sociología del derecho no le queda más que ocuparse, *de lo posterior*, de las consecuencias reales de la juricidad: de los comportamientos determinados por el derecho como fenómeno social complejo, en el cual el elemento normativo, con todo especial, no resulta escindible de los factores externos que lo conducen a que constituyen el marco o el objetivo de su obrar; y entonces la unidad del objeto se reconstruye desde la perspectiva de una *ciencia social de los fenómenos normativos*. En tal caso no se puede pensar en una realidad de dos caras, que pueda, por tanto, ser examinada bien por una ciencia “normativa” bien por una ciencia social, sin que estas disciplinas entren en contacto entre sí (la idea de Jellinek), ni mucho menos que el diverso punto de observación sirva de por sí para duplicar la entidad examinada (Weber, o también Hart: normas o comportamientos, validez o eficacia).

Los comportamientos, las grandes divisiones, los puntos de vista que multiplican a placer, aislándolos recíprocamente, los discursos sobre el derecho, exclusivamente según las necesidades de legitimación científica de disciplinas particulares, no favorecen a la ciencia del derecho. Ni siquiera favorecen a la denominada dogmática jurídica, que desde la convicción metafísica de moverse en una dimensión enteramente particular, separada totalmente del devenir real, es inducida a perpetuar la certeza de que su papel consiste efectivamente en hacer visible (Windsheid) o completa (Jhering) la unidad y la coherencia del sistema. Y podría suceder que, en la distancia de casi noventa años desde la

<sup>9</sup> Cfr. principalmente Kelsen, H., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübing, Mohr, 1922, pp. 114-140.

corrosiva crítica de Kantorowicz<sup>10</sup> dirigida a una ciencia que se autodefine dogmática a imitación de los saberes teológicos, esta grotesca etiqueta sobreviva todavía. Y esto va unido, también, con la contribución de Weber, que precisamente contra Kantorowicz y el derecho libre,<sup>11</sup> se ha preocupado de reafirmar, con modestas oscilaciones entre Windscheid y el primer Jhering, los postulados de la ideología jurídica tradicional tal como los fijó la pandectística: la idea de un sentido lógicamente correcto contenido en la norma, el carácter técnico-formal de la intervención dogmática, la construcción de un sistema privado de contradicciones como prestación característica de la ciencia jurídica.

Se trata de posiciones insostenibles ante una producción normativa ramificada y compleja como la moderna. Y en efecto ningún buen jurista se comporta hoy como “dogmático”, más bien como intérprete, como un observador que no (se) oculta las incoherencias y las contradicciones del discurso legislativo, que tiene las características de la cultura jurídica en la que opera, que conoce el funcionamiento concreto de las instituciones, que tiene en cuenta las orientaciones jurisprudenciales, y que finalmente, por tanto, no pretenda emitir veredictos ciertos sobre cómo el derecho regula un determinado tipo legal, sino más bien predicciones sensatas sobre las decisiones más probables de los jueces y otros operadores jurídicos.

Estas distinciones son todavía menos ventajosas para la sociología del derecho. Estudiar el derecho desde el punto de vista de las motivaciones del actuar no es, precisamente, estudiar el derecho, sino algo diferente: legitima la ideología de la autonomía de la dogmática, y con esto acepta implícitamente la idea de que el estudio del contexto social dentro del cual se manifiestan la producción y la aplicación de normas no individualiza ningún elemento verdaderamente esencial para la comprensión del mismo. “Externo” equivale, en suma, a “fuera del derecho”, y con tales aumento-res-

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 156-170, así como Kelsen, H. *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, pp. 19-21, 383-384; Id. *General Theory of law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, pp. 175-178. Sobre la crítica Kelseniana a Weber cfr. principalmente Bobbio, N., *Max Weber e Hans Kelsen*, en *Sociología del Derecho*, VIII-I, 1981, p. 135-154; (existe versión en español en Correas, O., (copilador) *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1990; Carrino, A. “Max Weber e la sociología del diritto nella critica di Kelsen”, en *Sociología del Derecho*, XIV-3, 1987, pp. 17-32.

<sup>11</sup> Véase principalmente Weber, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., pp. 503-513; *Economía e sociedad*, III, pp. 186-201; e Id., “Diskussionsbeiträge zu dem Vortrag von H. Kantorowicz, Roschtswissenschaft und Soziologie”, en *Deutsche Gessellschaft für Soziologie* (ed), *Verhandlungen des Ersten Deutschen soziologentages*, Tübingen, Mohr, 1911, pp. 312-313, 320, 323-330, 333.

tricciones me parece todavía más difícil el objetivo de una institucionalización dentro de la ciencia jurídica.

La configuración de ésta, de la ciencia del derecho, es precisamente el problema. Es evidente que en el discurso sobre dogmática (sería mejor hablar de interpretación doctrinal) y sociología del derecho conservar la expresión unitaria quiere subrayar sobre todo dos aspectos: a) que el objeto examinado no cambia con cada puesta en escena operada por el observador, b) y que los diferentes resultados obtenidos de tal manera no pueden ignorarse recíprocamente, sino que deben tendencialmente mantener entre sí un alto nivel de comunicación y de integración. Dicho esto, es lógico que dentro de esta empresa común, denominada unitariamente justamente para subrayar el aspecto de una colaboración necesaria, se realice una racional división del trabajo, y no sólo entre la interpretación doctrinal y la sociología jurídica, sino también con la historia del derecho, la teoría general, la antropología jurídica. Desde el punto de vista de esta subdivisión de tareas el plural, "ciencias" del derecho, aparece, en suma como más apropiado. Pero preciso: varían los singulares aspectos concretamente examinados, varían las distancias de observación, la amplitud de los objetivos cognoscitivos, pero no varían el ser "jurídico" de todas estas disciplinas, esto es el hecho de que el análisis está dirigido de manera común hacia un mismo objeto, el derecho, tomado en sus diferentes articulaciones y en los diversos momentos de su operar.

## MÁS SOBRE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. (UN AGRADECIMIENTO Y UNA RESPUESTA A REALINO MARRA)

Roberto BERGALLI<sup>1</sup>

En el primer fascículo de los *Materiali per una storia della cultura giuridica*, correspondiente a 1991 (o sea el vol. XXI, núm. 1, junio), aparece una nota firmada por Realino Marra actualmente investigador en sociología del derecho en la facultad de jurisprudencia (Università degli Studi) de Génova bajo el título de “Lo statuto scientifico della sociologia del diritto e la tutela weberiana”. Su contenido ha querido ser, básicamente, una reseña del volumen núm. 5 de la colección “Sociedad-estado” que, bajo el título *El derecho y sus realidades. (Investigación y enseñanza de la sociología jurídica)*, coordinado por mí y editado en homenaje al profesor emérito Renato Treves, publicará PPU de Barcelona en 1989; el libro —reseñado en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. VI-1989, pp. 543-545 por Encarna Bodoleón— ofrecía las ponencias y comunicaciones que habían sido presentadas en las “jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica”, celebradas en el ámbito de la Universidad de Barcelona en el mes de abril de 1988, con el doble objeto de rendir un homenaje al profesor Treves y tratar de abrir una discusión acerca de la institucionalización académica de la sociología jurídica en España.

La diversa procedencia cultural de los ponentes y comunicantes a esas jornadas, como la variedad de sus aportes que discurrieron tanto en el campo teórico cuanto en el empírico de la sociología jurídica, otorgaron al evento celebrado y, por tanto, al libro publicado, la capacidad de brindar un panorama sobre el “estado de la cuestión” que me parece quedó bien resumido en el subtítulo del volumen. Si bien la reseña de Marra es absolutamente válida, por lo cual me remito a las apreciaciones allí vertidas para que los lectores puedan contar con una precisa reseña sobre el libro, ella me convoca a escribir estas líneas por dos razones de diferente índole: una, emotiva y otra, científico-epistemológica. La primera se vincula con su antigua amistad, aunada con Marra en tierras neerlandesas y continuada en ámbitos italianos, afianzada por

<sup>1</sup> Universidad de Barcelona.

la admiración que me ha provocado su intenso trabajo de investigación sobre autores y campos —a los cuales aludiré más adelante— fundamentales para el conocimiento socio-jurídico. La segunda de esas razones hace pie en las reflexiones que Marra ha invertido en la nota publicada en los *Materiali* que van mucho más allá del comentario a los contenidos del volumen por mí coordinado y que constituye —según mi opinión— unas ideas absolutamente originales, hasta el punto que llegan a poner en cuestión eso que él denomina con mucha propiedad *la tutela weberiana* de la sociología del derecho. Todo lo dicho, entonces, justifican un agradecimiento y una tentativa de respuesta a Marra.

1) La razón de índole emotiva a que aludo debe todavía ser ampliada, en lo que atañe a la admiración que ha manifestado por el trabajo de Marra. En efecto, desde que Marra comenzó su labor de investigación ha demostrado poseer un verdadero *proyecto*. Pero, ¿qué significa poseer un verdadero *proyecto* cuando se habla de sociología jurídica y en lo que se refiere a la comprensión en las “funciones” que se han pretendido atribuir al derecho en las sociedades contemporáneas, habida cuenta de que todo enfoque metanormativo (como corresponde a la perspectiva disciplinaria) ha de ser estrechamente vinculado con el conocimiento de los intereses sociales que impulsen la creación y aplicación de los ordenamientos jurídicos con un concreto sentido u orientación? Pues el *proyecto* del que hablo y que, por supuesto, es de mi exclusiva responsabilidad atribuírselo a Marra —para lo cual me apoyo en haber seguido su producción científica en los últimos años—, consiste en intentar desentrañar los fundamentos ideológicos de la más actual cultura jurídica dominante en Europa. Advierto que una afirmación de este tipo es absolutamente aventurada, tanto por la posibilidad de disentir con los propios deseos e intenciones de Marra cuanto por el riesgo que supone atribuir un objetivo que pueda considerarse desmesuradamente vasto. No obstante este peligro, insisto en adjudicar semejante *proyecto* que, según mi opinión, subyace en la obra de Marra y que, como lo entiendo, está muy agudamente orientado a poner al descubierto la substancia funcionalista de esa cultura jurídica, lo que se comprueba con la selección de autores y obras hecha por Marra en su labor de investigación. Para ello mencionaré las “etapas” en que veo se va dividiendo su trabajo, con el cual ya ha alcanzado logros muy concretos y significativos. Antes de nada quiero decir que el *proyecto* en cuestión supuso algo que me parece fundamental, cuando se trata de buscar las raíces de un sistema, de un modelo o de una ideología jurídica, pues es tan habitual encontrar teorías o firmes propuestas de principios que sólo se apoyan en el análisis puntual de los fenómenos observa-

dos que, cuando uno se encuentra con una manifiesta tentativa de descubrir los orígenes de un tipo de pensamiento jurídico como el que fundó el funcionalismo, no puede menos que aplaudir la investigación sobre los fundadores de semejante sistema de pensamiento. Aludo a la coherencia que revela el trabajo de Marra entre el “hallazgo” de ciertos temas que son ejes centrales en la obra de aquellos autores-fundadores del funcionalismo jurídico y la construcción de ciertas teorías contemporáneas en el campo de la dogmática del derecho. Este aspecto califica por sí solo y positivamente el mencionado proyecto de Marra.

1) En una primera etapa Marra hizo una revisión de la obra de Emile Durkheim. Esa revisión ha quedado plasmada en dos volúmenes: el primero de ellos —*Il diritto in Durkheim (sensibilità e riflessione nella produzione normativa)*, Nápoli, ESI, 1986— recoge elaboraciones parciales sobre la obra durkheimiana (alguna de ellas había publicado antes aisladamente) que, en su conjunto, analiza la gran reflexión de Durkheim sobre el derecho, siguiendo las distinciones que este autor propuso en *De la división du travail social* o sea, entre derecho represivo y derecho restitutivo y entre este último derecho basado sobre la solidaridad negativa o sobre la solidaridad positiva. Este esquema conceptual que ha servido a la divulgación de los fundamentos funcionalistas del derecho sirvió a Marra para puntualizar una interesante crítica a tal satisfacción lo cual, a su vez, le permitió extenderse hacia otros aspectos. Pero, lo más sobresaliente del trabajo de Marra radica en haber destacado las grandes contribuciones de Durkheim en tema de pena (derecho penal), de propiedad (derecho de propiedad) y de contrato (derecho civil) las cuales, en definitiva, han contribuido a la consolidación de la sociología occidental del siglo XX sobre el modelo de la economía capitalista de concentración, y sobre el cual ahora se pretende construir la “nueva” sociedad en el este europeo, aunque la primera no constituye ningún modelo definitivamente positivo.

El segundo de los volúmenes de Marra que deseo mencionar es el que lleva por título *Suicidio, diritto e anomia (immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale)*, Quaderni “Dei Delitti e delle Pene” 2, Napoli, ESI, 1987. En él se formula un lúcido ensayo sobre los elementos religiosos y morales que han influido en la conceptualización de la muerte voluntaria a través de los siglos y desde la civilización griega. Pero la obra se concentra en la discusión de las tesis Durkheim en torno de que la representación de la muerte voluntaria no puede considerarse una fase acabada en la historia del derecho penal. Con esta discusión, que pone en juego la validez de tales tesis, Marra extrae la conclusión de que Durkheim habría evitado circunstancialmente de extraer todas

las consecuencias involucradas en la asunción general de la directa relación entre defensa de la dignidad de la persona y la intensidad de la represión de suicidio. Este punto sirve para un cuestionamiento global sobre el fundamento de validez de las obligaciones morales y jurídicas que, según Durkheim, sólo puede constituirse sobre fuertes valores morales. Desde esta perspectiva. A través de la reconstrucción histórica de las relaciones entre represivo y calificación del suicidio en las cuales han influido tanto elementos religiosos como rituales, Marra pone en cuestión la posibilidad de explicar la fundación y los caracteres de un derecho penal moderno que parece mucho más influido, en razón de la dignidad de la persona humana, por la naturaleza de la idea de moral moderna.

2) La segunda etapa en el proyecto de Marra que me estoy permitiendo distinguir, consiste en la labor de recuperación y reconstrucción de la obra de Max Weber, con fines específicos. Ya se conoce la producción de estudios sobre este autor y, sobre todo, los que en tiempos últimos han procurado resaltar su contribución en la construcción de las denominadas democracias de masas. En Italia, y particularmente en Génova, se han hecho esfuerzos notables en este sentido; recientemente, G. Rebuffa —por citar a un conspicuo representante de la tradición que G. Tarello iniciara en la capital de Liguria— ha difundido dos trabajos muy vinculados a ese aspecto de la obra de Weber —*Max Weber e la scienza del diritto*, Torino, 1989 y *Nel crepuscolo della democrazia (Max Weber tra sociologia del diritto e sociologia dell Stato)*, Bologna 1991— con los cuales se confirma la orientación de aquellos esfuerzos, aunque otros estudios italianos y ligures han profundizado el pensamiento de Weber. Sin embargo, me parece que la tentativa de Marra es de una amplitud diferente y, por tanto, la veo adscrita al mismo objetivo del proyecto que me he permitido atribuir a su labor científica. Es evidente que Weber, junto con su alumno Talcott Parsons han seguido la huella trazada por Emile Durkheim, por lo que los tres son considerados pilares del funcionalismo jurídico. De este modo, que Marra haya dedicado la segunda parte de su trabajo de investigación a la obra weberiana no es únicamente una coincidencia con el interés general despertado por ella en Italia y, particularmente en Génova, sino que supone un paso más en su tentativa de poner al descubierto los orígenes de una ideología jurídica concreta. No de otra manera deben interpretarse los tres importantes estudios que Marra ha dedicado al pensamiento de Weber, uno que particularmente atiende a un aspecto de fundamental importancia para descubrir sus raíces, como es “*Gli studi giuridici nella formazione di Max Weber (Heidelberg 1881-Berlín 1892)*” en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIX-2,

diciembre 1989, pp. 355-404, otro, que atiende a las fuentes que Weber analizó para escribir su primer libro en el que se analizan las condiciones económicas que consintieron el nacimiento del capitalismo racional de empresa, cual es “Alle origini del capitalismo moderno. Max Weber e la (Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter”, también en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, junio 1991, XXI-1, pp. 159-211; y, el tercero, que se explaya sobre la decisiva profundización de los intereses que sobre la economía manifestaba un jurista como Weber cuando llevó a cabo la investigación encargada por la *Verein Für Sozialpolitik* (la organización de los reformadores sociales, inspirada por Schmoller y Wagner, conocidos como los “socialistas de cátedra”) sobre los trabajadores agrícolas de las orientales provincias alemanas: “Aspetti giuridici e politici degli studi di Weber; problemi agrari della Germania ad est dell’Elba”, igualmente en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, diciembre 1991, XXI-2, pp. 425-440. Estos tres ensayos, como se encuadran en una investigación financiada por el CNR de Italia, deben considerarse sólidamente vinculados entre sí. Pero, también Marra supo proceder estos trabajos con un interesante estudio sobre el carácter pluridimensional del pensamiento jurídico de Weber, o sea relativo a la vinculación sistemática con otros momentos de su investigación sobre la acción social, particularmente con la sociología del poder y con la sociología de la religión. Esto ocurrió con motivo de un comentario que Marra publicó sobre la colección de ensayos aparecida con el título de *Zur Rechtssoziologie Max Weber: Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung*, opalden, Westdeutscher Verlag 1984 (Marra, V. R., “Diritto moderno e processi de razionalizzazione: affinità elettive e differenze nell’analisi di Weber”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, diciembre 1988, XVII-2, pp. 515-525.

Tal como lo vengo señalando y aún desconociendo si Marra continuará su investigación sobre Max Weber, supongo que su futuro trabajo atenderá a la obra de los seguidores de los “padres” del funcionalismo jurídico y puesto que en esa línea pueden considerarse diferentes autores, es posible que la labor se oriente hacia Talcott Parsons, Hans Bredemeier, William C. Evan, Lawrence M. Friedman o Niklas Luhmann. De esta forma, aunque esa suposición se extiende a un área de sociólogos, más que de juristas, su *proyecto* adquirirá ya unas proporciones que desbordarían la reconstrucción histórica para introducirse en las expresiones contemporáneas del funcionamiento estructural y en las propias manifestaciones que en la teoría de los sistemas están teniendo en el pensamiento jurídico.

II) La razón de carácter científico-epistemológico que, a su vez me ha impulsado a escribir estas líneas, se relaciona con el punto 3 de la nota firmada por Realino Marra en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, junio 1991, XXI.1. Con el sub-título “Weber e la riconferma del dualismo tra dogmatica giuridica e sociologia del diritto”, Marra desarrolla una sólida argumentación mediante la cual se cuestionan las orientaciones de fondo que expresaría una buena parte de las contribuciones recogidas en volumen *El derecho y sus realidades*, por mi coordinado. Aún más, esas orientaciones aparecerían ya señaladas en la misma presentación “por una sociología jurídica en España”, que yo hiciera al libro. En consecuencia, me siento obligado a intentar una respuesta al cuestionamiento formulado por Marra aunque, desde ya, presiento que será difícil articularla puesto que la argumentación formulada por él no sólo es sólida, sino también correcta y veraz. No obstante, procuraré dar unas explicaciones con las que quizá se disipen las dudas expresadas por Marra acerca de la contradicción de fondo entre el objetivo declarado que él advierte en el volumen —obtener el reconocimiento de la sociología del derecho como parte integrante de la ciencia jurídica— y un supuesto acuerdo manifestado por mi y otros colaboradores, con las directivas metodológicas de Weber respecto de las soluciones “dualistas” en la fundamentación de la sociología del derecho.

Es oportuno adelantar que la contradicción apuntada por Marra parte de un punto de vista que da por definitiva la adopción por el suscrito (y por otros colaboradores en el volumen) de la así llamada “solución separatista”, en el sentido que tradicionalmente se le ha adjudicado a este tipo de enfoque sobre las relaciones entre dogmática jurídica y sociología del derecho. Es verdad que semejante observación se apoya en alguna expresión por mi manifestada en la “Presentación” del volumen (v. p. III y ss.) cuando, al pretender reseñar en una síntesis la constante tensión que se ha experimentado en los estudios jurídicos, entre las dos grandes soluciones propuestas en el terreno de las relaciones entre saber jurídico y saber sociológico —recogiendo en parte lo que Alberto Febbrajo (1978) ya había expuesto con suma claridad hace años— señalé a Max Weber “como el más válido creador de la metodología adecuada a una sociología jurídica idónea para comprender el papel que el derecho y los ordenamientos jurídicos deben cumplir en la sociedad contemporánea, dentro de la racionalidad burocrática”. Sin embargo, más recientemente, creo haber hecho algunas otras reflexiones respecto a la contraposición entre el propio enfoque de Weber, como diferenciador entre la dogmática jurídica y la sociología del derecho aunque aglutinando los puntos de vista del jurista cuanto

los del sociólogo a partir de la identificación del poder, de la costumbre y de la economía que él hizo en su teoría sobre el derecho, y la de aquellos otros quienes, siguiendo a Kelsen, sólo se concentran en el análisis concreto de las normas positivas, de sus estructuras internas, de los elementos que configuren éstas, de las relaciones que vinculan a tales normas con otras (lo que se denomina el “sistema”) de lo que entienden por un ordenamiento jurídico vigente, etcétera.

Por otra parte, conviene también agregar que la posición de Weber, en cuanto opta por una solución separatista entre dogmática jurídica y sociología del derecho, no se corresponde homogéneamente con el tipo de “dualismo” que sostienen quienes son partidarios de la propuesta kelseniana. En este sentido, permítame Marra que recuerde aquí la tesis que su querido colega del Instituto di Filosofia e Sociologia del Diritto de Genova y su “casi” maestro Giorgio Rebuffa ha sostenido (v. 1989) respecto a la tentativa weberiana para resolver la constante tensión entre los dos grandes soluciones propuestas, tesis de la cual yo mismo me he valido en esa “Presentación” del volumen reseñado por Marra según Rebuffa, un análisis sociológico de los ordenamientos jurídicos modernos, debe entenderse como un estudio de los sistemas jurídicos no sólo en sus mecanismos de funcionamiento interno (normativo e institucional). Sino también respecto de la función que éstos absuelvan para el mantenimiento del orden social. De tal modo, es efectivamente cierto que la sociología jurídica se ocupa de comprender y explicar cómo y porqué los sistemas jurídicos satisfacen otras funciones más allá de la declarada de “regular los comportamientos”. Descubrir las funciones, latentes y manifiesta, que satisfacen los sistemas jurídicos complejos es una tarea que obliga a combinar el conocimiento de los intereses sociales que impulsan la creación y la aplicación del derecho según determinadas orientaciones con el estudio de los elementos y las categorías que componen las normas. Por lo tanto, es presumible poder poner al descubierto ciertas funciones latentes —que reflejan con mucha fuerza la ideología que subyace a un determinado sistema— si se le atribuye a la sociología del derecho, junto a la tarea de analizar los comportamientos determinados por las normas jurídicas, también la de estudiar la incidencia que aquel tipo de intereses sociales tienen sobre esos elementos y categorías que configuran las normas. Realizando este tipo de trabajo científico se produce una convergencia de la sociología del derecho sobre el objeto de conocimiento de la dogmática jurídica: las normas y, posiblemente también, se podría corregir la separación radical entre *deber ser* y *ser* que, como bien dice Marra, es el aspecto que en

la metodología weberiana provoca que la ciencia jurídica y sociología del derecho se ocupan de objetos absolutamente diferentes entre sí.

Es entonces en el sentido indicado al último que corresponde discutir si es correcto insistir o no con la metodología weberiana para sostener la pertinencia de la sociología jurídica como disciplina jurídica, punto éste que sirve a Marra para señalar la contradicción de fondo entre el objetivo que él ha percibido como declarado por el volumen *El derecho y sus realidades* y dicha metodología.

No se equivoca Marra cuando al señalar esa contradicción de fondo destaca que con ella se toca muy de cerca un nudo todavía no resuelto de la función metodológica de la sociología del derecho. Este nudo estaría configurado por las diferencias de objeto de conocimiento que separa a la dogmática jurídica de la sociología del derecho, siempre que ésta no se ocupara de las "normas" sino sólo de los comportamientos que aquéllas determinan. Pero, dicho nudo se resolvería si el derecho es considerado como fenómeno social complejo dentro del cual el elemento normativo, aunque esencial, no puede escindirse de los factores externos que lo producen o que constituyen el marco o el objetivo de su actuación. De este modo la unidad del objeto de conocimiento se reconstruiría en la perspectiva que Marra proporciona de una *ciencia social de los fenómenos normativos*, ciencia que no podría ocuparse de una realidad de dos caras que, por tanto, debería ser estudiada bien por una ciencia "normativa", bien por otra social sin que el diverso punto de observación valga por sí para duplicar la entidad tomada bajo examen, provocando lo que Weber o también, más recientemente Hart, distinguan: normas o comportamientos, validez o eficacia. Las conclusiones a las que llega Marra son absolutamente legítimas para el estado de la cuestión, acerca de la configuración de la ciencia del derecho actual.

Por todo eso es que pienso que el cuestionamiento que ha formulado Marra en su recensión de *El derecho y sus realidades* es totalmente aceptable. Pero, lo que está por verse aún es, si en el estado del debate sobre la configuración de la ciencia del derecho actual es posible plantear una ciencia social de los fenómenos normativos, tal como Marra la propone, y aquélla, por la vía de combinar el conocimiento de intereses sociales que impulsen la creación y aplicación del derecho con el estudio de los elementos y categorías normativos no salvaría la diferencia de objetos que separan a la dogmática de la sociología jurídica.

Otro aspecto del cuestionamiento de Marra que, sin embargo, él no ha revelado es el de saber si la contradicción que él ha señalado entre objetivo del

volumen reseñado y metodología weberiana de la sociología jurídica es un tema que afecte o no a la institucionalización de la disciplina, sobre todo en España donde se sigue ignorando la necesidad de su enseñanza tanto a estudiantes de derecho como de ciencias sociales. Este aspecto pienso que puede haber quedado mucho más claro en mi recordada presentación “por una sociología jurídica para España” al volumen *El derecho y sus realidades*. De todos modos, remitiéndome a cuanto dije en esa sede quiero insistir aquí para decir que la situación no parece haber cambiado mucho desde entonces. En estos momentos, en trance de dar forma ya definitiva a los planes de estudio para las licenciaturas de derecho, por una parte, y de ciencias sociales (sociología) por la otra, en muy contados casos ha aparecido la propuesta de incluir la *sociología jurídica*, como materia específica. De cualquier manera, allí donde se ha hecho la propuesta de incluir ésta en tales planes, siempre lo es con carácter de “optativa” y dependiendo de una materia troncal o principal. En todo caso, esas propuestas aparecen únicamente en los planes de estudio de derecho y dependiendo de filosofía del derecho (como en el caso de la Universidad de Barcelona); no conozco que existiera un tipo de propuesta semejante en los planes de estudio de sociología. En consecuencia, lo que debe presumirse es que, tal como Marra lo advirtiera, también en España se profundizaría la contradicción de fondo que él ha objetado en el terreno mismo de la enseñanza de la disciplina entre estatuto científico de la sociología jurídica y propuesta metodológica weberiana, con presumibles consecuencias de un continuado rechazo de los científicos del derecho para considerar la materia como parte de su ciencia jurídica, lo que perpetuaría su condición de subalternidad.

Este aspecto es preocupante. Convendría reflexionar más y conjunto sobre él, pues pienso que una situación semejante se manifiesta en la universidad italiana, como en la alemana y seguramente en otras europeas. Entiendo que en las universidades latinoamericanas, donde la sociología jurídica no ha pasado por este proceso de vasallaje y se enseña desde hace largo tiempo, junto a otras disciplinas que no hacen parte de la ciencia del derecho en el sentido que discute Marra —tales como la antropología jurídica, la psicología jurídica, etcétera—, aunque quizá mucho más vinculada al análisis del derecho como fenómeno “político”, antes que jurídico. Finalmente, la nota de Realino Marra (“Lo statuto scientifico della sociologia del diritto e la tutela weberiana”) creo que ha sido muy importante, por lo menos para mí. Me ha hecho reflexionar y me ha ayudado a profundizar en el tema de la institucionalización académica de la disciplina. Pero, lo que tiene más trascendencia y seguramente beneficiará a otros lectores de dicha nota es que, con ella, Marra se anota entre los estudio-

sos que más reflexivamente se han preocupado por los terrenos epistemológicos y metodológico de la sociología jurídica.

## WEBER Y LA DUPLICACIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA. UNA RÉPLICA A BERGALLI<sup>1</sup>

Realino MARRA

La intervención de Bergalli sobre mi nota “Lo statuto scientifico della sociologia del diritto e la tutela weberiana”, publicada en el primer número del año 1991 de los *Materiali per una storia della cultura giuridica* me ofrece la posibilidad de precisar mi punto de vista sobre la institucionalización de la sociología jurídica. Y por este motivo se lo agradezco, así como por las amables palabras que ha querido dedicar a mi producción científica. Estoy seguro que yo mismo no tendré al acierto de ilustrar las orientaciones de fondo y los contenidos con tanta precisión y eficacia. Sin embargo hay una circunstancia que Bergalli omite, y es necesario que sea yo quien la rescate: el hecho es que la nota en cuestión además de disentir, en su parte final, sobre la valoración de la contribución weberiana a la fundación epistemológica de la sociología del derecho, enuncia ante todo aprecio por el valor de los estudios recogidos en *El derecho y sus realidades*, y sincera admiración por la inteligencia y tenacidad con la cual Bergalli busca promover en España las suertes, académica y científica, de la sociología. Un aprecio y una admiración que es útil confirmar aquí: replicando que mi aproximación diverge de la de Bergalli únicamente en una cuestión, si bien ello tiene ciertas consecuencias en el modo de configurar la identidad científica de la disciplina.

La recapitulación brevemente. En mi nota manifestaba sorpresa por el acuerdo mostrado por muchos intérpretes de Weber (entre ellos algunos de los autores del libro de Bergalli, y Bergalli mismo) al considerar “la solución separatista” como la perspectiva metodológica más apropiada para especificar, al mismo tiempo, la ubicación de la sociología jurídica respecto a la ciencia del derecho tradicional (la denominada dogmática), y las funciones cognoscitivas de la disciplina. Particularmente, me parecía injustificado un consenso tan amplio en relación con una configuración de la sociología que quizás le habría garantizado alguna certificación, así como una aceptación menos recelosa por parte de la dogmática, pero que, por otra parte, confinándola al examen del proceder

<sup>1</sup> Traducción de José Luis Domínguez Figuerido, revisada por Roberto Bergalli.

social *determinado* o *condicionado* por el derecho, le habría vedado por siempre la entrada en los santuarios del derecho. Me parecía, y continúa pareciéndome, decididamente demasiado poco.

En la nota me ocupaba de *El derecho y sus realidades*, y por tanto mi crítica debía ceñirse a este punto, esto es al problema de una excesiva aquiescencia —insisto, desde mi perspectiva— en relación con las orientaciones metodológicas weberianas. Pero debo señalar aquí, como justificación parcial de una actitud como la mencionada, que mi disenso y mi sorpresa no eran, realmente, más que el reflejo de un interrogante más amplio relativo directamente a Weber. Sin pretensión de originalidad (pueden encontrarse algunos apuntes sobre esta cuestión en un antiguo libro de Schelting, *Max Webers Wissenschaftslehre*, de 1934) me refiero a este tema.

Si leo la *Rechtssoziologie* de Weber, naturalmente no puedo más que juzgarla como una obra histórico-sociológica de incomparable nivel sobre la formación del derecho y de la cultura jurídica moderna. Es más, si analizo las obras precedentes del autor (del “joven” Weber), por ejemplo la investigación sobre los cambios en las relaciones de trabajo en las provincias agrarias más allá del Elba (1892-1899) o sus trabajos sobre la legislación bursátil (1894-1897), sin duda debo reconocerlas como muy apreciables investigaciones de sociología del derecho empírica. Finalmente, si me veo obligado a justificar tal estimación, la razón que acudiré es principalmente la que sigue: el hecho de que Weber, en estas obras, ha desatendido afortunadamente las directrices metodológicas que él mismo señala. ¿Es cierto que Weber se ocupa en estos trabajos únicamente de comportamientos guiados por el derecho, de motivaciones del operar normativo, de impacto (como dicen los sociólogos del derecho moderno y de eficacia? En absoluto: Weber no sólo se refiere constantemente a ordenamientos jurídicos, antiguos y modernos, a instituciones y normas, no sólo no separa densísimos nexos entre producción normativa y obrar social, entre el sentido interno de las normas y las representaciones de sus destinatarios, entre legalidad y valores, entre derecho y hecho. Y tanto es así que finalmente la imagen que prevalece es la de una perspectiva unitaria, la cual conduce a un estudio del derecho como un fenómeno social más, siendo analizado, por lo tanto, en relación con la concreta realidad histórica en la cual se inserta.

Es éste el Weber sociólogo del derecho que prefiero (y que me ofrece magníficas razones para continuar estudiándolo, y para considerarme, en cierta medida, un “weberiano”): aquél que entra, por así decirlo, en contradicción consigo mismo, con sus premisas de método. En relación con Bergalli y al libro

a su cargo, probablemente reside aquí, en esta imagen discordante del estatuto científico y del papel de la sociología del derecho, la fuente de ciertas incomprendiones entre los lectores de Weber. Ciertamente, quien tenga en mente los extraordinarios análisis de la *Rechtssoziologie* difícilmente negará a Weber un puesto de primer plano entre los fundadores de la disciplina. No dudo que Bergalli y sus colaboradores habrán pensado sobre todo esto en estas páginas; sin embargo, el problema —y no precisamente pequeño— consiste en conectarlas con aquellas partes de *Wirtschaft und Gesellschaft* o incluso con el largo ensayo de 1907 sobre Stammler, en las cuales Weber, en el papel de divisionista, distingue radicalmente entre el plano del devenir *real* y el del deber ser *ideal*. La diferencia —tal vez— con Bergalli reside en este punto: él no ve contradicción absoluta, y por lo tanto considera posible una relación o una conexión, entre las dos imágenes de la sociología del derecho suministradas por Weber. Personalmente las considero irreconciliables y por ello, de manera más modesta, me limito a escoger y prefiero aquella “parte” de la producción científica weberiana que aplica, de hecho, una idea unitaria de los estudios sobre derecho.

Naturalmente, aún queda por resolver el problema de los orígenes de esta singular separación en el pensamiento socio-jurídico de Weber. No es posible afrontarlo en extenso en esta sede, ya que las propuestas adecuadas únicamente pueden venir de una profunda investigación sobre la biografía intelectual del autor. Me limito aquí a referir de manera sintética algunas de las tesis que he avanzado en un libro reciente (*Dalla comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber*, Torino, 1992).

En los años de su aprendizaje jurídico, desarrollado bajo el signo predominante de las orientaciones formalistas del “método jurídico”, Weber se aproxima a una idea de ciencia del derecho como estudio del sentido lógicamente correcto de las normas, con el objetivo final de reformularlas dentro de un sistema coherente, privado de contradicciones y lagunas. En efecto, posteriormente, he indicado, él se aleja con cierta frecuencia de una imagen tan tradicional de jurisprudencia, y sin embargo lo confirma sin duda alguna en sus escritos metodológicos. Esto lo ha hecho muy probablemente con el objetivo de mostrar cómo también una ciencia social puede devenir, en su aparato teórico, una ciencia formal, elevarse a saber nomotético, orientado hacia la construcción de un sistema de leyes generales. Ahora bien, es indudable que la ciencia jurídica del siglo XIX había revelado a Weber, al menos aparentemente pienso, que la duplicación de la ciencia jurídica entre una perspectiva (individualizadora) histórica-sociológica y otra contrariamente generalizadora, dirigida a la

construcción *more geometrico* de escalas o pirámides conceptuales (en la dirección de Puchta y, en general, de la pandectística alemana), ante todo había tenido para Weber un significado polémico: demostrar, principalmente frente a Dilthey, que distinguir las ciencias histórico-sociales de las ciencias naturales no es el objeto de la investigación sino su objetivo. Pero esto, precisamente, volviendo a proponer de manera totalmente acrítica la imagen más antigua de la dogmática como ciencia de conceptos abstractos, y cerrando de esta manera el camino a cualquier tentativa de cualificación unitaria de la ciencia jurídica como disciplina (exclusivamente) histórico-real.

Lo que esencialmente cuenta para los fines de la discusión es que se ha producido una significativa fractura en el modo de pensar las tareas y la división del trabajo dentro de la ciencia jurídica, y Weber, desde la altura de la autoridad conseguida en el *Methodenstreit* en la Alemania de entre siglos, ha sido determinante para imponerla. Ciertamente, contra el relativismo de Dilthey y contra la distinción realmente radical, entre ciencias nomotéticas y ciencias ideográficas, de Windelband y Rickert, Weber opina que también en la investigación histórica es posible conseguir la formulación de leyes generales: los tipos ideales; y ello aunque sólo sea como instrumento de estudio y nunca como fin de la misma (que es siempre y exclusivamente la comprensión de los fenómenos históricos en su individualidad) y con una naturaleza probabilística y parcial, indudablemente lejana de las abstracciones características de los conceptos propios de las ciencias nomotéticas. Así como, precisamente a través de la discusión de este problema —el lugar del saber nemológico en el ámbito de las disciplinas ideográficas— Kelsen, después de Weber, llega a negar autonomía científica a la sociología del derecho, como ciencia histórico-social de los fenómenos normativos.

Y de esta manera llegamos a la segunda etapa del trabajoso proceso de emancipación de la disciplina: desde la separación de la ciencia jurídica “oficial”, al vasallaje en relación con ésta. Kelsen lo tiene fácil, desde el punto de vista de una orientación divisionista (como la suya o la de Weber), para negar a la sociología jurídica incluso la legitimidad del calificativo, como sostiene Weber, exclusivamente de los comportamientos condicionados por el derecho, no puede ser definida propiamente como una ciencia normativa, sino sólo como una ciencia del obrar, como una disciplina, ni más ni menos, precisamente sociológica. Pero no es suficiente. A Kelsen no se le puede escapar —la circunstancia es demasiado evidente— el hecho de que Weber se ocupe también de normas positivas, y en consecuencia use conceptos como “Estado”, “ordenamiento jurídico”, “negocio jurídico”, “sanción”, “obligación”, etcétera.

Probablemente, Weber se justificará afirmando haberse servido en este caso del saber nomológico característico de una ciencia histórico-social y, por tanto, de tipos ideales, de conceptos que contienen los caracteres típicos, esenciales, de cierto fenómeno: un aparato coercitivo, un obrar en comunidad regulado por normas, y así sucesivamente. Por contra, para Kelsen éstos no son otra cosa que los mismos conceptos empleados por la dogmática; y la ambigüedad de Weber no puede sino confirmar su superioridad y, sobre todo, su necesidad: esto es, el hecho de que cuando disciplinas *externas* al universo jurídico, como la sociología o la psicología social, hacen referencia a cuestiones y a términos jurídicos, deben reconocer su especificidad y pertenencia a un ámbito peculiar, diferente y totalmente separado del mundo del ser.

Separación, subordinación y finalmente ocultamiento con el neopositivismo. El ideal de ciencia que se afirma durante buena parte del siglo XX prescribe disciplinas rigurosas, exactas, verificables. En el campo jurídico, tras el paréntesis de los movimientos antiformalistas, la atención también vuelve a concentrarse en la dogmática (que responde mejor, aparentemente, a aquellos criterios), mientras el descrédito de los "pseudoproblemas" de las disciplinas filosóficas asalta también, de manera inevitable, a la sociología. A partir de este momento el debate sobre el carácter científico de la jurisprudencia evidencia un desolador regreso a posiciones pre-diltheianas, quedando enteramente centrado en la posibilidad de dar rigor y sistematicidad al lenguaje del legislador. Dejando de lado, naturalmente, a los realistas, la idea de una ciencia social del derecho, caracterizada por los procedimientos y por los objetivos propios de las otras ciencias sociales, difícilmente consigue elevarse al rango de una creíble, en las infinitas disputas sobre la coherencia y la integridad del ordenamiento jurídico, no obstante las muchas (y bien merecidas) frustraciones padecidas por los juristas.

Esta es, resumidamente, la nada exultante parábola de la sociología del derecho. Ella depende también —no exclusivamente, como es obvio— de la obra de sistematización metodológica weberiana, ya que su exclusión, en este proceso, seguramente habría sido menos fácil sin aquella "separación" inicial. Para los juristas tradicionales, habituados al trabajo secular sobre los códigos y sobre las leyes, la lisonja de la asimilación de la jurisprudencia a las ciencias exactas va aparejada naturalmente a reivindicaciones de "pureza" y consiguientes actitudes de cerrazón en relación con los análisis histórico-sociales. En suma, aún después del derecho libre y del realismo jurídico europeo y americano, el modelo de científicidad que continúa seduciendo a la jurisprudencia es el de las ciencias naturales, de manera similar a lo que sucedía en los tiempos de

las ingenuas discusiones suscitadas a mediados del siglo XIX por el famoso librito de Kirchman. Con la diferencia respecto de entonces, que a pesar de los estímulos de los neopositivistas, ante un legislador sin frenos ni controles, el riesgo de desilusiones y de bruscos despertares es comparativamente más alto. Y esta situación es tanto más desoladora si se considera que sólo la jurisprudencia sigue debatiéndose entre ilusiones y desconsuelos risibles, cuando las restantes ciencias humanas ya han abandonado prudentemente la perspectiva de la comparación, o de la simple asimilación, con las ciencias naturales.

En definitiva, se ha perdido mucho tiempo. Y por tanto es más necesario que nunca que la sociología del derecho desarrolle, en esta fase sobre todo, una función crítica para la definitiva superación de la ideología jurídica tradicional. Cuando por fin se afirme una idea de ciencia del derecho entendida como ciencia social unitaria, que se ocupe de hechos, esto es de todos los fenómenos, también de los lingüísticos, ligados con la producción y a la aplicación de normas, se podrá también pensar en programas más o menos detallados de división del trabajo. Querría decirle a Bergalli que ello no constituye, en suma, un proyecto de remoción y sustitución (a la manera de Erlich), en base a una idea de sociología jurídica como única, verdadera ciencia del derecho. Lo que se persigue es, ante todo, un objetivo de institucionalización de la disciplina en el interior de la ciencia jurídica, como consecuencia del reconocimiento de la necesidad de una colaboración entre todos los científicos del derecho. Se le asigna igualmente después un papel de impulso hacia esta perspectiva unitaria, como también una tarea de promoción del modelo de investigación histórico-empírica junto a otras disciplinas que se ocupan de los fenómenos normativos. En este sentido pienso principalmente en la dogmática (sería mejor hablar del estudio doctrinal del derecho) respecto de los "discursos" del legislador, y en la teoría general, como meta-jurisprudencia, en relación con la primera. Únicamente las ciencias del lenguaje empíricas y no formalistas pueden dar cuentas de las prácticas lingüísticas efectivas que caracterizan, respectivamente, a la producción de normas y al trabajo teórico del jurista.

Es probable que, incluso después de esta discusión complementaria, se mantengan las diferencias entre la postura de Bergalli y la mía. Al menos creo que el lector de nuestras notas advertirá finalmente, más allá de la discusión sobre concretas valoraciones y también la importancia que en este sentido atribuimos al pleno reconocimiento del importante papel que la sociología del derecho puede cumplir para el desarrollo de un estudio moderno de los fenómenos jurídicos.

## SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y SEMIÓTICA

Ana María DEL GESSO CABRERA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Sociología jurídica y semiótica*. II. *Las causas de las normas jurídicas*. III. *Efectos de las normas jurídicas*.

RESUMEN: Este trabajo intenta mostrar el acercamiento posible entre la sociología jurídica, la semiótica y la Pragmática. Definidas estas disciplinas se marcan las aportaciones que al estudio del discurso jurídico pueden hacer. Como a la sociología jurídica le interesa estudiar las causas y los efectos de los discursos jurídicos, la semiótica jurídica ofrecería gran ayuda para el reconocimiento y análisis del sentido de los discursos del derecho. En lo que respecta a los efectos o “eficacia” de esos mismos discursos el estudio de Austin y Searle sobre los actos de habla sería de gran utilidad. En definitiva se plantea aquí la innegable proximidad de estas disciplinas para abordar el discurso jurídico.

### I. SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y SEMIÓTICA

Para tratar de señalar las relaciones entre estas dos disciplinas es necesario, primero, definir las. Por sociología jurídica entendemos “la ciencia que se ocupa de las causas y los efectos —eficacia— del discurso del derecho”. Por semiótica, siguiendo a Greimás, entenderemos la disciplina que estudia la construcción del sentido o los conjuntos significantes que posee una organización interna autónoma.<sup>2</sup> Como una rama de la semiótica está la semiótica jurídica que tiene varias definiciones claramente establecidas en el *Diccionario d’Eguilles*.

<sup>1</sup> Universidad Autónoma de Puebla.

<sup>2</sup> *Semiótica. Diccionario razonado de la teoría del Lenguaje*, Gredos, Madrid, 1982, p.364 ss. Creo que la definición de Umberto Eco sobre semiótica se ajusta perfectamente al discurso del derecho como discurso “ocultador”. En su *Tratado de semiótica general*, México, Nueva Imagen, 1978 plantea que “la semiótica se ocupa de cualquier cosa que pueda considerarse como un signo. Signo es cualquier cosa que pueda considerarse como sustituto significante de cualquier otra cosa (...) En este sentido, la semiótica es, en principio, la disciplina que estudia todo lo que puede usarse para mentir. Si una cosa no puede usarse para mentir, en ese caso tampoco puede usarse para decir la verdad: en realidad no puede usarse para decir nada”, p. 31.

*Diccionario enciclopédico de teoría y de sociología del derecho.*<sup>3</sup> Cada una de estas definiciones corresponde a posiciones teóricas que tienen que ver con escuelas de pensamiento diferentes. Una de ellas deriva de la tradición filosófica y sobre todo lógica; otra, de la tradición estructural nacida de la lingüística y de la antropología. Creo que para los propósitos de este trabajo se ajusta mejor la señalada en segundo lugar, puesto que el estudio de la formalización lógica de los enunciados del derecho no me aclararían el *sentido* del discurso jurídico y, mucho menos, averiguar si ese *sentido del discurso jurídico* provoca determinados efectos y responde a ciertas causas —que es lo que estudia la sociología jurídica, según la definición ya mencionada. En el *Diccionario d'Eguilles* se define a la semiótica jurídica, en la acepción elegida, como el “proyecto de teoría general de la significación arribando a la producción de modelos y de procesos metodológicos para el análisis empírico de los discursos y de las prácticas sociales significantes. Esta orientación está “ligada a la construcción de una gramática del derecho en tanto que conjunto de reglas que rigen la producción y la interpretación de los discursos y de las prácticas sociales con valor ‘jurídico’”.<sup>4</sup> En la explicación de esta definición de semiótica jurídica a cargo de Eric Landowski se afirma la influencia de Saussure, Hjemslev, Benveniste dentro de la corriente lingüística y de Lévi-Strauss en la antropología. Se insiste, en este trabajo mencionado, en que este tipo de semiótica llamada estructural se ocupa “de la construcción de modelos dinámicos, capaces de dar cuenta de la producción y de la aprehensión de la significación”.<sup>5</sup> Se agrega que

la significación está en todas partes, no solamente en los discursos que ayudan a la comunicación entre los hombres, sino también, en los objetos del mundo y en los comportamientos, individuales o colectivos, que interpretamos atribuyéndoles un sentido. Desde este punto de vista, la significación de un fenómeno tal como el derecho —a la vez conjunto de textos, de instituciones y de prácticas sociales muy diversificadas—. Debe ser abordado “en su globalidad, es decir, como una de las principales dimensiones significantes de lo social(...) Por varios motivos, este proyecto, muy ambicioso, implica, por parte de sus promotores, la

<sup>3</sup> Bajo la dirección de André-Jean Arnaud et al., París-Bruselas, L.G.D.J. Story Scientia, 1988. Traducción al español mía del artículo “Semiótica jurídica” publicado en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1990, núm. 14. Tomaré esta traducción como referencia en las notas de este trabajo.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 319.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 322.

elección de niveles de análisis próximos a aquellos que adoptan la Teoría del Derecho por una parte, y la sociología del Derecho, por otra. La aproximación a la sociología se justifica principalmente en la medida en que para el semiotista —como sin duda para muchos sociólogos—, el estudio del derecho surge ante todo de una problemática de interacción social. Si los modelos que la semiótica propone en este dominio tienen, primero, vocación de reconocer formas de acción y de interacción “relatadas” —es decir tal como los sujetos se las representan en los discursos—, nada excluye la posibilidad de extender la aplicación de estos modelos a las prácticas efectivas, “vivas” por los actores sociales, particularmente en tanto que sujetos de derecho”.<sup>6</sup>

Si la semiótica jurídica nos permite reconocer el sentido de los discursos jurídicos —ya sea el deóntico u otros albergados en ellos— y la sociología jurídica necesita conocer *el sentido* del discurso jurídico para estudiar sus causas y efectos, es indudable la necesidad de recurrir a la semiótica para resolver la búsqueda de la sociología. Conociendo el sentido de las normas podemos saber si esa norma *produce conductas esperadas o no*. Si esa norma es eficaz o no.

## II. LAS CAUSAS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

En cuanto a las *causas* del discurso del derecho debemos buscarlas —en las prácticas o relaciones sociales— en los discursos que provocan o generan esas prácticas o relaciones sociales. ¿De qué otra manera es, sino a través de discursos, que las conocemos? No olvidemos que los discursos —del tipo que sean— son una “representación” de lo real, de lo social, en ellos está albergado lo que “creemos ver” que sucede en el mundo real. Y “vemos” con los ojos de la ideología. Esa mirada está en las entrañas de los discursos, también en el del derecho. Los discursos expresan las ideas que se construye quien los produce acerca de la realidad o de las relaciones sociales. Son modelos —discursos— construidos para “describirlas o explicarlas”. Quienes producen el discurso del derecho, lo hacen porque alguien, a través de otro discurso, los ha investido con ese carácter y ese alguien lo hizo por que hubo otro discurso, y así sucesivamente. En el origen hay siempre un discurso.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 323.

Es en este momento cuando el sociólogo del derecho podría incursionar en el análisis del discurso, deteniéndose, por ejemplo en lo que Eliseo Verón<sup>7</sup> llama *las condiciones de producción* del discurso. Esto tiene que ver con la intención del legislador, su ideología, su contexto, el contexto y la manera en que en el seno de los discursos se “construye el sentido” analizando ciertas operaciones discursivas.<sup>8</sup> También, deberá tener en cuenta *las condiciones de recepción o de reconocimiento* de esos discursos que tiene que ver con los *efectos de sentido* que crean.

### III. EFECTOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Sobre los “efectos de las normas jurídicas” creo que es necesario que los estudiosos de la sociología jurídica apelen a lo que Carlos Reis llama la pragmática ideológica<sup>9</sup> y a la teoría de los actos de habla de Austin y Searle. Reis opina —hablando de los discursos ideológicos— que

es inevitable una confrontación de códigos entre los dos protagonistas de la relación comunicativa, esa confrontación adquiere, sin embargo, para nosotros un doble sentido: se entiende, ante todo, en la acepción de cotejo de los sistemas de signos envueltos en el acto comunicativo, pero se puede entender también como situación discretamente conflictuosa, en la medida en que puede traducirse en un intento de imposición de códigos que el receptor se ve obligado a aceptar. Y, naturalmente, estamos pensando sobre todo en el código ideológico y en el peso impositivo que eventualmente caracteriza su utilización (...) las prácticas ideológicas se apoyan en dos ejes: el de la eficacia ideológica, encarada como objetivo último de todo discurso ideológico, y el de las estrategias que se van a privilegiar, con vistas a conseguir tal *desideratum*.

Lo sostenido en esta extensa cita puede aplicarse perfectamente al discurso jurídico, ya que es un discurso ideológico a través del cual se quieren mantener o perpetuar ciertos *códigos ideológicos* y echa mano de ciertos elementos discursivos para conseguirlo. En la medida en que se logre la persuasión, la operación será exitosa. Para ser exitosa en derecho, deberán observarse

<sup>7</sup> Véase *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*, Buenos Aires, Gedisa, 1987 y “Semiosis de lo ideológico y del poder”, en *Espacios*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 1984.

<sup>8</sup> Véase Reis, Carlos, *Para una semiótica de la ideología*, Madrid, Taurus, 1987.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 61 y ss.

las conductas deseadas por la norma presentes en el sentido albergado en los enunciados prescriptivos. Sólo de esta manera el derecho será eficaz. Sólo así se alcanzarán los efectos esperados. La comunicación se estableció y el ciudadano —el receptor— concretiza en actos —conductas— lo que como enunciado era solamente un “proyecto viable”.

Planteadas así las cosas y teniendo presente que la semiótica está constituida, según Morris,<sup>10</sup> por la sintaxis, la semántica y la pragmática, ésta puede brindar mucho más que una pequeña aportación al estudio del discurso jurídico y a la sociología jurídica que de él busca causas y efectos.

Refiriéndonos ahora, a la teoría de los actos de habla delineada por la filosofía del lenguaje, en especial por Austin —que tenía formación jurídica— y por Searle,<sup>11</sup> encontraremos que ella nos es muy útil para la cuestión de los efectos del discurso jurídico. Según Searle usar una lengua es “tomar parte en una forma de conducta gobernada por reglas”. En ese sistema “gobernado por reglas”, la unidad mínima de la comunicación lingüística es el “acto habla”. Cuando hablamos efectuamos actos tales como hacer enunciados, dar órdenes, plantear preguntas, hacer promesas producidos con determinadas intenciones y que deben realizarse de acuerdo con ciertas reglas para el uso de los elementos lingüísticos.<sup>12</sup> Realizamos, según este autor, en los actos de habla:

—actos de emisión (palabras, secuencias de palabras);

—actos proposicionales (referimos y predicamos) y

—actos ilocutivos (enunciar, preguntar, mandar, prometer, etcétera).

Los dos últimos tienen la particularidad de ser enunciados dichos en “ciertos contextos, bajo ciertas condiciones y ciertas intenciones”.

El derecho es un discurso compuesto por enunciados en “ciertos contextos” y “bajo ciertas condiciones” y con “ciertas intenciones”.

<sup>10</sup> Morris, Charles, *Signos, lenguaje y conducta*, Buenos Aires, Losada, 1963. Cf. también, Ducrot, Oswald, *El decir y lo dicho*, Buenos Aires, Hachette, 1984.

<sup>11</sup> Austin, J. L., *Palabras y acciones*, Buenos Aires, Paidós, 1971; Searle J., *Actos de habla*, Madrid, Cátedra, 1980.

<sup>12</sup> Ver Searle, J., *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 25 y ss.

Por su parte, Austin, clasificó los enunciados en dos grandes tipos, advirtiendo que no existen criterios, ni de vocabulario ni gramatical, para diferenciarlos:

- constatativos (enunciados verdaderos o falsos en que se dice algo) y
- realizativos o performativos (enunciados que no describen ni registran nada, no son verdaderos ni falsos y que el expresarlos “es realizar una acción o parte de ella, acción que a su vez no sería *normalmente* descrita como consistente en decir algo”).<sup>13</sup>

En otras palabras, que al producir un enunciado *se hace* algo además de expresarlo. Austin lo ejemplifica con el caso: “Sí, juro desempeñar el cargo...” (dicho en la ceremonia de asunción de un cargo). Se expresa algo, hay un significado, donde se refiere y se predica, pero, *además*, se realiza un juramento válido por el contexto y las circunstancias y no *sólo* se enuncia algo. Sería interesante recordar que la validez de un juramento proviene siempre de una norma que establece el contexto y las circunstancias “apropiadas” en que “debe” realizarse el acto de habla para que sea juramento. En otros casos, es necesario además, que quien habla u otras personas, lleven a cabo otras acciones “físicas” o “mentales” expresadas en otras palabras. Verbigracia el apostar o el agradecer algo.

Agrega Austin en *Palabras y acciones* que las expresiones realizativas no son verdaderas o falsas, sino afortunadas o desafortunadas según se cumplan o no determinadas condiciones o circunstancias. Esto mismo, en palabras de los juristas sería denominado como normas válidas o inválidas, cuando no se cumplen determinadas condiciones o circunstancias. En los casos de “infortunio” —dice Austin—, a los cuales los juristas llaman nulidad, el acto que se intentó realizar es declarado nulo o configura un abuso de procedimiento.<sup>14</sup> Reflexiona luego acerca de “las circunstancias que rodean el emitir una expresión”, y presenta un grupo de sentidos o dimensiones diferentes “en los que decir algo tiene que ser siempre hacer algo”.<sup>15</sup> Así surge la conocida clasificación de:

<sup>13</sup> Austin, J., *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 45-46.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 136.

—acto locucionario (cuando decir algo *es* hacer algo). Cuando al expresar cierto enunciado con un cierto sentido y referencia o con un cierto significado.

—ilocucionario (cuando *al* decir algo hacemos algo). Informamos, ordenamos, advertimos, comprometemos, etcétera. Muchas veces, en este tipo de actos, el efecto está en el contexto, en las circunstancias, que hacen que lo dicho adquiera determinado sentido y no está sólo en las palabras expresadas o en la entonación utilizada.

—y perlocucionario (cuando *porque* decimos algo hacemos algo). Cuando logramos, al decir algo, ciertos efectos, como convencer, persuadir, disuadir, sorprender o confundir. Ejemplo: “porque dije que había cometido un delito, se sintió culpable.”

Tanto los actos ilocucionarios como los perlocucionarios causan “ciertos efectos”; unos, de asegurar la aprehensión de lo expresado por parte del oyente y otros, consecuencias, secuelas no convencionales.

Por su parte, Searle, deteniéndose en los actos ilocucionarios, establece ciertas hipótesis generales<sup>16</sup> que tienen que ver con la realización del acto y que podemos resumir en:

- 1) la expresión de un estado psicológico, es la intención que conlleva el acto, ella determina lo que *expresa* el hablante al realizar el acto. Por ejemplo, prometer u ordenar cuenta con una expresión de intención de hacer algo.
- 2) una condición preparatoria que nos dice lo que el hablante *implica* al realizar el acto. Por ejemplo, al dar las gracias a alguien, implico que lo que agradezco ha sido benéfico para mí.
- 3) una condición esencial entendida como la obligación de asumir el acto expresado. Por ejemplo, esta obligación, para los juristas, es la *validez de la norma que “obliga”*. Esta condición determina las restantes.

<sup>16</sup> Searle, J., *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 72 ss.

Algunos verbos ilocucionarios son definibles en términos de los efectos perlocucionarios que se intentan conseguir, otros no. Así pedir es, por condición esencial, un intento de hacer que el receptor haga algo. En el caso de “dar una orden”, las condiciones preparatorias incluyen aquella en la cual el hablante está en posición de autoridad sobre el oyente; la condición psicológica consiste en el deseo del emisor de que se lleve a cabo el acto ordenado; y la condición esencial en que éste intenta, mediante la emisión, que el oyente lleve a cabo el acto. “Dar una orden” es producir una norma, y todo lo dicho anteriormente, tiene que ver con el objeto de la sociología jurídica. A ella le interesa estudiar o detectar los efectos o “eficacia” de las normas —de los discursos jurídicos—, por lo tanto, se detendrá en aquellos actos o conductas que produce el receptor de ese discurso. Esos actos o conductas deberán ser afortunados —en la terminología de Austin— o “válidos” para poder comprobar la eficacia o no de las normas. Nuevamente estamos ante una innegable aportación de estos estudios a la sociología jurídica.

## O JARDIM DOS CAMINHOS QUE SE BIFURCAM

Eliane Botelho Junqueira<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *O lugar da sociologia do direito*. II. *O campo intelectual*. 1. *A reflexão teórica*. 2. *A pesquisa empírica*. III. *Administração da justiça*. IV. *Conclusão*.

Aceitar o convite para escrever uma sociologia da sociologia do direito brasileira representa, sem dúvida, um desafio que só pode ser respondido com um ensaio, não no sentido de gênero literário, mas no sentido de uma experiência, de uma tentativa, e, portanto, de uma aventura.

No entanto, escrever uma sociologia da ciência tradicional, reduzindo esta aventura a uma análise das condições meramente externas à disciplina, dentro da clássica divisão de origem mertoniana entre a epistemologia e a sociologia da ciência, não esclareceria muito sobre o problemático status da sociologia do direito brasileira. Como observa Boaventura de Souza Santos,<sup>2</sup> esta divisão de competência permite à sociologia da ciência, pela análise dos fatores não teóricos e não cognitivos, perceber apenas a velocidade do processo científico, e não o processo constitutivo de um campo discursivo. Partindo, portanto, do pressuposto de que os problemas constitutivos da sociologia do direito no Brasil exigem análises menos externas, sendo sem sentido a separação entre as condições cognitivas e não cognitivas, este ensaio aceita, como segundo desafio, trabalhar dentro do que, com base na teoria de Kuhn, Boaventura de Souza Santos denominou de *sociologia crítica da ciência*.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Santos, Boaventura de Sousa, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Rio de Janeiro, Graal, 1989. Neste sentido, não analisamos o ensino da sociologia do direito no Brasil que, em verdade, encontra-se em uma situação ainda mais lamentável. No entanto, como demonstra a trajetória das ciências sociais brasileiras, a institucionalização via universitária é fundamental para o reconhecimento da disciplina e seu desenvolvimento científico. Neste sentido, é interessante notar que enquanto as ciências sociais mantiveram no Rio de Janeiro um caráter militante, em razão da inexistência de instituições universitárias, em São Paulo desenvolveu-se um maior rigor científico.

<sup>3</sup> *Ibid.*

Neste sentido, esta análise pretende pensar o lugar social da sociologia do direito a partir de duas questões fundamentais desse campo discursivo, a saber: a) o processo de institucionalização da disciplina enquanto um campo intelectual com status científico reconhecido pela comunidade científica mais ampla; e b) a orientação —política ou acadêmica— desse discurso. Em suma, trata-se de dois pontos que permitem questionar a legitimidade da sociologia do direito tal como foi até hoje praticada no Brasil, mostrando os impasses e os diversos caminhos que podem ser escolhidos por aqueles que refletem sobre esta área ainda tão indefinida.

### I. O LUGAR DA SOCIOLOGIA DO DIREITO

Á medida que o objetivo deste ensaio é estudar o lugar social e teórico de um determinado discurso —o discurso da sociologia do direito— em relação a um conjunto de outros discursos nomeáveis de ciências sociais, a tipologia de Kuhn, que distingue as ciências em paradigmáticas e pré-paradigmáticas, não apresenta utilidade analítica. Afinal, se todos os campos das ciências sociais —y *compris*, a sociologia do direito— são, nos termos de Kuhn, pré-paradigmáticos, pois constituem discursos argumentativos que não se prestam à paradigmáticação,<sup>4</sup> a tipologia não introduz qualquer distinção entre o discurso da sociologia do direito e o discurso das demais sociologias. Torna-se, portanto, necessária uma outra escala de consolidação epistemológica e institucional que permita distinguir a sociologia do direito de outras áreas do saber, como a sociologia do trabalho, a sociologia das organizações ou a ciência política.

Em verdade, a busca do lugar da sociologia do direito relaciona-se com a proposta “interdisciplinar” que, tão em voga em diversas áreas do saber há algumas décadas, teve como resultado prático a emergência de discursos marcadamente *free riders* do ponto de vista do que se poderia considerar uma ciência social “normal”. Como exemplo desse processo, podem ser citadas

<sup>4</sup> O fato do modelo de organização do discurso das ciências sociais ser o do paradigmas concorrentes (modelo multiparadigmático) fundamentado em tradições e escolas não implica, no entanto, um atraso desse campo intelectual em relação às ciências naturais. Conforme esclarece Alexander, “esses grupos solidários não são simplesmente manifestações de desacordo científico, mas bases sobre as quais tais desacordos são promovidos e mantidos. Ao invés de considerar o desacordo e a comunicação distorcida que o acompanha como um mal necessário, muitos teóricos da ciência social tomam o conflito entre escolas como indicador do caráter saudável de uma disciplina”. Cf. Alexander, Jeffrey, “O novo movimento teórico”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, jun. 1987 4(2): 5-28, p. 8.

certas áreas de reflexão, como educação e sociedade, saúde e sociedade, serviço social e sociedade e, por último, mas não menos importante, direito e sociedade.

De uma forma geral, esses novos campos discursivos vêm mantendo uma relação extremamente tensa com as ciências sociais mais tradicionais, uma vez que esta lhes recusa o status de ciência social pelo argumento de que aqueles modos de argumentação —e as respectivas “comunidades interpretativas” que deles se utilizam—, além de não compartilharem as regras teóricas e metodológicas que constituem os jogos de verdade reconhecidos como válidos por aquela disciplina, são construídos a partir de uma perspectiva eminentemente pragmática. Portanto, ao aderirem de maneira “ingênua” às problemáticas de seus campos, contrariando um pressuposto metodológico e teórico fundamental das ciências sociais —ou seja, o axioma do distanciamento metodológico em relação ao objeto— estes discursos são percebidos como apropriações selvagens das ciências sociais.

Sem dúvida, esta tensão, presente em todos esses discursos, radicaliza-se na relação estabelecida entre as ciências sociais e a sociologia do direito, o que pode ser explicado, em parte, pela consagração no Brasil de uma sociologia do direito caracterizada mais como uma reflexão interdisciplinar sobre o tema direito e sociedade do que como um ramo particular das ciências sociais e, em parte, pela própria trajetória das ciências sociais brasileiras. Afinal, a tentativa de impor um modelo explicativo nas ciências sociais no Brasil deu-se em oposição ao modelo retórico do discurso jurídico no qual muitos cientistas sociais da década de trinta —marco da institucionalização das ciências sociais brasileiras— foram formados.<sup>5</sup>

Utilizando-se como referente a produção do Grupo de Trabalho (GT) Direito e Sociedade da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), que durante a década de oitenta representou o principal fórum desta área de reflexão, as restrições dos cientistas sociais em relação à sociologia do direito não deixam de ser pertinentes. Mais do que o *locus* de convergência entre a sociologia do direito dos juristas e a sociologia do direito dos sociólogos diagnosticado pelo otimismo de José Eduardo Faria e Celso Campilongo,<sup>6</sup> o GT representou o *locus* de explicitação da “incomen-

<sup>5</sup> Pena, M. V. J. “¿Uma nova sociologia?”. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 1980, 23(1).

<sup>6</sup> Faria, José Eduardo & Campilongo, Celso, *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1991.

surabilidade” do discurso sócio-jurídico originado nas faculdades de direito —discurso, aliás, predominante no GT, em função da formação jurídica de 71 % de seus participantes— frente ao padrão discursivo das ciências sociais.<sup>7</sup>

Desta forma, tomando emprestada a distinção realizada por Renato Treves,<sup>8</sup> a sociologia do direito produzida pelo GT Direito e Sociedade seria, em verdade, uma “sociologia NO direito”, ou seja, uma reflexão pragmática produzida por juristas que, inconformados com o formalismo do direito, apropriavam-se sem muito rigor<sup>9</sup> de algumas das técnicas de pesquisa das ciências sociais.

Conforme reconhece até mesmo o otimismo de José Eduardo Faria e Celso Campilongo, este encontro da sociologia do direito de sociólogos e de juristas caracterizou-se por uma ausência de organicidade que teve, como consequência, a derrota, no início da década de noventa, do processo de institucionalização da área de reflexão Direito e Sociedade, excluída de fato do fórum da ANPOCS.<sup>10</sup>

Em suma, o GT Direito e Sociedade não conseguiu na comunidade acadêmica das ciências sociais brasileiras a legitimidade alcançada pelo Research Committee on Sociology of Law da International Sociological Association —do qual inclusive são membros muitos dos participantes do GT brasileiro—<sup>11</sup> que, ao contrário do que ocorreu no Brasil, encontra-se em franco processo de institucionalização. A criação do International Institute for the

<sup>7</sup> A validação empírica desta hipótese implicaria uma pesquisa comparativa entre a produção do Grupo Direito e Sociedade e a produção de uma área altamente institucionalizada das ciências sociais. Considerando que este texto é um ensaio, peço um crédito de confiança para as minhas “impressões”, consciente de que elas não são nada além disso.

<sup>8</sup> Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Taurus, 1977.

<sup>9</sup> Esta característica parece não ser privilégio da sociologia do direito brasileira. Cf. Perez Perdomo, Rogelio, *Western and non Western Themes of Latin American Sociology of Law*, Caracas, mimeo, 1991.

<sup>10</sup> No final da década de oitenta, em razão de dificuldades econômicas, a ANPOCS adotou como sistemática para a concessão de financiamento a seleção das melhores propostas apresentadas pelos GT, forma que, na prática, significou a chance de 073 desinstitucionalizar o Grupo de Trabalho Direito e Sociedade.

<sup>11</sup> Tais como, segundo o diretório publicado por ocasião dos trinta anos do Research Committee, Joaquim Falcão, Wanda Capeller, José Eduardo Faria, Celso Campilongo, Eros Grau, Eliane Junqueira, Miranda Rosa, Luciano Oliveira, José Ribas Vieira e Luis Warat. Também pertence ao Research Committee Fanny Tabak, que, no entretanto, não fazia parte do GT Direito e Sociedade.

Sociology of Law aponta na direção desta estratégia institucionalizante essencial para a sobrevivência de um campo intelectual.

A recente criação do Centro de Estudos Direito e Sociedade (CEDISO), na Universidade de São Paulo, pode representar um ponto de inflexão neste processo. No entanto, apesar de ainda ser prematuro qualquer prognóstico mais preciso sobre as possibilidades de sobrevivência deste Centro de Estudos, não deixa de ser interessante observar que, após a rejeição deste discurso pela comunidade das ciências sociais, a reflexão sobre a relação direito e sociedade tenha retornado ao espaço jurídico que, diga-se de passagem, não lhe é menos hostil. Afinal, ao tentar realizar uma difícil conciliação entre os paradigmas positivista —predominante— e jusnaturalista,<sup>12</sup> a faculdade de direito no Brasil tem tradicionalmente rejeitado todo discurso que tenta opor o “país real” ao “país legal”, criando, nas palavras de José Eduardo Faria e Celso Campilongo, um “clima pouco amistoso para a Sociologia Jurídica (...) por causa de sua potencialidade ‘subversiva’.”<sup>13</sup>

Sem dúvida, esta atitude hostil das faculdades de direito em relação à sociologia do direito foi agravada pelo movimento Crítica do Direito, ao qual se engajaram principalmente os juristas preocupados em refletir a relação direito e sociedade, articulados em torno da Nova Escola Jurídica Brasileira e da Associação Latino-Americana de Ensino do Direito —lideradas, respectivamente, por Roberto Lyra Filho, em Brasília, e por Luis Alberto Warat, em Santa Catarina— que tiveram nas revistas *Direito e Avesso* e *Contradogmáticas* importantes canais de circulação de um pensamento crítico interdisciplinar.

As restrições a este pensamento crítico derivaram, principalmente, do fato de que, algumas manifestações desses movimentos, tentando desbloquear a reflexão sobre o direito de um certo ritualismo escolástico, desconstruíram o objeto de sua própria reflexão ao tratarem o direito como ideologia. Em verdade, os críticos do direito confundiam o direito enquanto uma dimensão da vida social articulada por determinados agentes sociais, os operadores do direito, com o discurso escolástico desses operadores do direito. A crítica do discurso dos atores do campo jurídico às vezes levava o movimento Crítica do Direito a esquecer que, independentemente da auto-consciência dos atores sobre suas práticas, estes operadores efetivamente faziam coisas. Neste sentido, os críticos do direito estavam mais preocupados em criticar o discurso

<sup>12</sup> Faria, José Eduardo, “A reforma do ensino jurídico”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, nov. 1986, (21): 45-68.

<sup>13</sup> Faria, José Eduardo & Campilongo, Celso. *op. cit. supra nota 6*.

nativo e em transformar as práticas vigentes no campo, do que em compreender a estruturação e o funcionamento desse campo. Em outros termos, ao não falarem tanto do campo, quanto para o campo, esses discursos transformam-se em contradiscursos, tendência que, com certeza, deve-se ao fato desse movimento analítico ser composto por pessoas que, mesmo marginalmente, estavam inseridas dentro do campo, participando de lutas pela definição do mesmo.<sup>14</sup>

Neste contexto, a sociologia do direito é rejeitada tanto pelo direito como pela sociologia. Ou, nas palavras de Claudio Souto e Solange Souto: “a especialização sócio-jurídica continua a ser avaliada negativamente pela maioria dos juristas e dos sociólogos dentro das Universidades brasileiras. Enquanto os primeiros continuam considerando a sociologia do direito como “sociologia”, os segundos consideram-na como “direito”. Conseqüentemente, nem os juristas, nem os sociólogos consideram-se pessoalmente comprometidos com a sociologia do direito, disciplina que, na verdade, não consideram muito importante”.<sup>15</sup>

Afinal, não há como conciliar, através da expressão “pesquisa sócio-jurídica”, utilizada na área dentro de uma proposta interdisciplinar, duas “tribos” tão diferentes como sociólogos e juristas. Como observa Luis Eduardo Soares, a interdisciplinariedade “soa ingênua”, ao pretender aproximar tribos “com auto-imagens frequentemente indissociáveis de estigmatizantes projetados sobre os parceiros rivais”, já que, “separando as disciplinas, há mais do que objetos, conceitos, teorias, métodos, redes de aliança e competição, interesse e organizações institucionais; há valores, subculturas, psicologias diversas, quando não há antagonias”.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> No entanto, será muita ingenuidade atribuir esse problema, decorrente do próprio modo de inserção dos “críticos do direito” no campo jurídico, à má formação metodológica, ou seja, à velha distinção entre a verdade e o erro, como simples questão de método. Não é à toa que ainda no auge do movimento crítico do direito um historiador marxista politicamente orientado mas que não tinha essa inserção problemática no campo do direito podia valorizar a eficácia das suas práticas e reconhecer sua autonomia institucional mais do que a maioria dos chamados críticos do direito.

<sup>15</sup> Souto, Claudio & Souto, Solange, “Sociology of law in Brazil: the recent years” *In*: Ferrari, Vincenzo, *Developing Sociology of Law*, Milano, Dott Giuffrè, 1991.

<sup>16</sup> Soares, Luiz Eduardo, “Faça a coisa certa: o rigor da indisciplina”, *In*: Bomeny, Helena & Birman, Patrícia, *As assim chamadas ciências sociais*, Rio de Janeiro, UERJ: Relume Dumará, 1991.

## II. O CAMPO INTELECTUAL

Situado entre a sociologia e o direito, é possível afirmar que, ao contrário do que vem ocorrendo nos países centrais, que apontam um balanço entre as pesquisas teóricas e as pesquisas empíricas, a sociologia do direito brasileira caracteriza-se pela predominância de investigações empíricas, conforme comprova o mapeamento das obras publicadas no Brasil a partir do início da década de oitenta, tendência, aliás que, como aponta Rogelio Pérez Perdomo, coincide com o que vem ocorrendo na América Latina.<sup>17</sup>

1. *A reflexão teórica*

A predominância de pesquisas empíricas não significa, em absoluto, a ausência de reflexões teóricas na sociologia do direito brasileira. Durante a década de oitenta, por exemplo, foram publicados os trabalhos de Claudio Souto com Solange Souto<sup>18</sup> e com Joaquim Falcão,<sup>19</sup> Felipe Miranda Rosa,<sup>20</sup> José Eduardo Faria,<sup>21</sup> Nelson Saldanha<sup>22</sup> e João Baptista Herkenhoff,<sup>23</sup> além do manual de Sergio Cavalieri Filho<sup>24</sup> e da discussão marxista sobre o direito, o poder e a opressão escrita por Roberto Aguiar.<sup>25</sup>

O levantamento da produção teórica da sociologia do direito no Brasil aponta para algumas características que devem ser incorporadas pelas reflexões preocupadas com a sobrevivência desta área.

Em primeiro lugar, a literatura teórica da sociologia do direito brasileira foi produzida exclusivamente por juristas. (Aliás, segundo Claudio Souto e Solange Souto,<sup>26</sup> o primeiro sociólogo do direito brasileiro teria sido Pontes de

<sup>17</sup> Perez Perdomo, Rogelio, *op. cit. supra* nota 9.

<sup>18</sup> Souto, Claudio & Souto, Solange, *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos, 1981.

<sup>19</sup> Souto, Claudio & Falcão, Joaquim, *Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica*, São Paulo, Pioneira, 1980.

<sup>20</sup> Rosa, Miranda. *Sociologia do direito*, Rio de Janeiro, Zahar, 1970.

<sup>21</sup> Faria, José Eduardo, *Sociologia jurídica: crise do direito e práxis política*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

<sup>22</sup> Saldanha, Nelson, *Sociologia do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

<sup>23</sup> Herkenhoff, João Baptista, *Como aplicar o direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

<sup>24</sup> Cavalieri Filho, Sergio, *¿Você conhece sociologia jurídica?*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

<sup>25</sup> Aguiar, Roberto, *Direito, Poder e Opressão*, São Paulo, Alfa-Omega, 1980.

<sup>26</sup> Souto, Claudio & Souto, Solange. *op. cit. supra* nota 18.

Miranda, considerado o mais importante jurista brasileiro. Não à toa, a grande maioria dessas obras foi publicada por uma das mais importantes editora jurídica existente no país).<sup>27</sup>

Isto não significa, no entanto, que os sociólogos não estejam refletindo teoricamente dentro desse campo discursivo, mas que a rotulação de seus trabalhos como pertencentes à sociologia do direito tem sido evitada por aqueles com atuação reconhecida nas ciências sociais. Neste sentido, não deixa de ser significativo que a mais recente reflexão de sociologia do direito, que procura entender o direito por dentro como comunidade interpretativa, tenha sido produzida por um sociólogo que classifica o seu trabalho como sociologia hermenêutica sem qualquer filiação a um campo de estudos definível como sociologia do direito.<sup>28</sup>

Em segundo lugar, a maioria dessas obras, por serem dirigidas aos estudantes universitários, apresenta um caráter meramente didático. Entre a literatura não didática, sobressaem as obras de José Eduardo Faria e João Baptista Herkenhoff, a primeira uma coletânea de textos que, escritos entre 1978 e 1983, discutem a ordem jurídica brasileira em um momento de transição democrática, e a segunda uma análise sobre a interpretação do direito.

Por outro lado, chama a atenção a opção funcionalista desta bibliografia —na qual a reflexão de Roberto Aguiar constitui a grande exceção— em um momento auge do marxismo brasileiro; São marcadamente funcionalistas as obras de Miranda Rosa, que analisam o fenômeno jurídico como fato social, e de José Eduardo Faria, como assume o autor na apresentação do livro.

Por último, este mapeamento demonstra que a sociologia do direito no Brasil, com raras exceções,<sup>29</sup> não acompanha as discussões mais contemporâneas produzidas no campo da disciplina.

Apenas para citar um exemplo, apesar do Brasil ter publicado uma tradução da “Sociologia do Direito” e da “Legitimação pelo Procedimento” de Niklas Luhmann na década de oitenta —diga-se de passagem, muito antes da França conhecer estas obras traduzidas—, a discussão sobre a teoria da autopoiesis parece passar ao largo da sociologia do direito brasileira, para desaguar no campo da filosofia do direito. Neste sentido, vem se consolidando uma divisão

<sup>27</sup> A maioria das obras foi publicada pela Forense.

<sup>28</sup> Freitas, Renan Springer. “A margem das lógicas transcendentais: etnometodologia e teoria das decisões judiciárias”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, fev. 1990, 5 (12): 70-87.

<sup>29</sup> Dentre as quais destacam-se as reflexões produzidas por José Eduardo Faria e Celso Campilongo.

de trabalho entre as duas disciplinas, reservando-se à sociologia do direito a análise empírica da realidade social e da relação estabelecida entre direito e sociedade e à filosofia do direito a reflexão teórica. O artigo de Willis Santiago Guerra Filho sobre a teoria da autopoiesis,<sup>30</sup> recentemente publicado na *Revista Brasileira de Filosofia*, comprova esta hipótese.

Em suma, a produção teórica da área direito e sociedade aponta para o mundo jurídico —ou melhor, para uma sociologia do direito dos juristas— caracterizando-se, na maioria dos casos, por ser uma reflexão tradicional que não incorpora os debates mais atuais.

## 2. *A pesquisa empírica*

Dedicada, portanto, basicamente à pesquisa empírica, a sociologia do direito brasileira compartilha os temas da sociologia do direito latino-americana identificados por Rogelio Pérez Perdomo,<sup>31</sup> conforme demonstra a produção publicada na década de oitenta:

### a) Violência urbana

Deixando-se de lado o inócuo debate sobre os campos da criminologia e da sociologia do direito, chama a atenção o volume da produção sobre os temas da violência urbana e do sistema criminal, principalmente pelas análises publicadas na primeira metade dos anos oitenta.

No âmbito do GT Direito e Sociedade, destacam-se as investigações coordenadas por Sergio Adorno sobre a reincidência penal em São Paulo,<sup>32</sup> as pesquisas que, a partir de métodos sociológicos ou antropológicos, foram realizadas por Luciano Oliveira, sobre o papel da polícia do Recife na resolução de conflitos,<sup>33</sup> Roberto Kant de Lima sobre a cultura policial<sup>34</sup> e as reflexões

<sup>30</sup> Guerra Filho, Willis Santiago, "O Direito como sistema autopoietico", *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, jul/ago/set. 1991, 39 (163): 185-196.

<sup>31</sup> Pérez Perdomo, Rogelio, *op. cit. supra* nota 9.

<sup>32</sup> Adorno, Sergio *et alii*, "Preso um dia, preso toda a vida: a condição de estigmatizado do preso penitenciário", *Temas IMESC*, São Paulo, 1984, 1(2): 101-117.

<sup>33</sup> Oliveira, Luciano. "Polícia e classes populares", *Cadernos Estudos Sociais*, Recife, jan/jul. 1985, 1 (1): 85-96.

<sup>34</sup> Lima, Roberto Kant. "Cultura jurídica, práticas policiais: a tradição inquisitorial", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, jul. 1989, 4 (10): 65-84.

desenvolvidas, a partir da categoria de conciliação, por Gisálio Cerqueira Filho e Gizlene Neder.<sup>35</sup>

Não podem, no entanto, ser esquecidas outras pesquisas desenvolvidas por pesquisadores sem vínculo ao GT, como Antonio Luis Paixão,<sup>36</sup> Boris Fausto<sup>37</sup> e Paulo Sergio Pinheiro,<sup>38</sup> que por diferentes perspectivas analisam a criminalidade e, principalmente, a organização policial, Edmundo Campos<sup>39</sup> Julita Lemgruber<sup>40</sup> e José Ricardo Ramalho,<sup>41</sup> sobre o sistema penitenciário, Maria Vitória Benevides, sobre a violência urbana no noticiário da imprensa e sobre linchamento como uma resposta popular ao problemas da violência urbana<sup>42</sup> e, em uma perspectiva mais antropológica, as análises de Alba Zaluar sobre a cultura do crime organizado nas áreas periféricas do Rio de Janeiro.<sup>43</sup>

É importante ainda lembrar que, participando da agenda de questões públicas, o tema da violência urbana foi apropriado por vários cientistas sociais brasileiros (como Roberto da Matta, Jurandir Freire, Maria Alice Rezende de Carvalho, Berenice Cavalcante e outros), não constituindo um objeto específico da área de reflexão direito e sociedade. Em 07 3 outros termos, o tema da violência urbana não representa uma questão construída dentro de um campo, mas sim um problema que emergiu no debate público (mídia, campanhas políticas, cruzadas morais, etc.), tendo sido incorporado por diferentes áreas de reflexão como sociologia, antropologia, ciência política, história, direito, medicina social, psicanálise, etc. A criação do Núcleo de Estudos da Violência,

<sup>35</sup> Cerqueira Filho, Gisálio & Neder, Gizlene, *Brasil: violência e conciliação no dia a dia*, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1987.

<sup>36</sup> Paixão, Antonio Luiz, "Crimes e criminosos em Belo Horizonte, 1932-1978", In: Pinheiro, Paulo Sergio, *Crime, violência e poder*, São Paulo, Brasiliense, 1983; "A distribuição da segurança pública e a organização policial", *Revista da OABRJ*, Rio de Janeiro, jul. 1985 22: 167-186; e *Escritos Indignados*, São Paulo, Brasiliense, 1984.

<sup>37</sup> Fausto, Boris, *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*, São Paulo, Brasiliense, 1984.

<sup>38</sup> Pinheiro, Paulo Sérgio, "Polícia e crise política: o caso das polícias militares", In: Paoli, Maria Célia et alii, *A violência brasileira*, São Paulo, Brasiliense, 1982.

<sup>39</sup> Coelho, Edmundo Campos, *A oficina do diabo*, Rio de Janeiro, Espaço e Tempo, IUPERJ, 1987.

<sup>40</sup> Lemgruber, Julita, *Cemitério dos vivos*, Rio de Janeiro, Achiamé, 1983.

<sup>41</sup> Ramalho, José Ricardo, *Mundo do crime: a ordem pelo avesso*, Rio de Janeiro, Graal, 1983.

<sup>42</sup> Benevides, Maria Victoria, *Violência, povo e polícia*, São Paulo, Brasiliense: CEDED, 1983; "Linchamentos: violência e 'justiça' popular". In: PAOLI, Maria Celia, *op. cit. supra* nota 38.

<sup>43</sup> Zaluar, Alba, *A máquina e a revolta*, São Paulo, Brasiliense, 1985. E, mais recentemente, Zaluar, Alba, "Teleguiados e chefes: juventude e crime", *Religião e sociedade*, Rio de Janeiro, ISER, 1990.

na Universidade de São Paulo, revela, por exemplo, a importância acadêmica que vem ganhando o tema da violência no cenário brasileiro.

#### b) Ensino jurídico

Praticamente todo pesquisador que trabalha no campo da sociologia do direito no Brasil a partir de uma inserção institucional no sistema universitário desenvolveu algum tipo de pesquisa empírica sobre o ensino jurídico. Apenas exemplificativamente podem ser citadas as análises já publicadas de Teresa Mirailles,<sup>44</sup> Joaquim Falcão,<sup>45</sup> Edmundo Lima de Arruda,<sup>46</sup> Horácio Wanderley Rodrigues,<sup>47</sup> Claudio Souto<sup>48</sup> e José Eduardo Faria.<sup>49</sup>

Ao se tornar um objeto de reflexão necessária, o tema do ensino jurídico certamente pode ser utilizado como indicador do “auditório” virtual dos sociólogos do direito: as faculdades de direito. Voltada para uma análise interna —ou seja, para a instituição na qual é produzida— esta vertente não representa apenas uma crítica ao lado escolástico do ensino do direito, mas traduz o campo em que estes pesquisadores atuam e, em consequência, o campo em que têm alguma possibilidade de interferência.

Inseridos assim, em um espaço institucional que atribui um caráter subversivo a toda reflexão crítica sobre o direito, a maioria destas pesquisas combate o caráter dogmático do ensino jurídico, que impede os alunos de pensarem criticamente a relação entre o direito e a sociedade, defendendo, por consequência, a implantação de um outro currículo para o curso de direito, com a introdução de disciplinas mais reflexivas, como seria o caso, por exemplo, da própria sociologia do direito.

Esta preocupação sobre o ensino jurídico, no entanto, não vem sendo acompanhada de pesquisas significativas sobre os operadores do direito, ou seja, sobre advogados, juízes, promotores, defensores públicos, etc., destacando-se quase como exceção as análises de Joaquim Falcão sobre o advogado

<sup>44</sup> Mirailles, Teresa & Falcão, Joaquim, “Atitude dos professores e alunos do Rio de Janeiro em face ao ensino jurídico e sua reforma”, In: Souto, Claudio & Falcão, Joaquim, *op. cit. supra* nota 19.

<sup>45</sup> Falcão, Joaquim, *Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*, Recife, Fundação Joaquim Nabuco: Massangana, 1984.

<sup>46</sup> Arruda Junior, Edmundo Lima de, *Ensino jurídico e sociedade*, São Paulo, Acadêmica, 1989.

<sup>47</sup> Rodrigues, Horácio Wanderley, *Ensino jurídico: saber e poder*, São Paulo, Acadêmica, 1988.

<sup>48</sup> Souto, Cláudio et alii, *Mudança social e mentalidade jurídica*, Recife, CNPq, 1989.

<sup>49</sup> Faria, José Eduardo, “A reforma do ensino jurídico”, *op. cit.*

e sobre o bacharel em direito,<sup>50</sup> de João Baptista Herkenhoff sobre o juiz do interior,<sup>51</sup> de Sérgio Adorno sobre o bacharel de direito na formação do Estado Nacional<sup>52</sup> e a recentemente publicada obra de Roberto Aguiar sobre os advogados.<sup>53</sup>

### III. ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Sem dúvida o tema da administração da justiça constitui o núcleo central das análises da sociologia do direito brasileira, a tal ponto que já tivemos a oportunidade de afirmar em outra ocasião,<sup>54</sup> que o Brasil acompanha a tendência internacional detectada por Boaventura de Souza Santos de constituição de uma sociologia da administração da justiça.<sup>55</sup>

Impulsionada primeiramente pelos movimentos sociais que se desenvolveram no final da década de setenta no marco da redemocratização do país, as pesquisas empíricas sobre a administração da justiça concentraram-se na análise da inadequação do direito estatal para a resolução dos conflitos coletivos então emergentes e do conseqüente surgimento de um direito não oficial e de uma cultura jurídica supostamente mais aptos a resolver os conflitos de populações política, social e juridicamente marginalizadas.

Nesta linha de investigação, a influência da investigação desenvolvida por Boaventura de Souza Santos no início da década de setenta em uma favela da cidade do Rio de Janeiro<sup>56</sup> é inegável, como se pode depreender das pesquisas realizadas por Joaquim Falcão<sup>57</sup> e por Alexandrina Sobreira Moura<sup>58</sup> sobre os conflitos urbanos do Recife, a tentativa de atualização da análise de Boaven-

<sup>50</sup> Falcão, Joaquim, *op. cit. supra* nota 44.

<sup>51</sup> Herkenhoff, João Baptista, *A função judiciária no interior, (pesquisa sócio-jurídica empírica realizada no Espírito Santo)*, São Paulo, Resenha Universitária, 1977.

<sup>52</sup> Adorno, Sergio, *Os aprendizes do poder*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.

<sup>53</sup> Aguiar, Roberto, *A crise da advocacia no Brasil*, São Paulo, Alfa-Omega, 1991.

<sup>54</sup> Junqueira, Eliane, *A sociologia jurídica brasileira através do espelho*, Montpellier, mimeo., 1991.

<sup>55</sup> Santos, Boaventura de Souza, "Introdução à sociologia da administração da justiça", In: Faria, José Eduardo (org.), *Direito e justiça: a função social do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1989.

<sup>56</sup> Santos, Boaventura de Souza, "The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada", *Law & Society Review*, Denver, 1977, 12(1): 5-126.

<sup>57</sup> Falcão, Joaquim (org.), *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*, Rio de Janeiro, Forense, 1894.

<sup>58</sup> Moura, Alexandrina Sobreira de, *Terra do Mangue: invasões urbanas no Recife*, Recife, Massangana, 1990.

tura desenvolvida por Eliane Junqueira e José Augusto de Souza Rodrigues<sup>59</sup> e a pesquisa de Maria Cecília Mac Dowell dos Santos sobre os juizados de conciliação de São Paulo.<sup>60</sup>

Devem ainda ser mencionadas as investigações desenvolvidas por Margarida Maria Moura<sup>61</sup> que, em uma perspectiva mais antropológica, analisou a resolução de conflitos em uma comunidade rural, por Luciano Oliveira e Affonso Pereira sobre a resolução de determinados conflitos coletivos (de consumo, ecológicos ou trabalhistas) pela via administrativa,<sup>62</sup> por José Ribas Vieira, sobre a resolução coletiva de conflitos por associações de moradores de bairros de classe média no Rio de Janeiro,<sup>63</sup> e a clássica pesquisa coordenada por Miranda Rosa na década de setenta sobre a resolução de determinados conflitos sociais.<sup>64</sup>

Apesar de ter, pela necessidade de adoção de algum critério de seleção, privilegiado as investigações publicadas —em livros ou em artigos— na última década, este mapeamento permite algumas conclusões.

Em primeiro lugar, não deixa de ser interessante observar que a sociologia do direito brasileira não tem uma produção o7 3 significativa no campo de uma sociologia do direito de família, ou mesmo de uma sociologia do direito do trabalho. Excluindo-se o tema do ensino jurídico que, como visto, é determinado pela própria dinâmica interna ao campo, as duas temáticas mais desenvolvidas no campo das pesquisas empíricas da disciplina foram a violência urbana e a administração da justiça. Neste sentido, considerando-se que estas questões representam dois dos principais problemas enfrentados pela sociedade brasileira na última década, percebe-se que a disciplina —como ocorre aliás com os

<sup>59</sup> Junqueira, Eliane & Rodrigues, José Augusto de Souza, “A volta do parafuso: cidadania e violência”, In: Plastino, Carlos Alberto et alii, *Direitos humanos: um debate necessário*, São Paulo, Brasiliense, 1989.

<sup>60</sup> Santos, Maria Cecília Mac Dowell dos, “Juizados informais de conciliação em São Paulo: sugestões para a pesquisa sócio-jurídica”, *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, verão 1989/90, (51): 104-126.

<sup>61</sup> Moura, Margarida Maria, “As relações sociais na fazenda: a lógica das ações judiciais”, *Ciências Sociais Hoje —1984*, São Paulo, ANPOCS, Cortez, 1984.

<sup>62</sup> Oliveira, Luciano & Pereira, Affonso, *Conflitos coletivos e acesso à justiça*, Recife, Fundação Joaquim Nabuco, Massangana, 1988.

<sup>63</sup> Vieira, José Ribas, “Associações de moradores no Rio de Janeiro e o acesso ao Judiciário: a busca de um caminho democrático”, *Separata da Revista do TRT*, - 8a. Região. Belém, jul/dez. 1984, 17(33):43-51.

<sup>64</sup> Rosa, Miranda, *Direito e conflito social*, Rio de Janeiro, Zahar, 1981.

outros campos das ciências sociais— escolhe por objeto as principais questões da sociedade que tem por referente.

Por outro lado, grande parte da produção publicada deriva não da sociologia do direito de juristas, mas da sociologia do direito dos sociólogos, como Antonio Luiz Paixão, Alba Zaluar, Paulo Sergio Pinheiro, Sergio Adorno, Margarida Maria Moura, Luciano Oliveira, muitos dos quais nunca fizeram parte do GT Direito e Sociedade, provavelmente em função do estigma do Grupo dentro da comunidade interpretativa das ciências sociais.

A presença mais significativa de sociólogos no campo da pesquisa empírica da área direito e sociedade, no entanto, longe de ser uma perspectiva animadora indica, pelo tratamento de temas que seriam inerentes à disciplina em outros espaços institucionais —espaços reconhecidamente das ciências sociais, como o CEDEC (Centro de Estudos de Cultura Contemporânea) e o CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento)—, a resistência dos profissionais das ciências sociais em se reconhecerem como sociólogos do direito, em razão da carga negativa desta rotulação.

Em terceiro lugar, uma das poucas instituições de pesquisa não universitária que explicitamente assume estar trabalhando na área de reflexão Direito e Sociedade é a Fundação Joaquim Nabuco, com as investigações realizadas por Joaquim Falcão, Luciano Oliveira, Affonso Pereira e Alexandrina Moura, grupo que, diga-se de passagem, fundou o GT Direito e Sociedade na ANPOCS com base tanto na autoridade individual de seus integrantes, como no peso institucional desse Centro de Pesquisa. As atividades do Departamento de Pesquisa da Seção Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil, que na segunda metade da década de oitenta parecia despontar como um novo pólo de produção na área sofreram no início dos anos noventa uma inflexão, demonstrando não apenas a dependência deste Departamento à política dos presidentes da entidade, como também a não priorização, dentro do mundo jurídico, de discussões pertinentes à área *direito e sociedade*.<sup>65</sup>

Assim, sem outro vínculo institucional que não os Departamentos de Direito das Universidades —onde se torna cada vez mais difícil desenvolver alguma espécie de pesquisa regular—, os juristas sociólogos do direito torna-

<sup>65</sup> O Departamento de Pesquisa da OAB/RJ desenvolveu-se principalmente na gestão Nilo Batista, que havia inclusive fundado o Departamento na gestão anterior. Atualmente, mesmo tendo sido realizada, no período de 1989-90 uma pesquisa na área da propriedade rural, em função do Departamento ter sido dirigido por Miguel Pressburguer, as atividades do Departamento —que conta com apenas uma pesquisadora— limitam-se ao apoio institucional a pesquisas que pesquisadores externos pretendam realizar.

ram-se cavaleiros andantes, solitários e hostilizados tanto pela sociologia, quanto pelo direito.

#### A. O sentido da orientação

Apesar do aspecto valorativo ser inerente às ciências sociais, em razão da existência de uma “relação simbiótica entre descrição e avaliação”, onde as “próprias descrições dos objetos de estudo têm implicações ideológicas”,<sup>66</sup> o caráter militante da sociologia do direito brasileira tende a ultrapassar os limites aceitos pela comunidade interpretativa da ciência social “normal”.

Em verdade, todas as análises sobre a sociologia do direito brasileira<sup>67</sup> —assim como sobre a sociologia do direito latino-americana—<sup>68</sup> concordam com o caráter militante da produção desse campo intelectual. Neste sentido, apesar de discordando dessa classificação, que teria valor meramente didático, José Eduardo Faria relembra que têm sido identificadas três grandes vertentes nesta disciplina, a européia, de caráter mais teórico, a norte-americana, de tradição empírica, e a latino-americana, de “postura marcadamente ideológica”.<sup>69</sup>

Ainda que concordando com as restrições de José Eduardo Faria a esta rotulação, é inegável que a sociologia do direito brasileira pode ser considerada como uma “sociologie engagée” ou, segundo Robert Friedrich,<sup>70</sup> uma sociologia profética, comprometida com uma determinada visão de mundo.

Sem negar a existência de análises que pretendem apenas compreender a realidade sem um compromisso mais explícito com alguma imagem da sociedade ideal, é inegável que a pressão das demandas sociais da realidade brasileira, aliada à influência da “Critique du Droit” e do “Critical Legal Studies”, movimentos que aportaram uma perspectiva marxista para a análise do direito, teve como resultado a predominância da sociologia do direito “profética” sobre a sociologia do direito “sacerdotal”.

De início dirigida principalmente para a análise dos movimentos sociais, a partir da necessidade de defesa de direitos coletivos fundamentais, como o direito de moradia e o direito de uso da terra, atualmente a vertente “profética”

<sup>66</sup> Alexander, Jeffrey, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 8.

<sup>67</sup> Faria, José Eduardo & Campilongo, Celso, *op. cit. supra* nota 6.

<sup>68</sup> Pérez Perdomo, Rogelio, *op. cit. supra* nota 9.

<sup>69</sup> Faria, José Eduardo & Campilongo, Celso, *op. cit. supra* nota 5.

<sup>70</sup> Friedrichs, Robert, *Sociología de la sociología*, Buenos Aires, Amorrortu, 1972.

da sociologia do direito tem se concentrado na investigação do que vem sendo denominado de direito alternativo (direito insurgente), consolidando a noção de pluralismo jurídico como categoria fundamental da reflexão sobre a relação direito e sociedade em um país plural como o Brasil.

Este redirecionamento da produção da sociologia do direito brasileira corresponde, de um lado, à perda de força dos movimentos sociais nos últimos anos, e, de outro lado, ao crescimento do movimento de utilização alternativa de um direito tanto pelos serviços jurídicos populares de organizações não governamentais (ONGs) —como a AJUP (Instituto Apoio Jurídico Popular) e o GAJOP (Gabinete de Assessoria às Organizações Populares)— como por determinados magistrados, reunidos principalmente no Movimento da Magistratura para a Democracia.

Assim, as principais reflexões deste novo “discurso”, que retoma Pasukanis, Gramsci e, logicamente, Marx e pretende construir um “novo pensamento jurídico”, não se originam na Universidade, mas dos “juízes alternativos”, e dos coordenadores dos “serviços legais alternativos”. Em um ou outro caso, contando com um forte apoio institucional que garante canais de comunicação —como as publicações da AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul), do GAJOP e do AJUP— objetiva-se construir um “outro direito” pela intervenção dos advogados dos movimentos populares.<sup>71</sup>

Isto não significa, no entanto, que a academia tenha se colocado à margem dessa reflexão. Muito pelo contrário, é inegável que a vertente vem ganhando espaço no meio acadêmico, quer através de pesquisas-ação (principalmente as realizadas pelo Núcleo de Estudos da Paz e Direitos Humanos, da Universidade Federal de Brasília (UnB), que, coordenado por José Geraldo de Souza Junior, desenvolve o projeto “Direito Achado na Rua”, com o objetivo de conscientizar juridicamente os movimentos populares), quer de análises mais teóricas, como a desenvolvida por José Eduardo Faria<sup>72</sup> e por Edmundo Lima de Arruda.<sup>73</sup> A existência de publicações —como o livro *Lições de Direito Alternativo*, já no segundo volume, e a *Revista sobre Direito Alternativo*— e a realização anual de

<sup>71</sup> Rech, Daniel, *Direito insurgente: o direito dos oprimidos. Seminários*, Rio de Janeiro, (14): 3-5, out. 1990.

<sup>72</sup> Faria, José Eduardo, *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

<sup>73</sup> Arruda Junior, Edmundo Lima (org.). *Lições de direito alternativo*, São Paulo, Acadêmica, 1991.

congressos sobre a temática confirmam a institucionalização do tema nas faculdades de direito.<sup>74</sup>

Em suma, independentemente das críticas —dirigidas principalmente para o paradigma utilizado por esta sociologia do direito “engagée”, já que grande parte das reflexões dos “juízes alternativos” e dos “serviços jurídicos alternativos” parece desconhecer que o marxismo vem sendo substituído por outros instrumentos de análise, como o paradigma estrutural-funcionalista, o paradigma organizacional e o paradigma sistêmico—<sup>75</sup> que vêm sendo feitas a esta reflexão politicamente orientada, não resta dúvida de que se trata de um movimento que vem conseguindo o que a reflexão academicamente orientada não alcançou em mais de uma década de tentativa de legitimação, ou seja, a institucionalização essencial para a sobrevivência de um campo discursivo.

#### IV. CONCLUSÃO

Evidentemente, este ensaio não pretende revelar o único paradigma possível para uma sociologia da sociologia do direito, que pode comportar múltiplas perspectivas analíticas.

Assim, se a exemplo de Robert Friedrich,<sup>76</sup> assumimos inteiramente a responsabilidade pela primeira sociologia, no entanto, em relação à sociologia do direito, a “responsabilidade é comum”, comum a todos nós que estamos empenhados em lutar por um espaço entre o fogo cruzado de sociólogos e juristas. Se somos “outsiders” no campo o7 3 institucional/intelectual tanto das ciências sociais como no do direito, a institucionalização —entendida como não submissão às exigências externas ao campo da disciplina, a autonomia das decisões, a existência de uma comunidade científica estruturada e reconhecida, a existência de pesquisa como atividade permanente e de carreira profissio-

<sup>74</sup> Estes congressos, organizados por um determinado setor da Faculdade de Direito da Universidade de Santa Catarina têm tido grande repercussão. Em 1991, o congresso reuniu 1200 pessoas, entre estudantes e profissionais do direito, já estando previsto, para agosto de 1992, outro encontro, este especificamente sobre o Direito do Trabalho Alternativo. Também a Pontifícia Universidade Católica da Bahia vem apoiando esta área, com a realização de um seminário sobre o tema em maio de 1992.

<sup>75</sup> Esta é análise que vem sendo realizada, por exemplo, por André-Jean Arnaud. Apud. Capeller, Wanda. “Entre o ceticismo e a utopia: a sociologia jurídica latino-americana frente ao debate europeu”, em Correias, Oscar (editor), *Sociologia Jurídica en América Latina*, Oñati, 1991.

<sup>76</sup> Friedrichs, Robert, *op. cit. supra* nota 70.

nal—<sup>77</sup> desta disciplina talvez represente a única possibilidade, pela criação de canais próprios de interlocução e de instâncias de produção de conhecimento e de legitimação, de consolidação e consagração de *direito e sociedade* como uma área de reflexão específica.

A distância analítica necessária para produzir um discurso que ultrapasse os limites do jornalismo engajado pressupõe a institucionalização de “programas de pesquisa” onde, independentemente do *fiat lux* de qualquer ciência normal completamente paradigmática, pesquisadores possam ser socializados, onde possam ser estabelecidos determinados standards de qualidade teórica e metodológica, onde as pesquisas e as questões por elas levantadas tenham uma continuidade mínima, dando, assim, à comunidade interpretativa envolvida com a sociologia do direito alguma organicidade.

Ao contrário do que poderiam pensar os mais ávidos de participação, só poderá haver diálogo produtivo com as questões do presente colocadas pela vida social se o campo intelectual da disciplina possuir densidade necessária para refletir sobre suas questões ao invés de ser atravessado por elas.

Assim, as duas questões básicas da sociologia do direito brasileira —a definição dos interlocutores (do “auditório”) dessa comunidade e o sentido da orientação das reflexões da disciplina— resumem-se, em verdade, a apenas uma questão. A especificidade do direito como técnica e como arte, ancorada em uma função social, leva a crer que na opção acadêmica os sociólogos são os naturais interlocutores da disciplina, enquanto o “auditório” da opção politicamente orientada é formado basicamente por juristas.

Concluindo, apesar de constituírem dois espaços com regras próprias de construção de seus respectivos discursos, a Universidade e as ONGs constituem alternativas igualmente válidas. No entanto, em razão dos diferentes lugares que podem conduzir essas bifurcações, torna-se cada vez mais urgente uma opção entre o discurso acadêmico e o discurso “engajé”. A opção depende de cada um de nós. Façam suas apostas, senhores...

<sup>77</sup> Oliveira, Lucia Lippi, “A institucionalização do ensino das ciências sociais”, *In*: Bomeny, Helena & Birman, Patrícia, *op. cit.*, *supra* nota 16, p. 55.

## DIFERENCIACIÓN ENTRE TEORÍA, MÉTODO Y TÉCNICA

Carlos MALLORQUÍN<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Este artículo discute la noción de que el desarrollo y transformación de las teorías es supuestamente un producto de cierto “método” en acción, el cual es considerado independiente de los objetos discursivos y los problemas internos de las teorías. Es en referencia especial al trabajo de Durkheim que estas hipótesis son desarrolladas. En relación con lo que se considera una “teoría”, se cuestiona la viabilidad de crear un consenso entre la comunidad de científicos sociales. Los supuestos diversos de las diferentes “epistemologías” son algunos de sus obstáculos, por otro lado, propone que es precisamente la noción de epistemología en general, como una forma legislativa para evaluar los discursos la que debe ser desplazada. Finalmente, incorporando algunos de los debates sobre este punto, se ofrecen algunas propuestas para analizar y evaluar los discursos.

**ABSTRACT:** This article discusses the notion that the transformation and development of theories is supposedly a product of a certain “method” in action, which is considered independent of the discursive objects and internal problems of the theories. It is with special reference to the work of Durkheim that this hypothesis is developed. With respect to what is considered a “theory”, it questions the viability of begetting a consensus within the community of social scientists. The diverse assumptions of the different “epistemologies” are some of the obstacles, on the other hand, it posits that it is precisely the notion of epistemology in general, as the legislative form to evaluate discourses which should be displaced. Finally, incorporating certain debates on this issue, a few proposals are offered to analyze and evaluate discourses.

Este artículo discutirá las relaciones entre la teoría, el método y las técnicas de recopilación de datos. Se propone problematizar la concepción que presupone vinculaciones determinantes unívocas entre estas entidades; especialmente la idea de que la evolución y transformación del discurso teórico puede deducirse de una “metodología” o “método” en particular. Esto se realizará a través de un análisis y contrastación de dos textos clásicos de E. Durkheim: *El suicidio* y *Las reglas del método sociológico*. Antes de pasar a dicho tema,

<sup>1</sup> Universidad Autónoma de Puebla.

otras perspectivas serán consideradas respecto el vínculo entre la "teoría" y el "método".

Sin embargo, las insuficiencias y contradicciones encontradas entre los principios "metodológicos" postulados por Durkheim y los discursos substantivos de su sociología, no debe llevar a pensar que estos podrían reconciliarse por medio de una simple reconceptualización del "método". Si se parte de la idea de que Durkheim simplemente se "extravió" y no siguió al pie de la letra su propuesta metodológica, entonces no cabe duda que aún es factible seguir sosteniendo que es posible materializar el discurso metodológico o epistemológico, cuestión que aquí se problematizará. Aquí expondremos la estrategia que adopta Durkheim para analizar el suicidio como un producto de un texto metodológico, lo cual deja a un lado el examen más a fondo de si la teoría durkheimiana es o no consistente. Pero una conclusión, ya sea positiva o negativa respecto esta teoría, no puede deducirse de haber encontrado una discrepancia entre los postulados metodológicos *a priori* y los discursos substantivos; como veremos ello implicaría asumir precisamente lo que debe cuestionarse: o sea la concepción de que el discurso, así como su transformación está gobernado por una serie de reglas o métodos "externos" a él.

Por consiguiente, lo que aquí se pondrá en tela de juicio es la concepción racionalista del discurso implícita en aquellas propuestas que asumen que el discurso o la "investigación" es producto de alguna metodología o epistemología en cuestión.<sup>2</sup> Independientemente de la incongruencia, circularidad y por tanto dogmatismo de los discursos epistemológicos, la concepción racionalista del discurso, al anteponer de manera teleológica las fuentes y orígenes del discurso en tal o cual "sujeto" o "metodología" —producto a su vez de algún supuesto epistemológico insostenible—, se ve ante la situación de tener que renegar o elaborar una explicación *ad hoc* del por qué cierto discurso engendró categorías o fenómenos conceptuales que subvierten a la "epistemología" que supuestamente fue la guía del discurso en cuestión. En otras palabras, la concepción racionalista del discurso no puede explicar la presencia de contradicciones discursivas más que remitiéndose a "errores" en la aplicación de cierto principio metodológico en particular, derivados de alguna "insuficiencia" genética o psicológica del sujeto investigador. De esta forma, el principio

<sup>2</sup> Véase para dicha crítica a los modelos «epistemológicos» de las ciencias sociales el libro de Barry Hindess: *Philosophy And Methodology In The Social Sciences* Harvester Press Ltd. 1977, y Hindess B. y Hirst P., *Mode of Production and Social Formation*, Gran Bretaña, The Macmillan Press, 1977.

explicativo determinante sobre la aparición y evolución del discurso queda subrepticamente desplazado por una subsecuente elaboración externa.

En síntesis: si lo que gobierna la lógica, los problemas, y el desarrollo conceptual está íntimamente emparentado por los conceptos u objetos teóricos y sus relaciones entre sí, entonces el análisis y la evaluación de los discursos se torna una tarea que deberá considerar los siguientes aspectos:

1. Es impropio postular “metadiscurso” alguno para evaluar los discursos substantivos.
2. Estos tendrán que analizarse en base a sus propias propuestas, orden y relaciones conceptuales, y la forma en que construyen discursivamente sus objetos.
3. Por lo tanto, el análisis examinará la consistencia teórica de dichos postulados, independientemente de que se digan ser productos de epistemología o metodología alguna.

Del hecho de que el discurso de la epistemología sea “imposible”, no puede deducirse que los discursos que se dicen ser productos de ella también lo sean, de otra manera estaríamos asumiendo precisamente lo que aquí se está criticando: que la evolución y transformación del discurso tiene una lógica predeterminada ya sea por una “metodología”; un “autor” o la “realidad”.

Ahora bien, si esta propuesta incluye criterios para evaluar ciertas teorías, su evolución así como su transformación, estos no parten de supuestos implícitos o explícitos de la problemática epistemológica. Al final describiremos los efectos negativos que engendra el discurso epistemológico en los análisis del discurso; por ahora, en cuanto a la noción del discurso epistemológico, esta la definiremos por las siguientes características: es una concepción que establece que el discurso es el resultado de haber realizado una correlación, o representación discursiva entre un sujeto y un objeto preconstituidos.

Llegar a definir las características de una “teoría”, y lograr cierto consenso al respecto entre la comunidad de los científicos sociales es una tarea difícil, por no decir imposible. En primer lugar, las diferencias entre “teoría”, “método” y “técnica”, así como la variedad y dispersión de los discursos teóricos imposibilitaría semejante labor; por otra parte, los intentos de algunos teóricos de progresar en dicha dirección terminan postulando un corte radical entre teoría y método, que además deja a un lado los aspectos concernientes a las “técnicas” de construcción y recopilación de datos. En

ocasiones esto es consecuencia directa de presuponer que la “técnica” de construcción de datos forma parte del “método”.

Se analizará brevemente a uno de estos teóricos, Emile Durkheim, en lo que se refiere a la relación método-teoría y se intentará demostrar que el objeto teórico o la “teoría” predetermina la lógica, los objetivos, preguntas y formas de construir los datos, así como las conclusiones de la investigación. Esto implica que la aparición de ciertos textos no puede concebirse, y mucho menos reducirse, a la materialización de un método en particular.

En primer término se expondrán brevemente ciertas posturas en torno a la noción de la “teoría” y del “método”; en segundo lugar se analizará la explicación teórica de Durkheim sobre el suicidio contrastándola con su texto “metodológico”. Finalmente se ofrecerán algunos lineamientos de una posible estrategia teórica que no esté comprometida con los parámetros epistemológicos y particularmente en lo que se refiere a las presuposiciones de las etapas y pasos que deben llevarse a cabo para realizar una investigación. De esta forma, la evolución del discurso no puede plantearse como un fenómeno que está predeterminado, lo cual obliga realizar un análisis de la forma en que construye sus objetos teóricos por medio de cierta estructura conceptual, y aquí ya no cabe explicar su lógica o su desenvolvimiento remitiéndose a entidades “externas”, ya sean las supuestas particularidades del autor/investigador o el de la “realidad”.

En lo general, las presuposiciones epistemológicas de los “métodos” no se hacen explícitas, pero ello no obstaculiza a sus usuarios decir que el discurso teórico substantivo es su cosecha. La elaboración de criterios generales para diferenciar entre “teoría” y “método” no sería una tarea imposible sino fuera porque ello implica criterios de discriminación diferentes, sustentados en disímiles presupuestos teóricos, o “metodológicos” como en ocasiones se los denomina. En otros términos, sus diferentes puntos de partida obstruyen la posibilidad de un consenso en la “comunidad científica” sobre la consistencia de cierta diferenciación y relación entre la “teoría” y el “método”. Según R. Merton:<sup>3</sup>

Las teorías de alcance intermedio consisten en grupos limitados de suposiciones, de las que se derivan lógicamente hipótesis específicas y son confirmadas por la investigación empírica.

En primer lugar, esta definición de la “teoría intermedia” asume que es la presencia de “suposiciones” lo que hace posible la aparición de las “hipótesis”.

<sup>3</sup> *Teoría y estructura sociales*, México, F.C.E. p. 87.

Es a través de una “investigación empírica” que estas serán confirmadas o desechadas; en segundo lugar, este es el criterio o principio con el cual Merton evalúa o critica a las teorías “totalizadoras”, ya que estas —según Merton— no contienen elementos empíricamente contrastables. Por otro lado, un teórico como S. Toulmin, dado su punto de partida, no aceptaría las concepciones de Merton en lo que respecta a la función de la teoría, ni en la forma de relacionarla con lo “empírico”. Por ejemplo, escribiendo en referencia a Mach dice:

...pero es esencial ver desde el comienzo que no puede existir cuestionamiento alguno entre reportes observacionales y doctrinas teóricas como conectadas en la forma que pensó Mach: la relación lógica entre ellas no puede ser deductiva.<sup>4</sup>

Esta postura respecto la relación entre la teoría y lo “empírico” o lo “real”, acarrea consigo problemas que surgen únicamente de planteamientos epistemológicos; o sea a raíz de la relación “sujeto”-“objeto” y la noción del conocimiento y desarrollo teórico como un proceso de representación-correlación-verificación entre dichas entidades. La importancia en destacar las anteriores antítesis y sus posibles distintas posturas, tiene la función de recordar que cada teoría y sus prácticas suponen formas muy disímiles de relacionar y validarlas, es decir, proponen perspectivas conceptuales diversas y contrapuestas para llevar a cabo esa tarea. Además, algunas teorías no siempre descartan aquellas “suposiciones” o “conceptos” por el hecho de no haber podido confirmar ciertas “hipótesis”.

Por otro lado, se podrían ofrecer definiciones bastante abstractas para poder subsumir una gran variedad de concepciones sobre lo que supone ser la teoría, por ejemplo:<sup>5</sup>

Una teoría es un conjunto de enunciados sistemáticamente relacionados, que incluyen algunas generalizaciones del tipo de una ley, que es empíricamente contrastable.

Pero estas “definiciones”, debido a la gran generalidad con que funcionan, tienen el problema de que hacen posible que cualquier sistema teórico-discursivo pueda ser comprendido por ella. De tal forma que en última instancia, puede ser argumentado, que todas las teorías son contrastables empíricamente, ya sea de manera “directa” como “indirecta”.

<sup>4</sup> *The Philosophy of Science*, Londres, Hutchinson & Co., 1955, p. 41.

<sup>5</sup> Rudner, R. S., *Filosofía de la ciencia social*, Madrid, Alianza, 1980, p. 30; las cursivas son del autor.

Cuando pasamos a la cuestión del método, similares problemas surgen, no sólo por la diversidad de significados con que se utiliza la categoría, sino además por los presupuestos epistemológicos que llevan a cuestras. Hablando del método científico, B. Russel nos habla de la importancia de

...observar los hechos significativos... en sentar hipótesis que si son verdaderas, expliquen aquellos hechos... en deducir de estas hipótesis consecuencias que puedan ser puestas a prueba por la observación.<sup>6</sup>

Una señal de controversia podría señalarse; ¿en base a qué criterios presuponemos que los hechos observados son los “significativos”? Esta tesis aparenta decir que los hechos pueden ser concebidos de manera ateorica.

Para Merton el “método” es idéntico a la lógica del procedimiento científico, y a la manera en que la teoría progresa y produce sus resultados “válidos”. Es de tal forma que la sociología ha utilizado la noción de “método” para proponer las bases para sustentar su “cientificidad”. En ambos ejemplos, el método aparece como una técnica o estrategia discursiva *independiente* del objeto teórico de la disciplina en cuestión; ello garantiza —supuestamente— que un empleo adecuado del “método” promueve la científicidad del saber y sus “resultados”. Cabe destacar que el propio Merton no logra desplazar la ambigüedad de estos postulados, por una parte conoce de antemano lo que se debe comprobar o falsificar, es decir, las “hipótesis” y estas no son producto alguno de fuentes metodológicas, pero por otro, la materialización y el uso del método se presenta para diferenciar la teoría científica de la pura especulación.

Antes de pasar a exponer la propuesta que explica los “resultados” de la “investigación” como producto del objeto discursivo y la lógica interna del discurso en cuestión, cabe destacar también que incluso a cierto “nivel” es el discurso teórico el que determina las técnicas de construcción de datos requeridas por una investigación. Digamos que una técnica de construcción de datos comprende los siguientes elementos: en primer lugar, la recolección de información, el análisis, la correlación de los datos, que a su vez es producto de la construcción de los cuestionarios y los surveys. Asimismo debe establecer dónde y qué divisiones se realizarán en las categorizaciones de los datos.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> *La perspectiva científica*, México, Ariel, 1974, p. 48.

<sup>7</sup> Tanto el texto de Padúa, Jorge, *Técnicas de investigación en las ciencias sociales*, México, F.C.E., 1979, como el de Alonso, Jorge, *Metodología*, México, F.C.E., 1984, parten del supuesto de que las técnicas dependen de objetivos teóricos que guían a las preguntas que construyen las técnicas o modalidades en la construcción de los datos. Por su parte, Pardinas, F., en *Metodología*

Como último paso es necesario analizar-ordenar la información recolectada; estas "fases" no pueden simplemente implementarse sin tomar en cuenta que tanto las divisiones, así como las preguntas que se realizan para construir los datos tienen condiciones de existencia teóricas. Es decir, si se acepta la definición abstracta de la técnica de construcción de datos presentada anteriormente, esta implica toda una superestructura teórica.

A continuación se analizará la manera en que algunos teóricos llevan a cabo y ponen en práctica un método, suponiendo que la técnica de construcción de datos está inmersa en el método.<sup>8</sup> Aquí se planteará que el discurso está exento de lógica predeterminada alguna, o si acaso esta obedece a la manera en que se construyó el objeto teórico y sobre el cual gira, pese a sus posibles problemas conceptuales; ello significa que las transformaciones del discurso requieren de una estrategia de reconceptualización y desplazamientos de ciertos conceptos; tarea, como he dicho, eminentemente teórica y "discursiva". Por lo tanto, los supuestos epistemológicos del discurso teórico, ya sean explícitos o implícitos, pueden ser una fuente de obstáculos importantes para la transformación teórica; en ocasiones, por ejemplo, obviando cierta información u otro análisis. Intentaremos corroborar estas ideas haciendo una lectura comparativa entre el texto *Las reglas del método sociológico*,<sup>9</sup> en el cual Durkheim propone ciertas normas para realizar investigaciones sociológicas, y su monografía *El suicidio*.<sup>10</sup>

Durkheim procreó e hizo perdurar un mito en la ciencia social: se trata del mito que plantea que el discurso teórico está guiado por ciertas reglas o métodos. Se comprende mejor la estrategia y el dispositivo de esta figura por la época en que Durkheim se encuentra escribiendo; el positivismo es parte de un movimiento que sólo rendiría —al estilo A. Comte— todos sus frutos cuando se instaure la ciencia de lo social, Durkheim se propuso la construcción y

y técnicas de investigación en ciencias sociales, Buenos Aires, Siglo XX, 1969, presume que la investigación y las técnicas son un procedimiento que las ciencias sociales deben adoptar, por cuanto las considera neutrales respecto de los objetos concretos de cada disciplina.

<sup>8</sup> Puede verse al respecto Mallorquin, Carlos, «El inconciente en Levi-Strauss», en *Crítica*, Puebla, U.A.P., 1982, núm. 13, donde se propone que el discurso de Levi-Strauss no puede deducirse de un supuesto método «estructuralista»; depende más bien de la concepción que este autor tiene sobre la lengua.

<sup>9</sup> Buenos Aires, Schapire, 1976, *Las reglas...* de aquí en adelante.

<sup>10</sup> México, UNAM, 1974.

sistematización de este espacio discursivo. En su lucha por ubicar a la sociología a la par de otras disciplinas “científicas”, fue necesario presentarla como producto de un método. Se sabe, no obstante, que los análisis de Durkheim, en contraste con los teóricos neokantianos<sup>11</sup> (H. Rickert, W. Dilthey, M. Weber, etcétera), no diferenciaba entre un universo “cultural” y otro “natural”; igualmente, para Durkheim, era insostenible la idea de que existían diversas formas de acceder al conocimiento, entre las ciencias “naturales” o “sociales”, más bien el “modelo” de las primeras era el indicado para pensar y construir las segundas.

Se presupone entonces que el desarrollo del discurso teórico debe estar respaldado por algún método; este juega dos papeles importantes —pero insostenibles—: establece las reglas de acción e investigación para obtener la “verdad” y por otro lado, dictamina a la manera de un tribunal epistemológico la cientificidad de los “resultados”.

Existe entonces la idea en Durkheim de que es posible desarrollar un método en abstracto, e independiente del objeto concreto de investigación y/o los problemas que se plantearían en una obra en particular. Se propone la forma en que funciona este método y las fases o pasos que se deben tomar en cuenta para que el discurso —su producto y materialización— sea lógico, consecuente y científico.

A continuación se describirán las condiciones de la época en que nace la obra de Durkheim, para después trasladarnos a los contenidos de los capítulos de *El suicidio*; se expone de manera crítica la estrategia adoptada por Durkheim considerando sus propios postulados y de esta manera demostrar que el método de investigación postulado en *Las reglas...* (como mecanismo productor y gufa del discurso) no tiene correspondencia alguna con lo realizado por Durkheim en *El suicidio*, como nos lo quiere hacer creer.

Si existía un problema preponderante en la época de Durkheim era el de la posible disolución del orden social. A lo largo del siglo XIX, tanto los católicos como los positivistas y socialistas, renegaban de aquel “individualismo” que no estuviese comprometido con ideales sociales.<sup>12</sup> El problema del orden social se expresa tanto en A. Comte como en Saint Simon y sus religiones seculares. De hecho gran parte de la obra de Durkheim se dedica a demostrar lo que a su parecer son las deficiencias del “individualismo liberal” del

<sup>11</sup> Mallorquin, Carlos, *La concepción neokantiana de la historia*, (borrador).

<sup>12</sup> Véase la excelente obra de Lukes, S., *Emile Durkheim. His Life and Work*, New York, Harper & Row, 1972 (existe traducción por Siglo XXI).

tratado de Adam Smith: *La riqueza de las naciones*; en *La división del trabajo social*, Durkheim reconstruye de distinta manera la noción del interés "individual", y propone una forma específica de compatibilizarlo con el bienestar general y colectivo. Por su parte, M. Harris ha enfatizado la propuesta durkheimiana por una radical emancipación de la ciencia social del reduccionismo biológico.

Así, Durkheim se convierte en un recalcitrante racionalista, lo social era una realidad *sui generis*, con sus propias "leyes" y estructuras; su obra ofrece los diagnósticos así como las posibles terapias a la "anomia" presente en las sociedades modernas. Aparentemente, el análisis de *El suicidio* trataba un tema que podría verse como la máxima representación de un fenómeno privado e individual, pero Durkheim propone demostrar que este acto es un acontecimiento "social" por excelencia, con sus propias tendencias y "leyes", y que podía ser explicado por factores sociales; de hecho este libro formó parte de su campaña para establecer como ciencia a la sociología.

Trataba un tema que dominó toda su obra: encontrar los eslabones que articulan a los hombres en una vida social y el suicidio ofrecía el caso más claro de la posible disolución de las relaciones sociales.

En el "Prólogo" de *El suicidio* Durkheim dice que el objeto de la investigación se le impuso por ser uno de los más difíciles de clarificación; pero esta confesión encubre las reflexiones destacadamente teóricas por las cuales emprendió el análisis. El texto se presenta como la realización y materialización de los planteamientos metodológicos expuestos en *Las reglas...*, reitera que el aporte de este tratado es el postulado de que los hechos sociales son "externos" al individuo y "coercitivos" y por tanto "deben ser estudiados como cosas". La "Introducción" se dedica a clarificar que el término suicidio no puede, ni debe aceptarse como tal, requiere de una reformulación como parte del proceso de la investigación. El investigador

...está obligado a construir por sí mismo los grupos que quiera estudiar a fin de darles la homogeneidad y el valor específico que les son necesarios para ser tratados científicamente.<sup>13</sup>

Esto quiere decir que los "datos" no se presentan estructurados y ordenados para los fines y requerimientos del investigador. No están a la simple "observación" y de una vez por todas categorizados, consumados, para ser

<sup>13</sup> *Op. cit. supra* nota 10, p. 56.

recogidos por la “conciencia” del investigador. Surge entonces la interrogante; ¿cómo y bajo qué *criterios* se los agrupa y ordena? Más adelante volveremos a esta problemática. Para circunscribir el objeto de estudio, Durkheim propone de antemano que el suicidio no puede ser definido desde la perspectiva del móvil del agente, en primer término porque este no puede ser observado, y es un desconocido; en segundo término, la finalidad de esta conducta tampoco es el parámetro adecuado, ni indicado para definirlo, ya que pueden existir acciones similares con fines muy disímiles (por ejemplo: atraer atención sin respuesta alguna). Por lo tanto, para categorizar el suicidio, lo conducente es el hecho de que tal acto llevó a la muerte al agente en cuestión y que ello era del conocimiento del agente. Después de haber establecido que el suicidio y su tasa social no es un fenómeno “anormal”, pasa a contradecir a los teóricos que sostienen que los suicidios no pueden ser aglutinados u homogeneizados bajo una misma categoría o fenómeno. Durkheim insiste que este evento:

...tiene su unidad y su individualidad y como consecuencia, su naturaleza propia, y que además esta naturaleza es eminentemente social.<sup>14</sup>

La función del primer cuadro es precisamente la de especificar —podríamos decir “construir”— la homogeneidad e identidad del fenómeno. Allí el suicidio se presenta como una “aptitud definida para el suicidio” en distintos países de Europa. La noción de “aptitud” unifica al fenómeno de antemano y bloquea también —digamos— un análisis específico individual autobiográfico. Cada sociedad entonces, produce un contingente determinado de muertes voluntarias.

Un vez más se reitera que el objetivo del estudio es la “cifra social” o la “tasa” social del suicidio. Cuando Durkheim plantea la estrategia del análisis sobre el objeto de estudio, la división de las partes que propone, confiesa una predisposición a tratar el problema y resolverlo en términos de cierto imperalismo social como su causa primordial. Por lo tanto, expone primero aquéllas posibles causas del suicidio que llama “extrasociales” y después las sociales.

Antes de proseguir sobre este aspecto, debe destacarse que los datos y cifras que se utilizaron no los reunió el propio Durkheim; provienen de distintos países y con diversas problemáticas e instituciones públicas, con objetivos muy particulares. Se puede decir entonces que el análisis “empírico” no lo

<sup>14</sup> *Idem*, p. 63.

realizó Durkheim, el únicamente reordenó, construyó, y estructuró los datos en base a sus preguntas, que a su vez pueden deducirse de la perspectiva teórica. Esta es una labor eminentemente teórica (esto no quiere decir, que pueda existir actividad discursiva alguna que no lo sea, y mucho menos, como ya se mencionó antes, que el proceso de recabar los datos, no tenga dicha dimensión). Esto más bien supone que deben descartarse nociones de un proceso de recolección de datos, como función y producto a teórico de las capacidades sensoriales de un investigador dado.

En el "Libro Primero" ("Los factores extrasociales"), la estrategia teórica excluye aquellas posibles "causas" del suicidio que no corroboren los aspectos sociales según la disposición teórica del planteamiento de Durkheim. Por el simple expediente de construir teóricamente la definición del suicidio en términos de un acto "consciente" y resuelto del agente, descreditaba y hacía redundantes todos los argumentos que proponen la tesis de "locura" como su causa. Sin embargo, cuando Durkheim emprende dicha crítica, lo hace sin apoyo empírico alguno, es decir, "datos". A modo de ejemplo: la monomanía plantea la existencia de una zona afectada en el cerebro y Durkheim sostenía que el hombre suicida es "normal", y siempre estaba consciente de sus actos, mientras que el alienado supone haber perdido todo contacto con la "realidad exterior". Como según Durkheim el fenómeno del suicidio es algo colectivo y general, y lo psicopatológico no puede plantearse en dichos términos, tampoco puede funcionar como el sustento para explicar el suicidio. Cuando toma el caso de los neurasténicos se apoya además con datos de manera muy ágil. Destruye la relación locura-suicidio demostrando que en las zonas donde existen un menor número de dementes ("locos") es precisamente donde se encuentran un mayor número de suicidios. Nuevamente retoma las estadísticas para atacar la relación alcoholismo-suicidio: aquí se lleva a cabo una curiosa táctica, por no decir un hábil subterfugio; allí donde los datos demuestran o dan fe de una supuesta relación de causa y efecto, Durkheim la rechaza inmediatamente, argumentando una mera "coincidencia". Se dice que es el clima y el tipo de alimentación lo que impulsa un consumo creciente de alcohol. Esto nos dice que los datos tienen "vida" dentro de los argumentos en los cuales se hallan inscritos, afirman poco o nada sin las correlaciones teóricas que les dan cuerpo. Esta problemática es aún más clara cuando pasamos a analizar el "Libro Segundo" ("Causas sociales y tipos sociales").

Aquí Durkheim sigue una estrategia discursiva que va eliminando argumentos contrarios a sus postulados, caso por caso y de manera individual, de tal forma que finalmente aterriza en sus concepciones como las más adecuadas. Ello nos conduce directamente al centro de lo que se considera lo más impor-

tante: el suicidio explicado según los factores "sociales". Durkheim plantea la posibilidad de crear tipos sociales del suicidio, para después pasar a encontrar sus causas sociales específicas, como se sugería en *Las reglas...*<sup>15</sup> sin embargo Durkheim dice que esto es imposible porque no existen los materiales o datos, ni la información suficiente ("objetiva") para agruparlos bajo sus "semejanzas" y "diferencias",<sup>16</sup> propone entonces invertir el orden de la investigación. Esta estrategia elude un problema que era crucial para el texto *Las reglas...*; la tipificación ahora pasa a segundo plano en términos de su importancia en la lógica de la explicación, lo cual se presupone la existencia de diferentes tipos de suicidio, pero en esta ocasión ello se deduce no mediante sus posibles características "externas", sino a partir de sus "causas", pero cabe interrogarse si es posible localizar "causas" sin antes haber definido el fenómeno. Es obvio que Durkheim está consciente de su acrobacia dialéctica.<sup>17</sup> Por consiguiente sólo después de haber establecido las "causas" se podrá verificar el análisis, así como a los "tipos sociales". (Hay que recordar que los datos sólo distinguen una tasa). De manera explícita se establece la existencia de diversos tipos con sus causas correspondientes. Como hemos mencionado, aquí la tipificación parte de un análisis causal y no como originalmente se había planteado en *Las reglas...* En otras palabras, el orden explicativo que gobierna la elaboración de *El suicidio* y *La división del trabajo social*, viola abiertamente los postulados presentados en *Las reglas...* donde se establece que los "tipos sociales" deben obedecer y especificarse en base a cierta "morfología social". En *El suicidio*, Durkheim se propone tipificar en base a sus "orígenes", o sea en términos etiológicos. Antes de seguir, cabe aclarar que esto simplemente quiere decir que los discursos deben analizarse y evaluarse por su consistencia interna, y no en base a las supuestas reglas que sus autores dicen haber seguido.

No obstante, el rigor metodológico postulado en *Las reglas...* jamás podría haberse cumplido porque allí el discurso se está contradiciendo constantemente. Se podría decir que dichas contradicciones podrían ser consecuencia de algún lapsus de memoria, ingenuidad o "pluralidad anarquista" por parte de Dur-

<sup>15</sup> Véase por ejemplo la segunda parte del capítulo segundo: «Reglas relacionadas con la observación de los hechos sociales», así como la «Introducción» y primera parte del capítulo cuarto: «Reglas relacionadas con la constitución de los tipos sociales».

<sup>16</sup> Véase páginas 196 a 199 *El suicidio*, *op. cit. supra* nota 10.

<sup>17</sup> "De este modo —dice Durkheim—, de las causas descenderemos a los efectos, y nuestra clasificación etiológica será completada con una clasificación morfológica que servirá para comprobar la primera y viceversa", *op. cit. supra* nota 10, p. 199.

kheim, pero más allá de las explicaciones que podrían ofrecerse *a posteriori*, es imposible sostener la sentencia de Durkheim de que el investigador debe desligarse de “prenociones” o “prejuicios”; de esta forma el ordenamiento o clasificación, y análisis sería imposible. Es necesario un criterio, consciente o no para ordenar y clasificar distintos fenómenos. Es cierto que Durkheim en *Las reglas...* está consciente de semejante problema; llega incluso a preguntarse, “¿de acuerdo con qué principio podrán seleccionarse?”<sup>18</sup> Pero dicho esto, prosigue como si la clasificación o los elementos “esenciales” en dicha tarea se inscribiesen en el investigador por una milagrosa relación de exterioridad con el mundo; es en referencia a esta problemática que D. Lecourt ha dicho que ella supone más bien un proceso causal activo de lo externo —el objeto— sobre y hacia lo interno —el sujeto—:

...esta inscripción sea la que viniendo del objeto imprime sus caracteres en el espíritu “receptivo” del sujeto (variante empirista-sensualista).<sup>19</sup>

El dato (*la esencia*) surge de la simple observación. En las palabras de Durkheim (y muy a su pesar) son las “prenociones” las condiciones de existencia de una guía para ordenar, construir y encontrar los “hechos” o fenómenos. En otras palabras, estos aspectos del proceso son esencialmente teórico-discursivos, el problema está en poder discernir entre diversas formas de constituir los objetos discursivos teóricos y que de hecho gobierna el proceso de conformación de los datos.

Por tanto, es insostenible la tesis de que la investigación deba desarrollarse sin “prenociones”, y en efecto, a medida que Durkheim describe —en *Las reglas...*— las cualidades intrínsecas de los hechos sociales, leemos que estos son esencialmente de índole coercitivo y externo al individuo, pero estas proposiciones suponen ciertas “prenociones” y no son nada “empíricas” o libre de contaminación conceptual, son productos teóricos. Las semejanzas y diferencias entre los fenómenos sociales que instigan los suicidios, así como la definición de este fenómeno, mencionadas tanto en *Las reglas...* como en *El suicidio*, no pueden ser conceptualizadas más que a partir de nociones teóricas y en particular de la concepción de lo social que según Durkheim es una entidad esencialmente “coercitiva”.

<sup>18</sup> *Op. cit. supra* nota 9, p. 71.

<sup>19</sup> Lecourt, D., *Ensayo sobre la posición de Lenin en filosofía*, México, Siglo XXI, 1979, p. 47.

Si el saber supone ser conocimiento de lo real, o sea de algo externo, llámese esto lo “real”, no cabe más que suponer que este universo externo será ordenado/construido de manera *discursiva*, imputándose sus cualidades a las perspectivas del “modelo” teórico. Sólo de esta manera parecen posibles las pugnas entre diversas teorías sobre lo que corresponde lo “social”, y sus disímiles nociones en torno a la determinación y la causalidad social. Por lo tanto, difícilmente puede argumentarse que alguna teoría esté más cerca de la “realidad”, ya que esta misma figura es una construcción teórica; lo cual hace de lo “social” una entidad discursiva e impide a su vez que sea ella misma la entidad encargada de dictaminar la cientificidad de una u otra teoría a imagen y semejanza de un pontífice tribunal epistemológico.

Es en este sentido que debe entenderse la apreciación de P. Hirst cuando escribe:

La concepción del método en Durkheim se destruye por un supuesto que es necesario a él; que garantiza sus descubrimientos por una previa posesión de sus conclusiones. No puede reconocer que un determinismo científico, la producción de relaciones causales de una práctica experimental, no dependa para su existencia de cualquier supuesto sobre lo “real”.<sup>20</sup>

En lo referente a que *El suicido* es la personificación y producto de un método —que a su vez supone un proceso de correlación y de representación entre un sujeto y objeto dado de antemano, y por lo tanto “empírico”—, Durkheim no puede eludir refutarse a sí mismo; de hecho para Durkheim la clasificación de los “tipos sociales” se concibe con anticipación a su investigación:

Toda distinción específica, comprobada en las causas, implica pues, una distinción semejante entre los efectos. En consecuencia, podemos constituir los tipos sociales del suicidio clasificándolos no directamente y según sus caracteres previamente descritos, sino ordenando las causas que los producen.<sup>21</sup>

Después de haber leído *Las reglas...* proposiciones como las siguientes son problemáticas por no decir imposibles:

Sin que nos preocupemos por saber a qué se debe la *diferencia* de los unos y de los otros, investigaremos enseguida cuales son las condiciones sociales de que dependen y agrupa-

<sup>20</sup> Hirst, P., *Durkheim, Bernard and Epistemology*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1975, p. 108.

<sup>21</sup> *Op. cit. supra* nota 10, p. 198.

remos después esas condiciones, según sus semejanzas y diferencias, en un cierto número de clases separadas, y entonces podremos tener la seguridad de que a cada una de estas clases habrá de corresponder un tipo determinado de suicidios.<sup>22</sup>

El hecho de que Durkheim esté considerando la etiología del fenómeno, o sus “causas”, no necesariamente invalida su análisis, pero sí contraviene normas expuestas en *Las reglas...*; sin embargo, bien puede dificultar la explicación porque no se han determinado las especificidades del fenómeno en cuestión, que da pie a cierta arbitrariedad cuando se tenga que articular cierto “tipo social” a una causa en particular. Pero en última instancia lo que sí cabe recalcar que estos son problemas y elaboraciones que surgen de los presupuestos en la concepción teórica, en este sentido la “causa” se deduce de los supuestos teóricos sobre lo “social” según la perspectiva de Durkheim.

Lo esencial en este esquema era visualizar la forma en que los sujetos eran socializados, que a su vez partía de la noción de lo social como un organismo —coercitivo— que debe mantener cierto equilibrio. Estas deducciones provienen del modelo teórico y no dependen de las cifras sociales del suicidio; si bien las cifras en cuestión son importantes para el argumento, no debe perderse de vista que ellas también son un producto de una construcción teórica.

Si se elimina la idea de que la lógica y la evolución del discurso está gobernada por cierta regla preestablecida, se presenta una importante posibilidad: un análisis que se concentre en los tropiezos y elaboraciones conceptuales respecto de sus objetos internos, y en los problemas que surgen de sus preguntas.

Conclusión: si el análisis de Durkheim demostró algo, es que el discurso no puede considerarse como algo homogéneo y unitario. La investigación presupone ciertos objetos (constituidos discursivamente) y conceptos que hacen posible un texto. Por consiguiente el objeto del análisis debe considerar toda concepción sobre lo social como producto teórico en cuanto hace posible la existencia de distintas teorías y formas en que cada una de ellas construye su objeto. Esto nos lleva a concluir que la estructura discursiva de la epistemología en general, tampoco puede servir para comprender la evolución e interrelaciones entre los objetos discursivos. Otra estrategia viable sería aquella que se podría denominar intertextual, que implica un análisis que se concentra en las condiciones de existencia discursivas que hacen posible ciertos objetos. Es en este sentido que M. Foucault dice:

<sup>22</sup> Cursivas mías, *idem*, p. 198.

Las condiciones para que surja un objeto de discurso, las condiciones históricas para que se pueda “decir de él algo”, y para que varias personas puedan decir de él cosas diferentes, las condiciones para que se inscriba en un dominio de parentesco con otros objetos, para que se pueda establecer con ellos relaciones de semejanza, de vecindad, de alejamiento, de diferencia, de transformación, esas condiciones como se ve, son numerosas y de importancia. Lo cual quiere decir que no se puede hablar en cualquier época de cualquier cosa; no es fácil decir algo nuevo; no basta con abrir los ojos, con prestar atención o con adquirir conciencia para que se iluminen al punto de nuevos objetos, y que al ras del suelo lancen su primer resplandor. (...) el objeto no aguarda en los limbos el orden que va a liberarlo... (...) no se preexiste a sí mismo, (...) Existe en las condiciones positivas de un haz complejo de las relaciones.<sup>23</sup>

En otras palabras, en esta concepción se ha desplazado la estrategia y pertinencia de un análisis epistemológico de los discursos. A continuación señalamos algunos puntos que suponen el fin del discurso epistemológico como guía y principio legislativo de la “verdad”.

Toda epistemología tiene una estructura entre un sujeto y un objeto dado; (las cualidades del sujeto pueden ser diversas, experiencia, comunidad científica como en Kuhn, una problemática científica a la Althusser, categorías kantianas, intereses o valores a la Weber, etcétera) es decir, una entidad discursiva por un lado, y por el otro una preconstituida entidad la cual será representada por el primer nivel (el objeto también presupone una ontología que esté acorde con el esquema de representación; esta estructura puede ser material, infinita, apariencia y esencia, desorden, etcétera). La estructura sujeto-objeto es una constante en toda epistemología y las diferencias entre ellas se deben a la manera en que debe realizarse la correlación (representación, abstracción, etcétera) entre las dos entidades (discurso-realidad) con las anteriormente mencionadas cualidades del sujeto y la estructura de la realidad (objeto). Como cada epistemología propone criterios propios de científicidad, estos fundamentan la base para negar validez alguna a los discursos que se dicen estar escritos bajo un signo epistemológico opuesto; a modo de ejemplo, el positivismo excluye de antemano los discursos que comprenden objetos no observables, condenando de esta manera tanto al marxismo como al psicoanálisis. Aquí el privilegio es acordado a la experiencia de un sujeto observador, las categorías deben representar entidades comprobables. Por un lado, estos principios de demarcación (y de exclusión) no se pueden interrogar o problematizar (son sagrados) y por otro sin embargo, el positivismo no puede comprobar estas cualidades (capacidades)

<sup>23</sup> *La arqueología del saber*, México, Siglo XXI, 1983, p. 73.

bajo sus propios principios epistemológicos; la experiencia es el punto de partida y posibilidad del discurso científico; la experiencia legisla a favor de la experiencia.

Otra postura que se podría denominar racionalista excluye a otros discursos como dignos de consideración o de científicidad, bajo otros principios; aquí la experiencia no juega papel determinante (Marx y Althusser son casos ejemplares).

En este esquema para penetrar a la esencia misma del universo, se requiere de una construcción conceptual, del cual se deduce y se conoce la ontología del universo. El concepto (el objeto de conocimiento) es el que edifica y explica la realidad (objeto real). Se hace entonces una distinción entre la realidad y los conceptos y lleva implícita (no es posible comprobarlo en sus propios términos) una homología entre la evolución de la estructura conceptual y la realidad; en este sentido el mundo real se desenvuelve a semejanza del universo conceptual. La posibilidad de correlacionar estos dos niveles no puede ser un punto de discusión, es su punto de partida.

Las consecuencias negativas de un análisis epistemológico de los discursos son los siguientes: 1. Se crea un criterio general por medio del cual se evalúan y se examinan la "cientificidad" de los discursos. 2. Los objetos discursivos no reciben un análisis de sus condiciones de existencia y al no responder a los supuestos del criterio "científico" son desterrados de la vía real del conocimiento; es obvio que, por ejemplo Parsons no puede teorizar o conceptualizar el cambio social a partir de los postulados marxistas.

El objetivo entonces no es la construcción de un metadiscurso epistemológico sino una estrategia de análisis que tome los objetos del discurso —son los únicos que de hecho existen— bajo sus propios términos y en su contexto.

La ausencia de principios metodológicos (el método científico) generalmente fundamentados de manera explícita o implícita en alguna epistemología, no significa la evaporación de las relaciones sociales o un "anarquismo" discursivo, ya que un análisis intradiscursivo considera y examina las condiciones de existencia conceptuales de los objetos discursivos y que son los que hacen posible la constitución de lo social; y en este sentido ya no cabe la tradicional estructura epistemológica que concibe la emergencia del saber como un producto de una correlación (representación) entre sujeto y objeto.

En una palabra —dice Foucault— se quiere totalmente prescindir de las cosas... sustituir el tesoro enigmático "de las cosas" previas al discurso, por la formación regular de los objetos que sólo en él se dibujan. Definir esos *objetos* sin referencia al *fondo* de las cosas, sino refiriéndose al conjunto de las reglas que permiten formarlos como objetos de un discurso y

constituyen así sus condiciones de aparición histórica. Hacer una historia de los objetos discursivos que no los hundiera en la profundidad común de un suelo originario, sino que desplegara el nexo de las regularidades que rigen su dispersión (...) sin embargo eludir el momento de las “cosas mismas”, no es remitirse necesariamente al análisis lingüístico de la significación. Cuando se describe la formación de los objetos de un discurso, se intenta fijar el comienzo de relaciones que caracterizan una práctica discursiva; no se determina una organización de léxico ni las escansiones de un campo semántico: no se interroga el sentido atribuido en una época a los términos “melancolía” o “locura sin delirio”, ni la oposición de contenido entre “psicosis y neurosis”.<sup>24</sup>

La crítica aquí elaborada también concierne a los procesos de la construcción de los datos. El uso de los datos como apoyo discursivo deberá también tener en cuenta lo anteriormente descrito, de lo cual se desprende que estos no son la “realidad”, sino construcciones que ayudan a explicar ciertas concepciones sobre las relaciones sociales.

En síntesis: se planteó que la diferenciación entre teoría, método y técnica, no se puede realizar a un nivel general, porque distintas teorías proponen distintos criterios. Se hizo una breve definición de lo que sería la técnica de construcción de datos en acción y se propuso, por medio del análisis de un texto de Durkheim, que la teoría o sus conclusiones no pueden considerarse la encarnación de un método en acción, finalmente se postuló una estrategia que se podría denominar intertextual.

<sup>24</sup> *Op. cit. supra* nota 23, p. 78-79, cursivas del autor, excepto la última. Foucault insiste: “no se ha engañado en esto la sagacidad de los comentaristas: de un análisis como el que emprendo, las palabras se hayan tan deliberadamente ausentes como las propias cosas; ni descripción de un vocabulario ni recurso a la plenitud viva de la experiencia”, *idem*, p. 80.

## EL DESARROLLO DE UN ÁREA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN EL POSGRADO DE DERECHO (UNAM-UAG)

María Eugenia PADUA GONZÁLEZ<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Posgrado de derecho: breve referencia histórica.*  
III. *Desarrollo del área de sociología jurídica en el posgrado de derecho: proyecto.*  
IV. *Bibliografía sobre sociología jurídica.*

**RESUMEN:** El objetivo del presente trabajo, fundamentalmente, es proponer -para su discusión- un proyecto de desarrollo del área de sociología jurídica en el posgrado de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Autónoma de Guerrero

### I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia es una versión revisada y actualizada de la expuesta en el Congreso de Sociología de Oñati en junio de 1991, la cual ponemos nuevamente a consideración de los participantes del Congreso, por mantenerse vigentes sus planteamientos centrales. Su objetivo, fundamentalmente, es proponer —para su discusión— un proyecto de desarrollo del área de sociología jurídica en el posgrado de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Autónoma de Guerrero. Esta inquietud parte de mi trayectoria académica en dichas universidades. Después de prepararme como jurista y socióloga, durante mi experiencia universitaria como profesora de la División de Estudios de posgrado de la UNAM (DEP) he sentido constantes retos al encontrarme con una concepción de la enseñanza del derecho muy tradicional, que no corresponde con la compleja problemática del país, ni con sus necesidades, sobre todo en este momento en que se deja sentir sobre México la influencia de la transformación internacional.

<sup>1</sup> Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

La sociología jurídica es una asignatura que se lleva en un semestre en la DEP de la UNAM y mi objetivo es programarla como un seminario, en donde haya discusión y se motive al alumno para que participe con lecturas controladas sujetas a un programa previo adaptado a las necesidades de sus proyectos de investigación doctoral.

Con base en mi experiencia del funcionamiento del posgrado<sup>2</sup> y una breve referencia a la realidad latinoamericana, he reflexionado a manera de propuesta un proyecto de desarrollo del área de sociología jurídica del posgrado para ponerlo a la consideración de los participantes en este Congreso, esperando propuestas que pueden enriquecerlo.

Tal como lo expresa Elías Díaz, se entiende que la sociología jurídica tiene por objeto

la investigación sobre la eficacia y efectividad social del derecho o más plenamente sobre las complejas y fáticas interrelaciones existentes entre Sociedad y Derecho; es decir, entre formación económico-social y morfología jurídico-política.<sup>3</sup>

Oscar Correas sugiere una hipótesis acerca de la situación del objeto teórico de la sociología jurídica en países desarrollados y en países periféricos: en los países del llamado "Primer Mundo" la sociología jurídica ha tenido como objeto de investigación privilegiado la respuesta a la pregunta por la eficacia y efectividad de las normas y los efectos de las leyes y procesos sociales. En tanto, en países como el nuestro, del llamado "Tercer Mundo", la tendencia principal de nuestras investigaciones debería girar en torno de la búsqueda de los fundamentos históricos, políticos y económicos de nuestras leyes y normas y a la búsqueda de leyes y normas eficaces y adecuadas para nuestra situación geoeconómica-política cuya vida democrática está en proceso de consolidación.<sup>4</sup>

Antes de hacer mis sugerencias sobre el papel de la sociología jurídica en México tengo que hacer referencia a la situación socio-económica por la que atraviesa mi país. Si bien es verdad que en la actualidad en Latinoamérica y en

<sup>2</sup> Basado no sólo en mi experiencia como profesora, sino también en mi desempeño como secretaria académica del Posgrado desde 1988 hasta 1991.

<sup>3</sup> Díaz, Elías, *La sociedad entre el derecho y la justicia*, Barcelona, Aula Abierta Salvat, 1982, p. 36.

<sup>4</sup> Correas, Óscar, "Teoría sociológica del derecho y sociología jurídica", *Crítica Jurídica*, Puebla, 1988, núm. 8, p. 95.

muchos países del "Tercer Mundo" vivimos un resurgimiento del afán de democracia y libertad, que se ha plasmado, por ejemplo, en la ruina de las dictaduras militares de Centro y Sudamérica o en la caída de la estructura burocrático-totalitaria de los gobiernos de Europa Centro-Oriental, no deja de ser verdad también el hecho de que en la reconstrucción democrática de nuestros países predomina una cultura política y económica de corte neoliberal influida por el poder financiero y transnacional de tendencia tecnócrata y funcionalista.

Los últimos tiempos han mostrado o expresado explosivamente los límites de esta política de recortes al gasto social y de ausencia de reconocimiento a los derechos humanos y civiles más elementales, el caso de los disturbios en los Angeles, California o en Venezuela son síntomas más que evidentes de la irracionalidad social que guía esta política.

Pero ejemplifiquemos lo dicho citando a Pablo González Casanova:

La verdad es que la explotación de unos hombres por otros no sólo continúa siendo una realidad abrumadora, sino que ha aumentado y tiende a aumentar en sus dos formas principales, la que se impone a los pueblos a base de reducciones en la masa de salarios directos e indirectos. La explotación por el servicio de la deuda externa e interna y de los trabajadores por distintos medios que hacen recaer sobre ellos el pago, ha aumentado enormemente en la década de los ochentas y tiende a aumentar en términos proporcionales y absolutos y también en términos geográficos a escala mundial o global. Este hecho es el importante desde el punto de vista de la realidad social y de las ciencias sociales. La realidad social va a definir las posiciones no solamente en favor de la democracia y en contra de las dictaduras, sino también en favor de un sistema social mundial en el que desaparezca la explotación. En tal sentido las polémicas ideológicas sobre la democracia se irán aclarando en la realidad por las organizaciones e ideólogos de los oprimidos y explotados, y darán necesariamente pie a proyectos y experiencias muy distintas a las neoliberales que hoy dominan el panorama político e ideológico.<sup>5</sup>

El caso de México es muy particular, ya que está por concluirse la mesa de negociaciones encargada de planear y determinar los acuerdos del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá, si bien su realización se encuentra pendiente es casi un hecho su próxima puesta en marcha.

La innegable trascendencia económica y política del TLC es un hecho irrefutable, pero en medio del acelerado proceso de internacionalización comer-

<sup>5</sup> González Casanova, Pablo, "La crisis del mundo actual y las ciencias sociales en América Latina", *La Jornada*, México, 19 de septiembre de 1990, suplemento, p. II.

cial y económica que atraviesa el mundo, la actualización de los lineamientos del derecho internacional y nacional es una necesidad de primer orden, sobre todo en países como México, cuya experiencia competitiva a nivel internacional apenas inicia, después de un letargo de más de diez años, por ello es de relevante importancia buscar fortalecer y desarrollar no sólo la conciencia de nuestra soberanía como nación independiente sino también la extensión y profundidad de nuestros esquemas acerca de la integración internacional y por tanto del conocimiento de la estructura y función de las sociedades con las cuales tendremos una relación político económica más estrecha.

Por lo antes dicho, resulta obvio que en México se viven momentos de cambio, que pueden conducir tanto a mayor democracia y despegue económico como a situaciones de más injusticia económica y social. Cabe entonces la pregunta: ¿Qué perfil de profesional del derecho puede contribuir mejor a la instauración de valores democráticos y de justicia social en este momento histórico que se está viviendo?

Cuanto más ceñido esté el profesionista al estudio del derecho vigente, menos estará capacitado para analizar críticamente al contexto social y las consecuencias (efectividad) de las normas jurídicas. En cambio, un profesionista preparado por la sociología jurídica para analizar no sólo la efectividad de las normas sino también la efectividad de la legitimidad, tendrá más elementos para contribuir críticamente a los cambios jurídicos requeridos. Hablamos aquí de legitimidad en el sentido de todos aquéllos cambios que, desde los reclamos de la sociedad por una democracia auténtica, fomenten un respeto más efectivo de los derechos humanos, de la soberanía nacional, de los derechos de la mujer, del derecho electoral, de las minorías étnicas etcétera. Es desde este punto de vista que surge mi propuesta de proyecto para desarrollar un área de sociología jurídica en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

## II. POSGRADO DE DERECHO: BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

De hecho, la formación de los juristas no sólo es o puede ser objeto de estudio de la sociología jurídica sino también una de sus preocupaciones fundamentales en tanto práctica socio-jurídica.

En este sentido, la historia de la formación académica de los profesionistas en México y, en lo particular, la formación en la Universidad Nacional de México (UNAM), implementó un modelo teórico formal. Es decir, se ha centrado en el estudio del derecho vigente, con énfasis en las especialidades derivadas de la Constitución de 1917, sin que ofrezca capacitación para la práctica-jurídica profesional.

En consecuencia, el egresado de la división de posgrado se encuentra con deficiencias no solamente en cuanto a su ejercicio práctico-jurídico, sino también con una falta de visión relativa a la historicidad e inserción cultural del derecho y, por lo tanto, con una preparación limitada en cuanto a los análisis y cambios jurídicos requeridos para el México de hoy.

Este estado de cosas tiene sus raíces en la historia general del desarrollo de la Universidad y en particular de la historia de la Facultad de Derecho.

Así, la Universidad Nacional de México se estableció en el año de 1910 por Justo Sierra, Ministro de Instrucción Pública del Régimen de Porfirio Díaz. Como es sabido, éste implementó un concepto educativo, apegado a la tradición francesa. Al crearse la Universidad se regularizó entre otras escuelas la de Altos Estudios, cuyo director fue el Licenciado Antonio Caso, que a la vez era profesor de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.<sup>6</sup> Éste, a su vez, fue heredero de la tradición arriba mencionada e imprimió su sello tanto a la orientación teórica como al vínculo entre formación jurídica y burocracia estatal.

No fue sino en el año 1929 que la Universidad Nacional adquiere autonomía del Estado. Con ésta, la Universidad se transforma y aspira a crear estudios de posgrado.

Sin embargo, sólo veinte años después, el 7 de octubre de 1949, el Consejo Universitario aprueba el Estatuto del Doctorado en Derecho basándose en el modelo francés.

En este momento la calidad académica del cuerpo docente fue buena y los cursos de Doctorado se impartieron sin interrupción desde 1950 hasta 1966. El Doctorado en Derecho era de carácter general y constaba de 8 cursos anuales de dos horas por semana.

En 1967, se comenzaron a impartir cursos de cuatro doctorados especializados a saber:

a) Derecho privado, b) derecho público, c) derecho social y d) derecho penal.

La estructura del posgrado se mantuvo hasta 1969 cuando vemos cambios importantes. El 28 de noviembre de 1969, el Consejo Universitario aprobó la creación de la División de Estudios Superiores con cinco especializaciones, una maestría y un doctorado. Se actualizan las diferentes especialidades del posgrado quedando como sigue: especialización en ciencias penales,

<sup>6</sup> *Enciclopedia de México*, 3ª ed., 1978, t. 12.

finanzas públicas, derecho social, derecho privado, y derecho constitucional y administrativo, maestría en derecho y doctorado en derecho.<sup>7</sup> A partir de 1989 se modifica la denominación "División de Estudios Superiores" llamándose en adelante "División de Estudios de Posgrado".<sup>8</sup> De acuerdo con el modelo original, los cursos de posgrado consistían y consisten en clases de tipo magistral, es decir de acumulación de conocimientos incuestionados, de la educación superior. Así, por ejemplo, la evaluación del alumno al final de los cursos se hacía a través de exámenes que aplicaban cada uno de los profesores. Como puede observarse esta práctica educativa no formó profesionistas capaces de problematizar su objeto de estudio ni ayudó al desarrollo de su creatividad en la investigación y práctica profesional.

En el año de 1983 se crearon dos nuevas especialidades de posgrado, en derecho fiscal y en derecho internacional, y más tarde, en el año de 1985, se crean las maestrías y doctorados en ambas disciplinas.

La situación actual del posgrado es la siguiente: en el Plan de Estudios vigente contamos con 119 materias que cubren las especialidades anteriormente enumeradas. Conforme con una regulación interna de la División Estudios de Posgrado (normas complementarias del año de 1985) la forma de evaluación se basa fundamentalmente en un pequeño trabajo de investigación al que se denomina "tesina" el cual es requisito académico para poder acreditar cada uno de los cursos semestrales, que con la especialidad, maestría y doctorado acumulan tres años y medio.<sup>9</sup>

La población estudiantil en el posgrado es de 420 alumnos aproximadamente. Con el fin de conocer el perfil de estos estudiantes realizamos una investigación de sus antecedentes, y encontramos que su procedencia, en un 60%, es de provincia; es decir de diferentes estados de la República, y una pequeña minoría viene del extranjero (de Ecuador, Colombia, Venezuela, Perú, Bolivia, etcétera). El 40% de los alumnos está compuesto por abogados que ejercen la profesión y el restante 60% por abogados que laboran en la burocracia estatal. También, un 30% de ellos por profesores de derecho de la Universidad Nacional, de universidades privadas, o de universidades públicas de otros estados de la República.

Menos del 7% del alumnado está constituido por becarios que proceden de

<sup>7</sup> Cfr. *Planes de estudio del posgrado, Facultad de Derecho, México, UNAM, 1983, VII.*

<sup>8</sup> Cfr. *Planes y programas de estudios de derecho internacional, México, UNAM, 1983; y Planes y Programas de Estudio de Derecho Fiscal, México, UNAM, 1983.*

<sup>9</sup> *Normas complementarias del posgrado de derecho de 1985.*

provincia a través de convenios de colaboración entre sus universidades y la UNAM.

Durante la década de los ochenta y a consecuencia de la masificación de los estudios universitarios en México, se observa un importante incremento en la obtención del grado de doctor en derecho, es decir, de 4 alumnos doctorados en 1979, ahora se reciben 15 alumnos al año. Así, desde 1979 a la fecha obtuvieron el grado de doctor 150 alumnos. En cambio, el grado de maestro en derecho de 1983 a la fecha fue otorgado sólo a 20 alumnos. Esta desigualdad numérica se explica ya que los créditos requeridos para el título de doctor es acumulativo, o sea, se puede obtener a este último sin que el grado de maestro o el de especialización sea requisito previo.

Hay que mencionar que para obtener cualquiera de estos grados es necesario presentar una tesis y defenderla ante un sínodo de cinco profesores. Se requeriría un estudio especial para emitir opinión acerca de la temática y calidad de estas tesis. Aquí podemos mencionar que las áreas en donde se realizan investigaciones para optar por grado se reparten de la siguiente manera: constitucional y administrativo 50%, civil 15%; social (agrario y laboral) 10% internacional 5%, fiscal 5% y penal 15%.

También hay que hacer notar que la distribución laboral de los egresados es la siguiente: el 50% se dedica al sector público, el 40% se dedica al sector privado y un 10% se dedica a la academia de tiempo completo.<sup>10</sup> De los datos antes presentados podemos deducir que los alumnos que se inscriben y que terminan el posgrado son fundamentalmente profesionistas que tienen su campo de actividad en la burocracia estatal; en segundo término estarían los que se dedican al sector privado y realmente en un porcentaje ínfimo tenemos a los académicos de profesión, es decir de tiempo completo. Quizás haciendo una hipótesis diríamos que el sistema de posgrado permite avanzar fácilmente pero representa gran problema para los alumnos el culminar, es decir presentar tesis y defenderla exitosamente ante el sínodo, junto a esta hipótesis y en relación con la primera conclusión diríamos que fundamentalmente el posgrado de derecho sirve para preparar los cuadros de la burocracia estatal (funcionarios, jueces, ministros, etcétera).

Por lo que toca a la planta docente del posgrado, contamos con 109 profesores de los cuales 18 son de tiempo completo (15 de la Facultad de Derecho y 3 de otras dependencias de la UNAM), 18 profesores de medio tiempo (todos los de la Facultad de Derecho) y 61 profesores de asignatura

<sup>10</sup> Cfr. el *Archivo de posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, 1991.

(contratados para impartir un curso semestral) y 12 profesores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ahora bien, las características laborales de los profesores, son las siguientes: 42 trabajan en el sector público, 47 en el sector privado, y los restantes 20 se dedican exclusivamente a la docencia e investigación. Es oportuno mencionar que el posgrado no tiene profesores de tiempo completo, lo que influye directamente en la calidad académica.

Ahora bien, ¿cuál es la relación entre el posgrado y las otras instituciones universitarias? Me refiero a la Facultad de Derecho y al Instituto de Investigaciones Jurídicas.

El posgrado por disposición legal depende, orgánicamente de la Facultad de Derecho, pero en realidad son dos administraciones distintas; sin embargo, el posgrado no tiene un presupuesto independiente de la facultad, los planes y programas son ratificados por el Consejo Técnico de la facultad así como los nombramientos de la planta docente. El nombramiento y remoción del jefe de división, por el contrario, depende directamente del Rector.

Por lo que respecta al Instituto de Investigaciones Jurídicas, es una institución independiente desde el punto de vista orgánico, que, aunque también por disposición legal tiene la obligación de vincularse con la docencia, en la práctica, como vimos en la cifra de los investigadores que dan clases, no existe tal vínculo.

De los anteriores indicadores puedo colegir que la plantilla de profesores de posgrado no está formada por académicos profesionales, y mucho menos por investigadores; el grupo mayoritario de profesores viene de la iniciativa privada y del sector público; también podemos observar que no hay una vinculación entre la investigación y la docencia ya que como pudimos apreciar otra vez, el Instituto de Investigaciones Jurídicas es un estanco separado del posgrado.

Así llegamos a las siguientes conclusiones:

- En general, el contenido de la enseñanza es formal y dogmática reduciéndose a la enseñanza de la ley.
- No existe un vínculo real entre docencia e investigación.
- Desde la perspectiva de los profesores no existen condiciones económicas para cultivar la investigación jurídica.
- Los profesores de medio tiempo se encuentran dedicados a actividades profesionales ajenas a la academia.

- Los profesores de tiempo completo son contratados para enseñar, pero no para investigar.
- La calidad de las tesis de grado no implica una investigación exhaustiva, ni cubren muchas veces con los requisitos teórico-metodológicos ni siquiera utilidad práctica tal y como lo exigen las normas complementarias.

### III. DESARROLLO DEL ÁREA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN EL POSGRADO DE DERECHO: PROYECTO

Con base en el diagnóstico anterior, pienso que el desarrollo del área de sociología jurídica puede ayudar a generar nuevas perspectivas en el posgrado.

La sociología jurídica existe como asignatura específica en algunas de las Universidades de América Latina. En México no es una disciplina científica de status reconocido. Tal afirmación se funda en la convicción de que una disciplina científica es reconocida como tal cuando concurren diversos elementos, con algún grado significativo de desarrollo y son los siguientes:

- a) Enseñanza escolarizada de la disciplina en la forma de alguna asignatura universitaria.
- b) Existencia de centros de investigación especializados específicamente en el cultivo de la disciplina.
- c) Existencia de asociaciones científicas que agrupen a los profesores e investigadores; y
- d) publicaciones especializadas, como colecciones de libros y revistas.

En México no se da ninguno de estos elementos, salvo excepcionalmente.<sup>11</sup> En la licenciatura de derecho de la UNAM, encontramos en el plan de estudios de la materia de sociología jurídica en el doctorado de la División de Estudios de Posgrado. Sin embargo, dicha materia no se encuentra en los doctorados de derecho fiscal y de derecho internacional. Cabe señalar que no existe un programa uniforme de esta asignatura, ni se encuentra sistemá-

<sup>11</sup> Correas, Óscar, "La sociología jurídica" en México, en Ferrari, Vincenzo (editor), *Developing sociology of law*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 487.

ticamente coordinada con el resto de los estudios. Esta situación hace que los juristas mexicanos sólo se dediquen al estudio del derecho formalmente válido; sin analizar su eficacia, ni contemplar la posibilidad de que se requieran ajustes o modificaciones para adecuarlo mejor a las realidades cambiantes. Esto prácticamente les impide participar en la transformación del Estado, tarea encarada actualmente por profesionales de otras disciplinas que, por desconocer el derecho y por no contar con la participación de juristas capacitados, en demasiadas oportunidades promueven transformaciones reñidas con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, e incluso con la cultura jurídica general. Transformar esta situación es tarea que debe conseguirse con el auxilio de la sociología jurídica.

Por lo que he planteado hacia el final de la parte I, considero que con el fin de colaborar con la búsqueda de una auténtica democracia, el jurista debe profundizar en una disciplina como la sociología jurídica, que puede contribuir decisivamente a dotar de un marco de contexto a su actividad de elaboración de leyes.

La propuesta de sociología jurídica que intentamos desarrollar en nuestra Universidad se nos presenta, pues, como un reto de magnitud trascendente, no sólo por la insuficiente difusión de ésta, sino porque como afirma Pablo González Casanova,

... la investigación en ciencias sociales de América Latina -a fines del siglo XX- entraña problemas ideológicos y utópicos distintos, problemas de hipótesis y también de experiencias que no se pueden traer con descuido intelectual del pasado, sin ver en ellos lo nuevo que nace y el nuevo modo de hacer, la creación en lo que crea y cómo crea.<sup>12</sup>

Es imprescindible preparar las condiciones para crear una línea de investigación y enseñanza en la UNAM. Para ello es necesario conseguir los siguientes objetivos particulares:

- a) Reunir en el posgrado de derecho y hacer de conocimiento mutuo, a distintos científicos sociales que, de diferentes maneras abordan, sin saberlo a veces, el problema de las causas y los efectos de las normas jurídicas.
- b) Investigar el desarrollo de esta ciencia en el nivel internacional.

<sup>12</sup> González Casanova, Pablo, *op. cit.*, *supra* nota 5, p. IV.

- c) Investigar y obtener la bibliografía necesaria para desarrollar estos estudios en México.
- d) Comprometer a un equipo de estudiantes en el programa de enseñanza y si es posible, a largo plazo, considerar en el plan de estudios varios seminarios seriados de investigación.
- e) Formar investigadores de alto nivel (doctorados) en tal disciplina.

Para el desarrollo de los objetivos propuestos, es indispensable realizar las siguientes actividades:

1) Para cumplir con el objetivo a) es necesario realizar un seminario sobre las perspectivas de la sociología jurídica en México con aportes interdisciplinarios en torno de algunos de los temas siguientes:

- La sociología jurídica en el mundo contemporáneo.
- Teoría, métodos y problemas de la sociología jurídica.
- La sociología jurídica en México.
- La sociología jurídica en Latinoamérica.
- El Tratado de Libre Comercio, efectos previsibles en la sociedad mexicana.
- Repercusiones de los convenios entre la Comunidad Económica Europea y el Estado mexicano.
- La Cuenca del pacífico, la sociedad mexicana y Latinoamérica.
- El nuevo derecho laboral.
- Las transformaciones en el campo mexicano y el derecho agrario.
- Sociología del control penal.
- El derecho de familia y la reordenación económica mexicana.
- ¿Un nuevo estado mexicano?
- Sociología de los derechos humanos en México.
- La sociología jurídica frente a la integración latinoamericana.
- Las transformaciones capitalistas y las grandes urbes latinoamericanas.
- ¿Un nuevo orden jurídico internacional?

2) Vincular el posgrado de derecho con diferentes centros de investigación universitarios conectados con la sociología jurídica en nivel nacional e internacional.

Mi propuesta es que el desarrollo del área de sociología jurídica en la

División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM así como de la Universidad Autónoma de Guerrero culmine con la ampliación del plan de estudios del programa del posgrado con la inclusión de seminarios seriadados de sociología de las diversas especialidades del derecho.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA SOBRE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

AUBERT V., *Sociología del derecho*, Caracas, Tiempo Nuevo, 1971, 369 p.

*Archivo del Posgrado de la Facultad de Derecho*, UNAM, 1991.

BARRAGÁN, René, *Bosquejo de una sociología del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 1965.

BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia España. Ed. Fernando Torres, 1980.

CASO, Antonio, et al., *Conferencias del Ateneo de la Juventud*, México, UNAM, 1984, 216 p.

CORREAS, Óscar, “La sociología jurídica en México”, en Ferrari, Vincenzo, (editor) *Developing Sociology of Law*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 487 y ss.

— “Teoría sociológica del derecho y sociología jurídica (I Parte)”, *Crítica Jurídica*, Puebla, 1987, núm. 7, pp. 87-107.

— “Teoría sociológica del derecho y sociología jurídica (II Parte)”, *Crítica Jurídica*, Puebla, 1988, núm. 8, pp. 73-108.

DÍAZ, Elías, *La sociedad entre el derecho y la justicia*, Barcelona, Aula Abierta Salvat, 1982. 64 p.

DÍAZ POLANCO, Héctor, et al., *Teoría y realidad en Marx, Durkheim y Weber*, México, Juan Pablos Editor, 1987, 159 p.

*Enciclopedia de México*, tomo 11, 3a. edición 1978, 608 p.

*Enciclopedia de México*, tomo 12, 3a. edición 1978, 600 p.

ESTRADA OCAMPO, Humberto, *Historia de los cursos de posgrado de la UNAM*, México, UNAM, 198, 650 p.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, "La crisis del mundo actual y las ciencias sociales en América latina", *La Jornada*, México, 19 de septiembre de 1990, suplemento 60. aniversario, pp. I-IV.

GURVITCH, G., *Elementos de sociología jurídica*. México, Ed. José M. Cajica Jr., 1984, 309 p.

HOFFMANN ELIZALDE, Roberto, *Sociología del derecho*, México, Manuel Porrúa, 1975, 158 p.

LAUTMANN, RÜDIGER, *Sociología y jurisprudencia*, México, Distribuciones Fontamara, 1991, 143 p.

LECLERQ, Jacques, *El derecho y la sociedad*, Madrid, Herder, 1965, 33 p.

LEVY-BRUHL, Henry, *Sociologie du droit*, París, Presses universitaires de France, 1971.

LUNA ARROYO, Antonio, *Programa de sociología del derecho*, México, Asociación Mexicana de Sociología, 1975.

MACHADO NETO, A. L., *O direito e a vida. Socialleituras básicas de sociologia jurídica*, São Paulo, Companhia Editora Nacional 1966.

MAZARELLA, J., *Los tipos sociales y el derecho*, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1913.

MORALES FILHO, Evaristo de, *O problema de uma sociologia do direito*, Rfo de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1950.

PADUA G., M. E., *Elementos para una teoría marxista del derecho*, México, UNAM, 1987, tesis de doctorado, Facultad de Derecho, 284 p.

PAPACHRISTOS, A. C., *La reception des droits privés étrangères come phénomène de sociologie juridique*, Paris, L.G.D.J., 1975.

*Planes y programas de Estudios de derecho fiscal*, México, UNAM, 1983, 100 p.

*Planes de estudios del posgrado*, México, UNAM, Facultad de Derecho (VII), 1983, 22 p.

RECASÉNS, Luis, *Sociología*, México, Porrúa, 1990, 682 p.

— *Vida humana, sociedad y derecho, fundamentación de la filosofía del derecho*, México, La Casa de España en México, 1939.

*Reglamento general de estudios de posgrado*, México, UNAM, 1989. 23 p.

ROMERO PÉREZ, J. E., *La sociología del derecho en Max Weber*, San José, Universidad de Costa Rica, 1980.

SCHUR, E., *Sociologia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1970.

SCHWARTZ, R., *Society and the Legal Orders; cases and Materials in the Sociology of Law*, New York, Basic Books, Inc., Publishers, 1970.

SENIOR, Alberto, *Sociología*, México, Porrúa, 1990, 485 p.

TREVES, Renato, *Introducción a la sociología jurídica*, Madrid, Taurus, 1978.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, 1245 p.

## EL GRUPO DE TRABAJO “DERECHO Y POLÍTICA” DEL COMITÉ PARA LA INVESTIGACIÓN EN SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SOCIOLOGÍA

Óscar CORREAS

Como resultado de un primer encuentro de juristas latinoamericanos, que tuvo lugar en julio de 1990 en el Instituto de Oñati, los participantes en ese evento resolvimos solicitar a la dirección del Comité para la Investigación en Sociología Jurídica (CISJ) la creación de un grupo de trabajo permanente, destinado a la reflexión y la investigación sobre las relaciones entre el fenómeno del poder y el discurso del derecho. El tema surgió del grupo más o menos espontáneamente luego de que se advirtió una común preocupación, muy difundida por lo demás, sobre todo en América Latina: el estudio de la utilización que del derecho hacen los detentadores del poder, las posibilidades de aquél como instrumento de resistencia frente a ese mismo poder, e incluso como instrumento para la construcción de nuevas formas de organización, de conciencia y también, en ciertos casos que precisamente queremos estudiar, de cambio social.

El CISJ, en su reunión de Amsterdam 1991, acordó propiciar la formación de este Grupo de Trabajo. Es así como estamos ahora en la tarea de dar vida al Grupo de Trabajo sobre Derecho y Política (GTDyP). En primera instancia, podemos pensar en este grupo como una red de comunicación entre juristas, sociólogos y politólogos interesados en este tema, a través de la cual se intercambiarían experiencias y reflexiones en las reuniones regionales que consiguiéramos realizar cada año. La experiencia nos ha demostrado que varios de nosotros conseguimos, aunque no seamos siempre los mismos, entrevistarnos personalmente y compartir y discutir trabajos y reflexiones, que han estado siempre marcados por esta preocupación. Podemos, por lo tanto, pensar en encontrarnos cuando menos dos veces por año antes de la reunión anual del CISJ, y avanzar conjuntamente, por el intercambio de experiencias y reflexiones, en la comprensión de este fenómeno de la utilización del derecho por y contra el poder.

El GTDyP tendrá en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en la ciudad de México, un centro de operaciones de esta red. El IJ-UNAM

tiene entre sus metas desarrollar la sociología jurídica y está en condiciones, de ofrecer los siguientes apoyos:

- 1) Biblioteca. Si los miembros del GTDyP se comprometen a enviar todos sus trabajos a la biblioteca y a mantenerla informada de toda publicación de que tuvieran noticia con el objeto de procurar la adquisición respectiva, esto convertirá al IIJ-UNAM en un importante centro de documentación que podría ser consultado por las vías que permitan los adelantos en comunicaciones que el Instituto está actualmente perfeccionando. Para ello los miembros del GTDyP contarán con la recepción puntual de los boletines de información bibliohemerográfica que mensualmente procesa el IIJ-UNAM y que da cuenta de todas sus adquisiciones.
- 2) Publicaciones. El IIJ-UNAM publica *Crítica Jurídica* que es conocida por todos los colegas y cuyo consejo de redacción está constituido por miembros o simpatizantes del CISJ, y que seguramente participarán en el GTDyP. Esta revista, por lo tanto, se constituirá en el órgano apropiado para difundir nuestros trabajos. Por otra parte, el IIJ-UNAM tiene entre sus fines la difusión de la cultura jurídica y una importante trayectoria editorial, que lo cual permite pensar en que el GTDyP puede en el futuro solicitar a su consejo editorial la publicación de libros especializados en el tema que nos preocupa, lo cual, por lo demás, este instituto viene realizando desde hace muchos años.
- 3) Reuniones científicas. El IIJ-UNAM se propone organizar en sus instalaciones, cuando menos una reunión anual sobre sociología jurídica, además de propiciar reuniones en otras universidades mexicanas. Estos eventos constituirían una excelente ocasión para que los miembros del GTDyP establezcan contactos personales.
- 4) El IIJ-UNAM está en condiciones de apoyar al GTDyP en la producción de un boletín periódico que permita la circulación de toda clase de información entre sus miembros.

Este primer documento fue ya dirigido a todos los colegas que conocemos, pero solicitamos a todos, a su vez, su difusión lo más amplia posible. Por lo pronto, cualquier sugerencia, informe, adhesión, propuesta, puede remitirse a la dirección indicada más abajo.

Durante el año 1992 el grupo se reunió durante la semana anterior al

Congreso Internacional de Sociología Jurídica que tuvo lugar en México. Participaron de la reunión, entre otros, Juan-Ramón Capella, Carlos Cárcova, José Eduardo Faría, Wanda Capeller, Óscar Correas, Enrique Marí, André-Jean Arnaud, Roberto Bergalli, Germán Palacio. Los trabajos presentados serán publicados en nuestro próximo número.

En 1993 el grupo sesionó durante el Coloquio Internacional de Sociología Jurídica, entre los días 12 y 16 de abril en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En esta ocasión participaron, entre otros, Carlos Cárcova, Eros Roberto Grau, Edmundo Arruda, Óscar Correas, Eligio Resta, Alicia Ruiz, Jorge Romero Pérez, Efrén Vázquez Esquivel, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Luis Díaz Müller, Jorge Witker, Alejandro Gálvez, Adrián Gimete, Enrique Guinsberg, Francisco Piñones, Katie Silene Cáceres Argüello, Manuel Jorge González Montesinos, Rosa Elsa Hernández Castellanos, Raúl Hernández Vega, Marco Antonio Molina Landaverde, Fernando Montes Ochoa, José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, Miguel Pastrana Corral, Susana Angélica Pastrana Corral, José María Pérez Collados, José Francisco Carlos Portillo Núñez, David Sánchez Rubio, María Magdalena Sandoval López, José Isidro Saucedo González y Ernesto Serna García. El grupo sesionó también en Oñati, durante los días del precongreso Internacional de Sociología Jurídica que tuvo lugar en el Instituto de Oñati.

Las ponencias que se presentaron fueron las siguientes:

- 1 Carlos María Cárcova "El discreto encanto de la democracia".
- 2 Alicia E. C. Ruiz "Ciudad y trabajo: espacios vulnerados".
- 3 Marco Antonio Molina Palafox "Hacia una nueva organización social. (Signos de la sociedad del siglo xx)".
- 4 Eligio Resta "Sapienza dei rimedi".
- 5 Eros Roberto Grau, "O estado do pos-bemestar e o discurso neoliberal (uma alusão ao caso do brasil)".
- 6 Jorge Enrique Romero Pérez "El estado neoliberal".
- 7 Carlos Figueroa Ibarra, "Centroamérica: del estado del malestar al del posbienestar".
- 8 Óscar Correas "América latina o de la modernidad inconclusa".
- 9 Efrén Vázquez Esquivel, "Modernización y reforma del estado mexicano".
- 10 Enrique Guinsberg, "El psicoanálisis y el malestar en la cultura neoliberal".
- 11 Jorge A. Witker Velázquez, "El estado contemporáneo frente al neoliberalismo".
- 12 Luis Díaz Müller, "Derechos humanos y transición a la democracia en el

- tránsito a la modernidad”.
- 13 Francisco Piñón Gaitán, “Estado y modernidad”.

La segunda sesión del grupo tuvo lugar durante el precongreso del Comité para la Investigación en Sociología Jurídica, los días 29 y 30 de junio en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. En esa ocasión se discutieron las siguientes ponencias:

- 1 María Jose González Ordovés, “La propiedad en los neoliberales: el ejemplo de Nozick”.
- 2 María Elosegui Ixtasom “Buchanan y la política neoliberal de la escuela del *public choice*”
- 3 Eros Grau, “O discurso neoliberal: reflexos jurídicos”.
- 4 Joaquín Herrera Flores, “¿Crisis de la ideología de la crisis? Respuestas neoconservadoras”.
- 5 Efrén Vázquez Esquivel, “Modernización y reforma del estado mexicano”.
- 6 Isabel Ledesma Aubry, “Sociología jurídica y psicología”.
- 7 Alberto Retamozo Linares, “Perú, derecho y modernidad en los 90”.
- 8 Óscar Correas, “Estado, sociedad civil y derechos humanos”.

## DIEZ AÑOS DE CRÍTICA JURÍDICA

A pesar de todo, *Crítica Jurídica* cumple 10 años. En este lapso hemos publicado artículos diversos, casi todos ellos fuera de lo común en nuestro medio. Los siguientes son los índices de todos nuestros números.

### NÚMERO CERO

- Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas",  
"Genocidio y guerra de exterminio en El Salvador"
- Miaïlle, Michel  
"Crisis del derecho y hegemonía. A propósito del derecho público"
- Gleizal, Jean Jacques  
"Seguridad y policía. A propósito del Estado autoritario descentralizado"
- Ibarra M., Jorge Luis  
"Legislación agraria y control estatal en México"
- Correas, Óscar  
"La concepción juricista del Estado en el pensamiento marxista"
- Rivas Vieira, José  
"Una visión crítica. La enmienda constitucional número 11 del 17/10/1979"
- Galgano, Francesco  
"Las instituciones de la economía capitalista". Entrevista con Óscar Correas
- Cerroni, Humberto  
"Sobre la historicidad de la distinción entre derecho privado y derecho público"
- Edelman, Bernard  
Información y comentarios bibliográficos

### NÚMERO UNO

- Jeammaud, Antoine  
"En torno al problema de la efectividad del derecho"
- Miaïlle, Michel  
"La forma-estado: cuestiones de método"
- Guastini, Riccardo  
"Sobre la extinción del Estado"
- Martínez Terán, Teresa  
"Normatividad y transgresión"
- Cittadino, Gisele  
"Orden jurídico y orden psiquiátrico"
- Correas, Óscar  
"La democracia y las tareas de los abogados en América Latina"
- Ribas Vieira, José

- “El derecho y el estudio de las relaciones internacionales en Brasil: Un balance”  
 Ferrari, Vincenzo  
 “La teoría comunista dell'estinzione dello stato, De Danilo Zolo”  
 Cid, Nicolás  
 “La adquisición de la fuerza de trabajo asalariado y su expresión jurídica, de Graciela Irma Bensusán”  
 Moreno, Elvia  
 “Las instituciones de la economía capitalista, de Francesco Galgano”  
 Moreno, Elvia  
 “Los abogados en Venezuela, de Rogelio Pérez”

## NÚMERO DOS

- Veca, Salvatore  
 “Una teoría contractualista de la justicia”  
 Accarino, Bruno  
 “Ética y poder”  
 Cervantes J., Luis  
 “Política, moral y justicia: ¿encuentro posible?”  
 Galván D., Francisco  
 “De la justicia en Marx: notas para una discusión”  
 Cupolo, Marco  
 “Notas acerca de Charles S. Peirce”  
 Danel J., Fernando  
 “Socialización organizada y sistema político”  
 Farfán, Guillermo  
 “Ley general de salud y programas de vivienda”  
 Farfán, Guillermo  
 “Precios diferenciales y Estado de bienestar en México”  
 García C., Jorge A.  
 “Lógica de lo virtual y estrategia del terror” (Argentina 1976-1983)  
 Pacheco, Cristina  
 “La cultura, la honestidad y la rectitud al servicio de la justicia: El hombre clave, García Ramírez” (Entrevista)  
 Cervantes J., Luis  
 “Teoría de la justicia, de J. Rawls”  
 Galván D., Francisco  
 “Oportunidades vitales, de R. Dahrendorf”  
 Galván D., Francisco  
 “Sociología y pragmatismo, de C. W. Mills”  
 Quintana, Fernando  
 “Trabajo y praxis en El ser y el tiempo, de M. Heidegger, de J. Rodolfo Santander”

## NÚMERO TRES

- Pérez Fernández del Castillo, Germán  
 “Bodino y la teoría de la soberanía”

- Salazar Carreón, Luis  
 “Política y razón”
- Galván Díaz, Francisco  
 “De lo político moderno: paradojas de la democracia”
- Heller, Agnes  
 “¿A pesar de todo... el socialismo como objetivo final?”
- Torres Mejía, David  
 “La especificidad de la ciencia política”
- Dos Santos, Wanderly  
 “Autocrítica de la ciencia política latinoamericana”
- Sirvent, Carlos  
 “La ciencia política en México: papel y desafíos”
- De la Peña, Ricardo  
 “La ciencia política y el discurso político en México”
- Peschard, Jacqueline  
 “La profesionalización de la ciencia política en la FCPyS, UNAM”
- Glockner, Julio  
 “El chanco y la policía”
- Reyes Heróles, Jesús  
 “Notas sobre el significado del estudio de la ciencia política”
- Córdova, Arnaldo  
 “La enseñanza de la ciencia política”
- Cansino Ortiz, César  
 “Notas sobre el Primer encuentro de Ciencia Política en México”
- González-Villarreal, Roberto  
 “Sobre moral y policía, o la eficacia política de la ambigüedad”
- Cansino Ortiz, César y Torres, Eusebio  
 “Avances para una hemerografía sobre la ciencia política en México”
- Touraine, Alain  
 “¿A qué le teme Daniel Bell?”
- Alarcón O., Víctor M.  
 “Los orígenes y fundamentos del poder político”
- González-Villarreal, Roberto  
 “Nota crítica metodológica a los análisis de Castaings”
- Del Ángel, Julio César  
 “Materiales recibidos”

## NÚMERO CUATRO

- Corradini, Doménico  
 “Crítica del politicismo y del juridicismo”
- Capella, Juan Ramón  
 “El lobo que viene (o sobre la fascistización silenciosa)”
- Guastini, Riccardo  
 “Una revisión de la doctrina del Estado en Marx”
- Jeammaud, Antoine  
 “La crítica del derecho en Francia”

- Correas, Óscar  
 “Kelsen y Marx: de la ciencia a la filosofía”
- Entelman, Ricardo  
 “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”
- Larrañaga Salazar, Eduardo  
 “Sentido común, literatura y derecho”
- Torres Charles, Sergio  
 “¿Qué es la semiótica jurídica?”
- Pérez Sánchez, Antonio  
 “Intervención estatal en la economía y derecho económico”
- Ruiz, Alicia E.  
 “La ilusión de lo jurídico”
- Escamilla Hernández, Jaime  
 “Los límites del sistema electoral en la integración de la representación nacional”
- Cervantes Jáuregui, Luis  
 “1985: La contrarreforma política”
- Correas Vázquez, Florencia  
 “Comparación de los planes de estudios de la carrera de derecho de la UNAM y de la UAP”
- González Ascencio, Gerardo  
 “Santa María Goretti o las trampas de la virtuosidad. Análisis de un caso de violación”
- Díaz Müller, Luis  
 “Empresas transnacionales y derechos humanos: regímenes de control y sistemas políticos”
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio  
 “El derecho como arma de liberación”
- García Álvarez, Guadalupe  
 “Metodología de la enseñanza del derecho, UAEM, Toluca de Jorge Witker”
- Cansino Ortíz, César  
 “La revolución pasiva: una lectura a los Cuadernos de la Cárcel Dora Kanoussi y Javier Mena”
- Alarcón, Víctor Manuel  
 “Teoría de la justicia y derechos humanos Eusebio Fernández.”

#### NÚMERO CINCO

- Bobbio, Norberto - Treves, Renato  
 “Teoría del derecho y sociología del derecho en Marx”
- Wróblewski, Jerzy  
 “La teoría marxista del estado y el derecho en Polonia”
- Puigpelat, Francesca  
 “Sobre la filosofía jurídica marxista española”
- Correas, Óscar  
 “Kelsen y las dificultades del marxismo”
- Wojnicki, Zbigniew  
 “Los aspectos fundamentales de la controversia referente a la desaparición del estado en la doctrina marxista”
- Cansino Ortíz, César

- “El historicismo marxista de Gramsci como síntesis del pensar contemporáneo”  
 Bergalli, Roberto  
 “El poder y los jueces latinoamericanos: modelos contradictorios: los argentinos sumisos, los colombianos dignos hasta el heroísmo”  
 Solís B., Fernando y Wallace S. Melvin  
 “La revolución democrática popular: solución al problema de las etnias en Nicaragua”  
 Borge, Tomás  
 “La justicia en la revolución”  
 Asociación de Juristas Democráticos de Nicaragua  
 “A oponer todos nuestros recursos jurídicos contra el chantaje, extorsión y agresión del imperialismo norteamericano”  
 Vargas Lozano, Gabriel  
 “La revista *Dialéctica*, la UAP, y la cultura de izquierda en México”  
 Fitzpatrick, Peter y Rüegg, Alfred  
 “Marxismo y derecho: una bibliografía de la literatura en lengua inglesa”

## NÚMERO SEIS

- Cerroni, Umberto  
 “Sobre la historicidad de la distinción entre derecho privado y derecho público”  
 Grau, Eros Roberto  
 “Visão critica do direito. O direito: as regras do jogo”  
 Miaille, Michel  
 “Crisis del derecho y hegemonía”  
 Ibarra, Jorge Luis  
 “Apuntes metodológicos para el análisis del estado y la propiedad ejidal”  
 Molina Ramos, Gustavo  
 “Las características y los principios del derecho mexicano del trabajo (Contradiscurso)”  
 Cansino Ortíz, César  
 “Bobbio y la democracia o de cómo el futuro acecha”  
 Bensusán, Graciela  
 “Crisis, democracia y derecho del trabajo: el caso de México (1970-1984)”  
 Campos de Oliveira Faria, José Eduardo  
 “A crise do direito do trabalho no Brasil”  
 Staelens Guillot, Patrick  
 “Derecho laboral mexicano y transnacionalización del capital”  
 Conesa Ruiz, Ana María  
 “La requisita: una figura jurídico-política”  
 Cansino Ortíz, César  
 “La relación Estado-Universidad en México y sus transformaciones”  
 Sala-Molins, Louis  
 “Code Noir. Viaje al fondo de la infamia”  
 Gil Olivera, Numa Armando  
 “La filosofía política en París I”. Entrevista con Louis Sala-Molins  
 Cansino Ortíz, César  
 “Democracia y sociedad adquisitiva” Jorge Rendón Alarcón  
 Alarcón Olgúin, Víctor

"El poder. Un enfoque radical". Steven Lukes.

Mira Hatch, María Teresa

"Una voz: reflexiones sobre la mujer". Franca Basaglia

#### NÚMERO SIETE

Guastini, Riccardo

"Sobre la 'extinción' del Estado"

Galgano, Francesco

"Las instituciones de la economía capitalista"

Showstack Sasson, Anne

"Pueblo, intelectuales y saber especializado"

Cansino Ortíz, César

"El historicismo marxista en la discusión postgramsciana. (Breves notas sobre un debate filosófico)"

Cárcova, Carlos

"Sobre la comprensión del derecho"

Correas, Óscar

"Teoría sociológica del derecho y sociología jurídica" (I parte)

Cárpena, Enrique

"Algunos problemas de la investigación empírica"

Ibarra, Jorge Luis

"Legislación agraria y control estatal en México"

Bergalli, Roberto

"Argentina: aspectos de una sentencia y sus repercusiones"

Uribe Urán, Víctor Manuel

"Nuevas dimensiones de la crítica jurídica y la práctica alternativa del derecho"

Borge, Tomás

"La justicia en la revolución"

Correas, Óscar

Entrevista con Carlos Cárcova

Cansino Ortíz, Jorge

"Ensayo sobre la filosofía política de John Locke" José F. Fernández Santillán.

Alarcón Olgún, Víctor

"Porfirio Díaz. Místico de la autoridad". Enrique Krauze

Cárcova, Carlos

"Crítica y desmitificación del derecho". Eduardo Novoa Monreal.

Del Gesso Cabrera, Ana María

"La razón en el derecho". Notas sobre un reciente congreso.

#### NÚMERO OCHO

Bobbio, Norberto

"Kelsen y el problema del poder"

Jeamnaud, Antoine

"La democratización de la sociedad a merced de las ambigüedades del Estado de Derecho (a partir de la experiencia francesa)"

- Wróblewski, Jerzy  
 “La propiedad: tipología, axiología y política en el marco socialista”
- Gutiérrez Chávez, Jorge E.  
 “Norberto Bobbio y el positivismo jurídico”
- Correas, Óscar  
 “Teoría sociológica del derecho y sociología jurídica (II parte)”
- Martínez Terán, Teresa  
 “Kelsen y Pasukanis en... ‘Un vals sobre el planeta’”
- Ibarra, Jorge Luis  
 “Relaciones de trabajo y propiedad en el ejido colectivo”
- Ordóñez Cifuentes, José Emilio R.  
 “La cuestión agraria y los derechos humanos. Aproximación”
- Bravo Ahuja, Marcela  
 “La Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado. Origen y balance del movimiento burocrático”
- Cárcova, Carlos  
 “Universitarios y política”
- Bergalli, Roberto  
 “Nicaragua: Derecho y justicia en la Constitución”
- Cerutti Guldberg, Horacio  
 “Pueblo, revolución, constitución”
- Gutiérrez, Jorge y García de Alba, Carlos  
 “Entrevista con Pietro Ingrao”
- Borge, Tomás  
 “La justicia y el derecho”
- Marroquín, R.  
 “La ley de punto final y la justicia”
- Miranda, Francisco  
 “Revista *Sociológica* 1: Teoría Sociológica”
- Alarcón Olguín, Víctor  
 “Revista *Sociológica* 2: Politología contemporánea”
- Del Gesso Cabrera, Ana María  
 “*Morphé*, Revista de la Maestría en Ciencias del Lenguaje de la EFyL de la UAP, núm. 1, enero-junio 1986”
- Monterroso, Jorge E.  
 “El crimen de la contaminación de Luis Marcó del Pont”

## NÚMERO NUEVE

- Bobbio, Norberto  
 “La ciencia política en Italia: de Mosca a Sartori”
- Fitzpatrick, Peter  
 “La construcción del sujeto jurídico en las genealogías de Michel Foucault”
- Faría, José Eduardo  
 “Dogmática jurídica y conflicto social (Apuntes para una crítica al idealismo en la ciencia del derecho)”
- Cárcova, Carlos María

- “Acerca de las funciones del Derecho”  
 De la Torre Rangel, Jesús Antonio  
 “Desde otra perspectiva jusnaturalista: filosofía del derecho y ciencia jurídica”  
 Alarcón Olguín, Víctor y Bermúdez, Ubléster Damián  
 “Orden jurídico y seguridad nacional. Algunas consideraciones teóricas”.  
 Torres Rivas, E.  
 “Centroamérica: la transición autoritaria hacia la democracia”  
 Menjívar Larín, Rafael  
 “Desarrollo, integración, modernización y democratización en Centroamérica”  
 Aguilera, Gabriel  
 “Esquipulas y el conflicto en Centroamérica”  
 Bergalli, Roberto  
 “Argentina: cuestión militar y discurso jurídico del olvido”  
 Cárcova, Carlos María  
 “Obediencia debida: modelo para armar”  
 Borge, Tomás  
 “Hacia una reforma integral del sistema jurídico”  
 Alarcón, Víctor y Cansino, César  
 “A favor de una razón tan marxista como newtoniana”. Entrevista a Miguel Ángel Quintanilla  
 Cansino Ortíz, César  
 “Elecciones y partidos en México”. Paulina Fernández Christlieb y Octavio Rodríguez Araujo.  
 Alarcón Olguín, Víctor  
 “La vida política mexicana en la crisis”. Soledad Loaeza y Rafael Segovia, (compiladores).

#### NÚMERO DIEZ

- Wróblewski, Jerzi  
 “Ideología de la aplicación judicial del derecho”  
 Correas, Óscar  
 “Kelsen y Grnasci o de la eficacia como signo de la hegemonía”  
 Cosacov, Gustavo  
 “Sistema penal, modelos y eficacia”  
 Guastini, Riccardo  
 “El derecho como superestructura: ¿en qué sentido?”  
 Álvarez Gómez, Ana Josefina  
 “Por una redefinición del concepto y la práctica de los derechos humanos en la política criminal”  
 “Tecuanhuey Sandoval, Alicia  
 “Legislación electoral y personal político en el Estado de Puebla. 1936-1950”  
 Witker, Jorge  
 “El papel de los sindicatos en el comercio exterior”  
 Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando  
 “Lo social jurídico: enseñanza e investigación (breves consideraciones)”